

**ANAYASA YARGISI VE YASAMA
TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA ANAYASA MAHKEMESİ VE
PARLAMENTONUN KARŞILIKLI ETKİLEŞİMİ**

Prof. Dr. Zafer GÖREN(*)

A. GİRİŞ

- I. Bir Anayasa Organı Olarak Türk ve Federal Alman Anayasa Mahkemeleri.
- II. Türk ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa-Hukuksal Statüsü.
- B. Anayasa Mahkemesi ve Yasama Erki Arasındaki Karşılıklı Etkileşim Olasılıkları.
 - I. Yasama Erki Üzerinde Anayasa Mahkemesi'nin Etkisi.
 1. Parlamentonun Oluşumunun Anayasa Yargısal Denetimi Federal Anayasa Mahkemesi'nin Seçim Denetimi,
 2. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelığının Düşmesine İlişkin Parlamento Kararlarının Denetimi,
 3. Federal Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Meclisi Üyelerinin Mali Statüsü Üzerindeki Etkisi,
 4. Federal Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Organları Arasındaki Uyuşmazlıkları Giderme Yetkisi.
 5. Anayasa Yargısal Norm Denetimi.
 - a. Yargılama Türleri,
 - a. 1. Soyut Norm Denetimi,

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

- a. 2. Somut Norm Denetimi,
- a. 3. Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti,
- b. Anayasa Yargısal Denetimin Kapsamı, Konusu ve Yoğunluğu,
 - b. 1. Denetimin Kapsamı,
 - b. 2. Denetimin Konusu,
Giderici-Önleyici Denetim,
 - b. 3. Denetimin Yoğunluğu,
 - 1. Bir Değer Sistemi Olarak Anayasa,
 - 2. Genişletici Temel Hak Yorumu,
 - 3. İçeriksel Denetim Araçları,
 - 4. Yeni Gelişimler,
 - 5. Türk Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Verirken, Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemiyeceği,
 - 6. Türk Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Yürürlüğe Giriş Tarihini Ayrıca Belirlemesi,
 - 7. Federal Anayasa Mahkemesi'nin Yasa Koyucuya Çağrıda Bulunması,
 - b. 4. Judicial Restraint Sorunu,
 - b. 5. Anayasaya Uygun Yorumlama,
 - 6. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Hukuksal Sonuçları,
 - a. Anayasa Yargısal Karar İçerikleri,
 - b. Kararların Bağlayıcılığı ve Kesinliği (Yaptırım Gücü),
- II. Anayasa Mahkemesi Üzerinde Yasamanın Etkisi,
Anayasa Mahkemesi'nin Yasal Dayanaklarının Değiştirilmesi ve Anayasa Mahkemesi Yargıçlarının Seçilmesi Yoluyla,
- III. Sonuç.

KISALTMALAR

AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi.
AöR	: Archiv des öffentlichen Rechts (Dergi).
Art	: Artikel : Madde
AÜ SBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.
BGBL	: Bundesgesetzblatt.
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları).
BVerGG	: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası).
C	: Cilt
CDU	: Hristiyan Demokrat Birlik Partisi.
DJZ	: Deutsche Juristen Zeitung (Dergi).
DN	: Dipnotu.
DöV	: Die Öffentliche Verwaltung (Dergi).
DVBL	: Deutsches Verwaltungsblatt (Dergi).
EuGRZ	: Europäische Grundrechte Zeitschrift (Dergi).
EWG	: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Avrupa Ekonomik Topluluğu).
EWG Vertrag	: Avrupa Topluluğu Sözleşmesi.
F	: Fıkra.
FAMY	: Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası.
H	: Heft : Sayı, Fasikül.
K	: Karar.

KN : Kenar Notu.

K. t. : Karar Tarihi.

J. g. : Jahrgang : Yıl

Prf. : Paragraf : Madde.

Md. : Madde. *Madde*

NF : Neue Folge.

NJW : *Neue Juristische Wechschrift* (Dergi).

Parl Rat : *Parlamento meclisi*.

S : Sayfa. *sayfa*

s : *sayfa*

ANAYASA YARGISI VE YASAMA TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA ANAYASA MAHKEMESİ VE PARLAMENTONUN KARŞILIKLI ETKİLEŞİMİ

A. GİRİŞ

I. Bir Anayasa Organı Olarak Türk ve Federal Alman Anayasa Mahkemeleri :

Anayasa Mahkemesi Kurumu, Türk ve Federal Alman Anayasalarının içerdiği özgürlükçü demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin en belirgin anlatımıdır. Her iki ülkede Anayasa Mahkemeleri devlet iktidarının taşıyıcıları karşısında -yasama, yürütme, yargı- Anayasa'nın mutlaklığını korurlar. Her iki ülke Anayasa koyucuları bilinçli olarak devlet düzeninin geleceği için önem taşıyan bu görevi Devlet Başkanı'na ya da Parlamentonun kendisine vermemiş özel bir mahkeme biçiminde kurulmuş olan bir Anayasa organına tevdi etmiştir. Bu organ Anayasa'yı kesin olarak yorumlamak ve bu yoruma göre F. Almanya'da devlet iktidarının uyumsuzluk konusu bir tasarrufunun, Türkiye'de bazı yasama işlemlerinin, Anayasa'ya uygun olmaları nedeniyle hukuksal varlıklarını sürdürüp sürdüremeyeceği ya da Anayasa'ya aykırı olmaları nedeniyle iptal edilip edilmeyeceğine karar vermekle görevlidir.

Anayasa Mahkemelerine tevdi edilen bu fonksiyon hukuksal niteliği bakımından diğer yargı faaliyetlerinden farklı değildir. Ancak hukuki ve fiili sonuçları bakımından önemli bir fark mevcuttur. Çünkü bu fonksiyon geri kalan tüm hukuka üstünlük taşıyan Anayasa'ya, yani devlet yaşamının temel düzenine ilişkindir. Anayasa koyucu mevcut değer düzenini devlet yaşamında aktif olarak gerçekleştirmek istediği için, Anayasa Mahkemesi, sadece üçüncü gücün doruğunda bulunmakla kalmamakta, devlet iradesini yasalar ve yürütme işlemleri olarak ortaya koyan ve uygulayan Anayasa organları ile aynı düzeyde yer almaktadır.

F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın yorumuna ilişkin kararları tüm mahkemeleri ve makamları bağlar¹. Bir kanunu Anayasaya uygun bulan veya iptal eden kararları yasa gücüne sahiptir. (Federal Anayasa Mahkemesi Yasası : FAMY Prf. 31) T.C. Anayasası Md. 153 F I.'e göre Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. Aynı maddenin son fıkrasına göre bu kararlar yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.

Sonuçta Türk ve F. Alman Anayasa Mahkemelerine verilen sorumluluğun ağırlığı, bir çok Anayasa normunun zorunlu olarak soyut oluşu; Anayasa'da somutlaştırılmaya muhtaç değer kavramlarının varlığı; bunların yorumu için geniş bir alan bırakılmış olması ve Anayasa'nın yorumunun aynı zamanda onun geliştirilmesi demek olduğu düşünüldüğünde dahada netleşmektedir. Çünkü hukuksal ilişkilerin ve hukuksal bilincin devamlı değişimi, Anayasa'nın temel ilkelerinde yansımak zorundadır².

Buradan Anayasa Mahkemesi'nin bağımsız bir Anayasa Organı olarak kurumsallaşmasının, bu görevin günlük politikadan uzakta, sırça köşkünde kararlarını veren ve olası sonuçlarını hesaba katmadan bunları teorik Anayasa ideallerine göre yönlendiren bir kurula vermek demek olmadığı kendiliğinden anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kurumsallaştırılması, daha ziyade hukuk devleti idealinden ve kuvvetler ayrılığı ile iktidarın dengelenmesinden kaynaklanmaktadır. Devlet iradesinin oluşumuna kendisi katılmayan bu kurul bu görevle görevlendirilmiş organlar karşısında yer almakta ve gerektiğinde onları sınırlayabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlık amaçlı izolasyonu diğer mahkemelerde olduğu gibi hukuk dışı etkileri savuşturmayı gerektirmektedir. O sadece dava taraflarının olası baskıları karşısında değil diğer Anayasa organları, siyasal partiler, basın ve politik yaşamın diğer güç faktörleri tarafından kararlarına yapılacak olası

-
1. Rupp H.G., Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Festschrift für Eduard Kern, S. 403.
 2. Krş. Krüger H., DVBL 1961, S. 685 vd.; Zinn-Stern, Verfassung des Landes Hessen 1963, Einführung, S. 1; BVerfGE 1, 13 (32 vd.) 6, 222 (240).

övgü ve eleştiriler karşısında da görmez ve duymaz olmalıdır. Bununla beraber Anayasa adaletinin gözündeki bu bağ onun diğer Anayasa organları ile birlikte çalışma görevi üstlendiği bilincini engellememelidir. (T.C. Anayasası Başlangıç Prf. 6).

Bu olgu, mahkemenin önüne getirilen uyuşmazlığı Anayasa düzeni ve Anayasa gerçekliği anlamında yani bu uyuşmazlığa neden olan realiteleri ve Anayasa yorumunun ortaya çıkaracağı pratik problemleri göz önünde tutarak değerlendirmesini gerektirir. Mantıklı ve gerçeğe uygun hukuk yaratılmasına ilişkin tüm yargıçlar için geçerli olan bu zorunluluk, yorum konusunun özelliği ve kararlarının kapsamlı etkisi dolayısıyla Anayasa yargısı için öncelikle geçerlidir³.

Anayasa Mahkemesi kararları hali hazır ilgililer için yaratacakları olası avantaj ve dezavantajlar anlamında değil Anayasa Mahkemesi'nin ve diğer Anayasa organlarının korumakla yükümlü olduğu anayasal düzenin varlığını sürdürmesi ve Anayasa'nın teşkilatlandığı devletin varlığını sürdürmesi üzerindeki etkileri anlamında değerlendirilmelidir⁴.

II. Türk ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Hukuksal Statüsü.

Almanya'da Herrenchiessee Anayasa Konvansiyonu ve Parlamenterler Meclisinde tüm siyasal partilerin temsilcileri (KPD hariç) Anayasanın bekçisi olarak bir Anayasa Mahkemesi kurma konusunda⁵ ve şu anlayışta birleşmişlerdi: «Hukuk insan topluluklarının temeli olarak tanınmalı ve gerçekleşmesi için tüm garantileri ile donatılmalıdır⁶. Bu anlayış halkın Anayasa koyan gücünün

3. Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 70.

4. Klein F., Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen, Schriften der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischer Wilhelms-Universität Münster, 1966, S. 22; Bachof, Universitas, 1966, S. 139; Rupp v. Brünneck W., Darf das Bundesverfassungsgericht an das Gesetzgeber appellieren?, in: Verfassung und Verantwortung, Baden Baden, 1983, S. 231.

5. Herrenchiessee Raporu, S. 45 vd.; Parlamenterler Meclisi 2., 3. Oturumu 8-9/7, 1948.

6. Süsterhahn A., (CDU) 8.9.1948 tarihli 2. oturumunda Parl. Rat. Sten. Ber. S. 25.

açığa vurulmasıydı⁷. Anayasa koyucu olarak halk parlamentonun kendi kendini denetleme mekanizmasının işleyeceği umuduyla yetinmeyerek Anayasa Mahkemesi'ni Anayasa'ya saygıyı denetlemekle görevlendirmiştir. Böylece Federal Almanya'da nasyonal-sosyalist rejim tarafından siyasal iktidarın kötüye kullanılmasına bir tepki olarak ortaya çıkan Anayasa Yargısı düşüncesinin benimsenmesi Türkiye'de de 1924 Anayasası'nın yürürlükte bulunduğu devrede yargı organları yoluyla yapılacak bir Anayasa'ya uygunluk denetimi için Anayasa'da bir kural bulunmaması nedeniyle bu boşluğun siyasal amaçlarla kötüye kullanılarak Anayasa'ya aykırı birçok yasanın çıkarılıp mahkemelerce uygulanmasına tepki olarak gerçekleşmiştir⁸.

Federal Anayasa'da F. Anayasa Mahkemesi'ni düzenleyen 93. ve 94. maddeler F. Anayasa'nın 9. Bölümünde «yargı» başlığı altında yer almıştır. Türk Anayasası'nda da Anayasa Mahkemesi üçüncü bölümde «yargı» başlığı altında ve yüksek mahkemeler arasında yer almakla birlikte her iki ülke Anayasa Mahkemeleri'nin yerine getirdikleri işlevin niteliği onların genel yargı teşkilatı dışında özel ve bağımsız bir konum kazanmalarına neden olmuştur⁹.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası, Federal Anayasa Mahkemesi'ni, Federal Mahkemeler ve Federe Devlet Mahkemeleri tarafından yerine getirilen yargı fonksiyonu dışında özel ve bağımsız bir mahkeme olarak düşünmüştür. 3.12.1984 tarihli 19300 sayılı Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 2. maddesine göre «Türk Anayasa Mahkemesi görevlerini Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın sağladığı teminat ... altında yerine getirir.»

Anayasa Mahkememiz kendisini genel yargı teşkilatı dışında bir mahkeme olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre Anayasa Mahkemesi «Genel Mahkemeler arasında yer alan bir derece mahkemesi değildir¹⁰.»

12.3.1951 tarihli F. Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 1. maddesi Anayasa Mahkemesi'ni «bütün diğer Anayasa organları karşısında» Federasyonun özerk ve bağımsız bir mahkemesi olarak nitelendir-

7. BVerfGE 49, 89/125; Triebe L., American Constitutional Law, 1976, S. 47 vd.; Krş. Bachof B., Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge, Festschrift für Huber H., 1961, S. 44.

8. Parl. Rat Sten. Ber., S. 25; TBMM Tutanak Dergisi C. 4. Sıra Sayısı 54. Dönem : 1, Toplantı 1., 19.1.1962, S. 1 vd.

9. Krş. Özbudun E., Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993, S. 345.

10. E. 1963/30; K. 1963/28; K.t. 11.2.1963 : RG 13.3.1963 t.li 11354 s.li.

miştir. Bu yasanın ilk maddelerindeki kuralların ortak amacı Anayasa Mahkemesi'ni yasama organı karşısında yeterli bir otoriteye sahip kılmak ve yasama organının etkisinden uzak bulundurmaktır. Yine bu nedenle F. Anayasa Mahkemesi'nin Federal Parlamentosunun bulunduğu başkentte değil başkentten uzak bir başka şehirde (Karlsruhe) çalışması uygun görülmüştür¹¹.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin tüm önemli yetkileri ve teşkilatlanışlarına ilişkin temel ilkeler Anayasa'da düzenlenerek¹² basit yasa koyucunun gerçekleştirebileceği gelişigüzel değişikliklere karşı korunmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi kanunları, kanun hükmünde kararnamele, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünü ve sadece şekil yönüyle sınırlı olmak üzere Anayasa değişikliklerini, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve TBMM üyeliğinin düşmesine ilişkin parlamento kararlarını denetler¹³. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Federal Hukukun ve Federe Devlet Hukuklarının Anayasa'ya uygunluğu konusunda kesin karar verir¹⁴. Anayasa'mız Anayasa Mahkemesi'ne devlet organları arasındaki uyumsuzlukları çözme fonksiyonu tanımadığı halde F. Anayasa, F. Anayasa Mahkemesi'ne Federal Devlet ile Federe Devletler ve Federal Devlet Anayasa organları arasındaki yetki uyumsuzlukları konusunda kesin olarak karar verme yetkisi tanımıştır¹⁵.

F. Alman Anayasası ayrıca F. Anayasa Mahkemesi'ni Anayasamızda Anayasa Mahkememizin görevlerine dahil edilmemiş olan

11. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası : FAMY Prf. 1 (2); Tikveş Ö., Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982, S. 369; Türk Anayasa Mahkemesi Yasası Md. 1'e göre Türk Anayasa Mahkemesi başkent Ankara'da çalışmaktadır. (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun No : 2949, 10.11.1983 t.li).
12. F. Alman Anayasası Md. 92-94, 100; T.C. Anayasası Md. 146-149.
13. T.C. Anayasası Md. 148 F. I; Md. 150; Md. 152; Md. 85.
14. F. Anayasa Md. 93 I (2)'ye göre F. Anayasa Mahkemesi : «Federal Hukukun veya Federe Devlet Hukuklarının bu Anayasa'ya veya Federe Devlet Hukukunun (diğer) Federal hukuka şekli ve maddi açıdan uygunluğuna ilişkin görüş ayrılıkları ve tereddütler konusunda Federal Hükümet, veya Federe Devlet Hükümetlerinden biri veya Federal Meclis üyelerinin 1/3'ünün başvurusu üzerine karar verir.»; FAMY Prf. 78 C. 1'e göre : «F. Anayasa Mahkemesi F. Hukukun F. Anayasa'ya veya Federe Devlet Hukukunun F. Anayasa veya (diğer) F. Hukukla bağdaşmaz olduğu sonucuna varırsa yasayı iptal eder.»
15. Özbudun E., (DN 9) S. 349; Kaboğlu İ.Ö., Anayasa Yargısı, 1993, S. 104, F. Alman Anayasası Md. 93 (1) 2.

bireyleri kamu gücü tarafından temel haklarına yapılacak saldırılara karşı korumakla görevlendirmiştir¹⁶.

Bu görevlerden kaynaklanan Anayasa'nın en yüce bekçisi olma fonksiyonu F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin diğer Mahkemelerden farklı olarak F. Başkan, F. Millet Meclisi, F. Senato ve F. Hükümet ile aynı basamakta bir konuma sahip olmasını sağlamıştır.

Her iki ülke Anayasa Mahkemeleri siyasal iktidarın taşıyıcıları karşısında gerçek bir yargı organı durumundadırlar. Yüksek Mahkemeler sadece başvuru üzerine faaliyete geçerler. Sadece Anayasa'nın özel bir yetkisine dayanılarak¹⁷ yukarıda sözü geçen normların uygulanması için konulmuş bir yasanın öngördüğü yargılama usullerine göre karar verirler¹⁸. Sadece hukuk kurallarına göre verilecek bir kararla çözümlenecek uyuşmazlıklar konusunda yetkilidirler. Kararlarını daha önce belirlenmiş bir kritere, yani Anayasa kurallarına göre verirler.

Her defasında Anayasa Mahkemeleri'nin fonksiyonun yargısal niteliğinin inkar edilmesi ve bu fonksiyonun politize olmuş adalet olarak yanlış algılanması, ya hukuk ve politikanın yanlış bir biçimde birbirlerinin karşıtı olarak değerlendirilmesinin, ya da Anayasa Yargısının denetim kriterinden ve konusundan kaynaklanan özelliklerin gözardı edilmesinin bir sonucudur.

Anayasa Mahkemeleri diğer mahkemelerden daha çok siyasal özellikler taşıyan konularda karar vermek zorundadırlar. Mahkemelerin kararları çoğu kere geniş kapsamlı siyasal etkiler doğurmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemeleri'nin kararları ayrıntılı hukuksal kurallara dayanılarak değil zorunlu olarak ilke normlar şeklinde konulmuş olan ve ayrıntılarının sonradan belirlenmesi gereken Anayasa kurallarına dayanılarak verilmektedir.

Nihayet Anayasa normları bugün siyasal iktidar taşıyıcıları için sadece yetki ve müdahale sınırları olarak değil artan oranda içeriksel değer yargıları ve direktifler olarak anlaşılmaktadır. Böyle değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemeleri'nin parlamentodaki irade oluşumu süreci üzerindeki etkisi, siyasal iktidarı -yasama organı

16. F. Anayasa Md. 93 (1) 4a.

17. T.C. Anayasası Md. 149 F. III; F. Alman Anayasası Md. 94 F. II.

18. F. Alman Anayasa Mahkemesi Yasası Prf. 13 (BGBl III 1104-1) : Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Md. 19 vd. (No : 2949, 10.11.1983).

tarafından kullanıldığı sürece- paylaşmak anlamına gelmektedir. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi siyasal iktidarın vasıtaları üzerinde tasarruf etmemekte, kararlarının uygulamaya konulması ve geçerliliği sonuçta diğer Anayasa organları tarafından kendisine gösterilen saygıya yani kendi otoritesine dayanmaktadır¹⁹.

B. Her İki Ülkede Anayasa Mahkemesi ve Yasama Erki Arasındaki Karşılıklı Etkileşim Olasılıkları

I. Yasama Erki Üzerinde Anayasa Mahkemesi'nin Etkisi

1. Parlamentonun Oluşumunun Anayasa Yargısal Denetimi Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Seçim Denetimi

F. Almanya'da Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama ve siyasal irade oluşumu üzerindeki etkisi öncelikle F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin «seçimlerin ve milletvekilliği sıfatının kazanılması ve kaybına ilişkin kararlarının» denetiminde kendisini gösterir. Aslında seçimin denetimi görevi ilk planda F. Millet Meclisi'nin görevidir. Ancak onun kararlarına karşı F. Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir²⁰.

F. Alman Anayasası Md. 41'e göre seçimin denetimi Federal Millet Meclisi'nin görevidir. F. Meclis ayrıca T.C. Anayasası'nda da

19. Rupp-v. Brünneck W., Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebende Gewalt, Verfassung und Verantwortung, Baden-Baden 1983, S. 342; Krş. FAMY Prf. 35 : «F. Anayasa Mahkemesi kararında, kararı kimin ıera edeceğini belirleyebilir. Münferit durumlarda ıcranın türünü ve şeklini de kararlaştırabilir.»

20. Milletvekili seçim tutanaklarına ilişkin itirazların incelenmesi ve karara bağlanması yargısal bir işlemdir ve bağımsız yargı makamlarınca yerine getirilmesi gerekir. Böylece bir yandan kuvvetler ayrılığı ilkesi korunmuş diğer yandan seçilen milletvekillerinin partizan oyunlara alet edilmemesi için güvence sağlanmış olur. (Tezic E., Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, S. 272) Türkiye'de 1924 yılına kadar seçim tutanaklarına ilişkin itirazlar Yüksek Seçim Kurulu'nun sunduğu rapor üzerine TBMM'since karara bağlanmaktaydı. 17 Şubat 1954 tarih ve 6272 s.h yasa ile seçim tutanaklarının incelenip karara bağlanması yetkisi Yüksek Seçim Kurulu'na verilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasa'ları seçimlerin yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılacağına ilişkin kuralları içermektedirler. (1961 Anayasası Md. 75; 1982 Anayasası Md. 79). Buna göre seçim konuları ile ilgili bütün yolsuzlukları, şikayetleri ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve TBMM üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulu'nundur. (T.C. Anayasası Md. 79 II).

TBMM'nin görevlerine dahil olan (T.C. Anayasası Md. 84) bir milletvekilinin üyelik sıfatının kaybedilmesi konusunda da karar verir.

F. Alman Anayasası Md. 41'e göre F. Millet Meclisi'nin kararlarına karşı F. Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir. F. Anayasa Mahkemesi Yasası Prf. 13 Nr. 3'e göre «F. Anayasa Mahkemesi F. Millet Meclisi'nin bir seçimin meşruluğu veya bir milletvekilinin üyeliğinin kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin kararlarına karşı yapılacak başvurular konusunda karar verir. «F. Anayasa Mahkemesi Yasası Prf. 48'e göre «Bir seçimin geçerliliğine ve F. Millet Meclisi üyeliğinin düşmesine ilişkin F. Millet Meclisi kararlarına karşı, üyeliği tartışma konusu olan milletvekili; kendisine en az yüz seçmenin katılması durumunda itirazı F. Millet Meclisi tarafından reddedilmiş olan bir seçmen; bir siyasi parti grubu veya F. Millet Meclisi'nin üye tam sayısının en az 1/10'u tutarındaki üyeleri F. Millet Meclisi kararından itibaren 1 ay içerisinde F. Anayasa Mahkemesi'ne şikayette bulunabilirler. F. Millet Meclisi'nin yaptığı denetimden farklı olarak F. Anayasa Mahkemesi bu yargılamada sadece seçim ve seçilme yeterliliği konusundaki yasal kuralların gözetilip gözetilmediğini değil aynı zamanda Seçim Kanunu'nun Anayasa'ya uygunluğunu da denetlemektedir²¹.

F. Alman Anayasa Mahkemesi bir seçim denetimi davası dolayısıyla yaptığı seçim yasası kontrolünde «seçim çevreleri oluşturulmasını» F. Alman Anayasası Md. 38 F. I C. 1 de yer alan «seçimin eşitliği ilkesine aykırı bulmuş²² ve yasa koyucuyu bu konuda gelecek seçimlerden önce derhal gerekli düzenlemeye yapmakla görevlendirmiştir²³. Böylece F. Anayasa Mahkemesi'nin seçimin eşitliği, özellikle adaylıkta şans eşitliği ve çeşitli seçim sistemlerinde oyların ağırlığı konularında yaptığı norm denetimine ilişkin çok sayıda kararı parlamentonun kuruluşu açısından uzun vadede büyük rol

21. Buna rağmen bu tür denetimden bugüne kadar önemli sonuçlar elde edilmediği çünkü F. Anayasa Mahkemesi'nin sadece somut milletvekili dağılımı üzerinde etkili olan veya etkili olabilecek şekli ve maddi hatalara önem verdiği (Örn. BVerfGE 35, 300 (301 vd.)). Bu tür hataların varlığını ise genelde mahkemenin kabul etmemiş olduğu ileri sürülmektedir. (Rupp-v. Brünneck, (DN. 19) S. 344.

22. F. Alman Anayasası Md. 38 (seçim).

(1) «Alman Federal Meclisinin üyeleri, genel, doğrudan doğruya eşit ve gizli seçimle seçilirler.»; BVerfGE 16, 130 vd.

23. BVerfGE 16, 130.

oynamış ve yasa koyucu için kısmen ayrıntılarına kadar direktifler içermiş ve sınırlamalar getirmiştir²⁴.

2. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması ve TBMM Üyeliğinin Düşmesine İlişkin Parlamento Kararlarını Denetimi

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yasama organı üzerindeki etki olanaklarından biri T.C. Anayasası'nın 85. madde ile Anayasa Mahkemesi'ne verdiği yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve TBMM üyeliğinin düşmesi kararının kontrolüdür. Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ve üyeliğin düşmesine meclisçe karar verilmesi hallerinde, karar tarihinden itibaren yedi gün içinde ilgili üye veya TBMM üyelerinden herhangi biri, bu kararın Anayasa'ya Kanuna ve İçtüzük hükümlerine aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir.

Anayasa Mahkemesi iptal istemini onbeş gün içinde karara bağlar²⁵. F. Alman Anayasası Md. 41'e göre F. Meclis üyeliğinin kaybına ilişkin meclis kararını F. Anayasa Mahkemesi denetleyebildiği halde F. Millet Meclisi'nin yasama dokunulmazlığı konusundaki kararlarını denetim F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin görevine girmemektedir. Çünkü ne Anayasa Mahkemesi'nin görevlerini belirleyen F. Anayasa Md. 93'te böyle bir görevden söz edilmektedir ne de F. Anayasa Mahkemesi Yasası Prf. 13 F. Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında böyle bir görev saymıştır²⁶.

Dokunulmazlığın amacı milletvekillerini siyasal amaç taşıyan ve ciddi olmayan koğuşturmalara karşı korumak ve onların yasama görevini yerine getirmekten alıkonmamalarını sağlamaktır. Mec-

24. Krş. Bu konudaki kararlar için Frohwein J., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, in : AÖR (1974) S. 72 vd. (80 vd.).

25. F. Alman Anayasası Md. 46 F. II-IV milletvekillerinin parlamento dışındaki davranışı nedeniyle uygulanacak tedbirlere karşı korumaktadır. Bu tedbirlere ceza koğuşturması açmak, tutuklamalar (suçun işlendiği veya onu takip eden gün yakalama durumu hariç) özgürlüğün diğer sınırlamaları ve temel hakların düşmesi dahildir. Bu tedbirler yasaklanmış değildir. Ancak F. Millet Meclisi'nin izniyle uygulanabilir. Onun isteği ile durdurulmak zorundadır. Böylece F. Millet Meclisi'nin fonksiyon yeteneği korunmuş olmaktadır. (Stein E., Staatsrecht, Tübingen 1993, S. 78 vd.).

26. T.C. Anayasası Md. 85'e paralel hüküm 1961 Anayasası Md. 80 de yer almıştı.

lisin bu kurumun amacına aykırı davranması durumunda Anayasa Mahkemesi dokunulmazlığın kaldırılması kararını iptal edebilecektir²⁷. Böylece dokunulmazlık geri gelecektir. Anayasa Mahkemesi isnad edilen suçun gerçekten işlenmiş olup olmadığını değil, isnadın ciddi olup olmadığını araştıracaktır. Doğaldır ki isnadın ciddiliğini saptayabilmek, ileri sürülen delillerin delil değerini taşıyıp taşımadığının araştırılmasıyla mümkün olur²⁸.

3. Federal Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Meclisi Üyelerinin Mali Statüsü Üzerindeki Etkisi

Türkiye'de milletvekillerinin mali statüsü Anayasa'nın 86. maddesinde düzenlenmiştir. Böylece bir yandan onlara görevlerinin gerektirdiği bir yaşam düzeyi sürdürebilmelerini sağlayacak düzeyde bir ödenek almaları olanağı yaratılmış diğer yandan yasa koyucu olarak kendi ödenek miktarlarını yasa ile aşırı bir ölçüde yükseltmeleri önlenmiş olmaktadır²⁹.

T.C. Anayasası'nın 86. maddesine göre : «TBMM üyelerinin ödenek ve yollukları kanunla düzenlenir³⁰. Ödenegin aylık tutarı en yüksek devlet memurunun almakta olduğu miktarı, yolluk da ödenek miktarının yarısını aşmaz. TBMM üyelerine ödenecek ödenek ve yolluklar kendilerine sosyal güvenlik kuruluşları tarafından bağlanan emekli aylığı ve benzeri ödemelerin kesilmesini gerektirmez. Ödenek ve yollukların en çok üç aylığı önceden ödenebilir.»

TBMM üyelerinin ödenek ve yolluklarında 657 no'lu Yasa'nın 31.7.1970 g.lü, 1327 no'lu Yasa ile değiştirilmesiyle yapılan arttırma ve eklerin Anayasa'nın 82. maddesine aykırı bulunarak oy çokluğu ile iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı^{30a} politikacılar arasında hoşnutsuzluk doğurmuş yine Anayasa'nın 82. II maddesindeki (1961 Anayasası) «aylık» ve ödenek deyimlerinden «ödenek» söz-

27. Bkz. E. 1967/22; K. 1967/22; K.t. 2.8.1967 : RG. 25.10.1967, 12734 AMKD s. 5, S. 128; E. 1967/25; K. 1967/25; K.t. 3.8.1967 : RG. 28.10.1967, 12737 AMKD s. 5, S. 147.

28. Özbudun E., (DN 9) S. 257; Bkz. AMKD s. 11, S. 52-96; E. 1967/41; K. 1967/67; K.t. 17.8.1971 ve 19.8.1971.

29. Özbudun E., (DN 9) S. 256.

30. TBMM Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanun, RG 28.10.1990 - 20679.

30a. E. 1970/49, K. 1971/11, K.t. 28.1.1971, AMKD 9 S. 250-275.

cüğünün «yolluk» olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin karar³¹ eleştirilere neden olmuştur³².

F. Almanya'da parlamento üyelerine yapılan ödemeler «Diäten» (harcırah gündelik) diye anılır. Bu ödemelerin başlangıçta milletvekillerinin harcama ve giderlerini karşılayacağı ve onların bağımsızlıklarını güvence altına alacağı düşünülmüştür³³.

F. Almanya'da milletvekilleri bunun dışında tüm devlet nakil vasıtalarını parasız kullanma hakkına sahiptirler. F. Almanya'da F. Millet Meclisi üyelerinin ödeneklerine ilişkin kurallar 3.5.1968 tarihli «Diäten Gesetz» de düzenlenmiştir³⁴.

Milletvekili emekli aylığının Anayasa'ya uygunluğunu F. Anayasa Mahkemesi maaşa benzer niteliği nedeniyle kabul etmiştir³⁵. F. Anayasa Mahkemesi'nin bir Anayasa şikayeti yargılaması sonucu verdiği «Diäten Urteil» (Ödenek Kararı)nın ise F. Devlet ve Eyalet parlamentolarının oluşumunu uzun vadede etkilemesi umulmuştur. Bu kararda milletvekillerinin devlet kasasından para almaları asli nitelikte bir resmi görevin karşılığı olarak nitelendirilmekte ve bu gelirin prensip olarak vergiye tabi tutulması gerektiği ve milletvekilleri arasında memur olanların ayrıca memur ilişkisinden doğan bir aylık veya emekli aylığı almamaları gerektiği sonucuna varılmaktadır³⁶. Doğal olarak parlamento üyelerinin kırgınlığına neden olan bu karar ile mahkeme F. Devlet ve Eyalet parlamentolarındaki memur ve hizmetli sayısını azaltmayı amaçlamıştır. F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 5.11.1975 t.li³⁷ bu kararına göre milletvekillerine yapılan ödemeler yapılan harcamaların tazmini değil bir kazanç oluşturmaktadır. Bu kazanç milletvekillerinin ve ailelerinin geçimini karşılamaktadır. Bu kazancın tüm milletvekilleri için eşit miktarda ve vergiye tabi olması gerekmektedir. Parlamento seçilen memurların ve yargıçların maaşların ve (seçilmeleri nedeniyle emekliye ayrılmalari durumunda) emekli maaşlarını artık almamaları gerekmektedir.

31. E. 1965/19, K. 1965/42, K.t. 12.7.1965, AMKD 3 S. 175-200.

32. Özden Y.G., Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Anayasa Yargısı 2, S. 61.

33. Creifelds, Rechtswörterbuch, München 1976, S. 264.

34. BGBl I, 334.

35. BVerfGE 32, 152.

36. BVerfGE 40, 296.

37. NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2331.

F. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı üzerine yasama organı 18.2.1977 tarihli Yasa'nın 29. maddesine³⁸ «F. Meclis üyelerinin bir kamu görevinden gelir elde etmeleri durumunda bu yasanın 11. maddesi uyarınca alacakları milletvekili aylığı % 50 oranında az ödenir.» şeklinde bir kural getirmiştir.

4. Federal Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Organları Arasındaki Uyuşmazlıkları Giderme Yetkisi

F. Anayasa koyucu F. Mahkemeyi, yasama sürecinde yasama organları içindeki prosedürde ve çeşitli yasama organlarının birbirleriyle olan ilişkisinde etkili kılmayı öncelikle organ uyumsuzluğu yoluyla sağlamayı amaçlamıştır. Bu yargılamada F. Anayasa Mahkemesi en yüksek Anayasa Organlarının -F. Başkan, F. Meclis, F. Senato, F. Hükümet- veya böyle bir organın özel haklarla donatılmış bir bölümünün -örn. F. Meclis Grubu, Meclis Komisyonu veya bir milletvekilinin- hakları ve ödevlerinin kapsamı konusundaki uyumsuzlıklarda bir çeşit hakem görevini üstlenmektedir. F. Anayasa Md. 93 F. I Nr. 1'e göre «F. Anayasa Mahkemesi bir yüksek Federal organın veya bu Anayasa'ya veya kendi tüzüğüne göre özel haklara sahip diğer ilgili kuruluşların hak ve yükümlülüklerinin kapsamı konusundaki uyumsuzluklar dolayısıyla bu Anayasa'nın yorumu konusunda karar verir»³⁹.

F. Alman Anayasası'nın F. Mahkemeye verdiği istem üzerine Anayasa'yı yorumlama yetkisini Türk Anayasası Anayasa Mahkemesi'ne vermemiştir. Türk Anayasa Mahkemesi'ne salt yorum yap-sın diye başvurulması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi Anayasa ve yasalar konusunda yorum yapması ve bildirmesini içeren başvuruları reddetmiştir⁴⁰. Bununla birlikte Türk Anayasa Mah-

38. Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages v. 18.2.1977 (Abgeordnetengesetz) BGBl I S. 297 :
(F. Alman Millet Meclisi Üyelerinin Hukuksal Durumlarının Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Yasa).

39. Buna paralel bir hüküm FAMY Prf. 13 Nr. 5'te bulunmaktadır : «F. Anayasa Mahkemesi en yüksek bir Federal organın veya Anayasa veya en yüksek bir Federal organın kendi tüzüğünde özel haklarla donatılmış olan diğer ilgililerinin hakları ve yükümlülüklerinin kapsamı konusundaki uyumsuzlıklarda bu Anayasa'nın yorumu konusunda karar verir.»

40. E. 1964/29; K. 1964/48; K.t. 12.6.1964; RG 18.9.1964, 11810; T.C. Emekli Sandığı Kanununun «30 yıl hizmet görmüş memurların yaş haddine

kemesi'nin de her mahkeme gibi önüne gelen uyuşmazlıklarla ilgili olarak Anayasa'yı uygularken Anayasa kurallarının nasıl anlaşılması gerektiği konusunda açıklama yapabilmesi ve yorumda bulunması olağandır⁴¹.

Organ uyuşmazlığı davasında başvuru sahibinin, sözü geçen Anayasa organlarının ve organ bölümlerinin bir tedbiri ve hareketsizliği ile haklarında ve ödevlerinin ifasında zarara uğradığını veya zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kaldığını iddia etmesi şarttır. Bunun dışında F. Meclis gruplarından biri F. Meclis'in tümüne ait olan yetkilerin zedelendiğini organ uyuşmazlığı yoluyla ileri sürebilir.

F. Anayasa Mahkemesi, bir siyasi parti grubunun - Anayasa'ya aykırı olarak F. Meclis çoğunluğu tarafından hükümetin bu davranışı tasvip edilse bile F. Hükümetin, uluslararası bir anlaşmayı F. Meclis'e uygun bulmak üzere sunmayı ihmal ettiğini ileri sürebileceğine⁴² buna karşılık F. Meclis çoğunluğu, azınlığı veya değişik siyasi parti gruplarının meclise görüşülmek üzere sunulmuş veya kabul edilmiş bir yasanın Anayasa'ya uygun olup olmadığı veya yasanın konulmasının önceden bir Anayasa değişikliği gerektirip gerektirmediği konusundaki ihtilafı bir organ uyuşmazlığı şeklinde ileri süremeyeceklerine karar vermiştir⁴³.

Milletvekilleri münferiden tüm F. Meclis'i temsilen dava açamazlar. Sadece kendi Anayasa - Hukuksal statülerinin zedelendiğini ileri sürebilirler.

F. Anayasa Mahkemesi, birden fazla milletvekilinin «iktidarın muhalefetin konuşma süresini sınırladığı iddiasıyla» açtığı davada

bakılmaksızın kurumlarınca re'sen emekliye çıkarılmalarını mümkün kılan hükmünün (Md. 3/b) hakimleri kapsayan anlamının Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin, yalnız bu anlamla sınırlı iptal davası üzerine Anayasa Mahkemesi «Kanun hükmüne dokunmaksızın yalnız bu hallerde ve bazı kimseler hakkında bir hükmün uygulanıp uygulanmayacağını belirtmek hükmü yorumlamak veya değiştirmek olur ki bu çözümleme şekli mahkememizin görevi dışında kalır ve ancak yasa organınca fıkra ya hakimler hakkında bir istisna hükmü katılarak sağlanır» şeklinde karar vermiştir. (E. 1963/82; K. 1963/286, K.t. 4.12.1963, RG 10.3.1964 - 11652; Bkz. ayrıca E. 1964/29; K. 1964/48, K.t. 12.6.1964; RG 18.9.1964-11810).

41. Özbudun E., Aliefendioğlu Y., Türkiye Raporu, Anayasa Yargısı 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı 1987, S. 187.

42. BVerfGE 1, 35 (359) Petersberger Abkommen.

43. BVerfGE 2, 143 (161 vd.) EWG Vertrag.

toplam konuşma süresinin, siyasi parti gruplarında temsil edilmiş ağırlığına göre dağıtılmasının milletvekillerinin F. Meclis'teki konuşma hakkını zedelediğine karar vermiştir⁴⁴.

F. Anayasa Mahkemesi organ uyuşmazlığı yoluyla anayasa - hukusal yetkinin kapsamına ilişkin «Anayasa'nın yorumu» konusunda karar verir. Yani sadece başvuru muhatabının uyuşmazlık konusu tedbir ile başvuru sahibinin haklarını zedeleyip zedelediğini ve tedbirin bu nedenle Anayasa'ya aykırı olup olmadığını inceler. Davanın kabulü halinde bile tedbirin hukusal geçersizliğine karar vermeden sadece bu yolda bir tespit bulunur. Hükmün anayasa - hukusal etkisi ilgililer tarafından ona riayet edilmesine bağlıdır.

Organ uyuşmazlığı yoluna Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonraki yıllarda sık sık başvurulduğu halde sonraları önemini yitirmesi davanın kabulü koşullarının titizlikle aranmasından ve kararın yaptırımı olmayışından kaynaklanmaktadır.

5. Anayasa Yargısal Norm Denetimi

Anayasa Mahkemeleri'nin yasama organı üzerindeki en güçlü etkileri norm denetiminde kendisini göstermektedir.

Norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemeleri yasama organlarının yetkilerinin sınırlarını belirgin kılmış, sabitleştirmiş ve yasama organının siyasal iradesine içeriksel sınırlar çizmişlerdir. Hatta F. Anayasa Mahkemesi sosyal düzenlemeler alanında yasama faaliyetinin motoru ve yönlendiricisi olma rolünü üstlenmiştir.

F. Almanya'da kısmen karşılıklı ilişki içinde bulunan bir dizi faktör norm denetiminin önemini belirgin kılmaktadır;

- F. Alman Anayasasında ve Anayasa Mahkemesi Yasasında öngörülen yasa denetimi yollarının çeşitliliği ve nisbeten kolay ve yargı kararlarıyla geliştirilen prosedür;

- Başvuru hakkına sahip olanlar tarafından denetim yolunun daha çok kullanılması;

- Yargı kararlarıyla farklı vasıtalar geliştirilerek denetim yetkisinin kapsamının geliştirilmesi;

- Anayasa-yargısal kararların kesin ve köklü yaptırımı.

44. BVerfGE 10, 41 (10 vd.).

a. Yargılama Türleri

Yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi için F. Alman ve Türk Anayasaları iki spesifik yargılama çeşidi öngörmüşlerdir :

1. Soyut Norm Denetimi (F. Alman Anayasası Md. 93 F. I Nr. 2; FAMY Prf. 13 Nr. 6 ve Prf. 76 vd.; T.C. Anayasa'sı Md. 150-151; Anayasa Mahkemesi Yasası Md. 18-27).

2. Somut Norm Denetimi (F. Alman Anayasası Md. 100 F. I; FAMY Prf. 13 Nr. 11 ve Prf. 80 vd.; T.C. Anayasası Md. 152; Anayasa Mahkemesi Yasası Md. 28-29).

3. F. Almanya'da ayrıca Anayasa Şikayeti yoluyla norm denetimi (F. Alman Anayasası Md. 93 Nr. 4a : FAMY Prf. 13 Nr. 8 ve Prf. 90).

Başvuru hakkı ve denetim konusu bakımından her üç norm denetimi arasında önemli farklar vardır.

a.1. Soyut norm denetimi kapsamlı bir denetim sağlar. Bu denetimde yasa ve yasanın münferit kuralları Anayasa'nın tüm normlarına uygunluğu bakımından denetime tabi tutulur. Ancak bu başvuru yolunu harekete geçirmek hakkı küçük bir çevreye tanınmıştır.

Yani F. Almanya'da F. Hükümete, Federe Devlet Hükümetlerine ve F. Millet Meclisi'nin 1/3 tutarındaki üyelerine⁴⁵ tanınmıştır.

F. Alman Anayasasında şekil bozukluğuna dayalı soyut norm denetimi için ayrı bir düzenleme öngörülmemiş ve soyut norm denetimi yoluna başvurabilmek için bir süre konulmamıştır. Dava bir normun sadece iptali için değil, yürürlükte olduğunun tespiti için de açılabilir. T.C. Anayasası Md. 150'ye göre soyut norm denetimi yani «iptal davası» açabilmek hakkı iptali istenen normun resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak 60 gün içinde Cumhurbaşkanı'na, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları ile TBMM üye tam sayısının en az 1/5'i tutarındaki üyelerine aittir. Şekil bakımından açılacak iptal davalarında ise bu hak sadece Cumhurbaşkanı ve TBMM üyelerinin 1/5'i tarafından ve yasanın yayımlandığı tarihten itibaren 10 gün içinde açılabilmektedir.

Bu denetim yolu için ne somut bir uyuşmazlık ne de başvuru sahibinin denetim konusu yasa kuralı ile haklarının zedelendiği

45. F. Anayasa Md. 93 (1) 2 ve FAMY Prf. 13 Nr. 6.

iddiası şart koşulmaktadır. Sadece ilgili normun Anayasa'ya şekli ve maddi bakımdan uygunluğu konusunda görüş ayrılığı ve yadsıma gereklidir.

Türkiye'de 1961 Anayasası iki grup kişi ve makama soyut norm denetimi yoluna başvurma hakkı tanıyordu : a. Cumhurbaşkanı; b. Son Milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların en az yüzde onunu alan veya TBMM'nde temsilcisi bulunan Siyasi Partiler veya bunların Meclis Grupları; c. Yasama Meclislerinden birinin üye tam sayısının en az 1/6'sı tutarındaki üyeleri.

İkinci grubu oluşturan Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Üniversitelere «kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarla sınırlı olmak üzere» dava açma hakkı tanınmıştı.

Her iki grup kişi, kurum ve organ kanunların, TBMM İçtüzüklerinin veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan iptal davası açabilirlerdi.

1971 yılında 1488 sayılı yasa ile Anayasa'da yapılan değişiklikle TBMM'nde temsilcisi bulunan Siyasi Partiler yerine sadece yasama meclislerindeki Siyasi Parti Grupları ve TBMM'nde grubu bulunan Siyasi Partilere dava hakkı tanınmıştı. 1982 Anayasası «kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren» alanlarda iptal davası açma yetkisi bulunan organları dava dışı bırakmıştır.

Birinci gruba mensup olanlar arasından sadece Cumhurbaşkanı'nın yetkisi korunmuş, yalnızca iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis Gruplarına ve TBMM üye tam sayısının en az 1/5'ine dava açma hakkı tanınmıştır.

1982 Anayasası'na göre şekil bakımından denetlemeyi sadece Cumhurbaşkanı ve TBMM üyelerinin 1/5'i isteyebilir. (Md. 148 F. II).

1961 Anayasası'nda (Md. 150) iptali istenen normun resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak 90 gün olan dava açma süresi 1982 Anayasası (Md. 151) ile 60 gün olarak belirlenmiştir. Şekil bozukluğuna dayanan iptal davası, iptali istenen yasanın yayımlandığı tarihten başlayarak ancak 10 gün içinde açılabilir. (Md. 148 F. II).

Türkiye'deki uygulamanın aksine soyut norm denetimi yoluna F. Almanya'da çok sık başvurulmamaktadır. Ancak başvuruların çoğunluğu siyasi bakımdan büyük bir önem taşımaktadır.

Örneğin Siyasal Partilere yapılan yardımlarda vergi kolaylığı sağlanması; F. Almanya ve Demokratik Alman Cumhuriyeti arasında yapılan ilke anlaşması; F. Senatonun kanunları uygun bulma hakkının kapsamı; Kürtajı cezalandıran kuralların kısmen kaldırılmasına ilişkin davalar⁴⁶.

a.2. Somut Norm Denetimi : F. Almanya'da tüm mahkemelerin dolaylı (incident) norm denetimi yapmaya hakkı vardır. Kendisi tarafından uygulanan şekli bir yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varırsa mahkemenin yargılamayı durdurması ve F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararını elde etmesi gerekir. Somut norm denetimine başvuran mahkemede görülmekte olan davada «karar verilmesinin denetim konusu olan normun geçerli olup olmamasına bağlı olması» gerekir. (Entscheidungserheblichkeit)

F. Anayasa Mahkemesi kendi bakımından somut hukuksal durum konusunda değil sadece normun Anayasa'ya uygunluğu konusunda karar verir. (FAMY Prf. 81) Ancak sadece başvuran mahkemenin kendi anayasa-hukuksal yadsımlarını dayandırdığı bakımlardan değil dava konusu normun her bakımdan Anayasa'ya uygunluğunu denetler.

F. Anayasa Mahkemesi Yasası Prf. 80 F. III'e göre (F. Anayasa Md. 100 ve FAMY Prf. 13 N. 11 ile bağlantılı olarak) F. Anayasa Mahkemesi'nin kararını elde etme konusunda başvurma yetkisi tarafların değerlendirmesinden bağımsız olarak mahkemeye ait bulunmaktadır. F. Anayasa Md. 100 F. I'e göre : «Bir mahkeme» geçerli olup olmaması hükme tesir edecek bir yasayı Anayasa'ya aykırı bulursa duruşmayı tatil eder ve F. Anayasa Mahkemesi kararını alır⁴⁷. Mahkemelerin F. Anayasa Mahkemesi'ne başvurması için dava esnasında böyle bir defide bulunması şart değildir.

Türkiye'de 1982 Anayasası'na göre bir davaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. (T.C. Anayasası Md. 152).

Bu maddeye göre somut norm denetimi için dört koşul aranmaktadır :

46. Krş. BVerfGE 24, 300; 36, 1; 37, 363; 39, 1.

47. Zeidler W., Federal Almanya Raporu, Anayasa Yargısı 7, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Lizbon 1987, S. 40-51.

Bakılmakta olan bir dava

- Davanın görüldüğü merciin mahkeme niteliğini taşıması
- İtiraz konusu kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün davada uygulanacak norm olması
- Dava mahkemesinin, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığına re'sen kanaat getirmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması⁴⁸.

Bu koşulların bir araya gelmesiyle Anayasa'ya aykırılık ön sorunu oluşur. Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden başlamak üzere 5 ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır. (T.C. Anayasası Md. 152 F. III) T.C. Anayasası Md. 151 son fıkraya göre, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının resmi gazetede yayımlanmasından sonra 10 yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz. Bu on yıllık somut norm denetimi yasağı öğretide çok uzun bulunmakta ve denetimin amacını ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir⁴⁹.

Somut norm denetimi bir yandan mahkeme kararlarının sadece Anayasa'ya uygun yasa normlarına dayanarak verilmesini garanti eder, diğer yandan hukukta birliğin sağlanması yararına ve yasakoyucunun otoritesinin korunması için bir yasa normunun Anayasaya aykırılığına karar vermek yetkisinin sadece Anayasa Mahkemesinin tekelinde tutulmasına hizmet eder.

a.3. Federal Almanya da Anayasa Şikayeti

Bu dava yoluna kamu gücünün bir tasarrufu ile haklarının zedelendiği inancında olan herkes tarafından harçsız ve bir avukat tutmaya gerek olmadan başvurulabilir.

Bir kanunun ya da onun münferit kurallarının şikayetinin haklarında doğrudan doğruya bir tecavüze neden olması durumunda

48. Özbudun E., (DN 9) S. 372-378.

49. Kaboğlu İ.Ö., (DN 15) S. 61; Aliefendioğlu Y., Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S. 3, Eylül 1992, S. 44; Özbudun E., (DN 9) S. 379-380; Teziç E., Anayasa Hukuku, 1991, S. 207-208.

-hemen etki doğuran bir vergi tarhı veya çalışma özgürlüğünün doğrudan doğruya sınırlanmasında olduğu gibi- bu normlara karşı bir yıl içinde Anayasa şikayeti yoluna başvurulabilir⁵⁰. Olayların çoğunda olduğu gibi bir yasa normu, bir idari tasarruf yoluyla icra edilerek veya bir mahkeme kararı içinde uygulanarak bireyler için hukuksal sonuçlar doğurduğunda, birey kural olarak bu tasarrufa karşı yasa yollarını tüketmiş olmalıdır. Ancak bundan sonra Anayasa Şikayeti ile son merciin kararına karşı kendisine zarar veren tasarrufun Anayasaya aykırı bir hukuk normuna dayandığını veya idari makamların ve mahkemelerin aslında Anayasaya uygun olan normu Anayasaya aykırı bir şekilde yorumladığını ileri sürebilir.

Anayasa şikayetinde norm denetimi doğal olarak soyut ve somut norm denetimine göre sınırlıdır. Çünkü Anayasa şikayetinde sadece temel haklarda (F. Anayasa Md. 1-19) ve temel hak benzerlerinde (F. Anayasa Md. 33, 38, 101, 103, 104) bir zedelenmeye karşı koruma söz konusudur. (Örneğin seçme-seçilme hakkı ve doğal hakim güvencesi zedelenmelerinde).

Buna uygun olarak bir Anayasa şikayeti ile doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak dava edilen bir yasa normu aslında diğer Anayasa kurallarına uygunluğu bakımından değil sadece bu normla zedelenildiği iddia olunan temel hak veya temel hak benzeri hak bakımından denetlenir. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi bu sınırlamayı yumuşatma eğilimindedir. Örneğin dava konusu olayda şikayetçi tarafından iddia edilen dışındaki bir temel hakkın zedelenmesi durumunda Anayasa şikayetini kabul etmiştir⁵¹.

Bunun ötesinde F. Anayasa Mahkemesi F. Anayasa Md. 2 F. I'nı koruduğu genel eylem özgürlüğünde bir zedelenmeyi bu özgürlük, şekli ve maddi açıdan herhangi bir Anayasa kuralı ile bağdaşır olmayan -bu nedenle Anayasaya uygun düzene dahil olmayan- bir normla veya bir norma dayanarak sınırlanırsa kabul etmektedir⁵². Şu halde bu yolla birey bir yasanın objektif Anayasa hukukunun zedelenmesi bakımından -örneğin yasama yetkisi konusundaki kuralların, hukuk devleti ilkesinin (F. Anayasa Md. 20 F. III C. 1) yada kuvvetler ayırımının (F. Anayasa Md. 20 F. II C. 2) zedelenmesi bakımından- denetlenmesini sağlayabilir.

50. Geniş bilgi için Bkz. Gören Z., Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru, Anayasa Yargısı 11, S. 97-135.

51. Krs. BVerfGE 7, 111 (115).

52. F. Anayasa Md. 2 (1) : «Herkes başkalarının haklarını ihlal etmediği, Anayasaya uygun düzene ve ahlak kurallarına karşı gelmediği sürece kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir...»; BVerfGE 6, 32-Elfes.

b. Anayasa Yargısal Denetimin Kapsamı, Konusu ve Yoğunluğu

b.1. Denetimin Kapsamı

F. Almanya'da Anayasa-Yargısal içtihatlar şekli açısından yasa denetimi kapsamının genişlediğini göstermektedir.

Uluslararası Anlaşma Yasalarına (Vertrags-Gesetze) anlaşma metninin dahil edilmesi⁵³; Bütçe kanunlarının diğer kanunlar gibi denetlenmesi⁵⁴; Yasa denetiminin Avrupa Topluluğu Hukukunu kapsamı⁵⁵ bu genişlemenin göstergeleridir.

Bununla birlikte maddi açıdan yasa denetiminin devamlı yoğunluk kazanması daha büyük bir önem taşımaktadır. F. Almanya da Anayasa yargısal denetimde -Anayasa Şikayetinin kendine özgü özellikleri göz önünde tutularak- denetim konusu normun Anayasa'nın tüm normlarına uygunluğu denetlenmektedir.

Denetim :

- Yasanın usulüne uygun olarak çıkıp çıkmadığı;

- Yasa koyucunun yetkisi;

- Yasanın içeriğinin özellikle temel hakların sınırlayıcı ve belirleyici değer kriterlerine ve Anayasa ilkelerine uygun olup olmadığı konularını kapsamaktadır.

b.2. Denetimin Konusu

Giderici-Önleyici Denetim

Norm denetimi ve Anayasa şikayetinde ortak olan yasama organı tarafından oylanarak kabul edilmiş ve Devlet başkanı tarafından onaylanarak yayımlanmış bir yasanın tümünün veya münferit hükümlerinin Anayasaya uygunluk denetiminin konusu olmasıdır.

Türk Anayasa Hukukuna yabancı olan bir kanunun kabulü sırasında ortaya çıkan anayasa-hukuksal açıdan tereddütlü soruların açıklığa kavuşturulması için başvuru olan «önleyici norm denetimi»

53. Rupp G., EuGRZ 1979 S. 96 vd.

54. BVerfGE 20, 56.

55. BVerfGE 37, 271-291.

ne F. Anayasa Mahkemesi de ne norm denetimi ne organ uyumazlığı kisvesi içinde izin vermektedir⁵⁶.

F. Anayasa Mahkemesi Yasasında başlangıçta öngörülmüş olan F. Başkanın tek başına veya F. Meclis, F. Senato ve F. Hükümetin ortak başvurusu üzerine, bir anayasa-hukuksal sorun konusunda F. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun istişari görüşünü alması olanağı (Prf. 97) bu tür mütalaaların bağlayıcılığı konusundaki tartışmalardan sonra her iki senatonun kararıyla kaldırılmıştır⁵⁷.

F. Almanya'da sadece uluslararası anlaşma yasaları (Vertrags-Gesetze) bunun istisnasını oluşturur. Bunun nedeni anlaşmanın onaylanması sonucu ortaya çıkacak devletler hukukuna ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesinin norm denetimi yoluyla engellenmemesidir⁵⁸.

1982 Anayasası da Anayasa Mahkemesi'ne önceden denetim yetkisini vermemiştir. Buna karşılık Danışma Meclisi Tasarısında yasaların şekil bakımından denetlenmesinin, «kanunun yayımlanma süresi içinde» yani yasanın yürürlüğe girmesinden önce yapılmasını sağlayacak bir ön denetim sistemi öngörülmüştü⁵⁹. Bu düzenleme Milli Güvenlik Konseyi tarafından Anayasa metninden çıkarılmıştır. Öğretide önleyici denetime yer verilmemesini, bu denetim türünün yargısal denetim kavramıyla bağdaşmaması nedeniyle isabetli bulanlar olduğu gibi⁶⁰, belli koşullarla ön denetim yapılmasına taraftar olanlar⁶¹ ve özellikle parlamenterlere imtiyaz sağlayan yasalara karşı çoğu halde dava açılmaması ve açılması halinde de kazanılmış hakka dayanarak imtiyazlı uygulamalara yer verilmesi nedeniyle, bu durumlarda Danıştay ve Yargıtay başsavcılarının ön denetim yoluyla dava hakkı tanınmasını önerenler⁶² ve önleyici ve giderici denetim türlerinin her ikisini birlikte kabul eden karma ya da birleşik sistemi, her iki denetim tarzının olumsuz yönlerini törpüleyip olumlu yönlerini öne çıkarabileceği gerekçesiyle savunanlar bulunmaktadır⁶³.

56. BVerfGE 1, 396 (400 vd.)

57. Krş. BVerfGE 2, 79.

58. BVerfGE 1, 396 (401 vd.); Rupp G., EuGRZ 1974, S. 96 vd.

59. Kocaoğlu O.S., Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa, İstanbul 1993, S. 199.

60. Özbudun E., (DN 9) S. 350.

61. Yayla Y., İktidar ve Yargı veya Anayasa Yargısı, Kamu Hukuku Bülteni, Mart 1990, s. 3 S. 2.

62. Allefendioglu Y., (DN 49), S. 45.

63. Kaboğlu İ.Ö., (DN 15), S. 49.

Norm denetimi yürürlüğe girmiş bir yasa üzerinde yapılıyorsa ve böylece yasa koyma prosedürünün bir bölümünü değil, yasanın uygulanması problematiğinin bir bölümünü oluşturuyorsa giderici «bastırıcı» (repressive) denetimden söz edilir.

Buna karşılık bir normun Anayasaya uygunluğu sorunu yürürlüğe girmesinden veya yayımlanmasından önce inceleniyor ve kararlaştırılıyorsa (Präventiv) denetim söz konusudur.

İnceleme konusu norm bireyler için henüz hukuksal sonuçlar doğuramayacağı için denetim ile bu norm ne yürürlükten kaldırılabilir ne de uygulanmazlığı ilan edilebilir. Norm sadece yürürlüğe girmez. Diğer taraftan denetim konstitutiv bir değer taşımalı yani resmi makamlar için bağlayıcı olmalıdır. Aksi halde anladığımız anlamda bir denetim söz konusu olmaz. Örneğin Belkiça'da Conseil d'Etat, görüşü parlamentoyu, hükümeti veya diğer mahkemeleri bağlamaksızın yasa tasarılarının Anayasaya uygunluğunu denetler⁶⁴. Önleyici denetimin klasik bir örneğini Fransa'da 1958 Anayasası ile kurulmuş olan Anayasa Konseyinin (Conseil Constitutionnel) yaptığı denetim oluşturur. Norm denetimi yapmaya yetkili bir makam olarak bu kurul yasama sürecinin çeşitli aşamalarında harekete geçebilir. Örneğin yasama meclisleri içtüzüklerini «uygulanmalarından önce» denetler⁶⁵.

Anayasa Konseyine Anayasa Md. 41 Fıkra 2 gereğince başvurulduğunda Konsey teklif edilmiş ama kabulüne karar verilmemiş ve

64. Meeus A./Velu J., Bestand und Bedeutung der Grundrechte in Belgien, EuGRZ 1981, S. 66, 71; Bkz. 1919 tarihli Finlandiya Anayasası Md. 19.

65. 4 Ekim 1958 tarihli en son 25.6.1992'de değişikliğe uğramış olan Fransa Cumhuriyeti Anayasası Md. 61'e göre organik Yasalar yayımlanmadan önce ve Yasama Meclisi içtüzükleri uygulanmalarından önce Anayasaya uygunlukları konusunda karar verilmesi için bu konuda yetkili Anayasa konseyine sunulmak zorundadırlar. Aynı amaçla yasalar yayımlanmadan önce Cumhurbaşkanı, Başbakan, her iki meclisin başkanları, altmış milletvekili veya altmış senatör tarafından Anayasa konseyine sunulabilir. Sözü edilen her iki durumda Anayasa Konseyi kararını bir ay içinde vermek zorundadır. Bununla birlikte bu süre zorunlu durumlarda hükümetin isteği üzerine 8 güne indirilir. Tüm bu durumlarda Anayasa Konseyinin çağrısı ile yayımlanma süresi durdurulur. Md. 62'ye göre ise Anayasaya aykırılığına karar verilmiş olan bir kural yayımlanamaz ve uygulanamaz. Anayasa Konseyinin kararlarına karşı yargı yoluna gidilemez. Bu kararlar, tüm idare makamları ve mahkemeleri bağlar. Md. 63'e göre Anayasa Konseyinin uyguladığı yargılama usulü ve iptal için başvuru süreleri bir organik kanunda düzenlenir.

yayımlanmamış bir yasa konusunda görüş bildirmektedir⁶⁶. Ancak çoğu kere Anayasa Konseyi oylamadan sonra ama Yasa'nın yayımlanmasından önce ya re'sen yahut cumhurbaşkanının, başbakanının, yasama meclisleri başkanlarının veya 60 milletvekili veya senatörün başvurusu üzerine harekete geçer. (Md. 6 F. II)⁶⁷. Tüm bu denetimler önleyici niteliktedir. Çünkü Anayasa Konseyi tarafından Anayasaya aykırılığına karar verilen kurallar Anayasa Md. 62 F. 1'e göre ne yayımlanabilir ne yürürlüğe girebilir ne de uygulanabilirler. Başka bir deyimle zorlayıcı (Organik kanunlar ve meclis iç tüzükleri için) ve ihtiyari (kanunlar için) aşamalar olarak yasama sürecine monte edilmişlerdir. Bunun yanında Anayasa Konseyi giderici denetim konusunda sınırlı bir yetkiye sahiptir. Ancak Anayasa Md. 37 F. 2'deki durumla sınırlı olarak yayımlanmış bir kanun konusunda görüş bildirebilir ve gereğinde uygulanmasını engelleyebilir⁶⁸.

F. Almanya'da norm denetimi için hukuk kuralının konuluş tarihi önem taşımaz. Anayasa öncesi ya da sonrası olabilir⁶⁹. Ancak bu kuralın var olması gerekir⁷⁰ yani hukuk kuralı henüz yürürlüğe girmiş olmasa da yayımlanmış olmalıdır⁷¹. Almanya Anayasası bir çok eyalet Anayasa'larının aksine önleyici norm denetimini tanımamaktadır⁷².

66. Bu maddenin 1. fıkrasına göre yasama süreci sırasında bir yasa teklifinin veya bir değişiklik önerisinin yasama alanına dahil olmadığı anlaşılırsa veya md. 38 uyarınca verilmiş olan yetkiye (Parlamentonun hükümete yasa yerine geçen kararnameler için verdiği yetki) aykırı olduğu anlaşılırsa hükümet bunları geçersiz olmaları nedeniyle geri çevirebilir. Hükümet ve ilgili meclis başkanı arasında görüş ayrılığı olduğunda taraflardan birinin isteği üzerine bu konuda 8 gün içinde Anayasa Konseyi karar verir.

67. Md. 46 F.V'e göre Organik yasalar Anayasa Konseyi tarafından Anayasaya uygunlukları belirlendikten sonra yayımlanabilirler.

68. Anayasa Md. 37 : «Bir yasa ile düzenlenmeleri öngörülmemen konular kararnamelerle düzenlenir. Bu konularda çıkarılmış yasa şeklinde metinler devlet şurasının görüşü alındıktan sonra kararnamelerle değiştirilebilir. Bu metinlerden bu Anayasa yürürlüğe girdikten sonra geçerli olmaları gerekenler ancak Anayasa Konseyi tarafından daha önceki fıkraya göre kararname niteliğinde oldukları belirlendiğinde kararname ile değiştirilebilirler.

69. BVerfGE 2, 124 (131); 2, 24, 174 (179 vd.).

70. Bazı durumlarda yürürlükten kalkmış ama hala hukuki sonuçlar doğuran bir hukuk kuralı da F. Anayasa Mahkemesine göre denetlenebilir. BVerfGE 5, 25 (28); 20, 56 (94).

71. BVerfGE 35, 193 (195); 36, 1 (15).

72. Stern K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 950-951; Hölzer N., Präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, DÖV 1978, S. 821.

Ancak uluslararası sözleşme yasaları (Vertrags-Gesetze) bunun istisnasını oluşturlar. (Anayasa Md. 59 F. II C. 1). Bunlar yayımlanmadan denetlenebilirler. Aksi halde uluslararası yükümlülüklerin sadece Anayasa'nın çiğnenmesi pahasına ifa edilmesi tehlikesi doğabilecektir ki bunun önlenmesi gerekir. Sözleşme yasasının yürürlüğe girmekle devletler hukuku alanında geri dönüşü kabil olmayan sonuçlar doğurması özelliği onun yayımlanmadan önce denetlenmesini haklı kılmaktadır⁷³.

F. Anayasa Mahkemesine göre norm henüz yayımlanmadan ve yasa koyucu tarafından içeriği kesin olarak belirlenmediği sürece bu normun Anayasaya uygunluğu denetlenemez ve bu norm konusunda yasa gücünde karar verilemez⁷⁴.

F. Anayasa Md. 93 F. I. C. 2'ye göre Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesi Yasası'nda öngörülen yargılama çeşitlerinden biri olarak norm denetimi yargılaması ile henüz daha var olmayan bir normun Anayasaya aykırılığının «önleyici olarak belirlenmesi» mümkün değildir⁷⁵. F. Anayasa Md. 93 F. I Nr. 2 ve Md. 100 F. 1 «hukuku» yani «kanunu» şart koştuklarıdır. Başka bir deyimle yayımlanmış ama henüz yürürlüğe girmiş olmasa bile «normlar» giderici norm denetiminin konusu olabilirler. Bir kanunun yayımından önceki norm denetiminde denetim konusu yeter derecede belirli değildir. Ayrıca F. Almanya'da öğretide böyle bir durumda kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunması olgusunun ortaya çıkardığı yasa koyucunun düzenleme serbestisine büyük bir müdahale tehlikesinin varlığı ileri sürülmektedir⁷⁶.

Alman temsilciler meclisinde Anayasa ve yargı komisyonunun 6. oturumunda 16 Kasım 1948 tarihinde müzakereler sonucu, henüz yayımlanmamış bir yasanın yüksek bir mahkeme tarafından Anayasa'ya uygunluğunun denetiminin bir devrim oluşturacağı görüşünde birleşmiştir. Dr. Greve konuyla ilgili olarak şu açıklamalarda bulunmuştur :

«Bir yasanın değil de bir yasa tasarısının Anayasa'ya uygunluğunu denetleme olanağının Anayasa Mahkemesi'ne verilmesine

73. Krş. Bernhard, Festgabe BVerfGE II, 1976, S. 171 vd.; Ulsamer G., Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, BVerfGG, Prf. 76 KN. 17.

74. BVerfGE 1, 396.

75. BVerfGE 1, 396.

76. Stern K., (DN 72) S. 951; Hölzer N., (DN 72) S. 821 vd. sınırlı bir önleyici denetimden yanadır.

karşıyım. Çünkü F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin faaliyeti tamamlanmış tedbirleri, kabulüne karar verilmiş yasaları kapsamalıdır. Bir yasanın kabulüne karar verilmesi durumunda Anayasaya aykırı olacağının önceden Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin yasamanın yetki alanına müdahalesi anlamına gelecektir.» Komisyon üyeleri Dr. Greve'nin bu görüşüne uyduklar ve henüz yayımlanmamış bir yasa hakkında Anayasa Mahkemesi'nin karar vermesinin imkansız olacağı görüşünde (oy birliği ile) karar kıldılar. Bununla birlikte yasa koyucu için bağlayıcı olmayan «bir görüş bildirme yolu»nun kapalı olmadığı ve bu olanağın basit bir yasa ile yaratılabileceği görüşünde birleştiler⁷⁷.

F. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından yasa tasarılarının denetimi sorunu «Alman Partisi» (Deutsche Partei) meclis (siyasi parti) grubunun Anayasa Md. 128b F. 1/3 (Baskı Nr. 435)'e ilişkin bir teklifiyle bağlantılı olarak tartışıldı. Bu teklife göre bir Federe Devlet Parlamentosunun 1/5 tutarındaki üyeleri Federe Devlet hukukunun şekli ve maddi açıdan Anayasaya uygunluğu konusunda Anayasa Mahkemesinin kararını elde etme konusunda hakka sahip olmalıydılar. Milletvekili Zinn buna ilişkin olarak 13 Ocak 1949 tarihli 37. Genel Kurul oturumunda (Prot. 462) aşağıdaki görüşleri savunuyordu :

«Federe Meclis, tasarladığı veya kabul ettiği bir yasanın Federal hukuk veya Anayasa ile çatışıp çatışmadığı sorununu açıklığa kavuşturmak istiyorsa bu sorunu F. Anayasa Mahkemesi'nin istişari görüşüne başvurarak çözebilir» (BVerfGE 1, 404-405). F. Anayasa Mahkemesinin 30 Temmuz 1952 tarihli kararında savunduğu görüşe göre⁷⁸ norm denetiminin konusu Triepel'in tanımlamasına göre⁷⁹ -belli bir hukuk kuralının geçerli veya geçersiz olduğuna ilişkin yargısal tespittir. Ancak var olan bir norm, norm denetiminin konusunu oluşturur.- Bu görüş Anayasa'daki düzenlemeye uygundur. Bir norm yayımlanmadığı ve yasa koyucu tarafından içeriği kesin olarak belirlenmediği sürece, Anayasaya uygunluğu denetlenemez ve norm üzerinde yasa gücünde karar verilemez.

F. Anayasa ve F. Anayasa Mahkemesi Yasası, Anayasa Mahkemesi'nde görülmesi mümkün olan yargılama türlerini belirlemiştir. Bu yargılama türlerinden biri olarak F. Anayasa Md. 93 F. I (2)

77. BVerfGE 1, 404.

78. BVerfGE 1, 406.

79. Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, 1923, S. 68.

deki norm denetiminin konusu öylesine sınırlandırılmıştır ki henüz var olmayan bir normun Anayasa'ya aykırılığının önleyici nitelikte tespitine izin vermemektedir.

F. Anayasa Mahkemesi'nin kendi yargılamasını serbestçe düzenleyebilmesi olgusu aslında izin verilmiş bir yargılama sürecini serbestçe düzenleyebileceği anlamına gelmekte, ama izin verilmiş bir yargılamayı kanunun dışına çıkarak genişletebileceği anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın bekçiliğini yapma görevinden de başka bir sonuç çıkmamaktadır. Çünkü F. Anayasa Mahkemesi bu görevi sadece ona yasa ile çizilen sınırlar içerisinde yerine getirmekle yükümlüdür⁸⁰.

F. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre : «F. Anayasa Mahkemesi Yasası Prf. 31 F. II de belirlendiği üzere Anayasa Mahkemesi kararlarının yasa gücünde olması nedeniyle henüz daha var olmayan bir normun Anayasaya aykırılığı konusundaki karar yasakoyucu için bir «yasak» etkisi doğuracaktır. Bu olguda Anayasa Mahkemesi'nin yasa koyma sürecine bir müdahalesi ve kuvvetler ayrılığı ilkesine bir aykırılık söz konusu olabilecektir. Her ne kadar her norm denetimi yargı gücünün yasama alanına bir tecavüzü anlamına gelmekte ise de F. Anayasa Mahkemesi'nin yasama organlarının henüz oylamadığı bir kuralın geçersizliğini yasa gücünde belirlemesi mahkemenin mevkiini yasama gücü karşısında haddinden fazla güçlendirmiş olacaktır.

Henüz var olmayan bir normun Anayasaya aykırılığının önleyici olarak tespiti F. Anayasa Md. 93 F. I 2 de düzenlenen norm denetimine aykırıdır. Norm denetimi var olan «Federal hukuku» şart koşturmaktadır. Buna tabiatıyla yürürlükteki Federal Hukuk dahildir. Bununla birlikte yayımlanmış ama yürürlüğe girmemiş hukuk da norm denetiminin konusunu oluşturabilir. Çünkü norm koyma sürecinin tüm katılanlarının faaliyeti sona ermiştir. Şu halde bir Federal kanun anlamında F. hukuk, yasama süreci sona erdiğinde yani resmi gazetede yayımlandığında vardır⁸¹. Weimar Anayasası imparatorluk içindeki Anayasa uyumsuzluklarının yargısal denetimi konusunda kural içermiyordu. Bu nedenle kanunların Anayasaya aykırılığı halinde çaresiz kalınıyordu. 33. ve 34. Hukukçular Gününde (1925 ve 1926) bu konu tartışılmıştır. 33. Hukukçular Gü-

80. BVerfGE 1, 409.

81. BVerfGE 1, 410.

nün'de⁸² Graf Dohna kanunların yayımlanmadan ve yürürlüğe girmeden Anayasaya uygunluğunun Devlet Mahkemesi tarafından denetlenmesinin gereği konusunda şunları söylüyordu : «Benim önerim kanunun görüşülmesi aşamasında bir denetimin mümkün kılınmasıdır. Bu denetim yayımlanmış bir kanunun mutlaklığına halel getirmeksizin arzu edilen ve faydalı bir tedbir oluşturmaktadır.»

Triepel ise böyle bir denetimi şöyle savunuyordu : «Bir kanunun Anayasaya uygunluğu ve aykırılığına yayımlanmadan önce herkesi bağlayıcı bir biçimde kesinlik kazandıracak bir olanak sağlanmalıdır. Ben bu tür uyuşmazlıkları çözme görevinin Devlet Mahkemesine ait olduğuna inanıyorum. Ancak Devlet Mahkemesine kanunun son oylaması yapıldıktan sonra başvurulması koşulunu koyuyorum. Çünkü aksi halde kanunu engelleme ve sürüncemede tutma girişimleri için kolay bir yol açılmış olacaktır. Ama herşeyden önce bir tek kanun hükmünün Anayasaya uygunluğu konusunda kanunun diğer hükümleriyle bağlantı kurulabildiğinde karar verilebilir. Bu da kanunun tümü belirlenmiş olduğunda mümkündür⁸³.»

34. Hukukçular Gününde de İmparatorluk Hükümetinin İmparatorluk kanunlarının Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi konusundaki iki kanun tasarısı tartışılmıştır⁸⁴. Bu tasarlardan birinin 7. Paragrafına göre Devlet Mahkemesi, İmparatorluk Başkanı'nın ya da İmparatorluk hükümetinin isteği üzerine kabulüne karar verilmiş bir kanunun içerdiği bir hükmün İmparatorluk Anayasası'na aykırı olup olmadığı konusunda kanun yayımlanmadan önce bir mütalaa verebilecekti. Devlet Başkanının kanunu yayımlama yetkisine dokunulmuyordu. Devlet Mahkemesinin görüşü istisari nitelikteydi.

Anschütz'ün hazırladığı tasarıda ise⁸⁵ Prf. 8 de öngörülen denetim sonunda istisari değil kanun gücünde bir karar verilebilecekti. Her iki tasarı da kanunlaşmadı. Zamanın koşulları nedeniyle Devlet Mahkemesi 13.7.1929 tarihli kararında henüz yayımlanmamış yani oluşum safhasındaki kanunların Anayasaya uygunluğu konusunda karar vermeğe yetkili olmadığını açıklamıştır⁸⁶. Nasyo-

82. 33. Hukukçular Günü Tutanakları (Verhandlungen des 33. Juristentags) S. 41 vd. : BVerfGE 1, 401.

83. BVerfGE 1, 401 vd.

84. Reichstags-Drucks, III. Wahlperiode 1924/26 Nr. 2855 : DJZ 1926, 837 vd.; Krş. Reichstags-Drucks IV. Wahlperiode 1928 Nr. 382.

85. Verhandlungen des 34. Juristentags Bd. II, S. 194; BVerfGE 1, 402.

86. Lamers-Simons II S. 98-99; BVerfGE 1, 402.

nal Sosyalizm devrinde kanunlar üzerinde yargısal denetim zaten bir anlam ifade etmiyordu. Bazı Federe Devlet Anayasa'ları savaş-tan sonra yukarıdaki gelişimler ve tartışmaların etkisinde kalarak henüz yayımlanmamış kanunların denetimi konusunu düzenlediler. (Eski Baden Eyaleti Anayasası; Bavyera Anayasası : Rheinland Pfalz Eyaleti Anayasası : Württemberg-Baden, Württemberg-Hohenzollern Anayasaları).

Önleyici Norm Denetiminde yasa henüz yürürlükte olmadığından Anayasaya aykırılığın ortadan kaldırılması halinde uygulanmış bir yasanın Anayasaya aykırılığına karar verilmesi durumundaki sorunların ortaya çıkmayacağı açıktır⁸⁷. Bunun dışında önleyici denetimin yasaların mutlaklığını koruduğu norm denetiminin hem normun hem bu normun yaratıcısı olduğunu iddia eden yasama erkinin denetimi olmayıp norma değil norm koyana yönelik olduğu, konusunun kural koymaya yönelik süreç ve amacının Anayasa ile bağdaşmayan bir hukuksal belgenin doğuşunun önlenmesi olduğu ileri sürülmüştür⁸⁸.

Ancak önleyici denetimin başlıca kullanım biçimi Anayasaya aykırılık itirazı olan yaygın denetim sistemiyle bağdaştırılması güçtür. Çünkü bu sistemde itiraz konusu olan normun halen pozitif hukukun bir parçası haline gelmiş olması gerekir⁸⁹. Ön denetimde Anayasa Yargısı yasanın siyasal oluşum sürecine (norm koyma sürecine) katılmaktadır. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin «olumsuz yasa koyucu» değil «ön yasayıcı», «eş yasayıcı» ya da «pozitif yasayıcı» durumuna gelmiş olacağı ve bu durumun yasama organının egemenliğini zedeleyeceği Anayasa Yargısının siyasal bir ikinci meclis niteliğini kazanacağı ve yasaların Anayasaya uygunluğunun denetiminin yargısal bir denetim olmaktan çıkıp siyasal bir denetim durumuna gelebileceği ileri sürülmüştür⁹⁰.

F. Alman Anayasa Mahkemesine göre Mahkemenin Anayasaya uygun bulduğu bir yasanın parlamento tarafından kabulü Mahkeme'nin yasamanın yetki alanına tecavüzü anlamına gelir. Yasa'nın yayımından önce, kuralın belirli olması unsuru ve hukuki koruma menfaati yoktur. Çünkü yasama organının böyle bir düzenlemeye karar verip vermiyeceği veya nasıl bir düzenleme yapacağı ke-

87. Bkz. Kaboğlu İ.Ö., (DN 15) S. 48.

88. BVerfGE 1, 404.

89. Kaboğlu İ.Ö., (DN 15) S. 48.

90. Kaboğlu İ.Ö., (DN 15) S. 48.

sinlik kazanmış değildir. Önleyici norm denetiminde henüz var olmayan bir kuralın Anayasa'ya aykırılığına karar verilmesi yasa koyucuya yönelik bir yasak etkisine sahiptir ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır⁹¹. F. Anayasa Mahkemesi sadece Andlaşma Kanunları (Vertrags-Gesetze) için ilan edilmelerinden önce norm denetimini kabul etmektedir. Ancak bu denetim kanunun ortaya çıkması için önem taşıyan sürecin başlamasından önce yani yasama organlarının toplam iradesi ortaya konmadan önce devreye girmemelidir. Yani F. Meclis kanunu kabul etmiş; F. Senatonun anayasal hakları korunmuş ve yasa koyma süreci-kanunun F. Başkan tarafından onaylanması ve yayımlanması hariç-tamamlanmış olmalıdır.

Eğer norm denetimine F. Başkan tarafından onaylandıktan sonra izin verilecek olursa ve F. Anayasa Mahkemesi Anayasa normlarının zedelendiğine dair bir karar verecek olursa F. Almanya'nın uluslararası yükümlülüklerini sadece Anayasa'nın zedelenmesi pahasına ifa etmesi tehlikesi ortaya çıkmış olacaktır. Bunun sonucunda daha başka anayasa-hukuksal ve devletler-hukuksal sorunlar doğabilecektir. Öyle ki norm denetiminin hukuksal barışa hizmet amacı sapıtırılmış olacaktır⁹².

b.3. Denetimin Yoğunluğu

F. Almanya'da genel olarak bakıldığında F. Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği spesifik Anayasa yorumundan kaynaklanan denetimin «iç genişlemesi» denetim kapsamının genişlemesinden daha büyük bir önem taşımaktadır.

1. Bir Değer Sistemi Olarak Anayasa

Buna göre Anayasa, münferit hak garantileri ve teşkilat kurallarının toplamı olarak değil, bir bütün, belli değer yargıları özellikle temel haklar ve hukuk devleti ilkesi ile şekillendirilmiş bir sistem olarak anlaşılmalıdır⁹³. Türk Anayasa Mahkemesi'nin de bazı kararlarında benzer bir eğilim gösterdiği ileri sürülmüştür⁹⁴.

91. BVerfGE 1, 407.

92. BVerfGE 1, 412 vd.

93. Krş. BVerfGE 2, 1 (12); 32 (40 vd.).

94. Çağlar B., *Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri*, Anayasa Yargısı 3, S. 175; Yayla Y., *Anayasa Mahkemesi'ne Göre Cumhuriyetin Özü*, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979; 1982 Anayasası'na Göre Devletin Özü, İHİD, 1985, s. 1-3, S. 133 vd.

Buna uygun olarak temel haklar, diğer Anayasa ilkeleri ve strüktürel ilkeler-Sosyal Devlet ilkesi ve demokrasi ilkesi gibi-uyum içinde geçerli kılınmalıdır. Bu olgu denetim kriteri olan Anayasa normunun koruma alanının, aynı zamanda diğer Anayasa normlarına riayeti de içerdiğini ortaya koymaktadır. Gerekli olan uyumun sağlanması temel hakların koruma alanının sınırlandırılması etkisini doğurabilir⁹⁵. Bu olgu yasa ile sınırlama olanağı olmaksızın garanti edilmiş temel haklar için de geçerlidir⁹⁶.

2. Genişletici Temel Hak Yorumu

Bunun dışında F. Anayasa Mahkemesi'ne göre temel hak garantileri, norm koyma ve norm yorumu sürecinin temel ilkelerini oluşturan ve olabildiğince kapsamlı bir biçimde gerçekleştirilmesi görevi devlet iktidarının taşıyıcılarına bırakılmış olan «objektif değer yargıları» içerirler. Bu görüş birey-devlet ilişkisinde bugüne kadar temel haklardan bağımsız alanlar olarak kabul edilen alanların-örneğin öğrencilerin ve tutukluların özel otorite ilişkileri- temel hakların etki alanına dahil edilmesi sonucunu doğurmuştur⁹⁷.

Bunun dışında bireyler arasındaki hukuksal ilişki düzeni de temel haklara uygun olmalıdır⁹⁸. F. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu olgu tüm hukuk alanları için; aile hukuku, tüm medeni hukuk ve özel hukukun çatışan normları için geçerlidir⁹⁹.

F. Alman Anayasa Hukukuna göre devletin sosyal açıdan düzenleyici faaliyet alanında da temel haklar bu şekilde anlaşılmalıdır. Eşitlik ilkesi yasa koyucu tarafından ihtiyari olarak verilen edimlerin adil bir biçimde dağılımını gerektirir. Bireylerin haklarını kullanabilmesini sağlayan reel koşulların yaratılması ve onların münasip bir oranda devlet edimlerine ve kurumlarına ortak olabilmesinin garanti edilebilmesi için yasa koyucunun alması gereken pozitif tedbirler konusunda da geçerlidir¹⁰⁰.

95. Örneğin özgürlük hakları-Sosyal Devlet ilişkisi; BVerfGE 18 257 (267, 273); Radyo özgürlüğü-kişiliğin korunması ilişkisi (F. Anayasa Md. 2 F.I.) BVerfGE 30, 173 : Düstur 5 ve S. 193 vd.; Mephisto.

97. BVerfGE 41, 251; 33, 1 (10 vd. 12).

98. BVerfGE 7, 198 (205 vd.) -Lüth 14, 263 (275)- Feldmühle.

99. BVerfGE 10, (59 vd.); 31, 58 (72 vd.)

100. Krş. BVerfGE 33, 303 (330 vd.) ve 8.2.1977 t.İl karar-BuFl/-in : EuGRZ 1977, S. 66 vd.- numerus Clausus I ve II.

Özgürlük hakkının çeşidine göre yasa koyucu için belli bir kurumsal düzenleme zorunluluğu ortaya çıkabilir. Örneğin Radyo-Televizyonun, Radyo-Televizyon özgürlüğünü¹⁰¹, Üniversitenin bilim özgürlüğünü güvence altına almasını sağlayacak şekilde teşkilatlanması konusundaki anayasal gereğin yerine getirilmesi¹⁰².

3. İçeriksel Denetim Araçları

F. Anayasa Mahkemesi bu genişletilmiş denetim yetkisini başarı ile uygulayabilmek için devamlı bir değişime uğrayan spesifik enstrümanlar geliştirmiştir. Bu enstrümanlardan birini yasa koyucunun faaliyetinin nasıl olması gerektiği konusundaki denetim oluşturmaktadır. Örneğin : Yasa koyucunun koyduğu hukuk normları yeter derecede açık ve belirgin olmalıdır¹⁰³. Yasa koyucu karşılaştırma gruplarına birbirlerine oranla eşit davranmalı veya eşitsiz davranmasında keyfi olmamalı ve farklı davranışında objektif açıdan akla yakın bir kritere dayanmalıdır¹⁰⁴. Türk Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre de eşitlik ilkesinin zedelenmemesi için eşitliği bozduğu iddia edilen kuralın haklı bir nedene dayanması ve kamu yararı amacı ile konulmuş olması gerekir¹⁰⁵.

F. Anayasa Mahkemesi'nin yasama organına emirler verip veremeyeceği ya da vermesi gerekip gerekmediği konuları tartışılmıştır. F. Anayasa Mahkemesi düzenli olarak ilke kararlarında bireysel özgürlük alanının, diğer temel hak taşıyıcıları ve toplumun menfaatleri gereği sınırlanıp sınırlanmayacağı ya da ne ölçüde sınırlanabileceği konusunda «yasa koyucunun sorumluluğu»na dikkati çekmekte¹⁰⁶ ve kararlarında yasa koyucunun düzenlemesinin «nasıl olması gerektiği» ne kesin ve radikal bir biçimde karışmaktadır. F. Anayasa Mahkemesi'nin bu müdahalesi yargı tarafından geliştirilen ve tüm hukuk dallarında riayet edilen bir ilke olan «oranlılık ilkesi» yoluyla gerçekleşmektedir.

F. Anayasa Mahkemesi'ne göre bireyin özgürlük alanına yapılan müdahalenin yoğunluğu, yasa koyucu tarafından toplumun men-

101. BVerfGE 12, 205, 261 vd.

102. BVerfGE 35, 79 (120 vd.).

103. BVerfGE 17, 306 (313 vd.).

104. BVerfGE 17, 319 (330); 18, 121 (124).

105. E. 1990/5; K. 1990/38; RG. 14.3.1990, 20814; Krş. E. 1988/4, K. 1989/3; K.t. 12.1.1989, AMKD 25 S. 3; E. 1987/1, K. 1987/18, AMKD 23, S. 297-318.

106. BVerfGE 33, 125, 157 vd.

faati için güdülen «amaç» karşısında tartılmalıdır. Yasa koyucuya tevdi edilmiş ve Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenen tartma işlemi ile müdahale araçlarının yasa koyucunun amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığı, birey için aşırı bir yüküm getirip getirmediği araştırılmalıdır¹⁰⁷.

Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Md. 13 F. II de yer alan sınırlamaların öngördükleri amaç dışında kullanıma yasağı ve Md. 15 II'deki olağanüstü yönetimlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının «durumun gerektirdiği ölçüde» durdurulabileceği Anayasa emri ışığında «oranlılık ilkesi»ni kullanmıştır¹⁰⁸. Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre durumun gerektirdiği ölçü ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvuru aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması anlatılmak istenmektedir¹⁰⁹. T.C. Anayasası Md. 13 F. II de genel ve özel sınırlamaların öngörülükleri amaç dışında kullanılmıyacağını hükme bağlamaktadır. Bu maddeye ilişkin Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde oranlılık ilkesinden söz edilmektedir : «Öngörülen amaçlar yahut nedenleri bahane ederek başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlandırılmayacak, yahut meşru amaç güdülerek sınırlandırılmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle amaç ve sınırlama orantısı her hali korunacaktır.»

Anayasa Md. 15 de olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına ancak «durumun gerektirdiği ölçüde» izin vermektedir. Bunun normal zamanlarda öncelikle geçerli olması gerektiği haklı olarak savunulmuştur¹¹⁰. Anayasa Mahkemesi istikrarlı olarak yasamanın temel haklarla bağlılığını özellikle yasaların oranlılığını kontrol etmekle aktüelleştirmektedir. Çünkü oranlılık yasa koyucu için temel haklara müdahale eden yasal düzenlemelerin her defasında takip edilen ve kendi açısından Anayasa'ya uygun olan amaca ulaşmak için elverişli ve zorunlu ol-

107. BVerfGE 30, 292 (315); 33, 171 (186 vd.); 36, 47 (58 vd.); Rupp-v. Brünneck W., Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, Verfassung und Verantwortung, (DN. 19) S. 355.

108. E. 1988/50; K. 1989/27, K.t. 23.6.1989. AMKD 25, S. 312; E. 1990/25. K. 1991/1, K.t. 10.1.1991, AMKD 27, C. I, S. 97.

109. E. 1990/25; K. 1991/1, K.t. 10.1.1991, AMKD 27 C. I, S. 97; Kaboğlu İ.Ö., (DN 15) S. 120.

110. Özbudun E., (DN 9) S. 87.

ması anlamına gelmektedir¹¹¹. F. Almanya'da yargısal içtihatlar ve egemen görüş tarafından dar anlamda oranlılık ilkesine son bir kriter eklenerek müdahale veya tecavüzün birey bakımından anlamı ile güdülen amacın doğru değerlendirilmiş iyi tartılmış bir ilişki içinde olması istenmektedir. (Buna ölçülülük ve katlanılabilirlik de denilmektedir.) Zorunluluk kriteri bir çok eşit ölçüde elverişli müdahale olanağından en küçüğünün ve en müsamahakarının seçilmesini ister. Bu nedenle müdahalenin yoğunluk basamakları belirlendikçe oranlılık ilkesi, yasa koyucunun ancak amacına daha az yoğun olan basamakta ulaşamıyorsa, daha yoğun müdahale basamağına adım atmasını ister¹¹².

F. Alman Anayasa Yargısında oranlılık ilkesi zamanla belirginleşmiş, farklılaşmış ve geliştirilmiştir :

Belli temel haklara örneğin düşünceyi açıklama özgürlüğüne özel ve yüksek bir koruma değeri tanınmıştır¹¹³. Bir dizi temel hakta temel hak içinde müdahale tabakaları oluşturulmuştur :

- a) Dokunulmaz en iç tabaka
- b) Onun dışında sadece katı koşullar altında dokunulabilir tabaka
- c) Kamu yararının gerektirdiği ve keyfi olmayan mantıklı sınırlamalara açık en dış tabaka¹¹⁴.

Özellikle meslek ve ekonomi politikası sınırlamalarında yasa koyucunun belirlemelerinin ve tahminlerinin «Prognosen des Gesetzgebers» (Örneğin müdahaleye neden olan gerçek veya muhtemel tehlikenin tahmini) denetlenip denetlenmeyeceği veya ne ölçüde denetlenebileceği önem taşımaktadır. F. Mahkeme kural olarak burada ihtiyatlı davranmayı tercih etmektedir. F. Mahkemeye göre bir prognosun yanlış olduğu sonradan saptansa bile, bu prognos ancak yasa kabul edildiği zaman apaçık yanlış ise ve bu olgu yasa koyucu tarafından bilinebilecek durumda ise kuralın Anayasa'ya aykırılığına götürmelidir¹¹⁵.

111. Gören Z., Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995, S. 92 vd.

112. Gören Z., (DN 111) S. 94.

113. BVerfGE 7, 198 (208) Lüth, 20, 59 (197).

114. Krş. BVerfGE 7, 377 (403 vd.); BVerfGE 27, 1 (6 vd.); 34, 238 (245 vd.) ve BVerfGE 32, 54 (75 vd.).

115. BVerfGE 30, 250 (283 vd.).

4. Yeni Gelişimler

Devlet müdahalelerindeki denetimin tersine F. Alman Anayasa Mahkemesi Devletin klasik anlamda olumlu edimlerinin ve sosyal edimlerinin düzenlenmesi konusunu uzun süre yasa koyucunun serbest inisiyatifine bırakmıştır. Bu edimlerin yapılıp yapılmadığını denetlemek kural olarak anayasa yargısal denetim dışında bırakılmıştır. Bu konuda tek istisnayı verilen edimin değiştirilmesi ve kaldırılması halinde hukuk devleti ilkesinin (güvenin korunması) zedelenip zedelenmediğinin denetimi oluşturmıştır. Edimin nasıl olması gerektiğine ilişkin olarak Anayasa Yargısal denetim çoğunlukla eşitlik ilkesinin zedelenip zedelenmediğini incelemekle sınırlı tutulmuştur.

Bu nedenle yasa koyucunun açıkca sübjektif ve keyfi olmayan ayrımları Anayasa'ya uygun sayılabilmektedir. Bununla birlikte F. Anayasa Yargısı bu denetimi genel eşitlik ilkesinin özel somutlaştırma şekilleri -özellikle kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmaları (F. Anayasa Md. 3 F. II.) veya ayırım yasakları «köken, din ve politik görüş nedeniyle ayırım yasağı» (F. Anayasa Md. 3 F. III.)- ile combine ederek veya Anayasa'nın diğer koruyucu ilkeleriyle -örneğin evlilik ve aile veya evlilik dışı çocuklar yararına kabul edilmiş ilkelere¹¹⁶ ile- bağlantı kurarak arttırmıştır¹¹⁷.

F. Almanya'da son yıllarda klasik müdahaleci-bahşedici Devlet faaliyeti ayırımının modern endüstri toplumunun gerçeklerine artık uygun olmadığı, bireyi bir sosyal edimden mahrum bırakmanın ya da bir Devlet işlevinden hariç tutmanın, yeni bir sosyal düzenlemeye ilişkin kuralın konulmasının veya eski bir kuralın yeni koşullara uydurulmasının sürüncemede bırakılmasının onun Anayasa'da belirlenmiş temel hak statüsünü, örneğin meslek seçimi özgürlüğü veya genel eylem özgürlüğü alanındaki bir düzenlemeden daha fazla zedelediği anlaşılmıştır. Bu nedenle F. Anayasa Mahkemesi'ne göre sosyal düzenlemeler alanındaki yasal denetimin de en geniş çapta derinleştirilmesi gerekir¹¹⁸. Türk Anayasa Hukukunda sosyal ve ekonomik haklardan olumlu edim getirenlerin doğrudan doğruya uygulanabilir hukuk kuralları değil yasama organına siyasal nitelikte direktifler veren program hükümleri niteliğinde olduğu ileri

116. F. Anayasa Md. 6 F. I ve V.

117. BVerfGE 29, 71 (79); 25, 167 (173) 190 vd.

118. Krş. BVerfGE 33, 303 vd.; 34, 165 (182 vd.); BVerfGE 40, 65 (82); Rupp-v. Brünneck (DN 19), S. 356 vd.

sürülmektedir¹¹⁹. Bu tür kuralların kişiler için talep ve dava hakları doğurabilmesinin ancak yasama organının o alandaki yasal düzenlemesinden sonra doğabileceği ve Anayasa Md. 65'in de bu görüşü desteklediği savunulmaktadır¹²⁰.

Ancak bu görüş kabul edilse bile yasamanın takdirinin bu hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği konusunda değil «ne ölçüde» gerçekleşebileceği konusunda bulunduğu kabul edilmelidir. Yani yasa koyucu faaliyetinde «amaç» bakımından Anayasa'nın (direktifi) ile bağli «aracın yeterliliğinin takdiri yönünden» Anayasa çerçevesinde serbesttir. Bu sonuç Anayasa Md. 11'deki Anayasa'nın bağlayıcılığı ilkesinden çıkmaktadır¹²¹. Anayasa Md. 11'in açık ifadesi karşısında program hükümleri, yani hukuksal açıdan tümünden bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğindeki kurallar Anayasa'mızda bulunmamaktadır.

F. Almanya'da öğretide olumlu edim gerektiren sosyal ve ekonomik hakların devlet edimlerine katılma değil, devlet edimlerine eşit haklarla katılma olduğu ileri sürülmüştür¹²². Bu görüşe göre edimsel idareden bir alanın genişletilmesi kararı parlamentoya aittir. Bu yetki somut edim istekleri ile (Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla) başvurulduğunda kullanılabilmesi için Anayasa Yargısına verilmemiştir¹²³. Buna karşılık karşı görüş ise bugün bireyin özgür varlığının eskisinden daha çok sosyal -devletsel tedbir ve tedariklere gereksinmesi olduğu ve bunun gerçekleştirilebilmesi için Anayasa metninin yalnız negatif statüyü şekillendirip garantilediği yerlerde bile edim ve katılma haklarını garantilenmiş sayan bir temel hak yorumunun yapılması gerektiğini savunmaktadır¹²⁴.

119. E. 1963/138; K. 1964/71 : K.t. 11.12.1964, AMKD 2 S. 201 vd.; E. 1986/16, K. 1986/25, K.t. 21.10.1986, AMKD 22, S. 278 vd.

120. Özbudun E., (DN 9) S. 110.

121. Gören Z., (DN 111) S. 67.

122. Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre de yasama organı ekonomik gelişme ile mali kaynakları yeterli görerek (1961 Anayasası Md. 57) bir hakkı sağlayınca herkesi bunun kapsamına alması gerekir. Verdiği bir hakkı özellikle kazanıldıktan sonra bazı kişilerden geri alamaz. (E. 1963/138, K. 1964/71, K.t. 11.12.1964, AMKD 2, S. 264).

123. Stein E., Staatsrecht, Tübingen 1993, S. 255. (DN 73).

124. Pieroth-Schlink, Grundrechte-Staatsrecht, Heidelberg, 1986, S. 21, KN. 77.

5. Türk Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Verirken Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemiyeceği

1982 tarihli yürürlükteki Türk Anayasası 1961 tarihli daha önceki Anayasa'da bulunmayan bir kural getirmiştir : Anayasa Md. 153 F. II'ye göre «Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.»

F. Anayasa Mahkemesi de : «bir yasa kuralının yerine Anayasa Mahkemesi tarafından yeni bir kural konulması Anayasa Yargısının sınırlarını aşar» şeklinde karar vermiş olmakla birlikte¹²⁵ ne F. Anayasa'da ne de F. Anayasa Mahkemesi Yasası'nda buna benzer bir kural bulunmaktadır. Türk Anayasası'ndaki Md. 153 F. II kuralı Anayasa Mahkemesi için, «yasa koyucu yerine geçmek» ve «yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar vermek» konularında iki yasak içeren bir anayasal uyarı ve Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'ni daha çok özene davet eden bir çağrısı olarak nitelendirilebilir¹²⁶. Bu kural geçmişte Türk Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bazı iptal kararları ile yasama organının iradesi dışında yeni durumların ortaya çıkmasının yanlış değerlendirilmesinden kaynaklanmış¹²⁷ bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinde yeni bir sınırlama amacıyla getirilmiştir¹²⁸. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 51. maddesinin VI. fıkrası da Anayasa'nın bu kuralını tekrarlamaktadır.

Anayasa Md. 153 F. II de yer alan «... iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle» ifadesi ile Anayasa Mahkemesi'nin yasa koyucu yerine geçme, onun yetkilerine el atma gibi davranışlarda bulunamayacağı; «... yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez» ifadesi ile «yeni bir kural niteliğinde karar veremiyeceği» vurgulanmak istenmektedir¹²⁹.

Bu kuralın Anayasa'da yer almasının gerekmediği haklı olarak ileri sürülmüştür. Çünkü iptal kararı dava konusu kuralın ortadan

125. BVerfGE 2, 380 (406).

126. Özden Y.G., (DN 32), S. 87, 88, 89.

127. Özbudun E., (DN 9), S. 382.

128. Özden Y.G., (DN 32), S. 71.

129. Özden Y.G., (DN 32) S. 71.

kaldırılmasını gerektirmektedir. Aykırılığın giderilmesi ile birlikte yürürlükteki durumun yerine iptal edilen kuralın geçerli olmadığı yeni bir durum doğmaktadır. Kararın doğal sonucu «yeni bir kural değil», «Anayasa'ya uygun yeni bir durumun» doğmasıdır. Bu yeni durum Anayasa Mahkemesi'ni yasa koyucu durumuna getirmeyecektir¹³⁰. Bu kuralın getirilmesinin Anayasa Mahkemesi'nin seçim yasası kararına bir tepki olabileceği, mahkemenin yasanın tümünü değil sadece baraja ilişkin hükümlerini iptal etmesi sonucu yasama organının istencine uymayan bir seçim sistemi ortaya çıkmasının mahkemenin kendisini yasama organı yerine koyuşu şeklinde yorumlanmaması gerektiği vurgulanmıştır¹³¹.

İptal kararı yeni bir duruma yol açsa da bunun bir kural koyma olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Çünkü bu bir yasama işlemi değil yargısal bir işlemdir. Yasa koyucu yerine geçme eğiliminden kaçınılması gerektiği konusunda Anayasa Mahkemesi'ni uyarmanın gerekli olmadığını mahkeme kararlarındaki tutumuyla zaten göstermiştir¹³². Örneğin Anayasa Mahkemesi Avukatlık Yasası'nın 154. maddesinin iptaline ilişkin kararıyla da yasa koyucu yerine geçmemiş, iptal edilmeyen fıkralar yeni bir uygulamayı gerektirecek yapıda bulunmamış Yasa'nın kimi maddeleri de yasa koyucunun amacını sağlamaya yeterli görülmüştür¹³³.

Danışma Meclisi gerekçesinde «Öyle haller vardır ki bir hükmün iptali, uygulanması kanunen gerekmeyen bir başka hükmün uygulanmasını gerekli kılabilir. Örneğin kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Halbuki kanun koyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali milli iradeye ters düşeceğinden eşitlik ilkesi gibi temel ilkelere aykırı olmamak koşulu ile hüküm verirken bu özelliklerin göz önünde bulundurulması zorunludur» açıklamalarıyla «yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez» kuralının amacı ortaya konmaya çalışılmıştır. Oysa haklı olarak belirtildiği gibi iptal kararı ancak yasama organınca gerekli düzenleme yapılmaması durumunda yeni bir uygulamaya neden olur. Anayasa Mahkemesi'nin yetkisini sınırlama amacını güden bu kural Anayasa Md. 7'deki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin bir somutlaştırılması olarak düşünülebilir. Oysa mahkeme zaten

130. Özden Y.G., (DN 32) S. 73.

131. Özbudun E., Anayasa Yargısı 2, S. 145.

132. Özden Y.G., (DN 32), S. 75, 76.

133. E. 1984/12, K. 1985/6, K.t. 1.3.1985; Özden Y.G., (DN 32) S. 89.

kararlarıyla böyle bir uyarı ya da sınırlamaya gerek olmadığını kanıtlayan bir tutum sergilemektedir¹³⁴.

Anayasa Md. 153 F. II Anayasa Mahkemesi için bir sınırlama kuralı olarak öngörülmüşse de uygulamada iptal kararlarını engelleme etkisi doğurmamış, Anayasa Mahkemesi iptal kararları verme görevini kural koyucu durumuna düşmeme konusunda özen göstererek ifa etmiştir¹³⁵.

Sonuç olarak demokratik ve erkler ayrılığına dayalı bir anayasal düzende Anayasa Mahkemeleri'nin zaten böyle bir yetkisi olmadığından Anayasa Md. 153 II gereksiz bir kuraldır¹³⁶.

6. Türk Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Yürürlüğe Girişi Tarihini Ayrıca Belirlemesi

1961 Anayasası'nın Md. 152 F. II hükmüne paralel bir şekilde 1982 Anayasası Md. 153 F. III'e «Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçmez.»

Bu maddenin IV. fıkrasında 1961 Anayasası'nda bulunmayan bir kural yer almaktadır: «İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarısı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.»

T.C. Anayasası Md. 153 F. III'e benzer bir hükmün Avusturya Anayasası Md. 140 F. III'te yer almıştır. F. Alman Anayasası F. Anayasa Mahkemesi'ne böyle bir yetki tanımamıştır.

T.C. Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa-ya aykırılığı saptanmış bir kuralın yine Anayasa Mahkemesi kararı ile bir yıla kadar varabilen bir ek süre için yürürlüğü devam ettirilmektedir. Buna gerekçe olarak iptal kararının derhal yürürlüğe girmesiyle oluşabilecek hukuk boşluğunun kamu düzeni bakımın-

134. Aliefendioğlu Y., Anayasal Denetimin Kimi Sorunları, Yargıtay Dergisi, 1983/1-2, S. 64-67.

135. Özden Y.G., (DN 32) S. 87.

136. Rumpf C., Türk Anayasa Hukukuna Giriş, 1995, S. 110.

dan tehlikeli olabileceği ve bunu önleyici yeni bir yasal düzenleme yapabilmesi için yasama organına belli bir süre tanınması gerektiği düşüncesi gösterilmektedir¹³⁷. Ertelemeye karar verip vermemenin ve verildiği takdirde bunun süresini bir yılı aşmamak üzere saptamanın tümünden Anayasa Mahkemesi'nin takdirine bırakılması Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi yoluyla yasama organı üzerinde gerçekleştirdiği etkiyi artırdığı ve bu durumda F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin çağrı kararlarıyla yasal düzenleme yapması için yasama organına süre belirlemesine benzer bir durumun doğduğu izlenimi uyanmakta ise de aslında burada Anayasa Mahkemesi'nin yasamanın yetki alanına bir müdahalesinden çok yasama organına yetkisini kullanabilmesi için bir Anayasa direktifi ile gerekli olanağın sağlanması söz konusudur.

Uygulamada Anayasa Mahkemesi'nin tanıdığı süreye karşın yasa koyucunun bu konuda duyarlı davranmadığı görülmektedir¹³⁸. İptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesinin olsa olsa Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucunun öngörmediği bir düzenlemenin ortaya çıktığı, ya da Anayasanın 153'üncü maddesinin II. fıkrasındaki ifade ile «kanun koyucu gibi hareket ettiği» durumlarda bir anlam ifade edebileceğine işaret edilmektedir. Bu görüşe göre Anayasa Md. 153 F. II hükmü, Md. 153 F. III ile birlikte düşünülmelidir. Yani iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi, Anayasa Mahkemesi kararı ile kanun koyucunun öngörmediği bir düzenlemenin ortaya çıktığı durumlarda mümkün olabilir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin 1036 sayılı Seçim Kanunu'ndaki «baraj» sayısını iptal etmesi ile kanun koyucunun öngörmediği klasik d'Hondt sistemi ortaya çıkmıştır¹³⁹. Böyle durumlarda iptal hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından ertelenmesi gerekmektedir. Yani kararın yürürlük tarihinin Anayasa Mahkemesi tarafından ertelenmesi Anayasa Mahkemesi'nin kendi kendini sınırlaması (judicial self restraint) için Anayasa'nın ortaya koyduğu bir yoldur¹⁴⁰.

137. Teziç E., (DN 49), S. 209.

138. Bkz. E. 1970/39, K. 1971/44, K.t. 20.4.1971, AMKD 9, S. 477 (A. Givda ve A. Akar'ın karşı oyları : «Birçok ve benzeri durumda da saptandığı üzere iptal kararının yürürlük tarihinin ileriye bırakılmasının iptal nedeniyle oluşan boşluğun giderilmesinde hiç bir olumlu etkisi görülmemiştir.»; AKMD 8, S. 478; Teziç E., (DN. 46) S. 209.

139. E. 1968/15, K. 1968/13, K.t. 6.5.1968, AMKD 6, S. 170-175; Teziç E., (DN. 49), S. 210.

140. Teziç E., (DN. 49), S. 210.

F. Almanya'da F. Anayasa Mahkemesi'nin iptal yolu ile hukuk düzeninde bir boşluğun doğmasını önlemek amacı ile geliştirdiği içtihatlar sonucunda aşağıdaki olasılıklar ortaya çıkmıştır :

A. F. Anayasa Mahkemesi Kanunu iptal etmemekte ancak «Anayasa'ya aykırılığı»nı saptamaktadır. Bu yöntem 1970 yılında yasalasmıştır. (F. Anayasa Mahkemesi Yasası Prf. 31). Bu Anayasa'ya aykırılık kararından üç değişik sonuç ortaya çıkabilir.

1) Kanun yürürlükte dir ancak kanun koyucu gerekli düzenlemeleri yapmak zorundadır. (F. Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Organı üzerindeki yoğun etkisi).

2) Dava mahkemeleri böyle bir kanunun uygulama durumu ile karşılaştıklarında yeni bir düzenleme yapılana değ in bakmakta oldukları davaları erteleyebileceklerdir. (F. Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Organı üzerinde indirekt etkisi).

3) Anayasa Mahkemesi, yeni bir düzenleme yapabilmesi için yasa koyucuya belirli bir tarih önermektedir. (F. Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Organına direktif vermesi).

B. F. Anayasa Mahkemesi «Anayasa'ya uygunluğu» saptamakta ama gelecekte aykırı olabileceğini belirtmektedir. Bu durumda kanun Anayasa'ya aykırı olmasına karşın iptal edilmemekte, fakat gelecekteki aykırılığı gidermesi için yasa koyucunun gereken değişikliği yapmak zorunda olduğu belirtilmektedir¹⁴¹.

7. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Yasa Koyucuya Çağrıda Bulunması (Appell-Entscheidungen).

F. Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırı normların her durumda iptaline karar vermemektedir¹⁴².

I. Belli durumlarda F. Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermekten kaçınmakta ve normun sadece Anayasa'ya aykırılığını belirlemekle yetinmektedir. Bu durumlarda ilgili norm Anayasa ile bağdaşmamaktadır ancak iptaline de karar verilmemiştir. Bu karar çeşidi F. Anayasa Mahkemesi Yasası'na da sonradan dahil edilmiştir¹⁴³.

141. Bkz. BVerfGE 39, 169-196; Tezic E., (DN. 49), S. 210 vd.; Kıratlı M., Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler, AÜSBFD, C. XXXVII No : 3-4 Eylül-Aralık 1982, S. 127.

142. Bkz. B.I. 5. b.3.6.

143. FAMy Md. 31 F. II.

F. Anayasa Mahkemesi'nin bu şekilde karar vermesine iki faktör neden olmuştur : Birinci faktör, yasa koyucunun yasal düzenleme yapma konusundaki takdir yetkisinin korunmasıdır. İkinci faktör yasanın iptali ile bir hukuk boşluğunun doğmasının ve bundan kaynaklanacak hukuksal güvensizliğin önlenmesi düşüncesidir. Yasa koyucunun düzenleme yetkisi kuvvetler ayrımı ilkesinden kaynaklanmaktadır¹⁴⁴. Anayasa'nın emrettiği durumlarda karar verme yetkisi, F. Mahkeme'nin kararlarına göre F. Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanına girmemektedir. Ancak konulduğu sırada Anayasa'ya aykırı olmayan bir norm ekonomik, sosyal ve hukuksal gelişme ve muhtemelen diğer hükümlerle etkileşim sonucu zamanla Anayasa'ya aykırı bir duruma gelebilir. Bu durumlarda F. Anayasa Mahkemesi hukuksal durumun devam edeceğini açıklamakta, bundan sonraki düzenlemenin ne olacağı konusundaki politik kararı yasa koyucuya bırakmaktadır. Yasa koyucunun düzenleme yetkisine duyulan saygı birçok durumda F. Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesine aykırılığın saptandığı durumlarda yalnızca tartışma konusu eşitsizliğe neden olan düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğunu açıklamasına neden olmuştur.

F. Anayasa Mahkemesi bu nedenle eşitlik ilkesini ihlal eden yasal düzenlemelerin «sadece Anayasa'ya aykırı olduğuna» ilişkin bir dizi karar vermiştir¹⁴⁵. Bir normun iptali belli durumlarda bir hukuksal güvensizlik durumuna neden olur. Bir yasal düzenlemenin, yerine yeni bir düzenleme getirilmeden iptali tahammül edilemeyen bir hukuksal güvensizlik doğurabilir¹⁴⁶. Normun uygulanması suretiyle aslında Anayasa'ya aykırı olan durumun süreye bağlı bir şekilde kabulü anayasa-hukuksal açıdan daha avantajlı görülebilir. Bu durumlarda F. Alman Anayasa Mahkemesi kendisini Anayasa'ya aykırılığı belirlemekle sınırlamakta bununla birlikte yasa koyucuyu Anayasa'ya uygun bir durumun yaratılmasıyla yükümlendirmektedir. Bu konuda belli süreler belirlemekte ve hatta Anayasa'ya uygun bir düzenleme için olası yollar göstermektedir¹⁴⁷.

F. Anayasa Mahkemesi mahkumların hak ve yükümlülüklerinin yasa ile düzenlenmemesinin Anayasa ile bağdaşmadığına karar

144. Bu konudaki kararlar için Bkz. Leibholz-Rupprecht, Bundesverfassungsgesetz, Nachtrag 1971, Prf. 78 KN 4 ve Prf. 95 KN 6 : BVerfG, DÖV 1980, 215.

145. BVerfGE 62, 256 (289) ; 57, 336 (346) ; 52, 369 (379).

146. Klein H.H., Bundesverfassungsgericht und Staatsräson, 1968, S. 11 vd.

147. BVerfGE 33, 303; BVerfG EuGRZ 1986, 393 vd.

vermiş ancak belli bir geçiş dönemi için (yasama dönemi sonuna kadar) bu duruma katlanılmasına karar vermiştir¹⁴⁸.

F. Anayasa Mahkemesi öğrencilerin hukuksal durumlarının -örneğin okuldan uzaklaştırılmaları koşullarının- yasa ile düzenlenmemiş oluşunu sadece bir geçiş dönemi için katlanılabilir kabul etmiştir¹⁴⁹. Böylece F. Anayasa Mahkemesi temel haklara bir müdahale söz konusu olduğunda yasa ile düzenlemenin şart olduğuna ilişkin Anayasa emrini F. Devlet ve eyalet yasa koyucusuna kabul ettirmiştir. Kendilerine ilgili yasaları çıkartma konusundaki görevlerini hatırlatmıştır¹⁵⁰.

II. Bazen de F. Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırılık belirlemesinden kaçınmaktadır. Mevcut düzenlemenin bir geçiş dönemi için «uygulanabilirliğine» karar vermekte ve yasa koyucuyu bu süre içinde Anayasa'ya uygun düzenlemeyi yapmakla yükümlendirmektedir. Bu tür kararlara göre yasa henüz Anayasa'ya aykırı değildir. Ancak mahkeme kesin olarak belirlediği bir süre içinde durumu düzeltmesi için yasa koyucuya çağrıda bulunmaktadır.

F. Meclis seçimlerinin geçerliliği konusunda son denetim organı olan F. Anayasa Mahkemesi bu nedenle yaptığı bir seçim yasası denetiminde Eyaletlerde sonradan meydana gelen nüfus dağılımı ve gelişimi nedeniyle, 1949 tarihli seçim çevreleri taksimatının (Anlage zum Bundeswahlgesetz vom 7.5.1956 (BGBl I, S. 383)) ileride Anayasa'ya (seçimin eşitliği ilkesine) aykırı olabileceği yolunda karar vermiştir. (22.5.1963 t.li karar) F. Anayasa Mahkemesi bu kararında mevcut durumun hali hazırda kabul edilebilir olduğu ancak seçim çevrelerinin şu an için Anayasa'ya uygun olan durumunun ne zaman Anayasa'ya aykırı olabileceğini saptamanın kolay olmadığını ancak bir sonraki seçimlerin doğru ve dürüst gerçekleşebilmesi için Anayasa gereğince yasa koyucunun bu yasama döneminde seçim çevrelerini belirleyen yeni bir cetveli çıkartmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir¹⁵¹. F. Yasa koyucu bu isteği 1964 tarihli seçim yasası ile yerine getirmiştir. (Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14.2.1964 (BGBl I, S. 61)).

148. Krş. BVerfGE 33, 1; 40, 276.

149. BVerfGE 41, 251.

150. F. Mahkemenin eşitlik ilkesi gereği verdiği çağrı kararları için Bkz. BVerfGE 65, 160; BVerfGE 54, 11.

151. BVerfGE 16, 130 (141 vd.) : Krş. BVerfGE 7, 282; BVerfGE 21, 12 (42).

F. Mahkeme 1969 yılında, F. Anayasa Md. 6 F. V'te yer alan «nesebi düzgün olmayan çocuklara, nesebi düzgün çocukların sahip olduğu hakların sağlanması konusundaki Anayasa direktifinin yasa koyucu tarafından yerine getirilmesi için yeterli zamanın geçtiği ve halihazırdaki durumun ancak içinde bulunulan yasama dönemi sonuna kadar -yani 6 ay gibi bir zaman süreci içinde- kabul edilebilir olduğu ve bu Anayasa emrinin mahkemeler tarafından doğrudan doğruya uygulanması için yeterince açık olduğu yolunda karar vermiştir¹⁵². F. Anayasa Mahkemesi'nin, yasa koyucu Anayasa direktifini belirlenen süre içinde yerine getirmedeği takdirde, Anayasa iradesinin olabildiğince yargı tarafından doğrudan doğruya yerine getirilebileceği şeklindeki açıklaması bir başka Anayasa emriyle (Eşit Haklara Sahip Olma İlkesi) daha önce edinilen deneyimlere dayanmaktadır¹⁵³. Bu konudaki Reform Yasası da yasa koyucu tarafından süre dolmadan çıkarılmıştır. (Gesetz über die Rechtliche Stellung der Nichteelichen Kinder vom. 19.8.1969 (BGBl I, S. 1243)).

F. Almanya'da Sosyal Sigortalar Yasası, kocalarının ölümüyle dul kalan kadınlara herhalde dul aylığı ödenmesini, buna karşılık dul kalan erkeklere bu aylığın ancak ailenin geçimini ölümden önce daha çok kadın sağlıyor idiyse verilmesini öngörüyordu. F. Anayasa Mahkemesi 1963 yılında bu düzenlemeyle kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin zedelenmediği çünkü kadınlar çalışmış olsalar bile kocalarından herhalde daha az kazandıkları ve bu nedenle dul aylığına dul erkeklerden daha çok muhtaç oldukları yolunda bir karar vermişti¹⁵⁴.

Ancak 1975 yılında aile hukuku alanında eşlerin rollerinin yasa ile değil eşlerin kendi kararlarıyla belirlenmesi yolunda bir yasal düzenleme yapılması ve çalışan kadın oranının da fiilen % 30'lara çıkması üzerine F. Anayasa Mahkemesi Sosyal Sigortalar alanındaki ilgili mevzuatın halen (F. Anayasa Md. 3 F. II'deki «Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları İlkesi») ile bağdaşır olduğuna ancak değişen koşullara uyum sağlanması için yasa koyucuya yeterli zaman sağlanması gerektiğine karar vermiştir¹⁵⁵.

F. Yasa koyucu F. Anayasa Mahkemesi'nin çağrısına kısa bir gecikme ile uyarak geniş kapsamlı bir reform başlatmıştır¹⁵⁶. F. Ana-

152. BVerfGE 25, 167.

153. Krs. F. Anayasa Md. 3 F. II ve 117 F. I : BVerfGE 3, 225.

154. BVerfGE 17, 1.

155. BVerfGE 39, 169.

156. Zeidler W., (DN 47) S. 55.

yasa Mahkemesi verdiği bu tür kararlarla bir yandan Anayasa'ya aykırı duruma uzun süre göz yummak zorunda kalmamakta diğer yandan iptal kararının istenmiyen sonuçlarını engelleyebilmektedir. Bu şekilde iptal kararı vererek Anayasa ile şimdiki durumdan daha az bağdaşan bir durumun ortaya çıkması önlenmeye çalışılmaktadır. Aynı zamanda yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdir alanı korunmuş olmaktadır.

Türk Anayasası M. 131 F. II de yer alan «iptal kararlarının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda TBMM iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarısı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar» kuralı Anayasa Mahkemesi'nin yasama organına yönelik bir çağrısı olmayıp bir Anayasa direktifidir ve Anayasa Mahkemesi kararlarının etki ve sonucuna ilişkindir¹⁵⁷.

b.4. Judicial-Restraint Sorunu

Yasa koyucu ile olan ilişkide müdahale sınırının doğru belirlenmesi ya da başka bir anlatımla «judicial restraint»i koruma F. Almanya'da yargısal norm denetiminde sürekli bir problem oluşturmuştur.

Yasa denetiminin yukarıda açıklandığı biçimde genişlemesi ve derinleştirilmesi bu problemi daha da zorlaştırmış ve önemini arttırmıştır.

F. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa normlarından yasa koyucunun belli bir yönde hareket etmesi için değer yargıları ve görevler çıkarılmakla birlikte demokratik pluralist bir toplumda, çatışan menfaatleri dengeleme, denkleştirmek ve çoğunluk kararı ile siyasal amaçları ve onların gerçekleştirilmesi yolunu belirleme halkın meşru kıldığı parlamentoya bırakılmalıdır¹⁵⁸. F. Mahkemeye göre F. Anayasa Mahkemesi özellikle sosyal düzenlemeler alanında Anayasa uygulaması ve Anayasa gelişiminin çeşitli olanakları arasında yapılacak seçimi fonksiyonel açıdan bu iş için görevlendirilmiş, donatılmış, demokratik bakımdan meşru kılınmış Anayasa organına bırakılmalıdır. Federal Anayasa Mahkemesi sadece anayasa-hukuksal açıdan «doğruluğunu» garanti edebileceği kararları vermelidir¹⁵⁹.

157. Kaboğlu İ.Ö., (DN 15) S. 88.

158. BVerfGE 33, 125 (159).

159. Rupp-v. Brünneck W., (DN 19), S. 358.

Bu düşüncelere dayanılarak yasama ile Anayasa Yargısı arasındaki fonksiyonel sınırları korumak için F. Almanya'da da yargıcın kendi kendini sınırlaması (judicial-self-restraint) türünde ek kurumlar geliştirilmiştir¹⁶⁰.

F. Anayasa Mahkemesi'ne göre yargıcın kendi kendini sınırlaması ilkesi devlet gücünün saldırılarını savuşturma söz konusu olduğunda değil halk tarafından doğrudan doğruya meşru kılınmış yasa koyucuya anayasa-hukuksal denetim yoluyla sosyal düzenlemeler konusunda talimatlar verilmesini engellemek amacıyla kullanılmalı yasa koyucunun bu konudaki iradesi Anayasa Mahkemesi kararıyla olabildiğince az zedelenmelidir¹⁶¹.

Temel hareket noktasındaki fikir birliğine karşın bu sınır belirlenmesi sorunu F. Mahkeme'de birinci senatoda karşı oylara yansıyan tartışmalara neden olmuş ve bu tartışmalar öğretilerde de sürdürülmüştür. Tartışma konularından birincisini üniversite hocalarının özerk üniversite yönetim organlarında oy hakkına sahip olmasının doğrudan Anayasa'dan çıkartılabilmesi¹⁶²; İkincisini, yaşamı (embriyonu) koruma konusundaki devlet ödevinin yerine getirilmesi için insan onurunun korunması ilkesi ile bağlantılı olarak yaşam üzerindeki temel haktan (F. Anayasa Md. 2 F. I; Md. 1 F. III) yasa koyucunun kürtajı cezalandıran hükümler koyma ya da mevcut hükümleri koruma yükümlülüğünün çıkarılabilmesi olmuştur¹⁶³. Bununla birlikte F. Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği «judicial self-restraint» ilkesi F. Anayasa Mahkemesi'ne göre anayasal-düzenin korunmasına ilişkin yetkinin azaltılması ve zayıflatılması anlamına gelmemekte, siyaset icra etmekten, yani Anayasa tarafından yaratılmış ve onun tarafından sınırlanmış alanda serbest politika yapmaktan feragat anlamına gelmektedir. Judicial-self-restraint ilkesi Anayasa tarafından politika yapmaları için diğer Anayasa organlarına verilmiş alanın serbest bırakılmasını amaçlamaktadır¹⁶⁴.

Türk Anayasa Mahkemesi de «judicial-self-restraint»e örnek oluşturacak kararlar vermiştir. «Onda birlik baraj uygulamalı nisbi temsil sistemini» getiren 2972 sayılı «Mahalli İdareler ile Mahalle

160. BVerfGE 35, 257 (251); Zeidler W., (DN 47), S. 48 vd.

161. BVerfGE 4, 331 (351).

162. BVerfGE 35, 79 (139 vd., 149 vd.).

163. BVerfGE 39, 1 (45 vd., 73 vd.).

164. BVerfGE 36, 1 (4) vd.

Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun»un bazı kurallarının Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında mahkeme bu ilkeyi uygulamıştır.

Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre: «kanun koyucu ülkenin siyasi ve sosyal koşullarına, gerçeklerine, yararlarına uygun göreceği bir seçim sistemi tayin etmek hakkına haizdir «.....» kanun koyucunun takdirine bağlı bir konudaki tercihin isabet derecesinin tartışılmasının Anayasa'ya uygunluk denetimi bakımından bir önem taşımadığı açıktır «.....» daha çok teknik yönden yapılabacağı kuşkusuz olan Anayasa'ya uygunluğun denetiminde «.....» yasa koyucunun siyasi tercihlerine müdahale edilmemelidir¹⁶⁵.

b.5. Anayasa'ya Uygun Yorumlama

Anayasa'ya uygun yorumlama Anayasa yargıcının yasama karşısında kendi kendini sınırlama yöntemleri arasında birinci sırada yer almaktadır. Bu ilkeye göre bir yasa, Anayasa ile bağdaşır bir şekilde yorumlanabiliyorsa iptal edilmemelidir¹⁶⁶. Amerikan Yargısının eski bir geleneğini oluşturan bu ilke F. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından çok kere iptal kararına varmamak için çambazvari bir biçimde kullanılmıştır. F. Alman Anayasa Mahkemesi bir çok kereler sözü bakımından Anayasa'ya aykırı bir kuralı Anayasa'ya uygun yorumla muhafaza etmiştir. Ancak F. Anayasa Mahkemesine göre «bu yöntemle normun içeriği temelden yeni belirleniyorsa bu yönetime başvurmak mümkün değildir. Böyle bir durumda Anayasa'ya aykırı kural yerine Anayasa'ya uygun bir kural koyma konusunda karar verme yasa koyucuya bırakılmalıdır. Onun hukuk politikasına ilişkin kararına Anayasa Mahkemesi karışmamalıdır ve karışamaz¹⁶⁷. «Yasanın sözü ile yasa koyucunun açıkca anlaşılan iradesi arasında çelişkiye düşüldüğünde bu yorum geçerli değildir¹⁶⁸. Ancak F. Anayasa Mahkemesi bu yorum metodunu Thoma'nın görüşüne uygun olarak öncelikle bir temel hakkın etki

165. E. 1984/1; K. 1984/2, K.t. 1.3.1984, AMKD 20, S. 161; Benzer yönde E. 1987/23, K. 1987/27, K.t. 9.10.1987, AMKD 20, S. 380-381; E. 1986/17, K. 1987/11, K.t. 22.5.1987, AMKD 23, S. 225-226; Çağlar B., Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkıları, Anayasa Yargısı, 1986, s. 2, S. 190.

166. BVerfGE 2, 226 (282); Zeitler F.C., Verfassungsgericht und Völkerrechtlichen Vertrag, 1974, S. 215 vd.

167. BVerfGE 8, 78 vd.

168. BVerfGE 18, 97, 111.

gücünün en güçlü bir şekilde geliştirilmesi amacıyla uygulamıştır¹⁶⁹.

Türk Anayasa Mahkemesi de Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'ya uygun yorum tekniğini uygulamaktadır. Anayasa Mahkemesi İcra İflas Kanunu Md. 178 F. I kuralının Anayasa ile bağdaşır bir şekilde yorumunu yaparak Anayasa'ya aykırı olmadığı yolunda karar vermiştir¹⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında geçici 15. maddenin kapsamında olan ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa hükümlerinin Anayasa'ya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi, bunların Anayasa Mahkemesi'nce ihmal edilmesinden söz edilemeyeceğini bu durumdaki hükümlerin ancak Anayasa'nın temel ilkelere ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabileceğince uygun düşecek biçimde yorumlanmalarının düşünülebileceğini belirtmiştir¹⁷¹.

6. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Hukuksal Sonuçları

a. Anayasa Yargısal Karar İçerikleri

F. Alman Anayasa Mahkemesi uyguladığı üç yargılama çeşidinde denetim konusu yasanın Anayasa'ya aykırılığının belirlenmesi durumunda «yasanın iptaline» veya «Anayasa'ya uygun olmadığına» karar verebilir ve Anayasa'ya aykırılığın reddedilmesi durumunda normun «Anayasa'ya uygunluğunu» resmen saptayabilir. İptal kararı normu derhal hükümsüz kılar.

«Anayasa'ya aykırılık kararı» Anayasa Yargısı tarafından geliştirilmiş ve F. Anayasa Mahkemesi Yasası'na sonradan dahil edilmiş bir karar çeşididir. Bu kararı F. Anayasa Mahkemesi tespit edilen Anayasa'ya aykırılığın ortadan kaldırılması için birden çok yolun söz konusu olması durumunda, seçimi yasa koyucuya bırakmak istediğinde vermektedir. (F. Anayasa Mahkemesi'ne göre yasa koyucu devlet edimlerini belli gruplara vererek eşitlik ilkesine aykırı davranıp diğer kişi gruplarını mağdur etmişse Anayasa'ya aykırılık ya mağdur edilen grubun edimden faydalananlar çevresine dahil edilmesi veya bugüne kadar avantajlı olan gruba yapılan edimlerin

169. BVerfGE 5, 55 vd. (72).

170. E. 1984/18; K. 1984/10; K.t. 20.9.1984; AMKD 20, S. 298; Çağlar B., (DN 185), S. 193.

171. E. 1984/1; K. 1984/1; K.t. 28.9.1984; AMKD 20, S. 504.

kaldırılması ya da edime hak kazanma konusunda temelden yeni bir düzenleme getirilmesi ile kaldırılabilir¹⁷².

F. Anayasa Mahkemesi bunun dışında denetim konusu normun «sadece belli bir yorumla» «Anayasa'ya uygunluğuna» karar verebilir ya da tersine-normun geçerliliği ile ilgilenmeden normun belli bir şekildeki yorumunu «Anayasa'ya aykırı» bulabilir. «Karar metninde» normun yorumu konusunda gerekçeyle yollama yapılmasına ilişkin bir açıklama varsa böyle bir sonuç «kararın gerekçesinden» çıkarılabilir. Bu tür «Anayasa'ya uygun yorum» problemi 1974 de Baden-Baden'deki Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nda ele alınmıştır¹⁷³.

Bu karar çeşitleri temelde yasama erkine ilişkin olarak «judicial self restraint»ın bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir. Yasa koyan organların gerçek iradesi yürütme ve yargının yanlış ve Anayasa'ya aykırı yorumuna karşı korunmalıdır. Aksi halde Anayasa Mahkemesi'nin istemeden norma, yasa koyucunun iradesinden uzak veya ona aykırı bir yorum getirmesi tehlikesi mevcuttur ve sonuçta yasa koyucunun takdir alanına bir normun iptalinden daha güçlü bir şekilde müdahale etmesi mümkündür¹⁷⁴.

F. Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği yukarıda sözü edilen çağrı kararları «Appell-Entscheidungen» yasa koyucu karşısında mahkemenin çekimser tutumunun bir başka örneğidir ve kararlarının büyük bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu durumda mahkeme denetim konusu yasanın durumuna göre ılımlı duraksamalara karşın «Anayasa'ya uygun olduğuna» karar vermekte ama yasa koyucu ya çağrıda bulunmakta veya onu açıkca hemen veya belli bir süre içinde dava konusu kuralı kaldırmak veya onu değiştirmekle yükümlendirmektedir. Bu yolun geliştirilmesinin nedeni F. Anayasa Mahkemesi'nin bir yasayı gelecekteki bir tarih için yürürlükten kaldırma konusunda başka Anayasa Mahkemeleri'nin sahip olduğu yetkiye örneğin Türk Anayasa Mahkemesi'nin sahip olduğu iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi yetkisine sahip olmamasıdır¹⁷⁵.

F. Anayasa Mahkemesi bazı durumlarda süreye bağlı tutulmamış bir Anayasa direktifini yerine getirmesi için yasa koyucuya

172. Krş. BVerfGE 22, 349 (360 vd.).

173. Krş. EuGRZ 1974, S. 85 vd.

174. BVerfGE 33, 52.

175. Rupp-v. Brünneck, (DN. 19), S. 360.

bağlayıcı bir süre belirlemektedir¹⁷⁶. Ya da yasa koyucunun başlangıçta şikayet edilmeyen ancak hukuk bilincindeki ve yaşam koşullarındaki değişiklik nedeniyle sonradan Anayasa'ya aykırı olduğu ortaya çıkacak olan kuralda reform yapması sağlanmış olmaktadır¹⁷⁷. Bu yolla yasa koyucunun hareketsizliğine karşı Anayasa Mahkemesi'nin yasama alanına gittikçe artan oranda bir müdahalesi gerçekleşmektedir. Bugüne kadar yasama organları mahkemenin bu ihtarlarını hemen her defasında ve süresi içinde yerine getirmişlerdir¹⁷⁸. F. Almanya'da Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen bir yasa Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygun bulursa o kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hüküm ifade ettiği kabul edilir. İptal kararları da Anayasa'ya aykırılık yasanın ortaya çıkışında mevcut olduğu sürece hemen etki doğurur ve ilke olarak ex-tunc¹⁷⁹ sonuç doğururlar. Bu bakımdan iptal kararlarının inşai (constitutiv) değil açıklayıcı (declarativ) olduğu belirtilir. Ancak iptal kararı ile ortaya çıkan yasadışı durum devlet için kötü ve yıkıcı sonuçlar doğurabilir ve eskisinden daha kötü bir anayasa-hukuksal durum doğabilir¹⁸⁰.

Bu nedenle F. Anayasa Mahkemesi Yasası önceye etkili iptal sonuçlarını hafifletici kuralları içermektedir. F. Anayasa Mahkemesi Yasası Md. 79 şöyle bir düzenleme getirmiştir :

«Bir kimse sonradan iptaline karar verilmiş olan bir yasa maddesine dayanarak ceza hükmü giymiş ise, yargılamanın iadesini istemek hakkına sahiptir. Fakat iptal edilen bu yasa maddesine dayanarak verilmiş ve tekrar gözden geçirilemeyecek şekilde kesinleşmiş bulunan diğer bütün hükümler ve idari kararlar yine mevcut olmakta devam ederler ancak artık icra edilemezler. Bu durumda eski halin iadesi istenemez¹⁸¹. Türk Anayasa Mahkemesi, «Anayasa'ya aykırılık kararları» ve «Anayasa'ya uygunluk kararları» olarak iki tür karar verir. Anayasa'ya aykırılık kararları dava konusu yasanın iptali sonucunu doğurur. Bunun dışında Anayasa Mahkemesi iki tür «aracı karar» geliştirmiştir. Bunlardan biri «yo-

176. BVerfGE 25, 167; F. Anayasa Md. 6 F.V.'e ilişkin olarak : Nesebi düzgün olmayan çocukların hukuku.

177. BVerfGE 33, 1 ve 40, 276.

178. Rupp-v. Brünneck (DN 19) S. 360.

179. Önceye etkili.

180. BVerfGE 16, 130; 21, 12.

181. Rupp, Judicial Review in the Federal Republic of Germany, Amer. Jour. Comp. Law 9 (1960), S. 37; Kıratlı M., Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1963, Ankara, S. 40 vd.

rumlayıcı» kararlardır. Mahkeme bu tür kararlarda yasayı iptal etmeden onu Anayasa'ya uygunluk açısından yorumlamaktadır.

Bu yorum kararlari yasayı uygulayacak olan mahkemelerin yorumlarını ve uygulamalarını ve yürütme makamlarını etkileyebilecektir¹⁸². İkinci tür aracı kararda Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırı olmasına karşın yasayı iptal etmemektedir. Ama ihmal ederek Anayasa kuralını ilgili davada doğrudan uygulamaktadır. Eğer Anayasa'ya aykırılık oluşturan yasa yargı denetimi dışında olması nedeniyle Anayasa'ya aykırılık kararı verilemiyorsa Anayasa Mahkemesi bu karar türünü uygulamaktadır. Bu karar türünün verilebilmesi için Anayasa kurallarının açık ve ayrıntılı ve görülmekte olan davada doğrudan uygulanabilir durumda olmaları gerekmektedir¹⁸³. Türk Anayasası Md. 153 F.V.'e göre iptal kararlari geriye yürümez. Ex-nunc (geleceğe yönelik) bir etkiye sahiptirler. Türk Anayasası'nda iptal edilen yasaya dayanılarak verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet kararlari üzerinde iptal kararlari'nin etkisi konusunda bir kural bulunmamaktadır. İptal kararının geriye yürütmezliği ilkesinin sonucu olarak bu karardan önce kesinleşmiş olan mahkumiyet hükmünün infazına devam edilmesinin adalete ve ceza hukuku ilkelerine ters düşeceği açıktır.

Aynı durum iptal kararı sonucunda ilgiliye daha hafif bir cezayı gerektiren bir yasa kuralının uygulanması söz konusu olduğunda da geçerlidir. Böyle hallerde T. Ceza Yasası Md. 2 gereği cezanın icrasının ve yasal sonuçlarının kendiliğinden ortadan kalkması gerekir¹⁸⁴. Türkiye'de öğretide F. Alman Anayasa Mahkemesi Yasası'nın öngördüğü şekilde ilgiliye muhakemenin iadesini isteme hakkı verilmesinden yana olanlar vardır¹⁸⁵.

Türk Anayasası'nın Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş iptal kararlari'nin geriye yürütmezliği ilkesini kabul etmesinin nedeni iptal kararlari'nin kazanılmış hakları (hukuk güvenliğini) ortadan kaldırıcı ya da adalet ilkesine zarar verici sonuçlar doğurmasını önleme çabasıdır.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi bir kararında iptal kararının geriye yürümemesi kuralının herhalde tartışmasız uygulan-

182. Özbudun E., Aliefendioğlu Y., (DN 41) S. 187.

183. Özbudun E., Aliefendioğlu Y., (DN 41) S. 186.

184. Özbudun E., (DN 9) S. 385.

185. Kıratlı M., Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, 1966, S. 182-183; Armağan S., Anayasa Mahkememizde Kazai Mürakabe Sistemi, 1967, S. 145-146.

masının hukuk açısından sakıncalı olabileceğine işaret etmiş ve iptal kararlarının geriye yürütebilecek nitelikte olup olmayacağını ve bunun sonuçlarını saptamanın kendi görevi içinde bulunmadığını belirtmiştir¹⁸⁶.

İptal kararının geriye yürümemesi kuralının hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla konulması karşısında bu kuralın sadece kesin hüküm hallerinde bir önem taşıması nedeniyle kesin hüküm halini almış yargı ve idare kararları saklı kalmak üzere geriye yürütüğü kabul edilebilir¹⁸⁷.

Türk Anayasası'na göre, kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri gerekçeli kararın resmi gazetede yayımlandığı tarihte -kendiliğinden ayrı bir işleme gerek kalmaksızın- yürürlükten kalkar¹⁸⁸. (Md. 153. F. III). İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. (Md. 153. F. I). Bununla birlikte iptal kararının çoğunlukla duyulması nedeniyle gerekçeli kararın yayımlanmasına kadar geçecek süre içinde iptal edilen hükümlerle ilgili işlemler Anayasa'ya aykırı olduğu bilinmesine rağmen devam etmektedir¹⁸⁹.

b. Kararların Bağlayıcılığı ve Kesinliği (Yaptırım Gücü)

F. Almanya'da iptal kararları ve bir normun «Anayasa'ya uygun olduğunu» veya «aykırı olduğunu» resmen saptama kararları «yasa gücüne sahiptirler ve resmi gazete ile ilan olunurlar (FAMY Prf. 31 F. II).

F. Anayasa Mahkemesi Yasası'na göre mahkemenin her kararı tüm Anayasa Organlarını, Federal Devlet ve Federe Devletlerdeki resmi makamları ve mahkemeleri bağlar. (FAMY Prf. 31 F. II).

F. Anayasa Mahkemesi'nin tartışmalı kararlarına göre bu bağlayıcılık sadece karar metnini (Tenor) değil, kararın dayandığı gerekçe kısmını da kapsar. Bununla birlikte bu bağlayıcılık karar gerekçesini açıklamak amacıyla mahkemenin koyduğu her ifadeyi içine almamaktadır¹⁹⁰. F. Almanya'da F. Anayasa Mahkemesi de ka-

186. Özbudun E., Aliefendioğlu Y., (DN 41) S. 196; E. 1963/124, K. 1963/243, K.t. 11.10.1963; AMKD C. 1, S. 347; E. 1964/2, K. 1964/23, K.t. 20.3.1964, AMKD 2, S. 8; E. 1980/10, K. 1980/69, K.t. 11.12.1980; AMKD 18, S. 405; Teziç E., (DN 49), S. 212.

187. Teziç E., (DN 49) S. 212; Bkz. Danıştay 5. Daire, E. 1963/1108, K. 1963/2537, K.t. 17.6.1963 ve E. 1963/1094, K. 1963/2804, K.t. 4.7.1963.

188. Özbudun E., Aliefendioğlu Y., (DN 41) S. 191.

189. Özbudun E., Aliefendioğlu Y., (DN 41) S. 198.

190. BVerfGE 36, 1 (36); Zeidler W., (DN. 47), S. 62.

rarlarının eyalet ve Federal Anayasa organlarını, tüm mahkeme ve resmi makamları bağladığını F. Anayasa Mahkemesi de kararlarında kesin olarak belirtmiştir¹⁹¹.

F. Anayasa Mahkemesi'ne göre bir normun Anayasa'ya aykırı olduğu mahkemece açıklanmışsa, yasa koyucunun «bağlayıcı etki» nedeniyle aynı hükmü yeniden çıkarması mümkün değildir¹⁹².

T.C. Anayasası'nın 153. maddesinin I. fıkrasına göre «Anayasa Mahkemesi'nin kararları kesindir. II. fıkraya göre kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar.

Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olması, bu kararlara karşı başka bir itiraz yolunun bulunmaması, yani Anayasa Mahkemesi kararlarını değiştirebilecek başka bir mahkeme ya da makamın olmaması demektir¹⁹³.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği norm ortadan kalkar. İptal kararı dava konusu normu ortadan kaldırdığı için bu karar herkes için (erga omnes) hüküm ve sonuç doğurur. Yasanın iptal edilmesi ile yasa koyucunun bu yasayı ilga etmesi yani başka bir yasa ile yürürlükten kaldırması arasında sonuç olarak fark yoktur¹⁹⁴. Tıpkı F. Alman Anayasa Mahkemesi kararları gibi bu bağlayıcılık sadece kararın hüküm fıkrasıyla sınırlı değildir. Gerekçeleri de kapsar¹⁹⁵. Çünkü Anayasa bir ayırım yapmadan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca bir mahkeme kararı gerekçesi ve hüküm fıkrasıyla bir bütün oluşturur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinin de bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerekir.

T.C. Anayasası Md. 153 son fıkraya göre Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını gerçek ve tüzelkişileri bağlamasına karşın Türkiye de yasama organı Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen yasayı aynı içerikle tekrar tekrar yürürlüğe koyabilmektedir¹⁹⁶. TBMM'nin Anayasa Mah-

191. BVerfGE 7, 99 (109); BVerfGE 8, 122 (141).

192. BVerfGE 1, 14 (36 vd.).

193. Özbudun E.,/Allefendioğlu Y., (DN. 41), S. 190.

194. Teziç E., (DN. 49), S. 208.

195. Kaboğlu İ.Ö., (DN. 15), S. 90 vd.

196. Bkz. E. 1992/38, K. 1993/5, K.t. 2.2.1993, RG. 17.12.1993-21791; Kaboğlu İ.Ö., (DN 15), S. 91, DN. 95.

kemesi engeline takılan yasaları, örneğin kanun hükmünde kararname yetkisinin verilmesine ilişkin yasaları önemsiz küçük değişikliklerle yeniden yasalaştırmaya Anayasa'ya aykırılık çok açık olmasına karşın eğilim gösterdiğinden kararlarda öncelikle TBMM'nin bağlı olduğunun özellikle vurgulanması gerektiği önerilmiştir¹⁹⁷.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nce saptanmış kuralların aynı amaç doğrultusunda yeniden yasalaştırılması kararı etkisiz duruma düşürmek anlamına gelir¹⁹⁸. Öğretide yeniden yasalaştırmayı «Anayasa'yı ihlal eylemi» olarak nitelendiren yazarlar vardır¹⁹⁹. Yasama organının böyle davrandığı durumlarda mahkeme bir önceki kararında yer alan ve meclisin Anayasa Md. 153 VI uyarınca bağlı olduğu iptal nedenlerini yinelemekte doğrudan bu hükmün kendisine aykırılığın söz konusu olduğunu kabul etmektedir²⁰⁰.

Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin hüküm etkisi, aynı kanunun ikinci kere norm denetimi konusu olmasını doğal olarak yasaklamaktadır. Yeni siyasal, sosyal ve ekonomik koşulların yasama işlemlerinin Anayasa karşısındaki konumunu dinamik bir anayasal düzende değiştirebilmesine karşın Türk Anayasası anayasal içtihadı bir istikrar kazandırabilmek amacıyla Anayasa Mahkemesi'nin ret kararların on yıllık bir hukuksal etki süresi tanımıştır²⁰¹.

Türk Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının resmi gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe «aynı kanun hükmünün» Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz (Anayasa Md. 152).

1961 Anayasası'nda bu yönde bir sınırlama öngörülmemiştir²⁰². F. Almanya'da da ret kararından sonra aynı kanun hakkında aykırı-

197. Rumpf C., Türk Anayasa Hukukuna Giriş, 1995, S. 110.

198. E. 1991/27, K. 1991/50, K.t. 2.9.1992, AMKD 27, C. 2, S. 700; Üye M. Turan, yeniden yasalaştırmada ikinci yasanın «mutlak butlanla batıl sayılması gerektiğini» savunmuştur. (1988/11, K.t. 24.4.1988, AMKD 24, S. 170).

199. Yıldırım T., Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, Argumentum, s. 34, S. 805.

200. E. 1993/26, K. 1993/28, K.t. 16.9.1993; RG 8.10.1993-21772.

201. Rumpf C., (DN 197) S. 110.

202. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin ret kararlarının bağlayıcılığı yalnız ait olduğu dava ya da itiraza ilişkindi. Ret kararından sonra aynı kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu bir başka davada ileri sürülebiliyordu. (Özbudun E., Aliefendioğlu Y., (DN. 41) S. 190).

lık davası ya da itiraz yolu ile denetim yolu kapanmamaktadır. 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu devrede Anayasa Mahkemesi : «Durumların ve koşulların değişmesi halinde sonucun da değişik olması gerekir. Böyle bir değişimin bulunup bulunmadığı ise ancak yeni başvurunun incelenmesi sonunda anlaşılabilir. Bir dava veya itiraz redle sonuçlanırsa aynı konuda gelecek başka davaların ve itirazların incelenemeyeceği bir görüş kimi yasa kurallarına dokunulmazlık tanımak, bu kurallar üzerinde özellikle yargı yerlerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek hukuki görüşleri dondurup kalıplaştırmak olur.»²⁰³ diyerek Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddettiği aynı yasa hakkında sonradan yapılan Anayasa'ya aykırılık itirazlarını tekrar inceleyip karara bağlaması gerektiği şeklinde yorumda bulunmuştur. Süre ile kısıtlama toplumsal koşullara bağlı olarak içtihatların doğmasını ve değişmesini engellemektedir. Oysa Anayasa hukukunu dinamik kılan zaman içinde koşulların değişmesi ile Anayasa Mahkemeleri'nin de içtihatlarını değiştirebilmeleridir²⁰⁴.

On yıllık içtihat değişikliğini yasaklayan kural Anayasa Mahkemesi'ni, daha çok iptal kararı vermeğe yönlendirebilecektir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca belirleyerek (Anayasa Md. 153 F. III) yasama organına yeni bir düzenleme yapabilme olanağını yaratabilir²⁰⁵. On yıllık sürenin iptal davası ve itiraz üzerine verilen tüm ret kararlarını kapsayıp kapsamadığı konusu tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda verilmiş bir kararı bulunmamaktadır. Bu kural Anayasa'nın itiraz yoluyla başvuruyu düzenleyen maddesi içinde yer almıştır. İlgili fıkırada «tekrar başvuruda bulunulamaz» dendiğine göre «Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla açılan bir «davada» Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının konusu olan kural veya yasaya karşı daha sonra on sene beklemeden bu defa «itiraz yoluyla» başvuru yapılabilir.»²⁰⁶

Türk Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi kararları herkese yöneliktir. İptal ve ret kararları herkesi bağlar. Anayasa Mahkemesi

203. E. 1972/56, K. 1973/11, K.t. 6.3.1973, AMKD 11, S. 138; E. 1965/42, K. 1966/30, K.t. 28.6.1966, AMKD 4, S. 181-182; E. 1967/14, K. 1967/36, K.t. 14.11.1967, AMKD 5, S. 174-175; E. 1969/24, K. 1969/50, K.t. 30.9.1969, AMKD 7, S. 405.

204. Teziç E., (DN. 49), S. 207.

205. Teziç E., (DN 49) S. 208.

206. Özbudun E., Aliefendioğlu Y., (DN 41) S. 191.

kararlarının bu bağlayıcı özelliği bu kararlara uygun hareket edilmesini gerekli kılar. Bu kararların yerine getirilmesi için başkaca bir işleme gerek yoktur. Ancak Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına uymama ya da kararın yerine getirilmesine karşı çıkmayı yaptırma bağlayan açık bir ceza kuralı bulunmamaktadır²⁰⁷. Weimar İmparatorluğu Anayasası Md. 19 F. II, Devlet Mahkemesi'nin kararlarının icrasını Anayasa'nın bekçisi olarak İmparatorluk başkanına veriyordu. (Yani muhtemel dava taraflarından birine) F. Anayasa Mahkemesi Yasası Prf. 35 Mahkemenin kendisine kararlarını kimin icra edeceğini ve nasıl icra edeceğini belirleme hakkı vermektedir. Şu halde mahkeme kendi kararlarının icrasının efendisi durumundadır. Kararların yerine getirilmesi için gerekli önlemleri alabilir²⁰⁸. Karara uyulmaması durumunda bu kural fevkalade büyük bir önem taşır. Bununla birlikte bugüne kadar karara uyulmaması durumu söz konusu olmamıştır. Öğretide extrem konflikt durumlarda bu kapsamlı yetkilerin bir işe yarayacağı çünkü saygının zorla telkin edilemeyeceği ve yapısal olarak bir yargı organı olan mahkemenin kendi icra gücü üzerinde tasarruf edilemeyeceği, fiziksel güç kullanılmasının söz konusu olamayacağı ileri sürülmektedir²⁰⁹.

Bununla birlikte bu ihtimal gözardı edilmediğinden FAMY Prf. 35 F. Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasını güvence altına almak için F. Anayasa Mahkemesi'ne olağanüstü bir yetki vermektedir. F. Mahkemeye göre aksi halde bu yüksek hukuk kurumu «oyuncak bir kılıç» durumuna düşerdi²¹⁰. F. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar kararlarının nasıl icra edileceğini ya kendi belirlemiş ya da icra yetkisini yürütmenin bir başka organına vermişti²¹¹.

II. Anayasa Mahkemesi Üzerinde Yasamanın Etkisi Anayasa Mahkemesi'nin Yasal Dayanaklarının Değiştirilmesi ve Anayasa Mahkemesi Yargıçlarının Atanması Yoluyla

Her iki ülke Anayasaları Yasama Organı ile Anayasa Mahkemesi arasında bir düzen ve gerilim ilişkisi yaratmışlardır. Bu ilişki so-

207. Özbudun E.,/Aliefendioğlu Y., (DN. 41), S. 188.

208. BVerfGE 6, 300 (303); Lechner H., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3.B., 1973, Prf. 35 No. 1; Stern K., (DN. 69), S. 1044, DN. 547.

209. Roellecke G., in : Bundesverfassungsgericht Gesetzgebung und Politische Führung, 1980, S. 32.

210. Krş. BVerfGE 1, 14 (20 vd. 65); 2, 1 (2 vd. 77 vd.); 8, 42 (43, 47).

211. BVerfGE 19, 394; 29, 312 (317 vd.); 35 382 (383); 38, 52 (60); Krş. BVerfGE 39, 1 (68); Geiger W., in : Gegenwärtsprobleme, 1979, S. 134.

nucu yasamanın da Anayasa Mahkemesi'ni etkileme olanağı mevcuttur.

Almanya'da F. Hukukun denetiminde, bu hukukun geçerliliği konusunda görüş ayrılıkları bulunması durumunda F. Meclis, F. Senato, F. Hükümet ve Eyalet Hükümetlerine Anayasa Mahkemesi'nde belli bir süre içinde görüş bildirme olanağı veren kural bu organlara F. Mahkeme üzerinde büyük bir etki olanağı sağlamaktadır. (FAMY prf. 77; 32 F. I ve II; 94 F. III.).

Bunun dışında yasama organının yasal düzenlemeler yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu, yapısını, yetkilerini ve yargılama usulünü belirlemek gibi kurumsallaşmış yetkileri ile Anayasa Mahkemesi üzerinde etki yapma olanağı vardır.

F. Almanya'da ayrıca yasama organı yargıç seçimi yoluyla mahkemenin kuruluşu konusunda karar verme yetkisine sahiptir. Her ne kadar her iki ülkede bir kurum olarak Anayasa Mahkemesi ve yetkileri ve F. Almanya'da ayrıca yargıç seçiminin ana temelleri Anayasa'da düzenlenmişse de bu konuda ayrıntılı düzenlemeler basit yasa koyucuya bırakılmıştır.

F. Almanya'da F. Meclisin büyük çoğunluğu ve F. Senatonun oy birliği ile kabul etmiş oldukları F. Anayasa Mahkemesi Yasası önemli değişikliklere uğramış, değişikliklerin çoğunluğu karar organlarının seçimine ve kuruluşuna ilişkin kurallarda gerçekleşmiştir²¹².

Ancak iki kadrolu, ayrı yetkilere sahip ama eşit ağırlıklı yetkili, iki senatolu, tek mahkeme (ikiz mahkeme) olma özelliği değiştirilmeden bırakılmıştır.

Başlangıçta politik açıdan önem taşıyan konularda mahkemenin etki altında bırakılmasının önlenmesi için yargıç sayısının bir çok kere azaltılması yoluna gidilmiştir. Başlangıçta bu sayı mahkemeyi oluşturan her iki senato için oniki iken sonradan sekize indirilerek yavaş yavaş yeknesak bir mahkeme kurulmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte bugün için mahkemenin işgücü, yargıç sayısının bu şekildeki bir değişikliğini haklı çıkarmamaktadır. Her iki senatonun yargıçları yarı yarıya F. Meclisce-F. Meclis siyasi parti gruplarının güçleri oranında temsil edildiği seçim kurulunca ve F.

212. Krş. Billing W., Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, 1969, S. 132.

Senatoca seçilir. (F. Anayasa Md. 94 F. I ve FAMY Prf. 6 ve 7)²¹³. Her iki meclis için başlangıçta nitelikli çoğunluk öngörölmüştü. (F. Mecliste 3/4 ve F. Senatoda 2/3 çoğunluk) seçim kurullarının neredeyse basit çoğunluğunu yeterli gören bir yasa tasarısı F. Senatonun direnmesi ve kamu oyunun menfi tavrı karşısında kanunlaşmamıştır. (Bu tasarı F. Meclis'teki seçimler için 2/3 çoğunluk öngörüyordu). F. Anayasa Mahkemesi Yasası'na göre seçim süresi içinde yapılmazsa Mahkeme Genel Kurulu için bir seçim önerisi hakkı doğmaktadır. (FAMY prf. 7a). Bununla beraber seçim kurulları bu önerilerle bağılı olmadıkları için bu hak pratikte bir önem taşımamaktadır²¹⁴.

F. Anayasa Mahkemesi yargıçlarının görev süresinin de yasama organlarınca tekrar tekrar değiştirilmesi üzerine F. Anayasa Mahkemesi yargıçlarının ya hemen ya da ilk seçim dönemi sonunda tekrar seçilmeleri durumunda bu defa ömür boyu seçilmeleri yolunda F. Anayasa Mahkemesi'nin isteği parlamento tarafından kabul edilmemiştir²¹⁵. Tüm yargıçların görev süreleri -beş yüksek mahkemeden gelen 3 senato üyesi dahil- 12 yıl olarak belirlenmiştir ve tekrar seçilme yolu kapatılmıştır²¹⁶.

Bununla birlikte F. Almanya'da yasama organının bir yasanın iptali için mahkemenin nitelikli çoğunluğunu şart koşma gibi F. Anayasa Mahkemesi'nin yasaları denetleme konusundaki yetkisini sınırlayıcı ya da yetkisinin kullanılmasını zorlaştıracı çabaları bulunmamıştır²¹⁷.

213. F. Anayasa Md. 94 I : «Federal Anayasa Mahkemesi F. Hakimler ve diğer üyelerden teşekkül eder. F. Anayasa Mahkemesi üyeleri yarı yarıya F. Millet Meclisi ve F. Senato tarafından seçilirler. Üyeler ne F. Millet Meclisine, F. Senatoya ve F. Hükümete ve ne de bir eyaletin buna eşdeğer organlarına mensup olabilirler. (FAMY Prf. 6 ve 7).

214. Rupp-v. Brünneck (DN 19) S. 362.

215. Rupp-v. Brünneck (DN 19) S. 362.

216. Rupp-v. Brünneck (DN 19) S. 363.

217. FAMY Prf. 15 (2) : «En az altı yargıç hazır olduğunda her senato karar verme yeteneğine sahiptir.» FAMY Prf. 15 (3) : «Prf. 13 Nr. 1, 2, 4, ve 9 gereğince dava muhatabı aleyhine verilecek bir karar söz konusu olduğunda : (Temel hakların düşmesi; Siyasi Partilerin Anayasaya aykırılığına ilişkin davalarda; F. Başkan aleyhine F. Meclis ve F. Senato tarafından açılan davalarda; F. Yargıçlar ve Eyalet yargıçları aleyhine açılan davalarda) herhalde senato üyelerinin 2/3'ünün oyu gereklidir. Diğer durumlarda yasada aksı kararlaştırılmamışsa karara katılan üyelerin basit çoğunluğu ile karar verilir.» Krs. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Md. 41 ve 42.

1982 Anayasası'nın Danışma Meclisi'nce kabul edilen tasarı-
sında iptal için 2/3 çoğunluk şart koşulmuştu. Gerekçe olarak «ip-
tal kararlarının salt çoğunluğun sonucu olarak bir oy farkıyla ve-
rilebilmesinin kamu oyunda tepkilere yol açmış TBMM'nin yasal
tasarrufunun mahkemede tek oy farkıyla iptal edilmesi doyurucu
olmamıştır» denmişti. MGK'nce bu hüküm çıkartılmıştır. (Koca-
hanoğlu O.S., Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa, 1993, S. 200).

Aksine Almanya'da yasama organları Anayasa şikayeti kurumu-
nu da Anayasa'ya dahil ederek bu kurumun basit yasa ile kaldı-
rılması ve sınırlandırılmasına karşı güvence sağlamışlardır. (F. Anayasa
Md. 93 F. I Nr. 4a). Bunun dışında bu sevilen ve bireyi korumaya
yönelik hukuksal çareyi engellemeden Anayasa şikayetleri akını
ile mahkemenin yüklenmesini önlemek amacıyla mahkemenin öne-
risi üzerine yasadaki usul kurallarını bir çok kereler değiştirmiş-
lerdir. F. Almanya'da Anayasa Mahkemesi Yasası'nın değiştirilmesi
konusunda F. Mahkemenin her önerisinin F. Hükümet ve F. Mec-
lis tarafından dinlenmesi teamülü yerleşmiştir.

F. Almanya'da Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimini geniş-
letmesi ve son yıllardaki siyasal açıdan önemli ve bu nedenle tar-
tışmalı kararlarının artması ile bağlantılı olarak F. Yasa koyucu-
nun Anayasa Mahkemesi'ne yargıç seçiminde bir siyasallaşma eği-
liminin arttığı ifade olunmaktadır. Bu durumun F. Anayasa Mah-
kemesi'nin itibarı ve kurum açısından tehlike yaratacak boyutlara
ulaştığı ifade olunmaktadır²¹⁸. Yukarıda açıklanan F. Anayasa Mah-
kemesi'ne yargıç seçimine ilişkin kural ile çoğunluk ve muhalefet
Partilerinin sabit sayıdaki yargıç kadrolarını kendi menfaatlerine
uygun düşen adaylarla doldurdıkları F. Almanya'da siyasal Par-
tiler tarafından iddia edilmişse de yargıç kadrolarının doldurul-
masında çoğunluk ve muhalefetin ortak sorumluluğu başarı ile pay-
laştığı ve seçimde kişisel ve mesleki niteliklere öncelik tanındığı
hem F. Anayasa Mahkemesi hem kamu oyu tarafından vurgulan-
mıştır²¹⁹. Türkiye'de 1961 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi'ne,
Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu 2 üye seçmekteydi. Bu asıl
üyeler dışında her iki meclisce birer yedek üye seçilmekteydi. Ya-
sama meclisleri bu seçimleri, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile
ve gizli oyla yaparlardı. Bu nedenle Türkiye'de de 1961 Anayasası-
nın yürürlükte olduğu dönemde öğretide, Anayasa Mahkemesi üye-

218. Rupp-v. Brünneck (DN 19), S. 363.

219. Rupp-v. Brünneck (DN 19), S. 363.

lerinin yasama organı tarafından seçilmesinin siyasi ve partizanca seçimlere yol açabileceği, yargının siyasallaşmasına neden olabileceği tehlikesine ve Anayasa Yargısına siyasal kapsamlı kararlar alma olanağının tanınmış olması nedeniyle siyasal güç gruplarının Anayasa Mahkemesi yargıç kadrolarını adayların niteliklerine göre değil, siyasal görüş ve eğilimlerine göre doldurabileceklerine dikkat çekiliyordu. Ancak bu sakıncanın uygun yöntemlerle örneğin yargıçlara kurumsal garanti tanınması, seçim yönteminin objektif bir biçimde düzenlenmesi ile hafifletilebileceği ileri sürülüyordu²²⁰.

Yine bu dönemde Anayasa'da değişiklik yapılarak Yasama Meclislerine tanınmış kontenjanın, Cumhurbaşkanı'na ve Üniversite'lere devredilmesi öneriliyordu²²¹. Bu seçimlerin denetimi işinin de Anayasa'da Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri arasına dahil edilmesi gerektiği vurgulanıyordu²²².

1961 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi üyelerinden bir kısmının siyasal organlara seçtirilmesi ile «kurulacak denetim mekanizması ve halkın temel tercihleri arasında bir bağlantı» kurulabilmesinin amaçlandığı ve «siyasal organlarda ağır basan çoğunlukların kendi eğilimlerindeki kimseleri üyeliğe getirmeleri «hesaba katılarak» yargısal denetimin parlamento üstünde bir güç yaratması tehlikesinin önlendiği ileri sürülmüştür²²³.

1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi üyelerinin hepsi için Cumhurbaşkanı'nca seçim yapılması öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi üyelerinin 1982 Anayasası'na göre tarafsız ve yüce bir makam olan Cumhurbaşkanı'nca atanması, bu atamanın büyük ölçüde belirli kurumlarca gösterilecek adaylar arasından yapılması ve emeklilik yaşına kadar geri alınmamasının onların bağımsızlıkları açısından önemi yadsınamaz²²⁴.

F. Almanya'da Anayasa Mahkemesi'ni siyasetin etki alanı dışında tutmak için çalışma yerinin siyasal faaliyetin en yoğun olduğu başkentte bulunması sakıncalı görülmüştür. Anayasa'nın koruyuculuğunu üstlenen F. Anayasa Mahkemesi'nin çalışma yeri olarak

220. Aksoy M., Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi Konusundaki Tartışma, 1962, S. 94.

221. Aksoy M., (DN 220) S. 192.

222. Aksoy M., (DN 220) S. 192.

223. Soysal M., 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, 1986, S. 376 vd.

224. Soysal M., (DN. 223) S. 379.

yargı bağımsızlığın tam olarak gerçekleştirme açısından Başkent Bonn değil Karlsruhe seçilmiştir²²⁵.

III. SONUÇ :

Genelde her iki ülkede norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemeleri başlangıçta tahmin edilemeyecek bir biçimde Anayasa'nın korunmasını ve özellikle temel haklara saygı gösterilmesini güvence altına almışlardır. Her iki ülke Anayasa Mahkemeleri yasama sürecinde de Anayasa'nın uygulanması ve Anayasa'ya riayete katkıda bulunmaktadır.

F. Almanya'da hemen her yasa önerisi henüz oluşum sürecinde (statu nascendi) her iki yasama organında Anayasa'ya uygunluk yönünden denetlenmektedir. F. Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına göre ölçülüp incelenmektedir. Bu temel olumlu gelişimin ters yüzünde doğal olarak çoğunlukla anayasa-hukuksal uyumsuzluklar şeklinde anayasa-hukuksal gerekçeler getirilerek siyasal tartışmalar yapılmaktadır. Siyasal yönü çok ağır basan konularda tartışmalarda bir yandan hükümet ve F. Meclis çoğunluğu diğer yandan muhalefet «Karlsruhe'ye gitme» tehdidini hemen alışılmış bir biçimde kullanmakta ve tartışmalı yasalarda çoğunlukla bu yola başvurulmaktadır. Her iki ülke Anayasa Mahkemelerine ABD Supreme Court'unun sahip olduğu «siyasi sorun» halinde bir karar vermeyi reddetme yetkisi tanınmamış olduğundan böyle durumlarda Anayasa Mahkemesi kararlarının ve buna paralel olarak karşı oyların (dissenting opinion) siyasal bir tarafgirlik olarak yanlış yorumlanması tehlikesi mevcuttur²²⁶.

F. Almanya'da Anayasa Yargısında siyasal açıdan olay yaratan durumlar norm denetiminin küçük bir bölümünü oluşturmaktadır. F. Meclis'in büyük bir çoğunluğu tarafından hatta bazen oy birliği ile kabul edilen ve siyasal açıdan önem taşıyan bir kuralın 8 yargıçtan oluşan bir kurulun kararı ile -senatolarda toplantı yeter sayısı 6 yargıç olduğuna ve karar için basit çoğunluk yeterli olduğuna göre (oyların eşitliği halinde Anayasa'ya aykırılık söz konusu değildir)²²⁷. Bazen 4 yargıcın oyuyla bile iptalinin mümkün olması parlamento cephesinde nadir de olsa hoşnutsuzluk doğurmakta-

225. Giese F., *Mehrverfassungstraeue*, Zeitschrift für Politik, NF, J.g. 3 (1956) H. 2, S. 121 vd.

226. Rupp-v. Brünneck (DN 19) S. 364.

227. FAMY Prf. 15 F. II.

dır. F. Almanya'da olduğu gibi Türk Anayasa Mahkemesi'nin de siyasal açıdan önem taşıyan kararlarına çoğu kere eleştiriler yöneltilmesine karşın²²⁸ genel olarak denilebilir ki her iki ülke Anayasa Mahkemeleri'ne kamunun duyduğu güven sarsılmamıştır. Hatta bu eğilim onların yasa koyucu ile olan ilişkisine de hakimdir. Bununla birlikte bu olgu Anayasa Mahkemeleri'nin yasa koyucu karşısındaki statüsü konusundaki hukuksal ve siyasal alanda ortaya çıkan tartışmaların gözardı edilmesine neden olmamalıdır²²⁹. Bu tartışmalara neden her iki ülkede yasa denetiminin yoğunluğunun artması ve F. Almanya bakımından F. Anayasa Mahkemesi'nin uzun yıllardan beri faaliyetini sürdürmesidir. Gelecekte Anayasa Yargısı'nın en önemli görevlerinden biri yasa denetiminin kapsamı ile değişik erkler arasındaki fonksiyon dağılımı ilişkisini belirgin kılmak ve denetim alanının genişlemesine karşın Anayasa Mahkemesi'nin yedek bir yasa koyucu rolünü üstlenmesini engelleyen kriterleri geliştirmek olacaktır.

Her iki ülkede Anayasa Mahkemeleri objektif, bağımsız ve günlük politik kaygılardan uzak kararlarıyla temel düzenin korunması konusunda halkın güvenini kazanmışlardır. Anayasa yargıçıları, iktidar hırsı taşıyan, toplumun ve Devletin siyasal ilişkilerinin oluşumu üzerinde etkili olmak isteyen kişiler değildir. Onlar salt hukukun hizmetindedirler. Onların ağır sorumluluk dolu görevi Anayasa normlarını devlet yaşamında geçerli kılmaktır.

Diğer taraftan bir Devlette toplumun siyasal birikimlerinin ve kültürünün önemi de gözden uzak tutulmamalıdır. Örneğin İngiltere'de bu birikimlere dayanarak yazılı bir Anayasa ve Anayasa Yargısı olmaksızın birey hakları ve Anayasa'nın kendisi sert, yazılı Anayasa'ları ve bu Anayasa'ları korumak amacıyla kurulmuş mahkemeleri olan bir çok Devletten daha iyi güvence altına alınmıştır. «Anayasa Mahkemeleri devrimleri engelleyemezler, ama bireyin Anayasa'ya ve hukuka uygun bir muamele göreceği konusundaki güven duygusunu güçlendirirler»²³⁰.

228. Bkz. Özden Y.G., (DN 32) S. 55, DN 19, 19a, 19b, 19c, 19d, 19e, 19f.

229. Rupp-v. Brünneck (DN 19) S. 365.

230. Friesenhahn E., Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Bd. 58, S. 160-161.