

**Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısına  
İlişkin Hukuki Görüş ve Değerlendirmelerimle İlgili**

**HUKUKİ RAPOR**

**HUKUKİ RAPORUN**

**KONUSU** : Başbakanlık tarafından 11 Ocak 2011 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı’nın” (aşağıda kısaca Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısı olarak anılacaktır) hükümleri ve gerekçeleri, Federal Almanya’nın, Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun paralel hükümleri birlikte değerlendirilmek suretiyle, görüş ve düşüncelerin açıklanması ve sunulmasından ibarettir.

**1. Giriş**

Yukarıda konusu belirtilen HUKUKİ RAPOR’da sırasıyla önce, ( Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanununun Kısımları, Bölüm ve hükümleri de gözönünde tutularak);

- Tasarının Kısımları ve Bölümleri,
- Bölümlerde yer alan düzenlemeler, daha sonra
- Tasarının hukuki açıdan önem arz eden ve gerekli görülen hükümleri, başlı başına münferit olarak değerlendirilecektir.

## 2. Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısının Kısımları, Bölümleri ve Maddeleri

Tasarı beş (5) kısımdan oluşmaktadır. Tasarıda yürürlük maddesi dahil, toplam (80) madde bulunmaktadır.

**2.1.** Tasarının Birinci Kısmı “Genel Hükümler” başlığını taşımakta ve “amaç, kapsam ve tanımlar” başlıklı birinci bölüm ile, “Görevler ve Mahkeme Bütçesi” başlıklı ikinci bölümden oluşmaktadır.

**2.2.** Tasarının İkinci kısmı “Anayasa Mahkemesi Üyeliği” başlığını taşımakta, “Üyelerin nitelikleri, seçimi ve atanması” başlıklı **birinci bölüm** ile “Disiplin İşlemleri ile suç ve cezalara ilişkin hükümler” başlıklı **ikinci bölümden** oluşmaktadır.

**2.3.** Tasarının Üçüncü kısmı “Teşkilat Yapısı” başlığını taşımakta ve toplam üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde;20 ile 22.maddeleri arasında “mahkeme teşkilatı”, ikinci bölümde, 23 ile 28. maddeleri arasında, “Genel Sekreterlik, Raportörler ve Raportör yardımcıları,” düzenlenmiş bulunmaktadır. Üçüncü bölümde 29 ile 34. maddeleri arasında “Hizmet Birimleri” öngörülmüş bulunmaktadır.

**2.4.** Tasarının, “Dördüncü Kısmı” “İnceleme ve Yargılama Usulleri” başlığını taşımakta, toplam (9) bölümden oluşmaktadır.

- Birinci bölümde 35–39. maddelerinde “İptal davası”

- İkinci bölümde, 40 ile 41. maddelerinde “İtiraz yolu”

- Üçüncü bölümde 42. il 44. maddeleri arasında “İptal ve İtiraz Davalarına İlişkin Ortak Hükümler” yer almış bulunmaktadır.

- Dördüncü bölümde 45. ile 51. maddeleri arasında “Bireysel Başvuru” usulü düzenlenmiş bulunmaktadır.

- Beşinci bölümde, 52 ile 54. maddelerinde “Siyasi Parti Kapatma ve Dokunulmazlığın Kaldırılması Davaları” düzenlenmiş bulunmaktadır.

- Altıncı bölümde, 55. ile 56. maddeleri arasında “Siyasi Partilerin Mali Denetimi” düzenlenmiş bulunmaktadır.

- Yedinci bölümde; 57 ile 58. maddelerinde “Yüce Divan Yargılaması” öngörülmüş bulunmaktadır.

- Sekizinci Bölümde ise, 59. ile 64. maddeleri arasında, “Yargılamaya İlişkin Diğer Hususlar” yer almış bulunmaktadır.

- Dokuzuncu Bölümde ise, 65 ile 67. maddeleri arasında “Genel Kurul ve Bölümlerin Kararları” düzenlenmiş bulunmaktadır.

**2.5.** Tasarının “Mali Hükümler ve Personel ve Özlük İşleri” başlığını taşıyan Beşinci Kısım, yalnızca, bir bölüm ibaret olup, bu birinci bölümdeki 68 ila 78. maddelerinde “Mali, Sosyal ve Diğer Haklar” düzenlenmiş bulunmaktadır.

Tasarının 79 ve 80. maddelerinde, kanun tasarısının yürürlük maddeleri yer almış bulunmaktadır.

### **3. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanununun Kısımları, Bölümleri ve Maddeleri**

Anayasa Mahkemesi Kanunu toplam dört temel kısımdan oluşmaktadır.

Birinci kısım; “Anayasa ve Federal mahkemenin Yetkileri”, başlığını taşımakta, bölüm bulunmaksızın, Kanunun 1 ila 16. maddeleri bu kısımda yer almaktadır.

Kanunun ikinci kısmı “Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usulleri”, başlığını taşımakta, iki alt bölümden ibaret bulunmaktadır. Birinci alt bölümde; 17 ila 35 maddeler arasında “genel usul- yargılama hükümleri” hükme bağlanmış durumdadır. İkinci alt bölümündeki 35a ile 35cd maddelerinde; “yargılama dışında dosyaların incelenmesi” ile ilgili hükümler yer almış bulunmaktadır.

Üçüncü kısım “Münferid Yargılama Biçimleri” başlığı altında, 36 ila 97. maddeler arasındaki toplam (68) madde ihtiva eden üç alt bölümden oluşmaktadır. Birinci, ikinci ve üçüncü alt bölümde sırasıyla, “temel hakların sona ermesi”, “parti yasakları” ve “seçimlerin denetimi”, “Cumhurbaşkanının yargılanması”, “hakimlerin yargılanması”, “Federal organlar arasındaki ihtilafların Federal devlet ile eyaletler arasındaki ihtilafları”, “eyaletler arasındaki Anayasa İhtilafları”, “Soyut Norm Kontrolleri”, “Kanunların ve kararların Anayasaya uygunluğunun denetimi”, “Devletler hukukunun yeniden incelenmesi-denetlenmesi”, “Bir Eyalet Anayasa Mahkemesinin Önkararı İncelenmesi”, “Federal Hukukun Öncelikli Uygulanması-Geçerliliği”, “Anayasa davası” (bireysel başvuru hakkı) ve “Federal hukukun incelenmesinin Gerekliliği” başlıklı (16) alt bölümdeki düzenlemeler yer almaktadır.

Kanunun dördüncü kısmı “, ”son hükümler” başlığını taşımakta, Federal Mahkeme hakimlerinin emekliliği ile ilgili olarak, Kanunun 98 ile 105. maddeleri arasındaki düzenlemelerde yer almış bulunmaktadır.

Tasarıyla yürürlükten kaldırılması önerilen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun hükümlerinde olduğu gibi, aşağıda açıklanacağı üzere Tasarının hükümleri ile Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun, Federal Devlet ile Eyalet Devletleri ile ilgili hükümleri dışındaki hükümleri arasında, benzerlikler ve paralellikler bulunmaktadır.

#### **4. Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısının Belli Başlı Hukuken Yenilik Taşıyan Hükümlerinin, Hukuki Açından Değerlendirilmesi**

Kanun Tasarısının genel gerekçesinde de belirtildiği üzere; kanun tasarısıyla, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylaması sonucu, 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı kanunla yürürlüğe giren, Anayasanın 146, 147, 148 ve 149. maddelerinde yapılan değişiklikler uyarınca, Anayasa Mahkemesinin yapısı ve görevleri yeniden düzenlenmiş bulunmaktadır.

**4.1.** Tasarının “Tanımlar” başlıklı 1. maddesinde; diğer kavramlar yanında, Genel Kurul, Bölüm ve Komisyon kavramlarının tanımlarına yer verilmiştir.

“Genel kurul” , onyediy üyeden oluşan bir kurul olarak tanımlanmıştır.

“Bölüm” Bir başkanvekilinin başkanlığında yedi üyeden oluşan ve ilgili başkan vekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanıp bireysel başvurular hakkında karar verme yetkisine sahip olan kurul olarak tanımlanmıştır.

Tasarının 6. maddesinde;” ... üyelerin seçilme yeterliği” ile ilgili, 2.fıkranın (b) bendinde; “Mahkemede asgari beş yıl süreyle ve halen raportör olarak görev yapıyor olmak” şartı yer almış bulunmaktadır. Bu hüküm, Tasarının 24. maddesindeki Raportörlerin Atanması ile ilgili hüküm ile birlikte değerlendirildiğinde; madde 24/2-a ya göre, en az beş yıllık hakim, savcı ve Sayıştay denetçileri ile, 24/2-c bendi gereğince, en az beş yıl başarıyla çalışmış raportör yardımcısı olmak” şartını taşıyanların 6.maddeye göre, üye olma şansları, diğer adaylık gruplarına göre, daha fazladır. Bu ise hukuken yerinde değildir. Federal Kanunda, üyelere yardımcı olan bilimsel araştırmacıların, Tasarıdaki Raportörlerin, Mahkeme üyeliğine seçilme yeterlilikleri veya şansları asla mevcut değildir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanununun 94.maddesine göre, Federal Mahkeme üyesi olacak ( 16 ) yüksek yargıç'ın yani seçilecek sekiz üyenin en az üç yıl görev yapmış, Federal Yüksek Yargıç sıfatına sahip olması şarttır. Tarafsız ve genellikle hiç hatalı karar vermemiş ünlü yüksek Yargıçlar ve Hukuk Profesörleri ki bunlar genellikle, aynı zamanda Yüksek Yargıç sıfatına sahiptirler, Anayasa Mahkeme üyesi olarak seçilmektedir. Federal Anayasa Mahkemesinin İktüzüğünün 34. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkeme üyelerinin mahiyetinde bizzat kendilerinin seçtikleri “ bilimsel araştırmacı-hukukçular”, yardımcı sıfatı ile çalışmaktadırlar.

Tasarının 20. maddesinde ise “Anayasa Mahkemesi Teşkilatı; Başkanlık, Genel Kurul ve Bölümler, Komisyonlar, Genel Sekreterlik ve İdari Birimlerden oluşur” hükmüne yer verilmiştir.

Tasarının 22. maddesinde de düzenlenmiş “bölüm” tabiri kanun yapma tekniği ve sanatı yönünden, hukuken yerinde değildir. Türk hukuku ve yargı sisteminde alışılmış, deyim “bölüm değil “Daire” sözcüğüdür. Bölüm ifadesi yerine “Daire” sözcüğünün tasarı metninde yer alması yerinde olacaktır.”Ancak “ bölüm” deyimine, Anayasa değişikliği ile Anayasanın 149. maddesinde yer verildiği için, hukuken şu aşamada yapılabilecek bir hukuki yol mevcut değildir.

Tasarıda öngörülen iki bölümün adının “1. Bireysel Başvuru Bölümü”, ve 2. Bireysel Başvuru Bölümü” şeklinde değiştirilmesi yerinde olur.

Tanımlar maddesinde yer alan “komisyon”, “bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmak üzere oluşturulan kurullar” olarak tanımlanmıştır.

Tasarının 22. maddesinde Bölüm ve komisyonların oluşumu ve aralarındaki iş bölümünün iç tüzükte düzenleneceği, öngörülmüştür.

Tasarı metninde, “Genel Kurul” ise, “onyedi üyeden oluşan kurul” olarak tanımlanmış ve 21. maddede; Genel Kurulun Görevleri; iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamayı yapmak, siyasi partilerle ilgili mali denetim yapmak, dava ve başvuruları karara bağlamak olarak sayılmıştır.

**4.2.** Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun Genel Kurul ve Senato ile ilgili hükümleri ise, şöylece öngörülmüştür.

Kanunun 2. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin iki senatodan oluştuğu, her senato için sekiz hakimin seçileceği, bu hakimlerden, her daire için üç üyenin, en az üç yıl görev yapmış Federal Yüksek Mahkeme hakimleri arasından seçileceği, hakimlerin en az 40 yaşında olmaları, federal Milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmaları gerektiği, hakim sıfatına haiz veya hukuk diplomasına sahip olmaları gerektiği, Alman üniversitelerindeki öğretim üyeliği görevinin, hakimlikle bağdaşabileceği, Federal Mahkeme Hakimliği görevinin öğretim üyeliğinden daha öncelikli olduğu, hükme bağlanmıştır.

Kanunun 3. maddesinde, Hakimlik görevi için nitelikler başlığı altında, “Anayasa Mahkemesi Hakimliğine seçilecek ve aday olacak olan kişilerin, 40 yaşını tamamlamış, hakimlik ehliyetine sahip, üniversitede Hukuk Bilimleri öğretim üyesi olmasının şart olduğu, hükme bağlanmıştır. Bu maddede, üyenin Hakimlik mesleğinden gelmiş olması gerektiği açıkça öngörülmüştür.

Kanunun 4. maddesinde; Hakimlerin görev süresinin oniki (12) yıl devam edeceği veya 68 yaşın tamamlanmış olması ile sona ereceği, yeniden seçilmenin mümkün olmadığı, yenisi seçilinceye kadar, eski üyenin görevinin devam edeceği hükme bağlanmıştır.

Kanunun 5. maddesinde; Her iki senatoda görev yapacak toplam (16) hakimin yarısının her bir senato için dördünün ( 4 ) üyenin, Federal Meclis ve Federal Eyalet Temsilciler Meclisi tarafından, diğer dört hakimin ise yüksek mahkemeler tarafından seçileceği,

Kanunun 6. maddesinde, Federal Milletvekili Meclisinde, her iki senatonun dört üyesi için, Federal Mecliste, oniki milletvekilinden oluşan, bir seçim komisyonu kurulacağı, Parti gruplarının listelerine göre, her bir hakimin, bu komisyon tarafından, d’Hond’t sistemine göre, en az sekiz üyenin oyu ile seçileceği, öngörülmüştür.

Federal Eyaletler Meclisinin ise, her iki senato için ayrı ayrı kontenjanına düşen ikişer üyeyi, direkt üçte iki çoğunlukta, seçeceği öngörülmüştür.

Türk Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçim ile Alman Anayasa Mahkemesine üye seçilmek arasındaki en önemli fark; üyelik veya mahkeme hakimliği için; Alman Anayasa mevzuatına göre, Hakimlik ehliyetine sahip, Hukuk Fakültesi Mezunu olmak ön şarttır. Kanun tasarısının hükümlerine göre, bu şart değildir. Bu fark da önemlidir.

Diğer bir fark, Federal Anayasanın 94.maddesi uyarınca, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin (16) üyesinin yarısının, en az üç yıl görev yapmış Federal yüksek Hakim sıfatına sahip olması şartıdır. Tasarıda ise, böyle bir zorunluluk mevcut değildir. Her iki

hususun yetkili TBMM'nde Tasarı üzerindeki görüşmelerde değerlendirilmesi ve üzerinde düşünülmesi gerekmektedir ( Şu anda Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 1. Senatosunda, altı profesör, 2. Senatosunda da altı profesör, federal yüksek Hakim olarak görev ifa etmektedir)

**4.3.** Tasarının 21. maddesinde; Genel Kurulun Mahkemenin onyediy üyesinden oluştuğu ve en az oniki üye ile toplanacağı, öngörülmüş ve Mahkemenin görevleri sayılmıştır.

Tasarının 22. maddesinde; Mahkemede bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir Başkanvekilinin başkanlığında yedişer üyesi olan iki bölümün kurulacağı, bölümlerin Başkanvekilinin başkanlığında en az dört üyenin katılımı ile toplanacağı, bölüm ve bölümlerde teşkil olunacak komisyonların yapısı ile ilgili düzenlemelerin, içtüzüğe bırakılmış olduğu, öngörülmüştür.

**4.4.** Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanununun 13. maddesinde, iki senatodan söz edilmeden, genel nitelikte, Anayasa mahkemesinin görev ve yetkileri (19) bentte yer alan hükümlerde sayılmış, 14. maddesinde ise; 1. nolu senato ile 2. nolu senatonun, 13. maddede belirtilen (19) görev ve yetkiden, hangileri görmekle yetkili olduğu, öngörülmüştür. Bu iki Senato birbirinden bağımsızdır. Her ikisi de tabir yerinde ise, Federal Anayasa Mahkemesidir. Hatta Senatolar için ,” İkiz Mahkeme” deyimi yaygın olarak kullanılmaktadır (Maunz-Dürig; Kommentar zum Grundgesetz, Bnad:V, Art .94,N.9 )

14. maddenin 1. fıkrasına göre, 1. nolu senatonun, bireysel başvuru hakkına ilişkin davaları dışında, 13. maddenin 6 ve 11. bentlerine göre, normların anayasaya uygunluğunu ve Anayasanın 33, 101 ve 103. maddelerinden doğan haklarla ilgili davalar ve seçimlerle ilgili itiraz davalarına bakmakla görevli olduğu, hükme bağlanmıştır.

2.Senatonun ise;14. maddenin 2. fıkrasında ise; 13. maddenin 1 ila 5, 6a' dan 9 a kadar, 11, 12 ve 14. bentlerinde yer alan hususlarla görevli olduğu öngörülmüştür. Bunlar ise sırasıyla;

Temel hakların kaybı, Anayasa hükümlerine aykırılıklar, Federal meclisin seçimlerle veya milletvekilliğin kaybı veya kazanılması ile ilgili kararlarının incelenmesi, Federal Meclisin veya Eyaletler Meclisinin, Cumhurbaşkanlarına karşı açacağı davalar ile bireysel başvuru davalarını görmek ve 1.Senatonun görevine girmeyen norm denetimlerini yapmak ve itiraz davalarını bakmakla görevli olduğunu düzenleyen hükümlerdir.

Türk Anayasa Mahkemesiyle ilgili Tasarıda ise, Başkan vekili ile yedi üyeden oluşan iki bölümün (Dairenin), her ikisinin bireysel başvurularla yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

İki Bölümün (Dairenin), aynı konuda bireysel başvurularla ilgili başvurularda, görevli ve yetkili olması, hukuki açıdan mahzurlu görünmektedir; Şöyle ki;

- İki Bölümün kararları arasında farklı içtihatları oluşması durumunda, konunun mahkeme Genel Kurulunda görüşülmesi gerekmektedir. Bu ise Genel Kurulun iş yükünü arttırıcı bir etken olarak karşımıza çıkar.
- Bölümlerin ( Dairelerin) oluşturacağı komisyonların kararları farklı olursa, içtihat farklılıklarının doğması kaçınılmazdır.

Bu nedenlerle, tasarıdaki bireysel başvuru hakkı ile ilgili başvurulara bakmak, görevli iki bölümün görev ve yetkileri, bizdeki Yargıtay ve Danıştay Dairelerinde ve Alman Kanununda düzenlendiği gibi, ayrı ayrı sayılmalıdır. Bireysel başvuruları bakmakla görevli Bölüm, mutlaka açıkca Kanunda öngörülmelidir.

## **5. Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısının Bireysel Başvuru Davaları Hakkındaki Hükümleri**

Tasarının dördüncü bölümünde 45 ila 51. maddelerinde Bireysel başvuru hakkı (Anayasa davası) düzenlenmiştir.

Anayasa hukuku literatüründe yeni bir başvuru yolu olan bireysel başvuru davası hakkında tasarının hükümlerinin değerlendirilmesini geçmeden önce, tasarıda gözönünde tutulduğu anlaşılan bu konu ile ilgili Federal Alman Anayasa Mahkemesi kanununun 90 ila 95. maddeleri arasındaki on (10) maddede düzenlenmiş bulunan, anayasa şikayeti (davası) ile ilgili hükümleri değerlendirmek gerekmektedir.

### **5.1. Bireysel Başvuru ile ilgili Federal Anayasa Mahkemesi kanununun hükümleri,**

Kanunun 90. maddesinde, aktif dava (başvuru) ehliyeti düzenlenmiş ve herkesin, , temel haklarının, Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında(direnme hakkı), 33 (vatandaşlık hakları), 38 (Milletvekili seçimleri ile ilgili hakları), 101 (Özel Mahkemelerin kurulmasının geçerli olmadığı hükmü ), 103 ( adil yargılanma hakkı) ve 104 (Özgürlüklerin kısıtlanmasındaki hukuki garantiler ile tutukluk halindeki haklar) maddelerinde kendisine tanınmış olan

haklarının kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla, Federal Anayasa Mahkemesinde, Anayasa şikayetinde bulunabileceği hükme bağlanmıştır..

2. fıkrada; “ihlale karşı, hukuki başvuru yolu caiz ise, anayasa şikayeti başvurusu, ancak yargısal başvuru yolunun tüketilmiş olması durumunda yapılabilir. Federal Mahkeme, yargısal başvuru yolu tüketilmiş olmadan yapılan başvuru hakkında, başvuru genel menfaatler açısından önemli ise veya başvuru sahibine önce, hukuki yola başvurması talep edildiğinde, onun için ağır ve telafisi güç zararların doğması muhtemel ise, derhal karar verebilir” hükmü yer almış bulunmaktadır.

(Kanununun 91 ve 91a maddeleri Türk Hukuk sistemiyle ilgisi bulunmamaktadır.)

Kanununun 92. maddesinde “başvurunun, gerekçelendirilmesi” başlığı altında; “Başvuru şikayetinde; şikayetçinin ihlal edildiğini hissettiği veya iddia ettiği hakkının, hangi kamu organ ve makamının, hangi eylem veya ihmali ile ihlal edildiğini, belirtmesi gerektiği, hükme bağlanmıştır.

Kanununun 93. maddesinde, anayasa şikayeti, başvurunun ihlal edici eylem veya ihmal ile ilgili karar veya ihmalin tebliğ edildiği veya öğrenildiği tarihten itibaren bir aylık süre içerisinde başvurması gerektiği, kusuru olmadan bu sürenin geçmesi engellenmiş ise, engelin kalktığı tarihten itibaren, iki hafta içerisinde başvuru sahibi hakkını kullanması gerektiği, hükme bağlanmıştır.

Kanununun 93a maddesinde “kabul kararı” başlığı altında; “Anayasa şikayetinin karar için aşağıdaki hallerde kabulü gerekir;

- a) Başvuru anayasa hukuku açısından temel ilke düzeyinde önem taşıyorsa,
- b) 90. maddenin 1. fıkrasındaki hakların korunması gerekli gösteriyor ve başvuru sahibine kararı için kabulün reddi, özellikle ağır ve telafisi güç zararlar verecekse, kabul kararı verilmesi gerekir.

Kanununun 15a maddesine göre; her senatoda, her çalışma döneminde, üç üyeden oluşan alt kurullar kurulur. Bu kurullardaki üye değişiklikleri, üç yıldan daha uzun bir süre olamaz.

Kanununun 93b, “alt kurulun yetkileri”, başlığı altında (Kanun tasarısında “komisyon” tabiri kullanılmaktadır.) Bu alt kurulların yetkileri düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

“Alt kurul, Anayasa şikayeti başvurusunun kabulünü reddedebilir veya daha önce Anayasa Mahkemesince verilmiş bir karar varsa, 93c maddesi uyarınca, başvuru hakkında kabul kararı verir” Diğer durumlarda senato; kabul hakkında, karar verir.

Kanunun 95. maddesinde; Anayasa şikayeti kabul edilmiş ise, daha sonra verilecek kararda; anayasanın hangi hükümlerinin, hangi eylem veya ihmal ile ihlal edildiği tespit edilmiş olmalıdır. Federal Mahkeme aynı kararda; kusurlu bulunan tedbirlerin tekrarının anayasa aykırı olacağını da hükme bağlayabilir.

Anayasa şikayeti başvurusu, bir karar hakkında kabul edilmiş ise, Anayasa Mahkemesi bu kararı kaldırır ve 90. maddenin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca, dosyayı yetkili mahkemesine iade eder.

Anayasa şikayeti bir kanuna karşı kabul edilmiş ve karar verilmiş ise, Mahkeme bu kanunun hükümsüz olduğunu açıklar. Anayasa şikayeti, 2. fıkraya göre kabul edilmiş ve karar verilmiş, kaldırılan karar anayasaya aykırı bir kanuna dayanıyorsa, yine aynı esas geçerlidir. Madde 79. hükmünde de aynı bu esas uygulanır. (Ceza davası kararları hakkında)

## **5.2. Kanun Tasarısının Bireysel Başvurular Hakkındaki Hükümleri**

Kanun tasarısının 45. maddesinde “Bireysel Başvuru Hakkı” kenar başlığı altında;

**“Herkes, anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve taraf olduğu protokoller kapsamındaki (hakların) herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa mahkemesine başvurabilir.**

**İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ya da yargı başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir”.**

**Son fıkrada ise bireysel başvuru konusu olamayacak hususlar, hükme bağlanmıştır.**

Tasarının bu hükmünde, Alman kanunundan farklı olarak, bireysel başvuru (Anayasa şikayeti) konusu olabilecek haklar genişletilmiş, Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki temel hak ve özgürlükler ve insan haklarının ihlali halinde, bireysel başvuru hakkının kullanılabilceği hükme bağlanmıştır.

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ilişkin protokollerde, insan haklarının ihlalinin müeyyideleri ve yargılama usulleri, öngörülmüştür. Bu nedenle İnsan Hakları

sözleşmesindeki hakların Kanun Tasarısı metnine alınması, hukuken yerinde görülmemiştir. Ayrıca bu hususlar, hukuken doğru ve yerinde olarak, zaten Federal Mahkemesi Hakkında Kanunda düzenlenmemiş ve yer almamıştır.

- Başvurudan önce tüm kanun yollarının tüketilmiş olması şartının aranması, isabetli olmamıştır. Gerektiğinde, Federal Anayasa Mahkemesi Kanunundaki düzenlemede olduğu gibi, mahkeme, kanun yolları tüketilmiş olması şartı aranmadan karar verebilmelidir.

- Bireysel Başvuru hakkının konusu olabilecek, eylem, işlem ve ihmallerin kapsamı çok geniştir. Tasarıda, Alman kanununda olduğu gibi, direkt anayasa ihlaline yol açacak nitelikte olan eylem ve ihmaller ile ilgili, hangi anayasa maddelerinin, ihlal halinde başvuru konusu olabileceği, öngörülmemiştir. Kapsam geniş olduğu için, bu metin kapsamında verilecek kararlar, Yargıtay, Danıştay ve diğer yüksek mahkemeler incelenmiş ve kesinleşmiş kararların Anayasa Mahkemesinin 1. ve 2. Bölümlerinde tekrar temyizden incelenmesi şeklinde anlaşılabilir niteliktedir.

Bu ise, adli ve idari yargıda, nihai “ son inceleme mercii” olan, Yargıtay ve Danıştay görevleriyle ilgili Anayasanın 154, 155, 156 ve 157. maddelerine aykırılık oluşturur.

**5.3.** Tasarının 46. maddesindeki yabancıların bireysel başvuru hakkından niçin yararlanamayacağı ve mahkemeye başvuramayacağı yönündeki hüküm, temel hak ve hürriyetler ve insan haklarından faydalanmada, yabancı yerli ayrımı yapılamayacağı yönündeki evrensel ilkeye aykırı düşeceğinden, hukuken yerinde değildir.

**5.4.** Başvuruların harca tabi olduğunu düzenleyen 47. maddesi, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmayı sağlamak ve ihlalini önlemek, devletin temel görevleri arasında bulunduğu için, hukuken yerinde değildir. Alman kanununda bu yol, harçtan muaftır. Harç yalnızca, hakkın kötüye kullanıldığı sabit olması durumunda, Federal Anayasa Mahkemesi,2.600.-EURO ya kadar, bir mahkeme masrafının başvuru sahibi tarafından karşılanmasına karar verebilir.

- Tasarının 48. maddesinde bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi düzenlenmiştir. Kabul edilebilirlik incelemesinin komisyonlarca yapılacağı öngörülmüştür ve alınan kararların kesin olduğu, hükme bağlanmıştır. Bu karara karşı veya işlemlere karşı doğrudan ve dolaylı olarak, başvuru sahiplerinin her zaman insan hakları mahkemesine başvurma hakları mevcuttur.

Komisyunun oluşumu ve çalışma tarzı tasarı metninde yer almamıştır. Tasarının 48. maddelerine göre, kesin kararlar verecek komisyonların oluşumu ve üyelerinin nitelikleri kanun tasarısında düzenlenmesi hukuken gerekli ve şarttır.

## **6. Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısının Yüce Divan ile İlgili Hükümleri**

Hukuku ve hukuk fakültesi mezunu olmayan hakimlerin dahi, Genel Kurul yesi, yani Anayasa Mahkemesi Hakimi olarak, Yüce Divan yargılamasında yer almaları, adil yargılanma ilkesiyle bağdaşmaz ve hukuken sakıncalıdır. Adaletsiz sonuçlara yol açabilir.

Tasarının iptal davası ve itiraz davası ile ilgili hükümleri, Tasarının 78. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılacağı belirtilen, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usulleri hakkındaki kanun hükümlerine benzer olduğu ve paralellik arz ettiği için, ayrıca, şimdilik değerlendirmeye tabi tutulmamıştır. **28 Ocak 2011**