

Federal Almanya'da Bireysel Başvurunun Anlamı ve İşlevi İkinci Bölüm*



Bartholomäus REGENHARDT**

Çeviren: Doç. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDECI***

4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması Tüm Mahkemelerin Görevidir

Temel hak ve özgürlüklerin somut olaylarda tüm mahkemeler tarafından korunması gerekmektedir. Zira Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 3. fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin hem kanun koyucuyu, hem yürütmeyi hem de yargıyı doğrudan bağladığını açıkça ifade etmektedir. Ancak Almanya'da özel mahkemelerin, temel hak ve özgürlükleri dikkate alması bakımından, bunları yorumlarken ve uygularken ve anayasanın ana yapısına ait ilkeler (örneğin hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri gibi) açısından hata yapma riskleri mevcuttur. İşte bu halde Alman Anayasa Mahkemesi'ne hataların düzeltilmesi imkanını tanınmaktadır ve bu da karara karşı bireysel başvuru kurumu (Urteilsverfassungsbeschwerde) vasıtasıyla yapılmaktadır.

Ancak Alman Anayasa Mahkemesinin bu konuda inceleme yapabilmesi için, tüm yargı yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Yani Alman anayasa yargısının öncülüğü yoktur. Tam aksine, tali olma ilkesi kapsamında, mahkeme, başvurunu – konu temel hak ve özgürlükler olsa bile-, hukuki himaye bakımından öncelikle genel ve özel mahkemelere yönlendirmektedir. Üst dereceli mahkemelerin verdiği kararların Alman Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi halin-

* 18.04.2017 tarihinde T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tebliğ olarak sunulan metindir.

** Almanya Münster Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa İdare Hukuku Enstitüsü öğretim elemanı.

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

de, her iki mahkemenin tabi olduğu yargı yolunu ve ilkelerini dikkate almak gerekir.

a. İnceleme Kapsamı – Düzeltme İşlevi

İlk olarak Alman Anayasa Mahkemesinin dereceli yargıda yer alan bir mahkeme olmadığını belirtmek gerekir. Böylece Alman Anayasa Mahkemesi diğer Alman mahkemelerin kararlarını kapsamlı ve tam olarak hukuki denetime tabi tutamayacaktır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin inceleme kapsamı sadece anayasal düzendeki hususlardır ve genel ile özel mahkemelerin bu bağlamda anayasal ilkeleri yeterince dikkate alıp almadıklarını denetlemektir.

Alman Anayasa Mahkemesi daha ilk kararında açıkça kendisinin ne bir süper temyiz mahkemesi ne de bir süper hayat olayı mahkemesi olduğunu açıkça vurgulamıştır. Buna göre kararların maddi hukuka göre doğru olup olmadığını incelemeyeceğini de belirtmiştir. Örneğin 1952'de Alman Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, yargılamının yapılmasının, vakıaların tespitinin, anayasa dışındaki kanunların yorumlanmasının ve somut davaya uygulanmasının, olağan mahkemelerin işi olduğu ifade edilmiş ve bu konularda Alman Anayasa Mahkemesi'nin kontrol yetkisinin bulunmadığı belirtilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi sadece, "spesifik anayasa kuralları" ihlal edildi mi edilmedi mi konusunu incelemektedir. Başka bir deyişle, Alman Anayasa Mahkemesi "olağan mahkemenin vardığı sonucun anayasada çizilmiş sınırların dışına çıkması halinde ve bu bağlamda özellikle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde ancak kararı düzeltebilmektedir [...]"¹

Buna örnek olarak Alman Anayasa Mahkemesi'nin eski ve meşhur bir kararı verilebilir ki, bu karar, Alman Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü bakımından kabul ettiği görüşü temsil etmekte ve aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin bireyler arasındaki etkisini de belirlemektedir. Konusu kısaca şöyledir: Veit Harlan isimli Nazi dönemi Almanya'sında meşhur propaganda filmleri hazırlayan bir rejisör iken, 1950'de "Ölümsüz Sevgili" diye yeni bir film çekmiştir. Hamburg'daki devletin basın yayın sözcüsü Lüth ise bu film "Alman Filmler haftasında" gösterileceğini öğrenince, halkın bu filmi boykot etmesini istemiş-

¹ BVerfGE 65, 317 (322).

tir, zira Harlan isimli rejisörün filmi eski Nazi dönemine ilişkin yaraları açabileceğinden korkmuştur, zira adı geçen rejisör, Nazi rejiminin en önemli propagandacıydı. "Ölümsüz Sevgili" adlı filmin yapımcısı da bunun üzerine Hamburg Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, Lüth'ün boykot çağrısına ilişkin bir ihtiyati tedbir kararı aldırılmıştır. Hamburg Asliye Hukuk Mahkemesi, Lüth'ün boykot çağrısını ahlaka aykırı (Alman Medeni Kanunu'nun 826. maddesi²) bir çağrı olarak değerlendirmiştir. Lüth, bunun üzerine bu ihtiyati tedbir kararına karşı Anayasa Mahkemesine başvurmuş ve haklı çıkmıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin bireyler arasındaki ilişkilere uygulanması aslen anayasa mahkemesinin birincil görevi değildir. Bu konuda Federal İş Mahkemesi ve Federal Mahkeme daha ön plandadırlar. Temel hak ve özgürlüklerin dolaylı olarak üçüncü kişileri de etkilediği konusunda verilen karar ile aslında, adli yargıya ait bir mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararına karşı Alman Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvurunun doğrudan kabule şayan olmadığı hususu tespit edilmiştir.

b. Temel Hak ve Özgürlüklerin Etkisi

Bu bağlamda asıl soru, Alman Anayasa Mahkemesi'nin, Alman Anayasa'nın 5. maddesinin 2. fıkrasına³ göre "olağan kanunların" mevcut olan bağlayıcı etkisini kanun koyucunun iradesi olarak kabul etmesi gerekip gerekmediği sorusudur: Alman Kanun koyucu, Alman Anayasasının 5. maddesini⁴ olağan kanunlar ile sınırlayabilir. Alman Anayasa Mahkemesi de bu sınırı denetleyebilir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, Alman kanun koyucu hazırladığı kanunu, anayasal ilkelere uygun olarak hazırlaması gerekir⁵. Alman kanun koyucunun hazırladığı kanun bu şartları yerine getirmesi halinde, o zaman bu kanuna Schrankengesetz adı, yani Alman Anayasa'sına uygun bir bariyer kanunu adı verilmektedir. Bu kanunun da genel ve özel mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekmektedir. Peki, Alman

² Alman Medeni Kanunu'nun 826. Maddesi: Ahlaka aykırı şekilde zarar vermek.

³ „Buradaki haklar genel kanunlar, gençlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ve bireyin onuru sebebi ile sınırlandırılabilir.“

⁴ „Herkes fikrini sözlü, yazılı ve resmederek ifade edebilir ve herkese açık kaynaklardan bilgi alabilir. Basın özgürlüğü ve medyanın yayın özgürlüğü vardır. Sansür uygulanmayacaktır.“

⁵ Böylece temel hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir.

Anayasası'na uygun olarak hazırlanan bu bariyer kanunun daha sonra Alman Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi mümkün müdür?

Alman Anayasa Mahkemesi bu konuda, bariyer kanunun da kendisi tarafından kontrol edilebileceğini tespit etmiştir. Gerekçe olarak da Alman Anayasası'nın 5. maddesinin, 1. fıkrasında, cümle 1'i gösterilmiş, ancak aslında bu husus tüm temel hak ve özgürlükler bakımından geçerlidir. Alman Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünün önemli bir hak olduğunu söyleyen Alman kanun koyucunun bunu olağan bir kanun ile sınırlandırılması sonucunda, bu sınırlandırmanın geçerli olup olmadığı hususunu olağan mahkemelere bırakmak istememiştir⁶. Bu bağlamda sınırlandırma konusuna vurgu yapmıştır. Yani Alman Anayasa Mahkemesi bu ifadesi ile aslında genel ve özel mahkemelere pek güvenmediğini de belirtmiştir, bunun da tarihi bir geçmiş nedeni de vardı, zira o dönem hukukçular genelde Nazi Almanya'sı döneminde eğitim görmüşlerdi. Dolayısıyla Alman Anayasa Mahkemesi, bariyer kanunların da kendisi tarafından incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin etkisi tabii ki bariyer kanunlar bakımından da geçerlidir. Anayasal dogmatik gelişebilmesi için, temel hak ve özgürlüklerin uygulamaya yönelik olmasıdır, başka bir deyişle, temel hak ve özgürlükler her türlü kanunlara etki etmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin etkisine ilişkin yapıda sürekli sorun yaşanmaktadır, zira genel ve özel mahkemelere göre, Alman Anayasa Mahkemesi sürekli kendi görev alanlarına müdahale etmektedir. Bu müdahalenin meşru olup olmadığı sorusuna cevap, temel hak ve özgürlüklerin olağan kanunlara etkisini kabul veya reddetmeye bağlıdır.

Temel hak ve özgürlükler bakımından, onların uygulanmasını ve somutlaştırılmasını önemli olarak değerlendirilmesi halinde, o zaman Alman Anayasa Mahkemesi'nin müdahalesini kabul etmek gerekecektir. Zira Alman Anayasası'ndaki düzenlemelerin korunması bakımından, Alman Anayasa Mahkemesi görevlidir. Bu halde de müdahalenin ne kadar çok veya az olacağı konusu tartışılabilir. Çünkü aslında genel ve özel mahkemeler, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından görevlidirler. Alman Anayasa Mahkemesi, genel ve özel mahkemelerin bu görevlerini dikkate almamaları hâlinde müdahale edecektir.

⁶ BVerfGE 7, 198 (208).

Görüldüğü üzere aslında genel ve özel mahkemelerin temel hak ve özgürlükler bakımından öncül bir pozisyonu var. Ancak birey, bireysel başvuru ile, bütün bu konuların dikkate alınıp alınmadığı hususunda karar verebilecek olan bir mahkemeye doğrudan başvurma hakkına sahip olmaktadır. Bireysel başvurunun önemi, kabaca söylemek gerekirse, iki noktada ortaya çıkmaktadır: bireyin doğrudan anayasa mahkemesine başvurabilmesi ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan müdahale etme yetkisi.

Bu yargısal ve anayasal kurum sayesinde, anayasal ilkelerin ve Alman Anayasası'nın yorumlanması zaman içerisinde değişik görüşlere sebebiyet vermiş ve bu konudaki görüşlerin gelişmesini etkilemiştir. Hatta fiilen Alman Anayasa Mahkemesi'nin, Federal Almanya'nın tarihinde hukukun gelişmesi bakımından en önemli etkenin / motorun olduğunu söylemek mümkündür. Birçok hukuki alanda, bireysel başvuruların neticesi sonucunda, yeni düzenlemeler yapıldı veya mevcut hükümler farklı yorumlanmaya başladı. Böylece Alman kanun koyucunun tasarrufu olmadan, hukuk kendiliğinden gelişti. Bundan sonra bu konuya bazı örnekler verilecektir.

5. Hukukun Gelişmesindeki Motor

a. Siyasi Temel Hak ve Özgürlükler Olarak Değerlendirilen İfade ve Toplanma Özgürlüğü

İfade özgürlüğü, Lüth kararı ve karşılıklı öğretisi (Wechselwirkungslehre⁷) sayesinde bir değer kazanmıştır. Bu değer kazanma tabii ki sadece ondan önceki Alman yargısındaki içtihatlarla ilişkin bir değer kazanmadır, zira söz konusu karardan önce bariyer kanununun her zaman – temel hak ve özgürlüklerden bile – öncülüğü vardı⁸. Pratikte önemli olan ve ifade özgürlüğü ile bireyin onuru arasındaki ilişkide çıkan sorunlara ilişkin olağan kanunlarda yeterli bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun nedeni de, buna ilişkin kanunların⁹ 19. Yüzyılın son 30 yılında yapılmış olmasıdır, yani Alman İmparatorluk Döneminde yapılmış ol-

⁷ Karşılıklı etkileşim öğretisine (Wechselwirkungslehre) göre, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan kanunların da yine anayasal düzene uygun olmaları gerektiğini ifade etmektedir.

⁸ Bu özellikle Weimar Döneminde kabul edilmekteydi, ve buna göre bariyer kanun, temel hak ve özgürlüklerden daha önemliydi.

⁹ Örneğin §§ 185 ff., 193 StGB, §§ 823 Abs. 2, 824, 826 BGB.

masıdır. O dönemdeki anlayışa göre, sorunlar aleni yapılmadan yetkili makamlara bildirilerek, halledilmeliydi.

Günümüz Almanya'da bireyin onuruna ilişkin normlarda, ifade özgürlüğü ile ilişkisi halen tamamen net değildir. Bireyin onuruna ilişkin, ifade özgürlüğüne ne kadar yer verilebileceği konusunda İmparatorluk Döneminden kalan normların güncellenmesi Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları ile oluştu. Yani Alman Anayasa Mahkemesi, içtihatları ile hukuku geliştirdi. Bu fenomen aslında tek değil. Aynı şekilde Amerika Birleşik Devletleri'nde de oldu. Amerika Birleşik Devletleri öncelikle Common Law'dan (Müşterek Hukuk) karalamaya, kötülemeye ve itibara ilişkin eski hukuki esasları kabul etmiştir. Ve Amerika Birleşik Devletleri'nde de söz konusu normlar kanun koyucu tarafından güncellenmemiş ve "free speech" esaslarına uygun hale getirilmemiştir. Bu güncellemeyi Amerika Birleşik Devletleri Supreme Court içtihatları ile yapmıştır.

Benzer bir gelişme toplanma özgürlüğü bakımından da olmuştur. Söz konusu Versammlungsgesetz'i (yani toplanma kanunu) inceleyen herkes, bu kanunun 1908'deki İmparatorluk Dernek Kanunu'ndan alındığını anlayacaktır. Toplanma Kanunu aslen güvenliğin sağlanması ve muhtemel tehlikelerin önlenmesine hizmet eder. Kanunun 15. maddesi¹⁰ Alman Devleti'ne bu bağlamda geniş yetkiler vermektedir. Bundan anlaşılacağı üzere Federal Alman Kanun koyucusu 1953'de Toplanma Kanunu'nu hazırlarken, belirli endişelere sahipti. Bu bağlamda bu kanunun güncellenmesi de yine Alman Anayasa Mahkemesi kararları ile oldu. Alman Anayasa Mahkemesi bu bağlamda özellikle Alman Anayasası'nın 8. maddesindeki temel hak ve özgürlüğün dikkate alınması gerektiğini vurguladı¹¹, zira Toplanma Kanunu bakımından spontan oluşan toplanmalar halen yasaktır, zira önceden izin alınma (Toplanma Kanunu'nun 14. maddesi¹²) düzenlemesine aykırıydılar ve bundan dolayı dağıtılabılır (Toplanma Kanunu'nun 15. maddesinin 3.

¹⁰ „(1) Yetkili makam, iznin verileceği zaman, kamu düzenine ilişkin güvenliğin sağlanması bakımından sorun olacağına dair emarelerin oması halinde, toplantıyı yasaklayabilir veya belirli şartlara bağlayabilir. (...). (4) İzin verilmemiş bir toplantı dağıtılacaktır.”

¹¹ „(1) Bütün Almanlar önceden izin almadan, barışçıl bir şekilde ve silah olmadan toplanabilirler. (2) Aleni toplantılar bakımından bu hakkın kanun ile sınırlandırılabilir.”

¹² „(1) Aleni olarak toplantı yapmak isteyen, bunu en geç 48 saat öncesine kadar yetkili makama, toplantı sebebine de belirterek, bildirmek zorundadır.”

fıkrası¹³). Alman Anayasa Mahkemesi bu bağlamda spontan ve acele toplantılara içtihatları ile izin vermiştir ve böylece de yine hukukun değişmesi Alman Anayasa Mahkemesi kararı ile olmuştur.

b. Bireyin Onuru

Alman Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne ve toplanma hakkına ilişkin kararlarını eleştirmek de mümkün. Bu bağlamda bireysel başvuru kurumu da ikna edici olmayabilir. Bu kapsamda bireyin onuru ile modern medyalardan kaynaklanan tehlikeleri arasındaki ilişkinin de yine Alman kanun koyucu tarafından değil de, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından çözümlendiğini belirtmek gerekir. Alman kanun koyucu gerek Alman Ceza Kanunu gerekse Alman Medeni Kanunu'nu düzenlerken, kişisel onurun genel olarak korunmasına ilişkin düzenlemeler yapmamıştır. Hatta bu bağlamda bireyin talep hakkı ancak Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesinin 2. fıkrası¹⁴ ile, Alman Ceza Kanunu'nun 185. Maddeleri ve devamı birlikte değerlendirildiğinde doğmaktadır ve iki dayanağı olan bu talebin de bireyin onurunun genel olarak korunmasına ilişkin olmadığı da açıktır. Dolayısıyla Almanya'da bu bağlamda pozitif hukukta çok eksiklikler vardır: Zira bunlar sadece hakaret ve onuru zedeleyen yanlış vakıaların yayılmasını kapsamaktadır. Böylece sadece bireyin onuru veya itibarı (örneğin kredi alma riski, Alman Medeni Kanununun 824. maddesi) korunmaktadır. Bunun dışında kalan söylemler, kanun koyucu tarafından korunmamıştır. Örneğin gerçek vakıaların söylemi de onur zedeleyici olabilir, özellikle cinsel konular ilişkin ise, ancak bunlar kanun koyucu tarafından dikkate alınmamıştır. Ayrıca Alman Medeni Kanunu bu bağlamda manevi tazminat hakkını da ön görmemiştir. Günümüz Almanya'da kişisel hakların ve bireyin onurun korunmasına ilişkin ilkeler tamamen Alman Anayasa Mahkemesi'nin, temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak, hukuku geliştirmesi ile oluşmuştur. Bu bağlamda şunu da belirtmek gerekir, söz konusu içtihatlar norm kontrolleri sayesinde değil (Alman Anayasası m. 100 fıkra 1), hakkı ihlal edilen bireyin başvurusu ile geliştirilmiştir.

¹³ „(3) Haber verilmemiş ve izin alınmamış veya haber verildiği gibi yapılmayan veya şartlara uyulmayan veya 1. Fıkra ve 2. Fıkradaki yasaklı hallerde, toplantı dağıtılabilir.”

¹⁴ „Tazminat ödemeye ilişkin aynı yükümlülük, başka birinin korunmasını sağlayan kanuna aykırı hareket etmesiyle de doğmaktadır. Söz konusu kanuna ilişkin kusur olmadan da ihlal mümkünse, o zaman tazminat yükümlülüğü sadece ihlalin olması halinde kabul edilecektir.”

Böylece yine Alman Anayasa Mahkemesi, içtihatları sayesinde hukuku geliştirmiştir.

Alman Ceza Kanunu ile Alman Medeni Kanunu'nda yer alan pozitif hukuk normları sadece onurun korunmasına yöneliktir. Başka bir deyişle, hakarete ilişkin hükümler ve kamu anlayışında kişiyi küçük düşüren gerçeğe aykırı vakıaların söylemine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Hal böyle olunca, kamu anlayışında kişiyi küçük düşürmeyen ve fakat gerçeğe aykırı vakıaların söylemi problem değilmiş gibi kalmakta ve gerçekten de buna ilişkin bir norm bulunmamaktadır. O zaman uydurma bir röportaj bir yaptırıma tabi değildir. Böylece medya kuralı olarak, her türlü hikayeleri uydurabilir, yeter ki kamu anlayışında kişiyi küçük düşürmeyen hikayeler olsun. Aynı zamanda bireyin hiç söylemediği ifadeleri, sanki o söylemiş gibi göstermek de bir yaptırıma tabi değildir. Görüldüğü üzere, Almanya'daki bu konudaki pozitif hukuk normları henüz medya döneminde önceye aittir. Ve bu konudaki eksik korumanın tamamlanması Alman Yargısının İchtihatları ile kapatıldı.

Ayrıca Almanya'da bu bağlamda pozitif normlar naif bir gerçeklik inancı üzerine inşa edilmiştir: Eğer söylem gerçek ise, kişisel onurun korunması bertaraf edilmiş olunuyordu. Pratikte bu husus özellikle ceza davalarına ilişkin haberlerde ortaya çıkmaktaydı. Bu tür haberler sadece faili / sanığı değil, aynı zamanda maktulü de negatif etkiliyordu ve her ikisi bakımından kamuoyunun önüne çıkartılmama hususunda bir hak bulunmaktaydı. Bu konuda bireylerin korunması ancak Alman Anayasa Mahkemesi'nin Lebach-Kararı'ndan sonra kabul edildi. Bireyin onurun genel olarak korunması prensibinin kabulü ancak medyanın, haber pazarlama isteğine karşı önemli bir karşılık olarak değerlendirilebilecektir, Alman kanunlar bu konuyu maalesef gerçeğe uygun söylemler ile sınırlandırmaktadır. Lebach-Kararı'ndan beri, her gerçek vakıa bakımından dahi, medyanın haber yapma menfaatinin daha fazla olduğu nihayet reddedildi, zira bazen gerçek vakıalar bile bireyin onurunu ihlal edebilir.

Genel olarak onurun korunmasına ilişkin detaylı olarak bilgi verilmesi günümüzün konusunu faslası ile aşar. Bu bağlamda kısaca bir de "verilerin gizliliği" ve "veriler bakımından kişisel haklara" değinmek istiyorum, zira bu iki konu bakımından yine gelişmeler Alman Anayasa Mahkemesi kararı ile olmuştur. Burada da temel konu aslında aynı, şöyle ki modern medyanın haber yapma tarzı, bireyin haklarına yeni

müdahaleleri beraberinde getirmiştir ve günümüze kadar bu konuda Alman Kanun koyucusu bir kodifikasyon yapmamış, tüm gelişmeler Alman Anayasa Mahkemesi'nin Alman Anayasa'yı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır, başka bir deyişle, hukuk sistemi, Alman kanun koyucundan değil, Alman Anayasa Mahkemesi'nin İçtihatlarından öğrenmiştir. Büyük bir ihtimalle bu trend bu şekilde de devam edecektir. Örneğin dataların gizliliği bakımından bir kanun çıkarıldığında, soyut normlar, teknolojinin hızlı gelişimi karşısında yetersiz kalmaktadır; dolayısıyla Alman Anayasa Mahkemesi halen gerekli yorumları ve eksiklikleri doldurması gerekecektir.

6. Almanya'da Bireyin Korunmasına İlişkin Düzenlemelerin Uluslararası Boyutu

a. Avrupa Konseyi - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Almanya'nın Avrupa Konseyi'ndeki üyeliğinden dolayı, Almanya aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de tabidir. Söz konusu sözleşmesinin 34. maddesinde de bireysel başvuru düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru, örneğin Almanya, Avusturya, İsviçre ve İspanya'daki bireysel başvuru sistemlerine benzemekte ve aynı işlevi görmektedir. Bu kapsamdaki bireysel başvuru da belirli temel hak ve özgürlüklerin korunmasına (bireyin hakkına ilişkin olanları) ilişkin yargı yolunu düzenlemektedir. Dolayısıyla olağan kanun¹⁵ yolu değildir ve süper temyiz mahkemesi de değildir ve aynı zamanda tali nitelikte olduğu için, ulusal yargı yollarının tüketilmiş olmasını şart koşturmaktadır (bak. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. Maddesi).

Bu kapsamdaki bireysel başvuru, ulusal bireysel başvurularında olduğu gibi¹⁶, söz konusu karşı gelinen düzenlemeyi iptal edemez, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki bireysel başvuru sonucunda sadece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiği tespit edilebilir ve olası bir tazminata hükmedilebilir¹⁷. Devam eden ihlallerde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi son zamanlarda, söz konusu ihlale ilişkin işlemin sonlandırılmasına ilişkin karar verme yetkisini kendisi-

¹⁵ S. § 90 Abs. 2 BVerfGG.

¹⁶ S. § 95 Abs. 2 u. 3 BVerfGG.

¹⁷ Art. 41 EMRK (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi); vgl. bak. Art. 46 EMRK.

ne atfetmiştir; örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı tutuklamalar veya mülkiyetin geri verilmesi gibi.

Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki bireysel başvurunun sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığın tespitinden ileriye gidememesine rağmen, bu hali ile dahi, ulusal ve uluslararası alanda objektif bir hukuki koruma sağlamak ve ulusal hakların gelişmesine hizmet etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki bireysel başvuru sayesinde hukuk sistemleri de birbirlerine yaklaşmaktadırlar. Üye devletler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hakları temin etmek ile yükümlüdürler. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki bireysel başvuru sonucunda ilgili devlet veya diğer devletler hukuk sistemlerini geliştirmeye tabi tutabilirler. Hatta bazen bir devlet, yargılanmamak adına, sulh olup, gerekli hukuki düzenlemeyi de yapabilir. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki bireysel başvurunun davacı tarafından geri çekilmesine rağmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerektiğinde bireysel başvuru hakkında resen de karara verebilir ve böylece genel menfaatlerin sağlanmasına da hizmet eder. Tarafların sulh olması da ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 39. maddesi kapsamında - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kurallarına uygun ise – mümkündür.

b. Avrupa Birliği – Avrupa Birliği'nin Temel Hak ve Özgürlükleri Kartası

Avrupa Birliği Organların da işlemleri, Avrupa Birliği Kurallarına uygunluğu bakımından denetlenebilmektedir. Bu bağlamda Avrupa Birliği yargı yolunda hukuki himaye ihtiyacı da ortaya **çıkılmaktadır**. Avrupa Birliği'nin temel hak ve özgürlükler ve insan haklarına ilişkin düzenlemesi Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'dir. Bu bağlamda bireyin hakların korunması için Avrupa Adalet Divanı görevlidir (Art. 19 EUV). Ayrıca Avrupa Ombudsman'na dilekçe verme ve şikayet hakkı da bulunmaktadır; böylece temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin iki tane alternatif mekanizma da bulunmaktadır.

Avrupa Adalet Divanı'ndaki prosedür doğrudan açılan davalar ve önceden karar verilmiş olması gereken davalar diye ikiye ayrılmaktadır, ayrıca geçici hukuki himaye imkanı da bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin AEUV (Avrupa Birliği'nin Çalışmasına İlişkin Sözleşme) madde 263'de düzenlenen iptal davası

karşımıza çıkmaktadır. Bu davanın amacı, Avrupa Birliği'nin yaptığı bir işlemin, Avrupa Birliği düzenlemeleri kapsamında denetlenmesi ve gerekirse söz konusu işlemi iptal etmesidir (bak. madde 264 AEUV). Muhatabın, AEUV m. 263'de öngörülen süre içinde muhalefet etmediği işlemler, kesinleşmektedir. Ulusal mahkemeler de bu kesin hüküm etkisi ile bağlı olduklarından, iptal davası sonucu verilen karar, üye devletleri içerisinde de bireyin hakların etkin olarak korunması açısından önem arz etmektedir.

Avrupa Adalet Divanı'ndaki farklı yargılama derecelerin üç işlevi bulunmaktadır: 1) Avrupa Birliği Organları arasındaki ihtilafı bertaraf etmesi, ki burada Anayasa Mahkemesi gibi işlev yapmaktadır; 2) en üst düzey mahkeme olarak da hukuk birliğini sağlama işlevi ve 3) hakların korunmasına ilişkin bir idare mahkemesi işlevi. Bu sistem kendi başına bağımsız bir bireysel başvuru gibi temel hak ve özgürlükleri koruyan bir dava çeşidini tanımamaktadır. Bireysel hukuki koruma genelde doğrudan davalar ile dermeyan edilmektedir.

Avrupa Adalet Divanı önündeki davaların çoğunu, önceden karar verilmiş davalar oluşturmaktadır. Ulusal bir mahkeme, Avrupa Birliği Hukuku'nu yorumlayamadığı veya geçerli olmadığını düşündüğü takdirde, Avrupa Adalet Divanı'na başvurmaktadır. Bu da Alman Hukuku'ndaki somut norm kontrolüne benzemektedir (Alman Anayasası'nın 100. maddesi). Dolayısıyla Avrupa Birliği Üye Devletlerin vatandaşları bu bağlamda ancak dolaylı bir hukuki himaye alabilmektedirler ki, bu da yine ulusal hakim in takdirinde kalmaktadır. Buna rağmen, Avrupa Adalet Divanı'nın, objektif anayasa hukukuna hizmet ettiği kabul edilmektedir. Örneğin bu bağlamda medya özellikle kişisel hayatın korunmasına veya aile hukukuna ilişkin davaları haber etmektedir. Avrupa Adalet Divanı'nın görevi ile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında benzerlik olduğu da açıktır. Avrupa Adalet Divanı da, hukuku geliştirmeyi amaçlamaktadır.

6. Almanya'da Bireysel Başvuru'nun Değerlendirilmesi ve Geleceği

Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını hatırlarsak, aslında hukuku geliştirme işlevini değerlendirmek mümkündür. Bu bağlamda

örneğin Alman Anayasası'nın 12. maddesi¹⁸ ve Stufentheorie, yani kademeli teori görüşü ve Alman Anayasası'nın 14. maddesinin 1. fıkrasındaki¹⁹ mülkiyet hakkı da sayılabilir ki, Alman Anayasa Mahkemesi bu konularda da hukuku geliştirmiştir. Burada önemli olan, bireysel başvuru sayesinde bireylerin, kendi somut olaylarını, Alman Anayasa Mahkemesi'ne taşıyabilmeleridir ki, bu sayede de Alman Anayasa'sının yorumlanması ve hukuki gelişimi sağlanmaktadır, yani bireyin hukuki korunması ile objektif hukuki işlev arasında bir bağ bulunmaktadır.

Bireyin hukuki korunması ile objektif hukuki işlev arasındaki ilişkinin Alman Anayasa Mahkemesi tarafından, bireysel başvurunun sayısı itibarı ile nasıl dengelendiği hususu önemlidir. Bu kapsamda temel hak ve özgürlüklerin bireyler için korunması gerektiği önem arz etmektedir ve ayrıca benzer olaylarda temel hak ve özgürlüklerin aynı şekilde temin edilmesi gerekmektedir. Yani, kamu oyu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin kararları, bir müzede saklanıyor gibi seyretmemeli.

Herkesin Alman Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilme imkanının bulunması, temel hak ve özgürlüklerin teminini sağlamaktadır. Tabi bu arada Almanya'da bireysel başvurunun popüler olması ve çok fazla sayıda bireysel başvurunun yapılması madalyonun diğer yüzü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bireysel başvuruya ilişkin bu problem, Almanya'da bireysel başvurunun kabul edilmesi ile birlikte ilk günden beri mevcuttur. Bu bağlamda, Almanya'da bireysel başvurunun beraberinde getirdiği iş yükünün nasıl azaltılabileceği hususu bakımından tartışmalara yapılmaktadır. Bireysel başvuruya veda etmek ise, çözümler arasında yer almamaktadır, zira bireyler, Alman Anayasa Mahkemesi'nin bulunduğu Karlsruhe kentine gitmeye (yani bireysel başvuru yapmaya) o kadar alıştılar ki, Almanya'da "bireysel başvurunun olmadığı bir hukuk sistemi düşünülmaz hale gelmiştir"²⁰. Bireysel başvuru, "Federal Almanya'da hukuk devletinin olağan kabul edilen bir kurum haline gelmiştir"²¹. Almanya'da bazı bireylerin, bireysel başvuruyu, olağan yargılamada da-

¹⁸ Art. 12 GG: Berufsfreiheit, yani mesleki serbestlik.

¹⁹ „Mülkiyet hakkı ve miras hakkı teminat altındadır. İçerik ve sınırları kanunlar tarafından belirlenir."

²⁰ Kley/Rühmann in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2005, § 90, Rn. 6.

²¹ Häberle, Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, JÖR, 1997, 89 (131).

vayı kaybetmeleri halinde, bir şikayet merci gibi yorumlamaları hususu da, bireysel başvurunun önemi azaltmamaktadır. Ancak bu husus, gerçek bireysel başvuruları, gereksiz bireysel başvurulardan ayırabilecek bir sistemin arayışını ortaya çıkarmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki certiori-yargılamasına ise temkinli yaklaşmak gerekmektedir, zira sadece hakimlerin takdirine bırakılmış olan ve kriterlere bağlı olmayan bir bireysel başvuru sisteminin Almanya'da kamu oyununda kabul görmesi mümkün gözükmemektedir.

Zaten Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Supreme Court spesifik bir Anayasa Mahkemesi değildir, aslen o bir üst dereceli mahkemedir (istinaf ve temyiz anlamında), diğer yandan Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hukuk sisteminin farklılığı da hali ile dikkate alınması gerekmektedir. Federal Almanya'da bireysel başvuru bağlamında, Weimar Cumhuriyeti ve 1933 – 1945 arasındaki Nazi Dönemi'nin unutulmaması gerekmektedir, yani Almanya'da bireysel başvuru kurumunun hukuk sistemine alınması da bu tarihi sebeplerin de olduğu unutulmamalıdır.

Dolayısıyla sanki iki kriteri dikkate alan bir seçme prosedürü tercih edilebilir: İlk olarak bireysel başvurunun olağanüstü bir kanun yolu olduğu hususu, yani bireysel hukuki koruma kurumunun işlevi, diğer olağan kanun yolu işlevlerinden farklıdır, zira bireysel hukuki koruma temel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlamaktadır. İkinci olarak, bireyin hukuki himaye hakkı karşımıza çıkmaktadır.

1949'dan sonra Almanya'da gelişen ve bireyin korunmasına ilişkin olan spesifik hukuk kültürü bu bağlamda önem kazanmaktadır. Burada hali ile Nazi Dönemi tarihçesinin de önemi bulunmaktadır.

Almanya'da, Weimar Cumhuriyeti'nin tarihi tekrar olunacağı ihtimali ise az görünmektedir. Ama günümüzde Almanya'da ortaya çıkan milliyetçi, popülizm ve korumacılık / himayecilik akımların da dikkate alınması gerekmektedir. Başka bir deyişle, Almanya'da şu an özgür ve sosyal devletin gücü şu günlerde bir süreçten geçmektedir, bir belirsizlik ve çaresizlik olgusu bulunmaktadır. İşyerini kaybetme endişesi, artan suç oranı ve devletin birey üzerinde kontrolü çoğaltma konuları toplumu değiştirmekte ve halkın alışık olduğu eleştiri ve hoşgörü ortamını azaltmaktadır. Bu halde demokrasinin bir hayat tarzı olmadığı, aslında

hep "geleceği açık, risk altında bir proje" olduğu anlaşılmaktadır²². Risk altında, zira ekonomik krizler, demokrasinin yapısını ve hukuk sistemini değiştirebilir. Weimar Cumhuriyeti bu bakımdan maalesef örnek olmuştur. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerin ve bireysel başvurunun işlevini tamamladığını söylemek mümkün değildir. Tam aksine, Alman Anayasa Mahkemesi işine devam etmeli. Herkese oraya başvurarak, hakkını arayabilmeli. Zira herkesin dikkat etmesi sayesinde özgürlük korunmaktadır.

²² Lenk, Probleme der Demokratie, in: Lieber, Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, 2000, 933 f.

* Zur Erstellung dieses Vortrags wurden insbesondere die Erkenntnisse aus folgenden Werken berücksichtigt: Kadelbach, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2013, Kapitel 30, Rn.171ff; Lechner/Zuck, BVerfGG, 2015, § 90; Limbach, Aufgaben und Bedeutung der Verfassungsbeschwerde, 1997; Rühl, Funktion der Verfassungsbeschwerde, Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1998, 156 ; Zuck, Recht der Verfassungsbeschwerde, 2013.