

ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ'NİN HUKUKİ DİNLENİLME HAKKINA İLİŞKİN 30.04.2003 TARİH VE 1/02 SAYILI İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI^{*,,***}**

* Karar için bkz. NJW 2003/27, s. 1924-1929.

** Çeviride orijinal metindeki numaralandırma yöntemi kullanılmıştır.

*** Karar hakkında not: Karar, hukuki korunma talebinin temelini Alman Anayasasının 103. maddesinin birinci fıkrasında zikredilen hukuki dinlenilme hakkında değil de, hukuk devleti ilkesinde içkin olmasına ve hukuki dinlenilme hakkı ihlali karşısında genel mahkemelerin bu ihlali önlemeye yönelik fonksiyonlarına dikkat çekmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu karar vesilesiyle Alman hukukunda hukuki dinlenilme hakkının korunmasıyla ilgili olarak Alman Medeni Usul Kanunu'nun 321a maddesine de değinmek gerekir. "Hukuki dinlenilme hakkının ihlali durumunda çare" başlıklı bahsi geçen hükme göre karardan zarar gören tarafın itirazı üzerine yargılama şu hallerde devam ettirilir: 1. Karara karşı kanun yolu yahut başka bir hukuki çare öngörülmemişse ve 2. Mahkeme, itiraz eden tarafın hukuki dinlenilme hakkını kararı etkileyecek biçimde ihlal etmişse. Hukuki dinlenilme hakkını ihlal eden karardan daha önce verilmiş bulunan bir karara ise itiraz caiz değildir. İtirazın hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde yapılması gerekir. Öğrenme anının inanılır kılınması gerekir. Kararın tebliğinden itibaren bir yıl geçtikten sonra, karara itiraz edilemez. Usulsüz bildirilen kararlar posta verildiği tarihten itibaren üç gün sonra tebliğ edilmiş sayılır. İtiraz, kararına itiraz edilen mahkeme yazılı olarak yapılır. Başvuruda hangi karara itiraz edildiği belirtilmeli ve yukarıda zikredilen koşulların karşılandığı gösterilmelidir. Gerekliyse başvuru, görüşü alınmak üzere karşı tarafa bildirilir. Mahkeme başvuruyu kabule şayanlık koşulları bakımından resen inceler. Bu koşullarda bir eksiklik varsa başvuru kabule şayan olmadığından reddedilir. İtiraz haksız ise reddedilir. Bu karara karşı itiraz edilemez. Karar kısaca gerekçelendirilir. Başvuru haklı ise ve itiraz gerektiriyorsa mahkeme yargılamayı sürdürür. Yargılama, sözlü yargılamadan önceki haline kadar geriye götürülür. Yazılı yargılamada ise dilekçelerin verileceği aşamaya kadar geri dönülür. Alman hukukunda hukuki dinlenilme hakkı bağlamında temas edilmesi gereken bir başka düzenleme ise "Untaetigkeitsbeschwerde" ile "Verzögerungsrüge"dir. Bunlardan birincisine mahkemenin vereceği kararı vermemesi yahut kararını vermede çok gecikmesi, yani etkin hukuki korunma talebinin ihlali halinde başvurulur. Bu kurum, kanunen düzenlenmemiş; yargı içtihatlarıyla kabul edilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde düzenlenmiş bulunan "adil yargılanma hakkı"nın bir gereği olarak görülmektedir. Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nda (m. 198 vd.) düzenlenmiş bulunan ikinci yola ise

*The Decision of German Federal Constitutional Court of Joint Chambers
Related to the Fair Hearing Dated 30 March 2003 No.1/02*

Çev. Cenk AKİL**

Daire'nin 16 Ocak 2002 tarihli 1 BvR 10/99 sayılı kararının ibrazı üzerine yapılan yargılamada; Federal Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Federal Anayasa Mahkemesi Teşkilat ve Yargılama Usulü Hakkında Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Hâkim Papier başkanlığında, başkan yardımcısı Hassemer, hâkim Sommer, Jaeger, Haas, Hömig, Steiner, Jentsch, Broß, Osterloh, Hohmann-Dennhardt, Hoffmann-Riem, Di Fabion, Bryde, Mellinshoff, Lübbe-Wolff ile 30 Nisan 2003 tarihinde toplanmış ve Alman Milleti Adına şu kararı vermiştir:

Gerekçeler:

1

İçtihadı Birleştirme Kararı'nın konusunu mahkemelerin anayasal güvence altına alınmış hukukî dinlenilme hakkını ihlal etmeleri durumunda bu ihlalin bizzat mahkemelerce gidermelerinin gerekip gerekmediği ve gerekiyorsa bunun ne ölçüde olacağı oluşturmaktadır.

yargılamaya katılanlardan birinin yargılamanın ölçüsüz biçimde uzamasından dolayı uğradığı zararın tazminini için başvurulmaktadır. Yargılamanın ölçüsüz biçimde uzayıp uzamadığı ise, somut olayın koşullarına, davanın güclüğü ve önemi ile yargılamaya katılanların davranışlarına göre tayin olunmaktadır. Yukarıda tercümesi verilen Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararının konusunu oluşturan temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında son zamanlarda Türk hukukunda da bir takım gelişmeler yaşanmaktadır. Söz konusu gelişmelerden biri 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kabul edilen ve 23.9.2012 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoludur. "Bireysel başvuru yolu" ile kastedilen, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edilen bireylerin "diğer başvuru yollarını tükettikten sonra" başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yoludur. Bununla birlikte bu yol, ek bir istinaf ya da temyiz yolu değildir. Bir başka deyişle, teknik anlamda kanun yolu sayılmamaktadır. Bireysel başvurunun varlık nedeni, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini önlemek; ihlal gerçekleşmişse ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaktır (Bkz. Hüseyin Ekici/Musa Sağlam: http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf).

** Dr. (akilcenk@hotmail.com).

A.

I.

2.

İçtihadı Birleştirme Kararı'nın çıkış noktasını Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1. Dairesi'nde derdest olan anayasa şikâyeti (1 BvR 10/99) başvurusu oluşturmaktadır. Şikâyetin temelinde istinaf başvurusu üzerine verilen bir karar bulunmaktadır. 1. Daire'ye göre bu karar ile şikâyetçi, hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Alman Federal Temyiz Mahkemesi, şikâyetçinin Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin kararına karşı yaptığı temyiz başvurusunu; istinaf mahkemesinin temyize izin vermemiş olması ve temyiz başvurusu için öngörülen parasal sınıra ulaşılmamış olması gerekçeleriyle caiz olmadığından reddetmiştir. Federal Temyiz Mahkemesi'ne göre Kanuna açık aykırılık hâlinde dahi olağanüstü kanun yolu olarak temyize başvurulamaz (BGH, NJW 1999, s. 290). Her iki karara karşı da anayasa şikâyeti yoluna başvurulmuştur.

II.

3

1.Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1. Dairesi, hem Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararını hukukî dinlenilme hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle kaldırmak istemekte hem de anayasa şikâyetini Federal Temyiz Mahkemesi kararına yapılan itiraz ölçüsünde kabul etmek istemektedir. Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararı, Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 31 Aralık 2001 tarihine kadar geçerli olan şekline ve olağanüstü hukukî çarenin caiz olmamasına dayanmaktadır. Şikâyetçi, o tarihte hukukî dinlenilme hakkının (Federal Alman Anayasası m. 103, I) ihlal edildiğini genel mahkeme önünde ileri sürme imkânına sahip değildi. Hukukî korunma imkânının kanunen düzenlenmemiş olması, 1. Daire'nin görüşüne göre, hukuk devleti ilkesinde içkin ve temel hak olarak güvence altına alınmış bulunan hukuki korunma talebi hakkını ihlal etmiştir.

4

a) Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Alman Anayasası m. 103, I'in ihlali hâlinde başvurulacak hukukî bir çarenin olmaması meselesiyle birkaç kez meşgul olmuştur. Mahkeme, mevcut Usûl Kanunu verilmiş bir karara

karşı kanun yolu öngörmemişse, olağanüstü hukukî çare olarak anayasa şikâyetini kısmen yeterli görmüştür (karş. BVerfGE 60, 96 <98 vd.>). Diğer durumlarda ise usûl kanununda açıkça düzenlenmemiş bulunan hukukî çareyi kabul etmiştir (Genel bilgi için bkz. Zöller/Vollkommer, Zivilprozessordnung, 22. B., 2001, Einl. kn. 103). Bu noktada Federal Anayasa Mahkemesi, usûli temel hakların ihlali durumunda davaya bakan mahkemelerin derece silsilesi içinde yapılan ihlali mümkün olduğu ölçüde bizzat giderebilecekleri düşüncesinden hareket etmiştir (vgl. BVerfGE 47, 182 <190 vd.>; 73, 322 <327 vd.>; stRspr). Pek çok durumda özellikle itiraz yoluna izin verilmiştir vgl. BVerfGE 9, 89 <101, 106 vd.>; 73, 322 <326 vd., 329>). Bunun yanı sıra Federal Anayasa Mahkemesi, usûl hukuku normlarının (örneğin, m. 513 f. 2, m. 568 f. 2 ZPO a.F., m.m. 33 a, 313 a StPO) kıyas yoluyla uygulanması ya da daha geniş yorumu yoluyla bulunan yeni hukuki çareleri akla yatkın bulmuştur (hepsi yerine karş. BVerfGE 42, 243 <250 vd.>; 49, 252 <256>; 60, 96 <98 vd.>; 70, 180 <187 vd.>). Bunu mahkemeler esas olarak takip etmişler ve kendileri açısından yeni hukukî çarelere imkân tanımaya çalışmışlardır. Örneğin, Federal Temyiz Mahkemesi bu bağlamda “kanuna açık aykırılık hâlini” ihdas etmiştir (karş. örneğin BGHZ 119, 372 <374>; 121, 397 <398 vd.>; 130, 97 <99>).

5

Federal Temyiz Mahkemesi, bu arada, şikâyet hakkının yeniden düzenlenmiş olduğu 27 Haziran 2001 tarihli Medeni Usûl Reform Kanunu’na atıfla şu kararı vermiştir: Şikâyeti karara bağlayan mahkemenin kararı açıkça kanuna aykırı olsa; hatta şikâyetçinin yargılamaya ilişkin temel bir hakkı ihlal edilmiş olsa dahi olağanüstü kanun yolu ile Federal Temyiz Mahkemesi’ne başvurulamaz. Böyle bir durumda, aleyhinde kanun yoluna başvurulmuş karar, itiraz yoluna başvurulması durumunda bizzat kararı veren mahkeme tarafından dahi düzeltilebilir (karş. BGHZ 150, 133). Federal İdare Mahkemesi bu fikri takip etmiş ve Federal İdare Mahkemesinin yetkilerinin kanunla sayılmış olması ve şikâyet hakkının düzenleniş tarzı karşısında, gelecekte olağanüstü şikâyet yolu ile yapılan bir başvuruyu ele almasının mümkün olmayacağına karar vermiştir (karş. BVerwG, NJW 2002, s. 2657).

6

b) Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1. Dairesi'nin görüşüne göre, bir mahkemenin karara etkili olacak biçimde hukukî dinlenme hakkını ihlal etmesi durumunda Anayasa, genel mahkemenin uygulayacağı bir yargısal yolun mevcudiyetini gerektirir. Etkin hukukî koruma emri, hukukî hataların kontrolü için başvurulabilecek yalnız tek bir yargısal yol kabul etmiş ve hukukî korumayı bununla sınırlandırmışsa, kanun yoluna sınırsız başvuru riski bulunmamaktadır. Hukukî çareleri sistematik olarak usûl kanunu içerisinde düzenlemek kanun koyucunun görevidir. 1. Daire, hukuk devleti ilkesi dikkate alındığında pozitif hukuk kurallarınca düzenlenmemiş kanun yollarının doğrudan doğruya anayasadan çıkarılması fikrini reddetmiştir.

7

2. 1. Daire, Federal Anayasa Mahkemesi'nin her iki dairesinin anayasanın hâkimlerin işlemlerine karşı hukukî bir koruma sağlamadığı yolundaki içtihadından (karş. BVerfGE 11, 263 <265>; 65, 76 <90>; 76, 93 <98>; stRspr), davaya bakan mahkemenin hukukî dinlenme hakkını (Federal Alman Anayasası m. 103, I) karara etkili olacak biçimde ihlal etmesi durumunda dönülmesini istemiştir. Bundan dolayı, 1. Daire, 2. Daire'ye Federal Anayasa Mahkemesi İç Yönetmeliği m. 48, I uyarınca o zamana kadarki içtihadında (karş. BVerfGE 11, 263 <265>; 42, 243 <248>; 49, 329 <340 vd.>) ısrar edip etmediğini sormuştur. 2. Daire'nin 7 Kasım 2001 tarihli kararından durumun bu olduğu anlaşılmaktadır. 2. Daire, Federal Alman Anayasası m. 103, I'de düzenlenmiş bulunan hukukî dinlenme hakkının ihlali durumunda, genel mahkemelerin bu ihlali gidermelerine yönelik bir hukukî çarenin öngörülmemiş bulunmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır. Bunun üzerine 1. Daire, 16 Ocak 2002 tarihli kararıyla AMKK m. 16, I uyarınca Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının birleştirilmesi talebinde bulunmuştur (BVerfGE 104, 357).

B.

8

1. Daire'nin ön kararı hakkında hükümet adına Federal Adalet Bakanı, Federal Temyiz Mahkemesi Başkanı, Federal Sayıştay, Federal İdare Mahkemesi Başkanı ve *Hessen* Eyaleti Devlet Başkanı görüş bildirmiştir. Bu görüşlerin arasında, hukukî dinlenme hakkının ihlali durumunda daha

yüksek bir mahkemeye başvuruyu (iudex ad quem) olanaklı kılacak anayasal bir emrin bulunduğundan bahseden olmamıştır. Buna karşılık mahkemenin ihlali bizzat gidermesi (iudex a quo) genel olarak desteklenmiştir. Bu noktada daha çok hâlihazırda mevcut olan hukukî koruma imkânları, örneğin, itiraz* biçiminde bir hukukî koruma imkânı yeterli görülmüştür.

I.

9

Federal Adalet Bakanı'nın görüşüne göre genel mahkemeye ilişkin mevcut usûl hükümleri, özellikle medenî yargı alanında yapılan reformdan sonra, hukukî dinlenilme hakkının ihlali durumunda neredeyse eksiksiz biçimde koruma sağlamaktadır. Kalan boşluklar ise artan ölçüde bizzat genel mahkemeler tarafından doldurulabilir. Bu anlamda olmak üzere Federal Temyiz Mahkemesi'nin 7 Mart 2002 tarihli kararı (BGHZ 150, 133) ile Alman Medeni Usul Kanunu m. 321a'nın yeni şeklinin, olağan kanun yollarının kanun yolu kapalı kararlar bakımından uygun düştüğü ölçüde; gerekirse Alman Medeni Usul Kanunu m. 555, I, c. 1 ve 525 c.1'in yeni şeklinden yararlanılarak uygulanmasını tavsiye etmiştir.

II.

10

Özel Hukuk Daireleri'nin Federal Temyiz Mahkemesi Başkanı'na göndermiş oldukları mütalaalarda yeknesak olarak, salt hukukî dinlenilme hakkının temin edilmemesinin, (olağanüstü) bir kanun yolunu gerektirmeyeceği savunulmuştur. Yeni düzenlemeye göre de hukukî dinlenilme hakkının ihlaline karşı bir kanun yolu öngörülmemiş olsa idi, Alman Medeni Usul Kanunu m. 321a ve 572'nin kıyasen uygulanması suretiyle ya da kararına karşı kanun yoluna başvuru mahkemeye yoluyla ya da itiraz yoluyla kararına karşı kanun yoluna başvuru mahkemeye müracaat edilebilmesi usulü mevcut olabilirdi.

* Ç.N.: Burada Almandaki "Gegenvorstellung" yerine tam olarak karşılama da "itiraz" kavramı kullanılmıştır. "Gegenvorstellung" kurumu sayesinde mahkemeler kendi kararlarını –başka bir hukuki çare öngörülmemişse- usuli temel hakların ihlali yönünden bizzat denetlemekte ve gerekirse değiştirmektedirler. Bu sayede, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünün hafiflemesine de katkıda bulunmuş olmaktadır.

11

Federal Sayıştay'ın farklı dairelerinin görüşlerinde her şeyden önce, malî yargılamaya ilişkin uyuşmazlıklar bakımından usûlî hataların ileri sürülebildiği şikâyet yolunun mevcut olduğu dile getirilmiştir (MYK m. 115, f. 2, Nr. 3). Bunun ötesinde genel mahkemeye yapılacak bir başvuruya ihtiyaç duyulan hâllerde, dinlenilme hakkını ihlal eden kararı veren mahkemeye (iudex a quo) yapılacak itiraz dikkate alınmalıdır.

12

Federal Danıştay'ın açıklamalarında kısmen, Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünün dereceli yargılama yapılmasını gerektirmediği ve böylelikle, hukukî dinlenilme hakkını ihlal eden hükmün aksi takdirde kesinleşeceği düşüncesiyle bu hükme karşı başvurulacak hukukî bir çarenin ihdas edilmesi yükümlülüğünü içermediği görüşü savunulmuştur. Bir yandan önemli temel hakların ağır biçimde ihlalinde dahi genel mahkemeler tarafından sonradan düzeltilmesi imkânının Anayasa tarafından mecburi görülmemesi; öte yandan bu imkânın hukuki dinlenilme hakkının (Federal Alman Anayasası m. 103, I) ihlali durumunda gerekli görülmesi akla yatkın değildir. Ancak kısmen, anayasaya aykırılığın –hukukî dinlenilme hakkının ihlalinde olduğu gibi- mahkemenin bizzat yapacağı kontrol sonucunda ortadan kaldırılması caiz ve gerekli görülmüştür. Ancak bu konuda, ek olarak, olağanüstü bir hukukî çare aracılığıyla kontrole imkân tanınması yönünde bir mecburiyet bulunmamaktadır.

III.

13

Hessen Devlet Başkanı'nın görüşüne göre, Medenî Usûl Reform Kanunu ile yapılan değişiklikler dikkate alındığında genel mahkemenin, hukukî dinlenilme hakkının (Federal Alman Anayasası m. 103, I) ihlali durumunda bizzat çare bulmasına artık ihtiyaç bulunmamaktadır. Bundan bağımsız olarak, hukukî dinlenilme hakkının (Federal Alman Anayasası m. 103, I) ihlali durumunda genel mahkemenin ihlâlî bizzat giderme imkânının kabul edilmesinin, genel bir gereklilik olduğu yolunda ileri sürülen düşünceler kuşkuyla karşılanmıştır. Bu, mahkemelerin önemli ölçüde iş yükü altında kalmalarına yol açabilirdi. Federal Alman Anayasası m. 103, I'in bakış açısı altında ileri sürülen aksi düşüncenin kabulü, yargılama

süresinin önemsiz sayılamayacak derecede uzaması sonucunu doğurabilirdi. Bu ise Federal Alman Anayasası m. 19, IV'ü ihlal edebilirdi.

C.

14

Yargı yolu, genel hukuki korunma talebi çerçevesinde hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiği iddiasının bir mahkeme tarafından incelenmesi için de açıktır. Bu, Federal Alman Anayasası m. 103, I ile bağlantılı olarak hukuk devleti ilkesinden çıkmaktadır. İçtihadı Birleştirme Kararı ile bugüne kadar Federal Anayasa Mahkemesi tarafından temsil edilen karşı yöndeki görüşten dönülmektedir.

I.

15

Anayasanın sağladığı hukukî koruma garantisi, Federal Alman Anayasası m. 19, IV anlamında yürütmenin işlemlerine karşı korumayla sınırlandırılmış olmayıp; daha kapsamlıdır. Bununla birlikte hukukî koruma garantisi kanun yolu derecesini garanti altına almış olmamaktadır.

16

1.Hukukî korumanın etkinliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin önemli bir gereğidir (karş. BVerfGE 88, 118 <123>; 96, 27 <39 vd.>). Anayasa, mahkemeler önünde hukukî korunmayı, sadece Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmü uyarınca değil; genel hukuki korunma talebi çerçevesinde de garanti altına almaktadır. Bu, temel haklarla –özellikle de Federal Alman Anayasası m. 2, I ile (karş. BVerfGE 93, 99 <107>) - bağlantılı olarak hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçasıdır. Hukukî korumanın anayasal garantisi mahkemelere erişimi, uyumsuzluğun usûlüne uygun olarak yapılan bir yargılamada incelenmesini ve bağlayıcı yargısal kararı kapsar.

17

2.Anayasa, Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmü kapsamında genel hukuki korunma talebinde olduğu gibi yargı yolunun açık olmasını hukuka aykırılık iddialarına karşı garanti altına alır. Buna karşılık, yargısal

hukukî korunma imkânının garanti altına alınmış olması sınırsız bir kanun yolunun mevcut olduğu anlamına gelmez.

18

a) Hukuk devleti ilkesi, her hukukî uyuşmazlığın hukukî güvenlik ve hukuk barışı düşünceleriyle bir zaman sonra sona ermesini gerektirir (karş. BVerfGE 1, 433 <437>). Bu zamanın ne olacağını kanun belirler. Anayasaya göre yargı yolunun daima açık tutulması riski bulunmamaktadır. Çünkü hem Anayasa m. 19, IV uyarınca hem de genel hukuki korunma talebi çerçevesinde sadece kanun yolunun açık tutulmasını garanti eder, yani mahkemeye erişim yolunu açık tutar. Yargı yolu, kamu gücü sahibi ile kişiler ya da kişilerin kendi arasındaki uyuşmazlıkların çözüme bağlanması için açıktır. Bunu bağımsız bir mahkemenin haklar ve yükümlülükler hakkında karar vermesine imkân verir. Bir hukuk devletinde hukuk düzeninin yargısal kararın telafi edilmesi için en azından bir başvuru yolu tanınması esas olarak yeterlidir. Farklı menfaatlerin uzlaştırılması ve dengelenmesi suretiyle, mahkeme kararlarına karşı müracaat edilebilecek bir veya birden fazla yargısal yolun açık tutulup tutulmayacağı ve bunlara hangi şartlar altında başvurulacağını tayini kanun koyucuya düşen bir görevdir (karş. BVerfGE 54, 277 <291>). Dereceli yargılama anayasa tarafından garanti edilmemiştir. Hukuk devleti ilkesi bakımından bazı uyuşmazlıklar için birden fazla yargısal derecenin oluşturulmasının gerekip gerekmediği mevcut başvuru bakımından karara bağlanması gereken bir konu değildir. Keza, sınırsız bir kanun yolu imkânından kaynaklanan risk de burada söz konusu değildir.

19

b) İleri sürülen bir hakka ilişkin olarak bir kez yargısal karar verilmesi garantisi, muhtemel hukuk ihlali hakkındaki uyuşmazlıklar bir denetime ve sağlıklı bir karara ulaşılmasında temelini bulur. Söz konusu garanti daha fazlasına olanak tanımaz. Yargısal kontrolü yapan mahkemenin kontrol işleminin, mahkeme tarafından hukuki uyuşmazlık hakkında uygulanabilen hukuk normları bakımından ihlal edilmiş olup olmadığının da denetlenmesi anayasal bir gereklilik değildir. Mahkemenin işleminin kontrolü için anayasa tarafından güvence altına alınmış hukuki koruma sistemi, hukuki güvenliğin

ve barışın sağlanması uğruna hukukun yanlış uygulanması riskini göze almalıdır.

20

c) Nihayet bu, anayasasında hukuk devleti ilkesine yer veren bir hukuk düzeni bakımından katlanılabilir bir durumdur. Çünkü kurumsal tedbirlere ve usulî direktiflere uyulmak suretiyle atlama hatalarının yapılmaması için çaba harcanır. Hâkimlerin bağımsızlığı (Federal Alman Anayasası m. 97, I), kararlarını sadece kanuna ve hukuka uygun olarak vermelerini garanti etmelidir. Temel haklar –özellikle Federal Alman Anayasası m. 101, I, c. 2 ve m. 103, I- yargısal kararın, objektif kriterlere göre belirlenmiş bir mahkeme tarafından, keyfilikten uzak biçimde, tarafların beyanları dikkate alınmak suretiyle, güvenilir vakıa temelinde ve objektif hukukî değerlendirme sonucunda verilmesini güvence altına almalıdır. Bağımsız mahkemeler bu çerçevede hukukî hata yapıp yapılmadığını kontrol ediyorlarsa ve burada bizzat kendileri Anayasa tarafından garanti altına alınmış usulî garantileri ihlal etmiyorlarsa, anayasal bakımdan, yargısal kararların başka bir mahkeme tarafından kontrol edilememesinin esas itibarıyla mahzuru yoktur.

21

3. Hukuk devleti ilkesinin özü bakımından genel hukuki korunma talebi ve onun özel bir düzenlemesi olan yargı yolu garantisi (Federal Alman Anayasası m. 19, IV) birbirinden ayrılmaz. Farklılık, uygulama alanları bakımından ortaya çıkmaktadır.

22

a)Yargı içtihatlarında ve öğretinin bir bölümünde Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünde kullanılan kamu gücü kavramının dar yorumlanması gerektiği ve bununla sadece yürütme erkinin kastedildiği savunulmaktadır. Bu düşünce, genellikle, anayasanın hâkimler tarafından sağlanan bir hukukî korumayı öngördüğü yoksa hâkimlere karşı bir hukukî koruma sağlamadığı şeklinde formüle edilmektedir (karş. BVerfGE 15, 275 <280>; 49, 329 <340>; 65, 76 <90> , öğretilerde de aynı yönde: Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, m. 19 IV kn. 96 <Stand Januar 1985>; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 6. B., 2002, m. 19 kn. 31; Krüger/Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 3. B., 2003, m. 19 kn. 120). Ancak bu

formülasyonun ikinci kısmı giderek artan ölçüde eleştirilmektedir (bu konuda bkz. örneğin Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, s. 158 vd., 176 vd.; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. B. C. 1, 1999, m. 19 kn. 444 vd.; Krebs, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, C. 1, 5. B., 2000, m. 19 kn. 57; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, C. I, 1996, m. 19 IV kn. 35; Ibler, in: Friauf/Höfling, Grundgesetz, m. 19 IV kn. 90 vd.. <Stand Oktober 2002>). Eleştirinin gerekçesi olarak -diğerlerinin yanı sıra- kamu gücü kavramının geniş kapsamlı olduğu ve bunun içine yargı erkinin de girdiği ileri sürülmüştür. Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünün ne tarihî arka plânı ne de anlam ve amacı hukukî korunmanın sadece yürütme erkine karşı sınırlandırılmasını haklı kılmaktadır.

23

b)Yargı içtihatlarında ve öğretinin bir bölümünde Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünde kullanılan kamu gücü kavramının dar yorumlanması gerektiği ve bununla sadece yürütme erkinin kastedildiği savunulmaktadır. Bu düşünce, genellikle, anayasanın hâkimler tarafından sağlanan bir hukukî korumayı öngördüğü yoksa hâkimlere karşı bir hukukî koruma sağlamadığı şeklînde formüle edilmektedir (karş. BVerfGE 15, 275 <280>; 49, 329 <340>; 65, 76 <90> , öğretilerde de aynı yönde: Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, m. 19 IV kn. 96 <Stand Januar 1985>; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 6. B., 2002, m. 19 kn. 31; Krüger/Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 3. B., 2003, m. 19 kn. 120). Ancak bu formülasyonun ikinci kısmı giderek artan ölçüde eleştirilmektedir (bu konuda bkz. örneğin Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, s. 158 vd., 176 vd.; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. B. C. 1, 1999, m. 19 kn. 444 vd.; Krebs, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, C. 1, 5. B., 2000, m. 19 kn. 57; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, C. I, 1996, m. 19 IV kn. 35; Ibler, in: Friauf/Höfling, Grundgesetz, m. 19 IV kn. 90 vd.. <Stand Oktober 2002>). Eleştirinin gerekçesi olarak -diğerlerinin yanı sıra- kamu gücü kavramının geniş kapsamlı olduğu ve bunun içine yargı erkinin de girdiği ileri sürülmüştür. Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünün ne tarihî arka plânı ne de anlam ve amacı hukukî korunmanın sadece yürütme erkine karşı sınırlandırılmasını haklı kılmaktadır.

24

aa) Federal Alman Anayasası m. 19, IV'de yer alan hukukî koruma garantisinin amacı, yürütme erkinin işlemleriyle haklara riayet edilmemesi riskine karşı korunmayı gerekli gören tarihî tecrübe idi. Burada kullanılan kamu gücü kavramının yorumuna öğretinin büyük bir bölümü ve yargı kararları da katılmaktadır.

25

(1)Paulskirchen Anayasası'nın 182. maddesi ile Weimar Anayasası'nın 138. maddesini takiben Herrenchieser Anayasa Tasarısı m. 138'de her şeyden önce, "idarenin bir düzenlemesi ya da hareketsiz kalması nedeniyle hakları ihlal edilen ya da aslında kendisine düşmeyen bir yükümlülükten dolayı zarara uğradığını iddia eden herkes" in yargısal yollara başvurabileceği öngörülmüştür. Bu Tasarı ile idarenin kontrolünün sadece yürütmeye bırakılmaması amaçlanmış ve idareye karşı yargısal bir hukukî korumanın teminat altına alınmasına gayret edilmiştir. Buna karşılık Anayasa için yapılan görüşmelerde bu sınırlandırma eleştirilmiştir. Bu konudaki talep, "devletin hukuk ve özgürlük alanına fiilen yaptığı ya da öyle olduğu varsayılan hukuka aykırı müdahaleler kapsamlı olarak yargısal bir kontrole tâbi olacaktır" biçiminde formüle edilmişti (bu görüşün dayanakları için karşı. Voßkuhle, a.a.O., s. 151 vd.; ayrıca bkz. JöR N.F., C. 1, 1951, s. 183 vd.).

26

Yargısal kontrole duyulan ihtiyaç, Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünde bu şekilde tanzim edilmemiş olmakla beraber *Herrenchieser* Tasarısı'ndan daha geniş olarak formüle edilmiştir. İdareye yapılan açık atıf kaldırılmıştır. Bununla birlikte bu formülasyon ile Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünde sadece yürütme erkine atıf yapıp yapılmadığı Anayasa çalışmalarında kullanılan materyallerden kuşku duyulmayacak biçimde çıkarılamamaktadır. O bakımdan söz konusu hükmün ortaya çıkış süreci farklı yorumlara meydan verecek niteliktedir. Yargı içtihatları ve öğretilerdeki hâkim görüş, bu normu, hukukî koruma sağlanmasının tarihî arka planıyla bağlantılı olarak daima, dar kapsamda, yani yürütme erkiyle sınırlı olarak anladı. Bu görüşü Federal Anayasa Mahkemesi de benimsedi ve güvence altına alınmayla öncelikle yürütme erkinin, vatandaşa yönelik keyfi

tutumunun bertaraf edilmesinin anlaşıldığını vurguladı (karş. BVerfGE 10, 264 <267>; 35, 263 <274>). Federal Alman Anayasası m. 19, IV'ün bu yorumu ile yargı erkinin işlemlerine karşı daima bağımsız bir mahkemenin ileri sürülen hukuk ihlalinin kontrolü bağlamında devreye girmesi temin edildi. Buna karşılık usûl kanunları başka bir aşama öngörmekteyse Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmü de hukukî korumanın etkinliğini o noktada teminat altına almaktadır (karş. BVerfGE 96, 27 <39>; stRspr).

27

(2) Federal Anayasa Mahkemesi, kamu gücü kavramını, teşkilatlanma anlamında salt yürütme erkiyle sınırlandırmamaktadır. Mahkeme, hukukî korumayı yürütme erkine ait olmayan fakat aynı zamanda yargısal bağımsızlıktan hareket etmeyen mercilerin hukuka aykırı fiilleri bakımından da açık tutmaktadır. Bu cümleden olmak üzere, Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Alman Anayasası m. 19, IV uyarınca yargı memurunun işlemi ile (karş. BVerfGE 101, 397 <407>) ile mahkeme yazı işleri muhasebe memurunun yapmış olduğu adli-idari işlemi de kamu erkine dâhil saymıştır (karş. BVerfGE 28, 10 <14 vd.>). Savcılık makamının, adli kovuşturma mercii sıfatıyla yapmış olduğu işlemler de kamu gücünün kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir (karş. BVerfGE 103, 142 <156>).

28

Şayet mahkemeler, yargısal faaliyetleri dışında bir düzenlemeyle açıkça mahkemelere bırakılmış bir alanda faaliyette bulunmuşlarsa, onların işlemleri de Federal Alman Anayasası m. 19, IV anlamında kamu erkinin kullanımı olarak nitelendirilir (karş. BVerfGE 96, 27 <39 vd.>; 104, 220 <231 vd.>). Gerçi bu hâllerde de mahkemeler, hâkimlerin bağımsızlığı çerçevesinde işlem yapmakla birlikte, uyumsuzlukların karara bağlanması şeklinde icra edilen asıl fonksiyonlarını icra etmemektedirler. Aksine onlar müracaat üzerine bağımsız bir biçimde müdahalede bulunurlar. Bu faaliyet, yürütme erkinin fonksiyonel bir kullanımı olsa da, hukuk devleti tarafından sağlanan korumadaki menfaat bakımından yürütmeye ya da en azından sadece ona terk edilemez (karş. BVerfGE 103, 142 <151>). Yargısal faaliyete nazaran öne çıkan özellik, kendini, sıklıkla hukukî dinlenilme hakkına olanak tanınmadan verilen bu tip kararlar için özel usûl

hükümlerinin öngörülmesinde gösterir. Bu noktada daha önemli olan, hukukî dinlenilme hakkının temini suretiyle sağlanan müteakip yargısal kontrol garantisidir. Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmü bunu garanti altına almaktadır.

29

bb) Ancak Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünün uygulanma alanının genişletilmesi, anayasada güvence altına alınmış yargısal temel hakların ihlal edildiği iddiasına karşılık mahkeme yoluyla hukukî koruma sağlamamaktadır. Eğer bu, hukukî korumanın hukuk devletinin bir gereği olarak ortaya çıktığı hâllerde hukuki korunma talebinin bir gereği olarak gerçekleştirilebiliyorsa, Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünün dar yorumlanmasından vazgeçilmesi için anayasal bir gereklilik bulunmamaktadır.

30

(1)Federal Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesi ile temel haklardan çıkarılan genel hukuki korunma talebini, her şeyden önce medenî yargı alanındaki, Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünün uygulanabilir olmadığı hukukî uyuşmazlıklar bakımından hukukî korumanın temeli kabul etmiştir (karş. BVerfGE 88, 118 <123>; 93, 99 <107>; 97, 169 <185>). Bu şekilde, mahkemelerin medenî yargı alanındaki uyuşmazlıklar bakımından hak ve yükümlülükleri bağlayıcı biçimde karara bağlaması garanti altına alınmıştır.

31

(2) Hukuki korunma talebi, hukukî korumayı, hukuk devletinin gerekli saydığı başka alanlarda da mümkün kılmaktadır. Örneğin, mahkeme tarafından yargısal temel hakların ilk defa ihlalinde olduğu gibi.

32

Yargısal temel haklar –özellikle Federal Alman Anayasası m. 101, I ve m.103, I- hukuk devletinin asgari standartlarına uyulmuşsa, temel haklara benzer şekilde güvence altına almaktadır. Bir hukuk devletinde, hukuk devletinin asgari standartlarına riayet edilip edilmediğinin en azından bir kez yargısal kontrolü, temel haklara sağlanan teminata dâhildir. Olsa olsa hukukça üst düzeyde korunan değerler için anayasada istisnalar görülebilir.

302

Örneğin, Federal Alman Anayasası m. 10, II c. 2’de olduğu gibi (karş. BVerfG 30, 1).

33

Yargılamaya ilişkin temel haklar yürütme erkini kullanan bir mercii tarafından ihlal edilemez. Çünkü bu hükümler münhasıran mahkemelere yöneliktir (karş. BVerfGE 101, 397 <404 vd.>). Eğer Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmü, yargısal işlemlere karşı hukukî koruma sağlamadığı ileri sürülerek dar yorumlanırsa, orada hukukî korumada bir boşluk oluşur. Ancak bu boşluk genel hukuki korunma talebi ile doldurulabilir. Bu talep, yargılama yürütülürken yargısal temel hakların ihlal edilmişse, yargılamanın yürütülmesi bakımından hukukî korumayı mümkün kılar. Aksi takdirde, temel hakların ihlali, genel mahkemelere başvuru konusunda anayasal olarak güvence altına alınmış bir olanaktan mahrum kalır.

34

cc)Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmü buna aykırı düşmez. Çünkü orada hukukî korumanın “sadece” onun çerçevesi içinde garanti altına alınmış olduğu ifade edilmemiştir. Keza, anayasanın kabul ediliş sürecinden de başka hukukî koruma imkânlarının dışlandığı sonucu çıkarılamaz (bkz. yuk. aa). Yargı yoluna sınırsız biçimde başvuruyu önlemek için Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmünün dar yorumlanması gerektiğine ilişkin yargı içtihatlarında ve öğretide genel olarak kabul edilen görüş, yargı yoluna sınırsız başvurusu riski mevcut değilse, hukukî korumanın reddedilmesini haklı kılmaz. Bu risk, genel hukuki korunma talebinin uygulanmasında gündeme gelmez. Çünkü o –tıpkı Federal Alman Anayasası m. 19, IV hükmü gibi- sadece hukukî yolun açık tutulmasını, yani mahkemelere erişim hakkının açık tutulmasını garanti eder (bkz. yuk. 2 a).

35

4. Hukukî koruma sistemini daha detaylı düzenlemek ve özellikle, kanun yolu ve hukukî çare bakımından usûlî şartları tespit etmek kanun koyucunun görevidir. Usûl kanunu öylesi düzenlenmelidir ki, bir yandan hakkını arayan bireyler bakımından etkin hukukî koruma mevcut olmalı, öte yandan hukukî güvenlik de tesis edilmelidir (karş. BVerfGE 88, 118 <123 vd.>; 93, 99 <107 vd.>).

II.

37

1. Daire'nin ön kararı Federal Alman Anayasası m. 103, I'in ihlali iddiasına karşı hukukî korumayla sınırlandırılmıştır. Yargılama temel haklarının özellikleri, hukukî koruma garantisinde etkisini gösterir.

38

1. Anayasa hukukî dinlenilme hakkını yargısal bir temel hak olarak güvence altına almıştır (Federal Alman Anayasası m. 103, I). Hukukî dinlenilme hakkı sadece bireylerin en temel usûlî haklarından olmayıp aynı zamanda, anayasal bağlamda bir hukuk devleti açısından mutlaka kurucu nitelikte, objektif bir yargılama ilkesidir (karş. BVerfGE 55, 1 <6>). Onun hukuk devleti bakımından taşıdığı önem aynı zamanda AİHS m. 6, I ile Avrupa Temel Haklar Antlaşması'nın 47. maddesinin ikinci fıkrasında da kabul edilmiştir. Bireyler, yargısal bir kararın objesi değil; aksine haklarını etkileyen kararın verilmesinden önce düşüncelerini açıklayan, yargılamaya ve onun sonunda verilen karara etki edebilen süjelerdir (karş. BVerfGE 9, 89 <95>). Hukukî dinlenilme hakkı ile tarafların bilgi edinmesi, açıklamada bulunması ve dikkate alınması güvence altına alınır. Bunun sonucunda taraflar, yargılamadaki tutumunu düzenleyebilir ve duruma göre ayarlayabilirler. Özellikle açıklamaların ve taleplerin dinlenilmesi (hukukî dinlenilme hakkını) teminat altına alınır.

39

Buna uygun olarak hukukî koruma bakımından hukukî dinlenilme hakkının ihlali durumunda bunun düzeltilmesi için bir imkânın mevcudiyeti önemlidir. Böyle bir hatanın ortadan kaldırılması yargılamada dinlenilmenin yolunu açar. O takdirde mahkemeye erişimin salt şeklen mevcut olmadığı ortaya çıkar. Bu, kanun koyucunun, ilgililerden gerekirse herhangi bir düzeltme imkânı olmaksızın yargısal kararı kabullenmelerini beklemesini haklı göstermenin önemli bir parçasını oluşturmaktadır (bkz. yukarı I 2 b). Hukuki dinlenilme hakkının hem ferdi hakları güvence altına almadaki hem de objektif hukuk bakımından münferit olayları aşan etkisi, uyuşmazlıkların çözümü hususunda yargılamaya dâhil olan vatandaşlara yönelik beklenti ve hukuk devletinin yaşama geçirilmesinin temelidir.

40

Bundan dolayı, Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmü, hukukî koruma garantisiyle fonksiyonel bir ilişki içerisinde (karş. BVerfGE 81, 123 <129>). Hukuki koruma garantisi, yargılamaya erişimi garanti altına alır. Buna karşılık Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmü yargılamanın usulüne uygun seyrini amaçlar: Mahkeme önüne şeklen gelen, aynı zamanda madden de gelmelidir. Yani, mahkeme önünde gerçekten dinlenmelidir. Yargılama sürecinde hukuki dinlenme hakkı ihlal edilmişse, mahkeme önünde hakkın etkin bir biçimde ileri sürülmesi imkânı engellenmiş olur.

41

2. Eğer Federal Alman Anayasası m. 103, I'de güvence altına alınmış bulunan hukukî dinlenme hakkı ihlal edilmişse, bu hata, davanın açılmasına yol açan sebepten ve böylelikle uyuşmazlık için belirleyici olan hukuk normlarından bağımsız olarak gerçekleşir. Mahkemeye başvuru ile bu normlara riayet edilip edilmediğinin kontrolü amaçlanır. Yargısal temel haklar, bunun için bir ölçüt sayılmazken; yargılamanın cereyanında hakimnin tutumunun hukuka uygunluğu bakımından ölçüt içerirler.

42

3. Hukukî dinlenme hakkının ihlalinin kontrolü ve onun ilk etapta genel mahkeme tarafından giderilmesi hukuk devleti ilkesine uygundur. Hukuk devleti ilkesi, hukukî korumanın etkin bir biçimde yerine getirilmesini hedefler. Bu hedefe, en etkili olarak, hukukî dinlenme hakkı ihlalinin mümkün olduğu kadar esaslı ve ivedi olarak kaldırılmasıyla ulaşılır. Bunu ise başkaca yollara başvurmadan en iyi biçimde genel mahkemeler yerine getirebilir.

43

4. Hukuki korunma talebi, hukukî dinlenme hakkının ihlaline karşı yargılamanın her derecesinde hukukî koruma sağlar. Bu, yargısal temel hak ihlali iddiasının ilk defa kanun yolu yargılaması aşamasında ileri sürülmesi durumunda da geçerlidir.

44

Hukukî koruma garantisinin gerekliliği, tarafın zaten önceki yargılama derecesinde mesele hakkında görüş bildirme imkânına sahip olduğu gerekçesiyle ortadan kalkmaz. Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmü, yargılamaya herhangi bir şekilde etkide bulunabilmenin ötesinde bir garanti içermektedir. Örneğin, sürpriz kararlara karşı sağlanan koruma (karş. BVerfGE 84, 188 <190>; 86, 133 <144 vd.>). Bir taraf içinde bulunduğu yargılama derecesi bakımından uyuşmazlık hakkında açıklamada bulunmuş ve o derece bakımından önemli görülen her şeyi ileri sürebilmiş olabilir. Diğer derecede yeni vakıalar ya da o derecede karar verecek hâkimin hukuki değerlendirmesindeki farklılık nedeniyle yeni ya da farklı bakış açıları ortaya çıkabilir. Bundan dolayı taraf, esas hakkındaki açıklamalarını bunlara göre yöneltme imkânına sahip olmalıdır. Aksi takdirde, onun hukuki dinlenme hakkı ihlal edilmiş olur. Eğer hukukî dinlenme hakkının yeni ve müstakil bu ihlaline karşı hukukî korunma sağlanmazsa, Federal Alman Anayasası m. 103, I ile güvence altına alınmış bulunan temel hakkın dikkate alınması hükmü denetimden yoksun kalacaktır.

45

Yargısal bir karara karşı, yargısal temel hakların ihlali iddiasını kontrol etmeye yarayan bir kanun yolu öngörülmüşse, hukuki korunma talebi yeterince dikkate alınmış demektir. Yargısal temel hakların ihlali iddiası usûl kanununda yer alan son derecede ileri sürülürse ve hata da karar bakımından önemli ise, usûl kanunu, bağımsız yargısal bir çare öngörmek mecburiyetindedir.

46

5. Yargısal bir işlem sonucunda ileri sürülen hak ihlalinin tek bir kez yargısal kontrole tabi tutulması imkânı daima yeterlidir. Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmüne önceki derecede riayet edilip edilmediğinin kontrolünde kanun yolu mahkemesi bir hata yapmışsa, bu, yargısal yolun yeniden açılmasına yol açmaz. Burada da hatalı kontrol riskine katlanılması söz konusudur. Hukukî korumada gerekli olan asgari ölçü her durumda muhafaza edilmiş sayılır. Bu aşamadan itibaren, temelini tıpkı hukuki korunma talebi gibi anayasada bulan hukukî güvenlik ilkesi öne geçer (karş. BVerfGE 60, 253 <267>). Kanun yolu derecesinde yargısal temel hakların

ihlaline karşı hukukî koruma sağlanmışsa, bir yargısal yola sınırsız başvuru imkânı beklenmemelidir.

III.

47

Hukukî çarelerin düzenlenişinde kanun koyucu geniş bir hareket alanına sahiptir. Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmünün ihlaline karşı sağlanan hukukî koruma ilk etapta genel mahkemeler bazında temin edilmiştir. Bu, esas itibarıyla, vatandaşların haklarını anayasa şikâyeti yoluyla koruması bakımından da geçerlidir.

48

1.Kanun koyucu Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmünün ihlal edilmiş olup olmadığının denetimini genel olarak kanun yolu sistemi içerisinde ya da özel bir hukukî çare öngörebilir. Bu yapılırken, yargılamaya katılan diğer sùjelerin menfaatleri ve özellikle hukukî güvenlik dikkate alınmalıdır.

49

a)Kanun koyucu, başka bir yargılama derecesi öngörmek mecburiyetinde değildir. Aksine, yargısal temel hakların ihlalinin uygun bir şekilde kontrolü öngörölmüş olduğu ölçüde, Federal Alman Anayasası m. 103, I'e riayet edilip edilmediğinin kontrolüne yönelik hukukî koruma, kanun koyucuya, kanun yolu ihdasından kaçınmasına izin vermektedir. Bu noktada, bizzat hatalı olduğu gerekçesiyle kararına itiraz edilen mahkemeye başvurmak suretiyle gerçekleştirilen yargısal yol (iudex a quo) gündeme gelmektedir. Ancak bunun için bu başvuru ile hatanın etkin bir biçimde ortadan kaldırılabilmesi gerekmektedir.

50

Kararına itiraz edilen hâkimin bizzat hukuk ihlali iddiasıyla meşgul olmasının altında yatan düşünce Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla itiraz yolu ile genel mahkemenin hatayı bizzat kontrol etmesine imkân tanınmış olmasıdır (karş. BVerfGE 9, 89 <107>; 63, 77 <79>; 73, 322 <327>). Mevcut yargılamada toplanan görüşler hukukî görüşten sonra da yargısal temel hakların uygulanmasındaki yanlışlığın ortaya konması için

başka ya da üst bir mahkemeye başvurulmasına izin veren bir yola ihtiyaç duyulmamaktadır. Eğer, ihlale karşı, kararı veren mahkemeye başvuru imkânı tanınmışsa, kontrol, hâlihazırda meseleyle meşgul olmuş mahkeme tarafından yapılacaktır ve hatanın tespitinden sonra o ana kadar sağlanmamış bulunan hukukî dinlenilme hakkının doğrudan doğruya sağlanması ve yargılamanın bu temel üzerinde devam ettirilmesi mümkündür.

51

b)Hukukî çarelerin ve onun sonuçlarının daha detaylı düzenlenişi konusunda kanun koyucuya hareket alanı bırakılmıştır. Bu alanın doldurulmasında yargılamaya katılan diğer kişilerin menfaatleri ile mahkemelerin fonksiyonlarını ifa kabiliyetlerine yönelik gerekliliklerin de dikkate alınması gerekmektedir.

52

Kanun koyucu, hukukî çareyi Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmünün yerine getirilip getirilmediğinin kontrolüyle sınırlandırabilir. Diğer deyişle, usûl kanununda yer alan ve anayasanın gerektirdiği asgari korumanın aşılmasına olanak sağlayan yargılama kurallarına uyulup uyulmadığının denetimine imkân tanımak zorunda değildir. İlgili farklı menfaatler, müracaat yolunun şekli şartlarının, yani itirazın yapılışı için konulan sürenin tespiti ve itiraz için özel koşulların tespitinde dikkate alınır. Aynı şey, hükmün ne zaman kesinleşeceğini, kesinliğin etkisini ve hükmün icra edilebilirliğini düzenleyen kurallar için de geçerlidir. İlgili menfaatler dengelenirken, usûlüne uygun dinlenilme hakkı uyarınca yargılamaya katılan diğer kişilerin, haklı görülen itiraz başvurusundan sonra, yargılama hukuku bakımından hangi imkânlara sahip olduğunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Eğer iddia edilen hukuk ihlali, geçici hukukî koruma tedbiri kapsamında gerçekleşmişse, ihlalin giderilmesi asıl yargılamada öngörülebilir. Ancak böylelikle diğerleri haklarını ararken katlanılamayacak zararlarla karşılaşmamalıdır. Kanun koyucu, hukukî çarelerin kötüye kullanılmasına karşı gerekli tedbirleri de alabilir. Fakat etkin bir yargısal kontrol yolunu, hukukî koruma talep eden bakımından ölçsüz ve esasa ilişkin sebeplerle açıklanamayacak biçimde güçleştiremez (karş. BVerfGE 88, 118 <123 vd.>; 101, 397 <408>).

53

2.Anayasa, yargı erkini öncelikle genel mahkemelere tevdi etmiştir. Bundan dolayı Federal Alman Anayasası m. 103, I'in ihlali durumunda bu ihlale karşı tanınmış olan hukukî başvuru genel mahkemelere yöneltmek zorundadır. Bu durum hukukî çareye ek olarak anayasa şikâyeti yoluyla hak aramanın açık tutulduğu durumlarda da geçerlidir.

54

a)Anayasa şikâyeti ancak sıkı tutulan koşullar altında hukuk ihlalinin kontrolünü sağlar. Özellikle, yargısal bir temel hak ihlalinin kontrol edilmesi, anayasa şikâyeti başvurusunun kabulü şartıdır.

55

aa) Anayasa şikâyeti, genel mahkeme önünde gerçekleşen yargılamaya doğrudan doğruya aynı fonksiyon bağlamında eklenebilecek ilave bir hukukî çare değildir. Aksine, anayasa şikâyeti, temel haklar ile onlarla aynı değerde olan hakların yaşama geçirilmesi bağlamında özel bir tedbirdir. Yani, ihlal edildiği iddia edilen hakkın sahibi, anayasa şikâyeti yoluna başvurmak suretiyle kamu erkinin müdahalesine engel olabilir (karş. BVerfGE 94, 166 <213 vd.>; oyçokluğuyla). Hukukî korumayı temin yollarının bir parçası olan anayasa şikâyeti, genel mahkemelere yöneltilen hukukî çarelerden farklı bir özelliğe sahiptir. Bu farklılık, sadece, onun sahip olduğu özel kontrol ölçüsü ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu Hakkında Kanun'un 93a maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen kabul koşulları bakımından ortaya çıkmaz. Anayasa şikâyeti yoluna başvurulması itiraz edilen kararın kesinleşmesini engellemez (karş. BVerfGE 93, 381 <385>); anayasa şikâyeti, en erken genel mahkeme kararının kesinleşmesinden ve icra aşamasına geçilmesinden sonra gündeme gelir. Anayasa şikâyeti, genel mahkemenin önünde gerçekleşmiş bulunan yargılamanın devamı niteliğinde olmayıp; sadece anayasanın ihlal edilip edilmediğinin kontrolüne hizmet eder. Yapılan bu kontrolün kapsamı sınırlandırılmıştır (karş. BVerfGE 18, 85 <92 vd.>; oyçokluğuyla). Anayasa şikâyeti başvurusu sonucunda anayasa hükmünün ihlal edildiği anlaşılırsa, yeniden karar verilmesi için dava dosyası genel mahkemeye geri gönderilir (bkz. m. 95, f. 2'nin yollamasıyla m. 90, f. 2, c.1 BVerfGG). Yoksa Federal Anayasa Mahkemesi, hakkında

anayasa şikâyeti yoluna başvuru kararı kaldırarak uyumsuzluk hakkında bizzat karar vermez.

56

bb) Halihazırdaki durumu itibarıyla anayasa şikâyetinin özelliklerinden biri onun talilî ilkesidir. Federal Alman Anayasası m. 94, II, c. 2'nin verdiği yetkiye dayanarak AMKK m. 90, II'de tayin edilen bu ilkenin temelinde iki düşünce yatmaktadır. Şikâyetçi, genel mahkeme safhasında temel hak ihlalinin gerçekleşmemesi için ya da gerçekleşmişse ortadan kaldırılması için elinden geleni yapmış olmalıdır. Talilî prensibi aynı zamanda genel mahkemelerin anayasa mahkemesiyle ilişkileri hakkında temel bir bilgi içermektedir. Erkların anayasal bazda yapılan ayırımına göre, temel hakları korumak ve icra etmek genel mahkemelere düşen bir görevdir. AMKK m. 90, II, c.2'nin öngördüğü sıkı koşullar altında talilî ilkesi göz ardı edilebilir. Temel ilke ve istisna ilişkisinin somutlaştırılması, anayasanın, anayasal temel kararlara uyulması bağlamında genel mahkeme kararlarına da önem verdiğini ortaya koyar (karş. BVerfGE 49, 252 <258>).

57

cc) Anayasa şikâyeti başvurusunun kabul edilmesi için aranan kriterler (m 90, f. 2, m. 93a BVerfGG in Verbindung mit m. 94. f. 2 GG; karş. ayrıca BVerfGE 90, 22 <24 vd.>; 96, 245 <248 vd.>) Federal Anayasa Mahkemesi'nin özel bir hukukî koruma çeşidi sağladığını açıklığa kavuşturmuştur. Kanuni kabul koşulları mahkemeye, kabul kararının verilmesi için aranan gerekli ve içi doldurulabilir biçimde formüle edilmiş hukuk kavramlarının yorumu ve kullanımında serbesti tanımıştır. Federal Alman Anayasası MKK m. 93a, II uyarınca başvuru, anayasa şikâyeti anayasa hukuku bakımından temel bir önemi haizse ya da başvurunun kabulü temel hakların nasıl icra edileceğini ortaya koyacaksa, özellikle şikâyetçi başvuru karara bağlanmazsa önemli bir zarara uğrayacaksa kabul edilir. İleri sürülen temel hak ya da temel hak benzeri bir hak ihlali, önemli bir ağırlığa sahip değilse ve şikâyetçiyi tahammül edilemez bir derece etkilemiyorsa kabul edilmez (karş. BVerfGE 90, 22 <25 vd.>; 96, 245 <248 vd.>).

58

Genel mahkemeler önünde hukuki korunma talebinden dolayı sağlanması gereken hukukî koruma ağır bir hata ya da tahammül edilemez bir durumla sınırlandırılmış olmayıp; hakkın her türlü ihlalini kapsar (karş. BVerfGE 101, 397 <409>). Genel mahkeme aşamasında anayasa şikâyeti başvurusunun kabulü için öngörülmuş bulunan kıyaslanabilir bakış açıları ile sadece kontrol yapmakla görevli başka bir yargısal derecede rol oynar. Örneğin istinaf ya da temyiz başvurularının kabulünde (karş. örneğin: m. 511, f. 4, m. 543, f. 2 ZPO ; m. 124, f. 2, m. 132, f. 2 VwGO). Fakat yargı yolunun açılması için aranan şartlarda değil.

59

Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmü ile sağlanmış bulunan yargılama garantisi ile bağlantılı olan, vatandaşların devletin sağlamış olduğu hukukî korumaya güvenmelerine yönelik beklenti, objektif açıdan az önemli görülen uyuşmazlıkları da kapsamaktadır. İlkesel ya da mevcut önemi haiz olmayan meselelere ilişkin hukukî hatalar da vatandaşlar tarafından önemli görülebilir. Buna uygun olarak usûl kanunları, yargısal denetim için ileri sürülen tüm hak ihlallerinin karar bakımından önemli olmasını şart koşmuşlardır.

60

b) Kanun koyucu, anayasa şikâyeti için talîlik ilkesini ve kabul prosedürünü vaz ederek Anayasa'nın 94. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin kendisine vermiş olduğu yetkiyi kullanmak suretiyle aynı zamanda Anayasa Mahkemesi ile genel mahkemelerin ilişkisini de şekillendirmiş olur. Bu, AMKK m. 90, II ve 93a hükümleri vasıtasıyla gerçekleşir. Bundan dolayı Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmünün ihlaline karşı koruma, ilk etapta genel mahkemeler tarafından yerine getirilmelidir.

IV.

61

Hukukî koruma sistemi, hâlihazırda Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmünde yer almış bulunan yargısal temel hakkın ihlali durumunda hukukî

koruma için anayasal olarak aranan gereklilikleri bugün itibarıyla sadece kısmen karşılamaktadır.

62

1. Yargısal temel hakların ihlal edildiği itirazı genel kanun yolu sistemi içerisinde ileri sürülebilir olduğu ölçüde, hukuk düzeni, genel mahkemenin yapacağı kontrole duyulan ihtiyacı karşılamaktadır. Böylelikle, Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmünün ihlaline karşı yapılacak başvuruların önemli bir kısmı genel mahkemenin kontrolüne tâbi kılınabilmektedir. Ek olarak, süreli dinlenilmeme itirazı gibi, kontrol için uygun yargısal yollar kabul edilebilir (karş. m. 321 a ZPO, m.m. 33 a, 311 a StPO). Bu yargısal yolun işletilmesi mahkemenin takdirinde değildir. Başvuru, kabule şayanlık koşullarının bulunması durumunda hukuk ihlalinin incelenmesini ve gereken hâllerde hukukî dinlenilme hakkının telafî edilmesini sağlar.

63

2. Bugüne kadar hukukî koruma sistemindeki eksiklikleri gidermek için içtihatlar tarafından kısmen yazılı hukuk dışında olağanüstü yargısal yollar kabul edildi (bkz. yuk. A II 1 a). Bunlar kanun yollarının açıklığına yönelik anayasal gereklilikleri karşılamamaktadır. Hukukî çarelere mevzuat içerisinde yer verilmesi zorunludur ve onlara başvuru şartları vatandaş için anlaşılır kılınmalıdır.

64

a) Hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası hukukî güvenlik ilkesidir. Bu ilke, yargılama hukuku alanında, ezcümle kanun yollarının belirliliği postulatında etkisini gösterir. Hukuk devletinin gereklerinden olan devlet işlemlerinin ölçülebilirliği ve öngörülebilirliği, hak arayanlar için yargısal kararların kontrolü yollarının açıkça gösterilmesini gerektirir (karş. BVerfGE 49, 148 <164>; 87, 48 <65>). Kanun yollarının hukukî tanzimi, vatandaşa özellikle, kanun yolunun caiz olup olmadığını ve hangi koşullar altında caiz olduğunu denetlemesine imkân vermelidir. Şayet şekli şartlar çok karışık ve anlaşılması güç biçimde kaleme alırsa, hak arayana bu konuda kabul edilebilir ölçüde açıklama sağlandığı söylenemeyeceğinden, hukuk düzeni en azından bu noksanı gidermek için hangi kanun yoluna başvurabileceği konusunda bireyi bilgilendirmek mecburiyetinde olmalıdır

(karş. BVerfGE 93, 99 <108>). Buna ise ancak ilgili hukuki çarenin kabule şayanlık koşulları hukuk düzeninde düzenlenmişse müsaade edilebilir.

65

b) Kanun yollarının belirliliğine (açıklığına) yönelik hukuk devleti gereklilikleri, Federal Alman Anayasası m. 103, I hükmünün ihlaline karşı başvurulabilen olağanüstü hukukî çareler bakımından şimdilik karşılanmamaktadır. Bundan dolayı, ilk önce, olağanüstü hukukî çareye mi yoksa anayasa şikâyetine mi başvurulacağı meselesinde ciddi tereddütler yaşanmaktadır. Hak kaybını önlemek için sıklıkla her iki yargısal yola birlikte başvurulmaktadır. Bu tip mecburiyetler, bir yandan olağanüstü yargısal yolların hukuk devleti bakımından taşıdığı noksanlıkları göstermekte; öte yandan vatandaşlar ve mahkemeler bakımından gereksiz bir iş yükü teşkil etmektedir.

66

3. Hukuk devleti bakımından anlatılan bu noksanlıklar, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa şikâyeti başvurusunun caizliğini, daha önce başvurulmuş olağanüstü hukukî çarenin sonuçsuz kalmasına bağlamasını engellemektedir. Bu tip hukukî çareler, AMKK m. 90, II, c. 1 uyarınca tüketilmesi zorunlu görülen yargı yoluna dâhil değildir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu değişmediği sürece olağanüstü hukukî çarelerin AMKK m. 90, II, c. 1 anlamında yargı yolu sayılması konusunda ısrar edilemez.

67

Ancak bu, bundan böyle anayasa şikâyetinin, kural olarak, hukukî dinlenilme hakkının ihlalinin genel mahkeme tarafından kontrol edilmesinden önce kabule şayan sayılmasına yol açamaz. Aksi takdirde talil ilkesi üzerine inşa edilmiş bulunan ve genel mahkeme ile Anayasa Mahkemesi arasında koordinasyon kuran sistem zarar görür. Vatandaşlara sağlanan hukukî korumanın hukuk devleti ilkesine aykırı biçimde sınırlandırılmaması için, Federal Anayasa Mahkemesi, yargı yolunun öngörülmemiş bulunması nedeniyle genel mahkemelere başvurulamayan hâllerde, bugüne kadar belli şartlar altında, hukukî dinlenilme hakkının ihlali hakkında genel mahkemeler karar vermeden anayasa şikâyeti yoluna başvurulmasını caiz saymıştır.

68

Bu uygulama genel mahkeme ile Anayasa Mahkemesi arasındaki görev dağılımına aykırıdır. Bu uygulama ancak belli bir geçiş süresi için makul görülebilir. Eğer 27 Haziran 2001 tarihli Medeni Yargı Reform Kanunu ile gerçekleştirilmemişse, kanun koyucuya, 31 Aralık 2004 tarihine kadar bu konuda bir çözüm bulması için süre verilmiştir. Kanuni düzenleme yapılmıyaya kadar hâlihazırdaki hukukî durum geçerli kalacaktır. Şayet kanun koyucu bu konuda yeni bir düzenleme yapmazsa, yargılamaya, talep üzerine, verdiği kararın hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle aleyhine kanun yoluna başvuru mahkeme önünde devam edilecektir. Kararın tebliğinden itibaren 14 gün içerisinde talepte bulunulabilir.

69

Karar 6'ya karşı 10 oy ile alınmıştır.

KISALTMALAR CETVELİ

a.F.	: alte Fassung
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
f.	: Absatz
m.	: Artikel
B.	: Auflage
Federal Alman Anayasası	: Alman Anayasası
AMKK	: (Federal) Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu Hakkında Kanun
C.	: Band
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	: Bundesverwaltungsgericht
Bkz.	: Bakınız
c.	: cümle
Einl.	: Einleitung
f.	: fıkra
ff.	: folgende
GG	: Grundgesetz
m.	: madde
MYK	: Malî Yargı Kanunu

n.F.	: neue Fassung
NJW	:Neue Juristische Wochenschrift
kn.	: Randnummer
karş.	: karşılaştırınız
s.	: sayfa
StPO	: Strafprozessordnung
stRspr	:ständige Rechtsprechung
v.	: von
vgl.	: vergleiche
VwGO	:Verwaltungsgericht sordnung
yuk.	: yukarı
ZPO	: Zivilprozessordnung