

## ALMAN ANAYASA HUKUKUNUN SORUNLARI

Prof. Dr. Paul LERCHE

Çeviren : Asistan Dr. İrfan YAZMAN

### A. TEMEL HAKLAR DÜZENİNİN GELİŞMESİ

#### § 1. Temel Hakların Medenî Hukuk Alanına Yayılması

a) Önceleri temel haklar çoğunlukla yalnız ferdin devlete karşı hakları olarak anlaşılmıştır. Bugün ise temel hakların bağlayıcılığı çoğu halde genişletilmek istenmektedir (krş. T.C. Anayasası, m. 8). Bunun genel saiki, devlete ait olmıyan güçler karşısında da ferdin gittikçe artan şekilde korunmaya muhtaç oluşudur. Bunlar arasında önem taşıyanları, meslek ve çıkar birlikleri, gruplar ve hattâ basın v.s. gibi vatandaşı yalnız korumakla kalmayıp aynı zamanda tehdit de edebilen güçlerdir.

b) **Bonn Anayasası** bu konuda fazla açık sayılamaz : bir yandan m. 1/III'te sadece devlet güçleri bakımından bir sınırlama yapılırken, öte yandan münferit bazı temel haklar açıkça medenî hukuk alanına taşırılmaktadır (krş. m. 9 f. III c. 2).

c) Başlıca Teoriler :

aa) **Ekstrem teori** :

Temel haklar aynı zamanda her vatandaşı bağlar (bu konstrüksiyon m. 9/III c. 2 v.s. ile kıyasen yapılmaktadır). Bunun pratik güçlüğü ise şuradadır : Örneğin, (özel bir kişi olan) muris, (özel bir kişi olan) tacir v.s. eşitlik ilkesi ile bağlı olacak mıdır? Eğer isteyecek olduğu takdirde özel bir firma, yalnız katolikleri veya yalnız protestanları yahut da yalnız müslümanları istihdam edemeyecek midir? Tabiidir ki devlet bu tür harekette serbest değildir.

Bu güçlüğü gidermek için başvuru olan yol : Eşitlik temel hakkı izole edilmiş biçimde görülmek gerekir. Bu hak, muris, ta-

cir v.s. **lehinde** (aleyhinde değil) olup eşitlik ile çatışma halinde bulunan öteki temel haklarla sınırlanmıştır : örneğin, firma lehine olarak sözleşme serbestisi konusundaki temel hak ile ve muris lehine olarak da ölüme bağlı tasarruf serbestisi konusundaki temel hak ile. O halde temel haklar birbiri karşısında **tartılmalıdır; buna göre daha özel olan temel hakka öncelik tanınır.** Tabii ki, her olayda daha özel olan bir temel hak bulunmayabilir, bu takdirde çatışan haklar birbiriyle uzlaştırılmak zorundadır.

**bb) Mutavassıt teori (Alman Anayasa Mahkemesi de aşağı yukarı bu görüştedir) :**

Temel haklar doğrudan doğruya ancak devleti bağlar. Fakat **dolayısıyla** vatandaşların kendi aralarındaki ilişkileri bakımından da önem taşırlar, çünkü medenî hukuk düzeni, temel hakların değer düzeninin ışığı altında yorumlanmak gerekir. Bunun etkisi özellikle medenî kanunlardaki belirlenmemiş bazı kavramlarda ve «genel ilkelerde» göze çarpar : örneğin, «bir kimseden belirli bir davranışın beklenebilir olması» (Zumutbarkeit), «objektif iyiniyet kuralı» (Treu und Glauben) ve «kazanılmış haklar ve çıkarlar» (woherstandene Interessen) gibi. Bu nedenle, bir vasiyetname, muhtevasının ırk aleyhtarlığını kışkırtması halinde, medenî hukuka göre bile batıl olur. Yargı uygulamasından bir **örnek** : Eskiden nasyonal sosyalist olan bir film yönetmenine karşı özel boykot, aslında Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) lâfzına göre caiz değildir. Buna rağmen Alman Anayasa Mahkemesi tarafından, BGB'nin yorumunda, düşünce özgürlüğü konusundaki temel hakkın etkili olması sonucu caiz sayılmıştır. O halde burada da temel hakların birbiri karşısında tartılması gereklidir; münferit bir olayın özel şartları sonuca etkili olmaktadır. Bu tartılmanın sağlam ve zayıf olduğu tarafları vardır.

**cc) Yumuşatılmış mutavassıt teori herhalde en doğrusudur :**

Buna göre prensip olarak temel haklar sadece devleti değil, aynı zamanda amaçları ile bağdaştığı oranda devlete **benzer** güçleri de (örneğin, siyasal partiler, iktisadî birlikler v.s.) bağlar. Bu değişiklik dışında bu teori, yukarıda (bb)'de sözü edilen mutavassıt teori ile aynıdır.

Uygulamadan bir örnek : Toplu iş sözleşmelerinde (özel işçi ve işveren örgütleri, yani sendikalar ile müteşebbisler arasında) kadın işçilere tamamen aynı bir iş için erkek işçilerinkinden daha az ücret ödenmesi kararlaştırılmıştır. Buna karşı Federal İş Mah-

kemesi'nin kararı, bunu anayasaya aykırı bulmuştur. İşçi sendikaları ve işveren örgütleri bugün devlet gücüne benzer güçlerdir ve bu nedenle kanaatimca prensip olarak temel haklara tâbidirler.

## § 2. Münferit Maddî Temel Hak Alanlarının Gelişmesi

a) Eşitlik ilkesi (m. 3) ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı (m. 2/I) gibi **genel temel hak normlarının** anlaşılması özellikle güçlük yaratmıştır.

aa) **Eşitlik ilkesi** (krş. T.C. Anayasası, m. 12) yargı organlarıncaya **çok çekingen** olarak yorumlanmaktadır. Bu ilkenin, prensip olarak, zedelenmiş olduğu, sadece, «keyfi olarak», yani «objektifliğe mutlak aykırı nedenlerle» eşit olayların eşitsiz veya eşit olmıyan olayların eşit biçimde işlem görmesi hallerinde kabul edilmektedir. Ayrıca pek çok münferit güçlüklerle rastlanmaktadır.

**Örnek** : Doğu Almanya'dan (Alman Demokratik Cumhuriyeti'nden) Batı Almanya'ya (Federal Almanya Cumhuriyeti'ne) sığınan bir mültecinin, eskiden aktif bir komünist olması nedeniyle başkalarından daha az elverişli bir işleme tâbi tutulması caiz midir (krş. Bonn Anayasası, m. 3/III)?

Erkek ile kadının eşit haklara sahip olması oldukça radikal bir biçimde gerçekleştirilmiştir (krş. Bonn AY, m. 3/II). **Örnek** : Karı koca (örneğin, çocuğun iyi eğitim görmesi konusunda) anlaşamadıkları takdirde, artık kocanın tek başına karar verme yetkisi yoktur.

bb) **Kişilik özgürlüğünün** (Bonn AY, m. 2/I) yorumunda ise, yargı organları uygulaması başka bir yol izlemiştir. Bonn Anayasası'nın 2. maddesinin I. fıkrası şöyledir : «Herkes, başkalarının haklarını ihlâl etmediği ve anayasal düzene veya ahlâk kurallarına aykırı düşmediği oranda, kendi kişiliğini serbestçe geliştirmek hakkına sahiptir». Başlangıçtaki tereddütlerden sonra bugün Alman Anayasa Mahkemesi, «kişiliğin serbestçe geliştirilmesi» deyimi altında, ferdin en genel anlamda eylem serbestisini, yani istenilen herşeyi yapmak veya yapmamak konusundaki özgürlüğünü anlamaktadır. Bu özgürlük vatandaş tarafından çoğunlukla lüzumundan fazla başvurularak kötüye kullanılmaktadır. **Örnek** : Gece kulübü dansözleri, giyim konusundaki zabıta hükümlerine karşı Bonn Anayasası'nın 2. maddesinin I. fıkrasına başvurmuşlardır.

Bu nedenle Alman Anayasa Mahkemesi, Bonn Anayasası m. 2/I'in sınırlarını buna uygun genişlikte, yani devlet için daha elverişli bir biçimde, yorumlamak zorunda kaldı: Buna göre, her **alelade** kanun, diğer bakımlardan da anayasaya uygun olduğu takdirde m. 2/I'deki özgürlük temel hakkını otomatik olarak sınırlayacaktır. O halde kişi ancak **kanunlar çerçevesinde** her istediğini yapmak ve yapmamak özgürlüğüne sahiptir.

Bu yargı uygulamasının sonucu şu oldu: Madde 2/I kanun koyucu karşısındaki değerini fiilen kaybetmiştir, «boşuna işlemektedir», gerçek bir temel hak değildir. Çünkü gerçek temel haklar bugün sadece icrayı değil, asıl kanun koyucuyu bağlamaktadır (krş. Bonn Anayasası, m. 1/III).

Bunun içindir ki, Bonn AY m. 2/I'in bu uygulaması şiddetli eleştirilere konu olmuştur. Gerçekten bu uygulama bir yandan vatandaşlara pek çok şey verirken, öte yandan verdiği şeyin hemen tamamını geri almaktadır.

b) Özellikle dikkati çeken başka bir gelişme de, **iktisadın belirlendiği temel hakların** gelişmesidir: herşeyden önce mülkiyet temel hakkı (Bonn AY, m. 14; krş. T.C. AY m. 36-39) ile meslek özgürlüğü hakkındaki (Bonn AY, m. 12) gelişmede olduğu gibi.

#### aa) **Mülkiyet hakkı konusunda :**

Bu gelişme içerisinde «mülkiyet» çok geniş anlaşılmaktadır (daha I. Dünya Savaşı sonunda beliren bir akımın devamı olarak). «Mülkiyet» sadece taşınmaz ve taşınabilir eşya üzerindeki hakları değil, aynı zamanda mamelekî değeri bulunan ve özel hukuktan doğan her hakkı da (örneğin, patent haklarını, alacak haklarını v.s. da) kapsamaktadır; hattâ bazıları sübjektif **kamusal** hakları dahi bu kapsama sokmak istemektedirler (örneğin, memurların maaş haklarını).

Bu genişlemenin **salki** şudur: Eskiden Almanya'da esas itibarıyla sadece taşınmaz eşya mülkiyetinin devlet müdahalesine maruz bulunmasına karşılık bugün Almanya'da devletin mamelek alanına müdahalesi eskiye göre çok daha kapsamlıdır. Buna hukukî bir tepki olarak da mülkiyet kavramı aynı oranda genişletilmiştir.

Bütün bu hakların «**kamulaştırılması**» halinde «**tazminat**» ödenmesi zorunludur. Prensip olarak böyle bir tazminat ancak satış değeri = piyasa değerine (krş. T.C. AY, m. 38) uygun olduğu takdirde «**âdil**» (krş. Bonn AY, m. 14/III) olarak kabul edilmekte-

dir. Mamafih Alman Anayasa Mahkemesi, daha geniş bir çerçeveye de cevaz vermektedir. Bir «kamulaştırma»nın ne zaman söz konusu olduğu ötedenberi çok tartışmalıdır. Alman Yargıtayı'na göre önemli olan husus, ilgili kimsenin kamuya oranla «**özel bir fedakârlık**» altına girip girmediği, başka bir deyişle, eşit olmıyan bir işleme tâbi tutulup tutulmadığıdır. Bu takdirde tazminat, eşitliği tekrar kurmak anlamına gelmektedir. Alman Danıştay'ına göre ise, önemli olan husus, müdahalenin **özel bir yoğunluğa** ulaşıp ulaşmadığıdır. Bunun nedeni şöyle açıklanmaktadır : Modern kanunî tedbirler çoğunlukla belirli bir nüfus grubunu hedef almakta, ne tüm kamuyu ne de tek bir ferdi hedef almamaktadır.

**Kamulaştırmaya karşı korunmanın çok yönlü olarak genişletilmesi** : Bir yanda, çoğu zaman sadece **dolayısıyla** yapılan müdahaleler, hattâ bazı özel hallerde devlet tarafından yapılan «tavsiyeler» dahi kamulaştırma olarak görülürken, öte yanda, kamulaştırmanın başkaca özelliklerini arzettikleri takdirde, hukuka aykırı (kusurlu veya hattâ kusursuz) tedbirler de tazminatı gerektiren birer kamulaştırma olarak ele alınmaktadır. Böylece bir idare görevlisinin kusurunun ispatı geniş çapta gereksiz kalmaktadır. Halbuki eskiden 34. maddeye göre idarenin sorumluluğu için kusurun ispatı zorunlu idi.

Gene de bugün, devletin kendisi tarafından sebebiyet verilen **her** zarardan dolayı sorumlu olduğuna dair genel bir anayasa hükmü mevcut değildir.

bb) Esas itibarıyla yeni bir temel hak olan Meslek özgürlüğü konusundaki temel hak (Bonn AY, m. 12) özellikle güç sorunlar ortaya çıkarmıştır. Bu hak önceleri çok serbest bir şekilde yorumlandı. Fakat Alman Anayasa Mahkemesi, mesleğin serbest olarak seçimi için de **sınırlar** çizmektedir. Bu sınırlar tabiidir ki, münhasıran «meslek» kavramına getirilmemektedir. Gerçekten, ferdin yaşama tarzı ile ilgili her faaliyeti veya «sosyolojik» bir «meslek görünümü»ne uygun her faaliyeti «meslek» olabilir. Başka bir deyişle, «yüksek» ve «aşağı» faaliyetler diye bir ayırım yapılamaz.

Aksine, mesleğin serbestçe seçimine konulan sınırlar daha çok **yazılı olmıyan esaslardan** çıkmaktadır. Anayasa'nın başka hiçbir hükmünde görülmedik şekilde Alman Anayasa Mahkemesi bu hükmünde Anayasa'nın lafzından tamamen ayrılmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki içtihadına göre, ancak aşağıdaki iki şartın varlığı halinde kanun koyucu bir mesleğin icrasını sınırlandırabilir :

1. Sınırlayıcı kanun, kamunun çok önemli çıkarlarına hizmet etmelidir (Örnek : halk sağlığı çıkarına olarak hekimlere ruhsat verilmesi),

2. Sınırlayıcı kanun, elverişli yollar içerisinden, vatandaşa en az yük yükleyen yolu seçmelidir; başka bir deyişle **en ilımlı** yoldan gitmelidir.

Bu nedenle artık, bir mesleğin icrasını, sırf sözkonusu olan yerde aynı meslekten yeteri kadar kimsenin faaliyette bulunduğu nedeniyle yasaklamak, genel olarak caiz değildir. Bu görüş, özellikle eczacılar, ulaşım ile ilgili meslekler v.s. bakımından önem kazanmıştır.

**Üniversite öğreniminin sınırlanmasında** sorun daha da güçleşmektedir (meslek özgürlüğü, aynı zamanda öğretim yerinin de serbestçe seçilmesini kapsamaktadır). Bu tür sınırlamalar ancak dış etkenler nedeniyle mümkün olup (örneğin, laboratuvarlarda yeteri kadar yer bulunmaması gibi), **gelecekteki meslek seçimine yön vermek amacıyla yapılamaz.**

c) Nihayet, **haberleşme** ile ilgili temel haklar da (özellikle düşünce özgürlüğü, Bonn AY, m. 5; Toplantı özgürlüğü, Bonn AY m. 8; Dernek kurma özgürlüğü, Bonn AY m. 9; Basın özgürlüğü, Bonn AY m. 5) **hukuk öğretisi ve uygulamasının dikkatlerini üzerinde topladığı bir merkez haline gelmiştir.**

Bonn Anayasası'ndaki normlara T.C. AY'ndan çok daha kısa olduğu halde, bu alandaki tartışmalar bu hakların konularının ne olduğundan çok (örneğin, bir «basın» ürününün ne zaman mevcut sayılacağı gibi), bu hakların doğru olarak **sınırlanmasına** değındir. Tartışma, daha çok haberleşme haklarına **sürekli bir sınır** çizen «**genel kanunlar**» (krş. Bonn AY m. 5/II) kavramının doğru bir şekilde tanımlanması etrafındadır.

Başlıca teoriler :

«Genel kanunlar» öyle kanunlardır ki, bunlar belirli **özel** bazı düşünceleri bastırmak istemeyip, aksine herşeyden önce başka hedeflere yönelmişlerdir ve bu arada sadece dolaylı olarak düşünce özgürlüğünü (basın özgürlüğü v.s.) sınırlarlar. «Genel bir kanun»a örnek : bir matbuanın sorumlu naşirinin her zaman beyan edilmesi gereğı.

İkinci ana teori :

«Genel kanunlar» öyle kanunlardır ki, bunlar **kamunun hukuk** korunan çok önemli varlıklarını teminat altına almak isterler. Başka bir deyişle, bunlar düşünce özgürlüğünden bu vesileyle istedikleri fedakârlığa oranla «daha yüksek değeri» haizdirler. Örnek Devlet sırları çıkarına olarak basın özgürlüğünün sınırlanması. Burada sınırlama güçlükleri ile karşılaşılır.

Alman Anayasa Mahkemesi, her iki teoriyi bağdaştırmıştır :

Önceden sansür mutlak surette yasaktır. Bilgi verme özgürlüğü (information) de açıkça teminat altına alınmıştır (Bonn AY m. 5/I). Bu konuda T.C. Anayasası m. 22 ile paralellik vardır. Türk düzenlemesi çok daha açıktır; yalnız anlaşılmayan husus, T.C. Anayasası m. 22/II, III anlamında «cezayı müstelzim fiiller»in ne olduğudur.

### § 3. Genel gelişmeler çizgisinin devamı : Temel hakların sübjektif hak muhtevasından «kurumsal» muhtevasına doğru.

1945'i hemen izleyen yıllarda temel haklar daha çok münferit **sübjektif** haklar (özel dereceye sahip) olarak anlaşılıyordu. Halbuki bugün bunların «kurumsal» = objektif muhtevaları ön plana çıkmaktadır : Temel haklar artık aynı zamanda sosyal dünya bakımından **objektif değer yarguları** ve prensip normları olarak anlaşılmaktadır.

Bu görüş özellikle m. 12 (meslek özgürlüğü) ve m. 14 (mülkiyetin korunması) için geçerlidir. Bu hükümler aynı zamanda objektif bir sosyal düzeni garanti etmektedir. Örneğin, vatandaşın sadece münferit («sübjektif») mülkiyet hakkı değil, aynı zamanda bir hukukî kurum olarak mülkiyet korunmaktadır.

Eskiden bu «**kurumsal garantiler**» teorisi münferit anayasa normlarına münhasırdı; örneğin, profesyonel memuriyet, beldesel özerk idareler gibi. Bunun kapsamı bugün azamî derecede genişletilmiştir. En yeni teorilere göre, her temel hak «kurumsal» bir muhtevaya, başka bir deyişle, tipik bir objektif temel öze sahiptir. Bu muhteva, temel hakkın «özü» (mahiyetini belirleyen muhtevası = Wesensgehalt) yani «çekirdeği» ile özdeştir. Buna ise, Bonn Anayasası'nın 19. maddesinin II. fıkrasına göre hiçbir kanun dokunamaz (krş. benzer nitelikte : T.C. Anayasası m. 11/II).

**Örnek :** Toplantı özgürlüğünün özü (Bonn AY m. 8), bütün toplantılarda belirli bazı siyasal konuların tartışılması yasak edilecek olduğu takdirde, ihlâl edilmiş olur.

**Yahut :** Bilim özgürlüğünün özü (Bonn AY m. 5/III), devletin üniversitelerin özerkliğini mutlak olarak kaldırması halinde ihlâl edilmiş olur.

#### § 4. Vatandaştaki güven duygusunun korunmasının daha yüksek değerlendirilmesi

a) Hukuk devleti yalnız münferit maddî muhtevaları (özellikle münferit temel hakların varlığı) ile tekeffül edilmez, aynı zamanda özellikle daha çok şekli ve genel bakımdan da tekeffül edilir. Bugünkü alman anayasa hukuku en önemli şekli muhtevalardan biri olarak vatandaşın **güveninin korunması** düşüncesini kabul eder. Bu düşünce **pek çok sorunu** da beraberinde getirir :

b) Bonn Anayasası **metninde** bu konuda zayıf ve tek tük dayanaklara rastlanır : örneğin Bonn AY m. 103/II. Fakat bu konudaki içtihatlar çok zengindir (özellikle : Alman Anayasa Mahkemesi'nin yön verici nitelikteki kararları, Alman Danıştay'ının ve Bav-yera Anayasa Mahkemesi'nin kararları). Bu konu özellikle aşağıdaki sorunlar bakımından aktüel olmuştur :

c) **Doğrudan doğruya makale şamil** (yük tahmil edici) **kanunların sınırlanması :**

aa) Kanunların doğrudan doğruya makale şümulü **ceza hukuku** alanında mutlak surette imkânsızdır (Bonn Anayasası, m. 103/II; halen tartışılmakta olan sorun, Nazi dönemi cürümlerine ait zamanaşımı sürelerinin uzatılması ile ilgilidir).

bb) Bunun dışında makale şamil kanunlar, vatandaşın geriye yürümenin başladığı tarihte böyle bir kanunun çıkmasına göre «kendini ayarlamasına ihtiyaç bulunmadığı» hallerde, başka bir deyişle, vatandaşın mevcut hukukî durumun devam edeceğine «**güvenmesi**»ne cevaz olduğu hallerde, çıkarılamazlar.

Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre aşağıdaki durumların varlığı halinde **istisnai olarak** makale şümul mümkündür :

Vahim sonuçlar doğurabilecek bazı vuzuhsuzluklar sonradan yapılan bir değişiklikle düzeltildiği takdirde (bu husus özellikle vergi hukukunda önem taşır); veya, kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı sebepler makale şümulü zorunlu kıldığı takdirde.



d) Esas itibariyle hâlâ çözümlenememiş bulunan sorun, **dolayısıyla** («fiilen») **makale şümul** ile ilgili olanlardır :

**Örnek :** (X) Ülkesi'ne yapılacak ihracatla ilgili ilişkileri teşvik için kanunla vergi kolaylıkları getirilmektedir. İlgili alman müteşebbisleri kendilerini buna göre ayarlamakta, yatırımlara v.s. ye girişmektedirler. Dış politikadaki bir dönüşle ilgili olarak kanun koyucu vergi kolaylıklarını aniden (fakat doğrudan doğruya makale şamil olmaksızın) kaldırmaktadır. Bu caiz midir? Tabii ki, evet. Peki bu durumda artık avantajını kaybetmiş olan yatırımlar v.s. için bir tazminat gerekecek midir? Burası şüphelidir. Çünkü aksi halde, sanayi ile uğraşan vatandaşın maruz kalabileceği her riziko kaldırılmış olacaktır.

e) Bu güven prensibinden geliştirilen bir himaye şekli de, kanun hükümlerinin kazaî **yorumunda** aniden ortaya çıkabilecek bir **değişikliğe karşı** vatandaşın korunmasıdır (özellikle ceza hukukunda önemli).

f) Güven prensibinin özellikle önem taşıdığı bir konu da, yasa erkinin **delegasyon** yoluyla icraya havale edilmesidir (**kanun kuvvetinde kararname** çıkarılması konusunda hükümete yetki verilmesi, krş. T.C. Anayasası, m. 107) : Bonn Anayasası'nın 80. maddesinin I. fıkrasının 2. bendine göre, bu yetkinin muhtevası, amacı ve kapsamı kanunda «belirtilmelidir». Alman Anayasa Mahkemesi'nin bundan çıkardığı sonuca göre, vatandaş, tarafından «bu yetkinin hangi hallerde ve hangi eğilim içerisinde kullanılacağı ve kanun kuvvetindeki kararnamelerin hangi muhtevaya sahip olabilecekleri önceden tahmin edilebilir». Bu sebeple, şimdiye kadar kanun koyucu tarafından bu alanda verilmiş olan yetkilerin pek çoğu, belirli olmadıkları gerekçesiyle, anayasaya aykırı bulunmuştur. Özellikle, «kanun yerine geçer, kanunu temsil eder nitelikteki kararnameler» caiz değildir. Güven prensibi burada önceden tahmin edilebilme prensibi hüviyetini almıştır.

## § 5. Vatandaş İçin Usul Hukuku Himayesinin Takvyesi

a) En önemli **hukukî dayanaklar** şunlardır :

aa) **Devlet gücünün her türlü fiil ve işlemlerine karşı hukukî himaye (dava) yolunun açıklığı genel olarak** Bonn AY m. 19/IV ile sağlanmıştır (krş. T.C. AY m. 114 ve 31). Bonn Anayasası'nın 19. maddesinin IV. fıkrası hükmü şöyledir : «Bir kimsenin

devlet gücü tarafından haklarının tecavüze uğraması halinde, kendisine dava yolu açıktır. Başkaca bir merciin görevine girmediği nisbette, adli kaza yolu mevcuttur». (\*) «Devlet gücü» deyiminden prensip olarak anlaşılmalı gereken şey herhalde sadece icra gücü olacaktır (yasama ve yargı erklerinin de olup olmadığı tartışmalıdır). Fakat icra gücüne askeri güç de dahildir. En son içtihatlar (özellikle Alman Danıştay'ının içtihadı) bu lâfzın da üstüne çıkarak, Bonn AY m. 19/IV'te sadece dava yolu temin edilmekle kalınmadığı, aynı zamanda gerçekten işleyen = etkili = özellikle vaktinde harekete geçen bir yargı himayesinin de sağlandığı görüşündedir. Örnek : Çok kısa tutulan itiraz ve dava süreleri m. 19/IV'e aykırıdır. Bu ise çok uzun süren mahkeme kademeleri silsilesi problemini ortaya çıkarır.

Anayasa lâfzının üstüne çıkarak yapılan başka bir kapsam genişletilmesi : m. 19/IV'ün sadece devlet gücünün yaptığı müdahalelerde değil, aynı zamanda devlet gücüne benzer güçlerin (birlikler, basın v.s.) müdahaleleri halinde de uygulanması. Bu uygulama, temel hakların bağlayıcılığı sorunundakine benzer sorunlar ortaya çıkarır.

bb) Bonn Anayasası m. 103/I : Adli usulde «Mahkemeye başvurma ve mahkeme tarafından dinlenme» hakkını belirtmektedir. Bu hüküm yargı içtihatlarında geniş yorumlanmaktadır. Bu sebeple m. 103/I'de bir defa, tarafların «eşit silâhlara sahip olması» prensibi (eşitlik temel hakkı ile bağlantılı olarak) ve ayrıca taraflar için verilecek kararın bir «sürpriz» teşkil etmemesi düşüncesi (güven prensibi ile bağlantılı olarak) vardır.

Tartışmalı pek çok münferit sorun vardır : Örneğin, yargıç muhtemel bir içtihat değişikliği konusunda önceden tarafların dikkatini çekmek zorunda mıdır? Devletin korunması yararına bazı ispat vasıtalarının (tanıkların) açıklanmaması caiz midir? Yargıç, taraflarla bir «hukukî diyalog»a girmek zorunda mıdır? Yabancılar bakımından bir tercümanın hazır bulundurulması konusunda Anayasa tarafından teminat altına alınmış bir hak mevcut mudur?

Anayasa lâfzının üstüne çıkılarak yapılan bu kapsam genişletilmesinin getirdiği sonuçlardan biri de, «mahkemeye başvurma ve mahkeme tarafından dinlenme hakkı»nın sadece adli usulde değil aynı zamanda çoğu halde idari usulde de temin edilmesi zorunludur. Bunun sınırının tesbiti güçtür. Fakat her halde, adli kaza-

(\*) Bu hüküm sonradan değiştirilmiştir.

ya benzer şekilde düzenlenmiş idarî usullerde de bunun sağlanması gerektir (Alman Danıştayı).

Bu konu özellikle **planlama hukukunda** (örneğin, büyük yapı ve tesislere müsaade edilmesi) ve kartel hukukunda (iktisadî güç sayesinde büyük piyasa temerküzlerinin kanunla sınırlanması); daha genel bir ifadeyle, iktisadî idare hukukunun pek çok alanlarında önem taşır. Bu alanlarda vaktinde mahkemeye başvurabilme, özellikle (sonradan) vâki olabilecek bir kazaî himayenin çok geç kılması sebebiyle önemlidir (İsviçre'deki en son yargı içtihatları da böyledir).

**Örnek :** Bir baraj bir kere izin alınıp yapıldı mı, bunu artık yargıç hükmü ile de olsa yıkmak çok zor olacaktır, hattâ bir komşunun (haklı) itirazı haksız olarak ihmal edilmiş olsa bile. Bu sebeple, komşu için **önceden** mahkeme tarafından dinlenme hakkının bulunması elzemdir.

Bunun içindir ki, (Scheuner'e göre) Bonn Anayasası m. 103/I'nin m. 19/IV ile ve başkaca Anayasa normları ile bağlantılı olarak «due-process-of-law» şartının bir nevi almanca mütekabilini sağladığı sonucuna varılabilir.

b) Buna karşılık **anayasaya aykırılık davası** Anayasa tarafından **temin edilmemiş** olup, daha ziyade alelâde bir kanuna istinad eder. (\*) Bu dava, temel hakların ihlâli sebebiyle, bundan doğrudan doğruya müteessir olan vatandaş tarafından Anayasa Mahkemesi'nde açılabilir. Bu dava, sadece yürütmenin değil aynı zamanda yasama ve yargının da tasarruflarına karşı açılabilir. Başka bir deyişle, gerektiği takdirde doğrudan doğruya kanunun kendisine karşı da açılabilir.

Ancak bunun ön şartı, daha önce başvurulması caiz olan bütün diğer hukukî yollara başvurularak bir sonucun alınmamış olmasıdır. Ayrıca bugün anayasaya aykırılık davası (kanunda yapılan bir değişiklik sonucu) fiilen artık sadece kamuyu ilgilendiren bir önem taşıyan veya bu yola başvurmadığı takdirde davacının büyük bir sakıncaya maruz kalabileceği hallerle sınırlanmıştır. Onun için bugün bazı hallerde, çok haklı gerekçelere dayanan anayasaya aykırılık davaları dahi reddedilebilir. Bundaki saik, Alman Anayasa Mahkemesi'nin gereğinden fazla işe boğulmamasını sağlamaktır.

(\*) Yapılan değişiklik sonucu bugün artık Anayasa hükmü haline gelmiştir : Bonn AY m. 93/I No. 4 a GG.

Bundan bağımsız olarak, vatandaşın federe devletlerin (Länder) Anayasalarına uygun olarak bu devletler anayasa mahkemelelerine başvurma imkânı vardır. Hattâ Bavyera'da «halk davası» (Popularklage) denilen dava yoluyla, hiç ilgisi olmayan vatandaşlar bile anayasaya aykırı hükümler hakkında dava hakkına sahiptirler.

**Özet olarak** söylemek gerekirse, vatandaşın bugün dava yoluyla sahip olduğu himayenin fevkalâde güçlü bir şekilde gelişmiş olduğu ifade edilebilir : bu, «hukuk devleti»nden «adli devlet»e bir dönüşümdür. Bu gelişmenin tehlikesi özellikle, siyasetin hukukleştirilmesidir. Fakat, Alman Anayasa Mahkemesi şimdiye kadarki uygulaması ile, akıllıca bir ihtiyatlılık sayesinde (Amerika'daki Yüksek Mahkeme'nin «self-restraint» prensibine benzer tarzda) otoritesini muhafaza etmesini bilmiştir. Hükümet şimdiye kadar Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uymuştur. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin itibarı çok büyüktür.

## B. TEMEL HAKLAR DÜZENİ DIŞINDAKİ GENEL SORUNLAR

Bu alanda özel bazı sorunlar dışında ilk planda sözü edilen sorunlar federal devletle ilgili olanlardır ki, bunlar Türkiye bakımından herhalde pek az ilgi çekici olsa gerektir. Ayrıca üzerinde durulacak konular sırasıyla : siyasî partilerin hukukî durumu, seçim hakkı, iktisadî anayasal düzen, kanunların mahiyeti, kuvvetler ayırımı sistemi içerisinde yasama kuvvetinin yeri ve son olarak da Almanya'nın uluslararası veya uluslararası örgütlere girmesi ile ortaya çıkan anayasal sorunlardır. Bunlar arasından aşağıdaki konulara değinilecektir :

### § 6. İktisadî Anayasal Düzen Sorunu

Bonn Anayasası'nın iktisatla ilgili münferit düzenleyici hükümlerinin çokluğu karşısında bunlara bir bütün olarak bakıldığı takdirde, bütün bu hükümlerden anayasa hukuku tarafından öngörülmuş belirli bir iktisat düzeninin çıkartılıp çıkartılmıyacağı sorusu akla gelir.

#### **Başlıca Teoriler :**

a) (Erhard'ın anladığı anlamda ve halen uygulanmakta olan) «sosyal piyasa iktisadı» anayasa hukuku tarafından emredilmiştir. Bu teori, bir yandan daha çok liberal nitelikteki bazı Anayasa hü-

kümlerinin (örneğin, m. 2/I, 8/I, 9/I, 12/I v.s.), öte yandan daha çok sosyal Anayasa hükümlerinin (örneğin, m. 14/II, III, 15 v.s.) birarada mütalâa edilmesi ile kurulmuştur. Bu teoriye yapılan itiraz şöyledir : Bu teori sonucu kanun koyucunun iktisadî alandaki hareket serbestisi çok daraltılmış olur. Halbuki, örneğin bir hükümet değişikliğinde, sosyal piyasa iktisadından uzaklaşılması da mümkün olmalıdır. Bu itiraza karşı yapılan savunma : Sosyal piyasa iktisadî sistemi kendi içinde yeteri kadar geniş ve esneklerdir.

b) Başka bir teori : Bonn Anayasası ne bizzat belirli bir iktisadî ideolojiyi benimsemiştir ne de buna cevaz verir. O halde, iktisadî kanunlar sürekli olarak ideolojiden bağımsız olarak çıkarılmalıdır. Halbuki uygulamada bunun gerçekleştirilmesi hemen hemen imkânsızdır.

c) Başka bir teori : İktisatla ilgili her kanun hem liberal hem de sosyal nitelikleri kendinde birleştirmelidir. Bu teori ile de kanun koyucudan çok fazla şey talep edilmektedir.

d) Hâkim teori; (Alman Anayasa Mahkemesi de aşağı yukarı bu görüştedir) : Anayasa sadece (takribî) bir çerçeve çizmiş olup, kanun koyucu iktisadî konularda da bu çerçeve içerisinde serbestçe hareket edebilir. Demek oluyor ki yalnız ekstrem sınırlar tesbit edilmiş olup, bunun içerisinde iktisadî politika ile ilgili karar vermek serbesttir. Bu sebeple, örneğin (ekstrem olmamak kaydıyla) «planlı iktisat» sistemine de geçmek Anayasa'ya aykırı düşmez. Fakat gene de vatandaşlar prensip olarak «sürprizlere» maruz bırakılmamalıdır. Bunun için de, geçiş hükümleri, ağır mağduriyetleri kaldırıcı düzenlemeler v.s. zorunludur. İleri sürülen bu taleplerin gerçek sebebi, vatandaşın güvenini korumak prensibidir (bundan yukarıda söz edildi).

## § 7. Anayasa Hukuku Açısından Kanunun Mahiyeti Meselesi

Halâ ağır basan bir görüşe göre (anayasa hukuku açısından) kanun, «**vatandaşın özgürlüğüne ve mülkiyetine yapılan müdahalelerin**» dayanağı olarak belirlenir. Bu kanaatin kökü 19. yüzyıla kadar uzanır, o zamanın şartlarına ve özellikle devlet ile toplum arasında yapılan ayırma ve bu ayırımın devleti esas itibarıyla yalnız polis müdahalelerine münhasır kılmasına («Gece bekçisi devleti») dayanır. Buna paralel olarak gene 19. yüzyılda «**idarenin kanuna uygunluğu**» prensibi teşekkül etmiştir; şu anlamda ki, idarenin (özellikle polisin) külfet altına sokan tasarrufları mutlaka kanunî bir temele dayanmalıdır.

Bugün hâlâ temel haklarda «kanunu mahfuz tutma» teorisi bu fikre dayanır. Bunun iki anlamı vardır : Temel haklar gerçi belirli bir ölçüde sınırlanabilir, fakat öte yandan bu sınırlama için kanunî bir dayanağın olması zorunludur.

Bugün gittikçe taraftar toplayan **daha yeni bir görüş** kanunun mahiyetini kısmen farklı bir şekilde görmektedir. Buna göre önemli olan, özgürlüğe veya mülkiyete bir müdahalenin yapılmasından çok, **muhteva itibariyle ağır basan = temel teşkil eden** bir tasarrufun yapılmasıdır. İşte bütün bu temel teşkil eden tasarruflar için (ve yalnız bu tür tasarruflar için) kanun gereklidir; hattâ bu tasarruflar sadece külfet tahmil edici değil, vatandaşlar için bazı kolaylıklar getirici mahiyette olsalar bile bu böyledir.

Bu bugün özellikle şu sebepten dolayı önem taşır : modern devlet faaliyetinin büyük bir kısmı vatandaş yararınadır, örneğin **sübvansiyonlar, işe yardımları** v.s. de olduğu gibi. Bu tasarruflar çoğu halde en azından müdahale mahiyetindeki tasarruflar kadar «önemlidir». Bu sebeptendir ki, bu görüşe göre, devletin yardımcı faaliyetleri için de kanun şekli gereklidir.

Öte yandan, «kanunun» yalnız temel teşkil edici tasarruflara irca edilmesi ile **parlamento** da daha az önem taşıyan işlerden kurtarılmış olacaktır. Böylece parlamento faaliyetini kendi asıl çalışma alanında, yani sadece temel esaslar vaz etme konusunda temerküz ettirebilecektir. Bu sebeple haklı olarak, **bütçenin** tesbiti işi bir kanuna bırakılmaktadır (halbuki burada vatandaşın özgürlüğüne ve mülkiyetine bir müdahale sözkonusu değildir). Diğer taraftan, daha çok teknik mahiyetteki parlamento faaliyetleri idarî mercilere devredilebilmelidir.

Kanunun mahiyeti hakkındaki görüşlerden hiçbiri, tabiatıyla şu gerçeği görmezlikten gelememektedir : Kanun bugün gittikçe artar şekilde gerçekten genel ve sürekli düzenlemeler olmak karakterini kısmen kaybetmekte ve hele iktisadî alanda, sınırlı bir **muhatap çevresine** hitap eden sadece geçici bir «tedbir» mertebesine inmektedir («**Tedbir kanunları**» denilen kanunlar). Fakat gene de, Bonn Anayasası'nın 19. maddesinin I. fıkrasının 1. cümlesi, temel hakları kısıtlayıcı kanunlar bakımından, bunların ancak kamu için genel olarak konulabileceğini, münferit olarak konulamıyacağını emretmektedir. Bonn AY m. 101/I c. 1 ve II («**Tabii hâkim**»; özel mahkemeler ancak «kanunla» kurulabilir) ve benzeri hükümler için de aynı esas geçerlidir; bu konularda da ancak genel kanunî normlar sözkonusu olabilecektir.

### § 8. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin Milletlerüstü Teşkilâtlara Üye Olmasından Doğan Anayasal Sorunlar

Bonn Anayasası çeşitli hükümlerinde, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin milletler arasındaki karşılıklı anlayış, devletler hukuku ve milletlerüstü teşkilâtların gelişmesi fikrine bağlı olduğunu tebarüz ettirmektedir. Karşılaştırınız, örneğin, m. 25 (devletler hukukuna bağlılık), m. 26 (saldırganlık savaşı yasağı), Anayasa'nın dibacesi («Birleşik Avrupa») ve özellikle m. 24/I, II ve III.

Özellikle Bonn Anayasası'nın 24. maddesinin I. fıkrası anayasa teorisi bakımından yorum güçlüğü ortaya çıkarmıştır. Adı geçen hüküm şöyledir: Federal Devlet kanun yoluyla egemenlik haklarını devletlerarası kuruluşlara devredebilir.

Bu hüküm, **devletlerarası kuruluşları**, şimdiye kadar milli organlar tarafından kullanılagelen **egemenlik fonksiyonları ile teçhiz etmek** yetkisini vermektedir. Sözkonusu hüküm bir görev yüklemekte, kullanılması **takdire bağlı** bir yetki getirmektedir. Fakat dibaca, bu temel istikametin genel bir programını ihtiva etmektedir. Bu yetkinin kapsamı tartışmalıdır; kapsam geniş alındığı takdirde, hukuk devleti aleyhine ve milletlerin kademeli olarak birleşmesi lehine «çok pahalı bir avans» verilip verilmediği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu sebeple en önemli mesele, **egemenlik haklarının ne kapsamda devrinin caiz olacağıdır.**

Mevcut görüşlerden biri, anayasal düzenin içine yabancı unsurların girebileceği endişesiyle, sınırı dar tutmaktadır. Bu görüşe göre, ancak mevcut devlet egemenliklerinin devletlerarası organlara «delegasyonu» mümkün olmalıdır. Bu sebeple bu organlar, Anayasa'nın dışında kalan bir tarzda bir faaliyette bulunamamalıdır.

Başka bir görüşe göre ise, sözü geçen 1. fıkra Anayasa çerçevesi dışına çıkılmasına da cevaz vermektedir. Buna göre, devletlerarası teşkilâtlara, Anayasa'ya göre alman organlarının haiz oldukları yetkiler de verilebilmelidir. Tabiidir ki, bu görüşte olanlar da bu konuda bazı sınırlar koymaktadırlar. Bu görüş taraftarlarının çoğu halde kabul ettiklerine göre, Anayasa ile devletlerarası düzen arasında gene de hiç değilse «temel teşkil eden kararlarda bir **homojenlik**» bulunmalı ve muhafaza edilmelidir.

Bu homojenlik esas itibarıyla Bonn Anayasası m. 79/II'nin muhtevası ile tetabuk etmelidir. Bundan çıkarılan sonuçlardan bi-

ri, bu tetabukun temel hakların tam bağlayıcı olduğunu ifade etmesidir. Öte yandan ise, temel haklar konusunda milletlerarası asgari bir standardın garanti edilmesi yeterli görülmektedir.

Daha yeni bir görüşe göre ise, sözü geçen 1. fıkra ne Anayasa'ya yabancı unsurların girmesine, ne de (meşru olarak) Anayasa çerçevesi dışına çıkılmasına elverişlidir. Bu fıkra «anayasa vaz'ı» na açık kapı bırakmaktadır. Buna göre, fıkrada sözü edilen yetkiden yararlanmak için büyük bir hareket serbestisi doğmuştur.

Kanaatimce, **temel hakların bağlayıcılığından** kaçınmak mümkün değildir. Her halükârda, iyi anlaşıldığı takdirde Anayasa'daki temel haklar zaten yeteri kadar sınırlama imkânı da getirmektedir. Mamafih kaçınma imkânı gene de, örneğin, esaslı bazı temel hakların (özellikle m. 19/IV) zaten sadece **alman** devlet gücüne karşı işleyeceği kabul edilecek olduğu takdirde, mevcuttur: Bu ise, esas meseleye bir çözüm getirmiş olmaz. Anayasa'nın geçerlik alanı içerisinde ne zaman bir güç izharına karşı reaksiyon sözkonusu oluyorsa, temel haklar o zaman kendini belli edecektir. Bu sebeple, bu gücün bir alman gücü mü yoksa yabancı bir güç mü olması, bir fark yaratmaz. Alman organları tarafından yetki ile teçhiz edilen yabancı bir güç de aynı nitelikte kabul edilmek gerekir.

Bu sorunun nihaî cevabı, tabiidir ki, milletlerüstü topluluğun uygulamasının göstereceği gelişme nazarı itibara alınmaksızın verilemez. Çünkü alman anayasa hukuku için de geçerli olan husus şudur ki, anayasa hukuku anayasal hayatın gerçeklerine bakılmaksızın başarılı bir şekilde yürütülemez.