

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması

Prof. Dr. Andreas L. Paulus
Federal Anayasa Mahkemesi Üyesi (Birinci Senato)

I. Giriş

Toplum her zamankinden daha hızlı değişmekte olup; yasama organı, bu değişikliklere cevap verme konusunda sınırlı imkânlarla haizdir. Bir normun uygulanmasına başlanmadan önce, kanunun veya anayasanın bir parçası olup olmadığına bakılmaksızın, öncelikli olarak söz konusu normun anlaşılması gerekir. Çoğu normun lafzının geniş olması nedeniyle, normun uygulanması aşamasında yorumlanması gereklidir. Bu da yargının esas görevidir.¹ Tüm yetkilerin halktan alındığı demokratik sistemde ve kuvvetler ayrılığı ilkesi temelinde kurulmuş olan bir hukuk devletinde, bir tarafta demokrasi ve çoğunluk yöntemi ile diğer tarafta yürürlükteki hukuk kurallarının yargı erki tarafından yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin yöntemler arasında belirli bir gerilim ortaya çıkabilir.

Bu konu, kural olarak, yargıcının eldeki kanunu, “*daha fazla genişletme*” yetkisi başlığı altında ele alınır. Federal Yüksek Mahkemenin önceki Başkanı Günter Hirsch ile fakülteden eski bir meslektaşım ve şu anda Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü Christoph Möllers arasında yapılan tartışmanın konusu; mevzuatta bulunduğu kanunları dilediği gibi ayrıntılarıyla ele alabilecek olan yargıca, onları adeta bir müzik eserini yorumlayan piyanist gibi yorumlamasına izin verilip verilmediği, eğer

1 Federal Anayasa Mahkemesi kararları (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE) 96, 375 <394>.

verildiyse ne ölçüde verildiği.² Ancak modern yorum biliminden Gadamer³ ve Wittgenstein⁴ gibi filozoflardan öğrendiğimiz üzere; kelimelerin kullanıldıkları bağlam ve ilişkin oldukları gerçekliklerden ayrı, kendilerine ait anlamları yoktur. Bu nedenle, “kanunun olduğu şekliyle” yorumlanması ve uygulanması ile kanunun daha da genişletilmesi arasında net bir ayırım yapmak mümkün görünmemektedir.

Buna ilaveten, Robert Alexy gibi hukuk filozofları, normların hepsinin birbirine benzemediğini ortaya koymuştur. İdeal olan uygulamada, kuralların anlaşılması ve mutlak bir şekilde uygulanmasıdır. Diğer bir norm çeşidi olan ilkeler ise, somut ve net sonuçlar ortaya koyan sıkı kurallardan ziyade en uygun şekilde uygulanmak durumundadır.⁵ Çoğu anayasada, özellikle insan hakları bağlamında, kurallardan ziyade ilkeler hüküm sürer. Bu ise, anayasayı somut davalara uygulayan yargıca daha geniş imkân sunmaktadır; ancak, doğrudan halk tarafından seçilmeyen yargıçların sahip olduğu geniş yetkilerin sınırlandırılması ihtiyacını da özellikle önemli kılmaktadır. Ancak, bireylerin temel hakları, hükümetin tüm birimleri için - yürütme, yasama ve ayrıca yargı erkleri –bağlayıcıdır ve anayasa mahkemesinin sorumluluğu yasama erki tarafından da bu haklara saygı gösterilmesi zorunluluğunu hayata geçirmektir. Bu bağlamda, bir Amerikalı bilim adamının mahkemeleri “en az tehlike arz eden organ” olarak tarif etmesi, bize başka bir çağdan çıkıp gelmiş bir betimleme gibi görünür.⁶

Aşağıda ilk olarak, hukuki yoruma ilişkin sınırları genel hatlarıyla belirteceğim. Sonrasında ise, Mahkemenin yoruma ilişkin sınırlarını, Federal

2 Günter Hirsch, Zwischenruf Der Richter wird's schon richten, Zeitschrift für Rechtspolitik 2006, 161; Christoph Möllers, Mehr oder weniger virtuos. Der Mann am Klavier: Was spielt BGH-Präsident Hirsch, 26 Ekim 2006 tarihli *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, s. 37; Erwiderung, JZ 2008, 188-89; ayrıca bk. Bernd Rütters, Zwischenruf aus der methodischen Wüste: „Der Richter wird's schon richten“?, JZ 2006, 958.

3 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (Tübingen 1960), 290 ve devamı sayfalar Gadamer and Law'da tercüme edilmiştir (Francis J. Mootz tarafından düzenlenmiştir, Ashgate 2007).

4 Ludwig Wittgenstein, *Das Blaue Buch Eine philosophische Betrachtung* (Frankfurt 1970) 15 ve devam sayfalar.

5 Bk. Robert Alexy, *A theory of constitutional rights* (Oxford 2010), 44 ve devamı sayfalar

6 Bk. Alexander Hamilton Federalist Paper No 78, 465: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them.” Mukayase ediniz A. Bickel, *The least dangerous branch* (New York 1962).

Anayasa Mahkemesinin içtihadında kullandığı yorum yöntemleri temelinde nasıl tespit ettiğinden bahsedeceğim.

II. Yorum ve Sınırları

Anayasa'nın 20/3. maddesi uyarınca, mahkemeler “*yasa ve hukuk*” ile bağılıdır ve Anayasa'nın 97/1. maddesi uyarınca ise, yargıçlar bağımsızdır; ancak yasayla bağılıdır. Her iki hüküm de, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile demokrasi ilkesini somut hale dönüştürmektedir. Mahkemelerin yasama erki görevini üstlenmeleri; yani anayasada temeli olmaksızın mahkemelerin yasama faaliyetinde bulunmaları, yukarıda anılan anayasal hükümlere aykırı olacaktır.⁷ Doğrudan ve demokratik yoldan seçilen yasama erkinin üstünlüğü, hukuk kuralların yargıçlar tarafından yorumlanmasına ilişkin sınırları da belirler.

Anayasa yargısının en belirgin özelliği, yasama organı dâhil olmak üzere tüm kamu erklerinin anayasa hukukuna, özellikle de bireysel haklara ve insan haklarına saygı noktasında denetlenmesine imkân vermesidir. Böylelikle, “*olağan*” kanunları yapmada ifadesini bulduğu şekliyle yasama erkinin iradesi, daha önce de olduğu gibi, Mahkemenin anayasa metnini yorumlaması ile sınırlıdır ve, kimi zaman metin bu yorumlama ile düzeltilir. Çalışmada bu denetimin Anayasa ile çizilen sınırlarını ele alacağız.

1. Yasanın Bağlayıcılığı ve Yorumlanması

Yasanın bağlayıcılığı ile yasama ve yargı erklerinin ayrılığı, yasanın yargısal olarak uygulanmasının ve yorumlanma yönteminin temelini teşkil eder.⁸ Yazılı hukuka dayalı olan bir hukuki sistemde, normların belirli bir şekilde kanunlaştırılması, yargıcın bu kanunlara tabi olması tercih edilmiştir.⁹ Yargıçların üstlendikleri yorum yapma yetkisine ilişkin anlayış tarih boyunca değişikliğe uğramış ve hukuk metodolojisinin güncel konusunu teşkil etmiştir.

7 BVerfGE 87, 272 <280>; 96, 375 <394-395>; 109, 190 <252> – karşı görüş; 122, 248 <282> - karşı görüş.

8 *Alfred Katz*, Staatsrecht, 18. ve devam sayfalar 2010, paragraf. 109.

9 *Winfried Hassemer*, Gesetzesbindung und Methodenlehre, Zeitschrift für Rechtspolitik – ZRP 2007, s. 213 <214>.

Postmodernizm ise; Montesquieu'nün, yargıcın sadece "hukukun lafzını yorumlayan bir ağız" ("la bouche qui prononce les paroles de la loi")¹⁰ olduğuna ilişkin görüşünden geriye kalanları da alıp götürmüştür. Prusya Kralı Büyük Friedrich'in yargıçların yazılı hukuku yorumlamalarının yasaklanmasına yönelik girişimleri büyük bir başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Yorum yapılmadan hukukun, değişen olay ve olgulara uygulanması mümkün olmamakta; hukuk ihtilaf konusu olmaya devam etmektedir.

Biraz önce atıfta bulunduğum tartışmada, Almanya Federal Yüksek Mahkemesinin o dönemki Başkanı Günter Hirsch, yargıcın görevi ile klasik müzik piyano sanatçısının görevi arasında bir mukayese yapmıştır: beste, bestekârın kaleme aldığı notalardan oluşmaktadır; ancak bu notaların yorumu oldukça serbest (farklı) olabilir.¹¹ Fakülteden eski meslektaşım, Christoph Möllers, Hirsch'i yaptığı bu benzetme nedeniyle eleştirmiştir. Möllers'e göre, yargıç bir sanatçı olamaz ve yargısal yetkilerden ziyade demokratik politika gereğince hukukun hizmetkârı olarak kalmaya devam eder.¹² Tabi ki, tartışma müzik konusundaki bir yanlış anlaşılardan kaynaklanıyor olabilir: Bir tarafta klasik müzik konserlerinde olduğu gibi müziğin muhafazakâr yorumlanması anlayışı söz konusuysen; diğer tarafta caz ve pop müzikte olduğu gibi somut bir besteye sıkı sıkı bağlı şekilde ilerlemeyen modern bir yorum anlayışı hâkimdir.¹³ Tartışmanın merkezi, muhtemelen, yargıcın sanatkâr mı yoksa sadece hukuk adamı mı olduğudur. Ancak; hukukun uygun şekilde uygulanmasının da bir sanat niteliğinde olduğunu unutmamak gerekir.

Nitekim yargıcı, kanun metniyle sınırlandırmak yada eğilimine göre yasa metninin lafzını "serbest şekilde" yorumlamasına müsaade etmek; bir yanda hukuk alanı diğer yanda ise siyasi ve sosyal alanlar arasındaki ilişkiler ve sınırlılıklarla belirlenecektir. Ancak; bu tartışma, açıklığa kavuşturduğundan daha çok meseleyi karanlıkta bırakır. Savlarını ileri süren her iki kişi de;

10 *Montesquieu, De l'esprit des lois*, livre 11, bölüm 6

11 Mukayese ediniz *Günter Hirsch, Der Richter wird's schon richten*, ZRP 2006, 161; daha fazla detay için, *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, Juristenzeitung – JZ 2007, 853-58.

12 *Christoph Möllers, Mehr oder weniger virtuos. Der Mann am Klavier: Was spielt BGH-Präsident Hirsch, Frankfurter Allgemeine Zeitung – FAZ of 26 October 2006, s. 37; Erwiderung, JZ 2008, 188-89; ayrıca kıyaslayınız Bernd Rütters, Zwischenruf aus der methodischen Wüste: „Der Richter wird's schon richten“?*, JZ 2006, 958.

13 Aslında, Hirsch piyanistin görevinin bestekârın eserini "değiştirmek" olduğunu söylerken (n 6), Möllers günümüz sanatçıların "yaratıcı ve mesuliyetsiz" olduğunu ileri sürmektedir (n 7).

yargıçların, yasa koyucunun öznel iradesini – sanki bu irade kolay bir şekilde tespit edilebiliyormuş gibi – her zaman dikkate alması gerektiğini iddia etmemişlerdir.¹⁴ Buna ilaveten, yasa koyucu, yargıçlara tabiri caizse yasanın içerdiği basmakalıp uzlaşmalar ve yasadaki geniş ilkelerin kullanımı suretiyle zımni olarak sorumluluk devredebilir.¹⁵ Bunlar, Hirsch'in tek sayfadan oluşan asıl metninde dile getirdiği hususlardı. Anayasa bağlamında durum yasa koyucunun eylemsizliği nedeniyle değil; Anayasayı kaleme alan erkin; mahkemelerin, bilhassa Anayasa Mahkemesinin, söz konusu hakları etkin şekilde korumasını sağlamak amacıyla günün koşullarına uyarlamasını hedeflediği için özellikle anayasalar ve anayasal haklara ilişkindir.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi; yargıçların kanunu geliştirme ("*Rechtsfortbildung*")¹⁶ yetkilerinin olduğunu ancak anayasa veya anayasal ilkeler uyarınca yetki verilmedikçe kanunu değiştirme, tadil etme veya kanundan sapma yetkileri olmadığını her zaman belirtmiştir. Mahkemelerin yürürlükteki kanunları uygulayan ve geliştiren bir kurum olarak bu görevlerini bırakması ve yasama merciinin görevini üstlenmeye başlaması halinde, bu durum Federal Alman Anayasası'nın 1/3. ve 20/3. maddelerinde öngörüldüğü şekliyle yasanın ve anayasal hakların bağlayıcılığına aykırılık teşkil edecektir.¹⁷ Federal Anayasa Mahkemesinin Birinci Senatosu tarafından yakın dönemde teyit edildiği üzere, yargıç kanununun sarıh lafzını göz ardı etmemeli ve en ufak bir şekilde kanuna dayanmayan veya az ya da çok zımnen de olsa yasa koyucu tarafından kabul edilmeyen yorumlar yapmamalıdır.¹⁸ Bununla birlikte, Mahkeme ayrıca, normların, Avrupa entegrasyonu süreci gibi hususlar dikkate alınarak Anayasa ile birlikte geliştirilebileceğinin

14 Ancak kıyaslayınız *Bernd Rüthers*, JZ 2006, 958 (960); daha ılımlı bir yaklaşım, *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?*, JZ 2002, 365, ancak aynı eserde nesnel yöntemle ilişkin daha eleştirel sözler, 368, yöntembilimsel kör uçuştan bahsetmekte ve Federal Anayasa Mahkemesinin her iki Senatosunu da "*anayasanın yenilikçi gelişimini destekleyen daimi komitelere*" dönüşmekle suçlamaktadır.

15 Kıyaslayınız *Hirsch*, JZ 2007, 853 (855-856).

16 Avrupa Adalet Divanına istinaden bk. 6 Temmuz 2010 tarihli karar BVerfGE 126, 286 <305> - Honeywell; daha eski bir içtihat için bk. BVerfGE 75, 223 (243-244); 34, 269, 286 ve devam sayfaları. (anayasal yasal düzene özgü değerler hakkında ("*Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent [sind]*"), aynı eserde, 287, özellikle 70 yıllık veya daha eski olan ve başka bir anayasal durumda hazırlanmış bir kanunla karşılaşıldığında, aynı eserde, 288). "*Olağan*" yorumun sınırlarını ele alan daha yeni tarihli bir durum için bakınız BVerfGE 128, 193 <209 f.>.

17 BVerfGE 128, 193 <210>; 96, 375 <394>.

18 BVerfGE 128, 193 <210>; 118, 212 <243>.

altını çizmiştir. Bu bağlamda, bireysel hakların kapsamı sadece Alman tüzel kişiliklerini değil; Avrupa düzeyindeki tüzel kişileri de kapsayacak şekilde genişletilmiş ve böylece Anayasa'nın 19/3. maddesi metninin lafzının ötesine geçilmiştir.¹⁹

Yorumlamaya, bilhassa anayasa hukukunun yorumlanmasına ilişkin, bir diğer anlaşmazlık ise Amerika Birleşik Devletlerinde söz konusudur. 18. yüzyıl Anayasası'nın "*dar yorumlanması*" gerektiği düşüncesinin destekçileri, orijinal metni "*başlangıçtaki amaçlar*" dâhilinde yorumlamaya çalışırken; diğerleri ise anayasal ilkeleri değişen koşullara uyarlamaya çalışan "*yaşayan anayasa*" düşüncesini desteklemektedir. Bu düşünce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini "*yaşayan belge*" gibi yorumlaması ve uygulamasına benzerdir.²⁰

Ancak; "*başlangıçtaki amaçlar*" ekolü; anayasayı oluşturan çok sayıda öznenin amacının/niyetinin esas olarak ne olduğunu, onu nasıl bilebileceğimizi açıklamakta zorluk yaşamaktadır. Bu durum özellikle, farklı anayasa yapıcı aktörler veya lobi grupları arasında varılan basmakalıp uzlaşmalar ile karşılaşıldığında ortaya çıkar. Tarihi bilgi ve belgelerin birçoğunun yokluğunda²¹, 18. yüzyıl kanun yapıcılarının doğru olarak kabul ettikleri tarihi ve etik bağlamı yeniden oluşturmak şöyle dursun; "*başlangıçtaki anlamın*" bilinmesi neredeyse imkânsız görünürken; anayasayı oluşturanların "*başlangıçtaki niyetinin*" tam olarak bilinmesi nispeten bundan daha da imkânsızdır. Diğer tarafta "*yaşayan belge*" ekolünün ise; geçmişin ifadelerinin günümüz meselelerine aktarılmasında sınırların neler olduğuna yanıt vermesi gerekir. Sadece zahmetli bir süreçte değiştirilebilen esas anayasa metninin yorumlanmasına ilişkin bir zamanlar var olan bu yaklaşım, yargısal aktivizmle itham edilmelerine davetiye çıkarmıştır.

19 BVerfGE 129, 78 ff. <96 ff.> - Le Corbusier furniture

20 Bk. 25.04.1987 tarihli Tyrer / Birleşik Krallık kararı, başvuru no: 5856/72, paragraf 31: "*Mahkeme; Sözleşmenin, Komisyonun doğru şekilde vurguladığı gibi, günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu da anımsatmalıdır.*" Ayrıca bk. ABD anayasa hukukuna ilişkin hususlarda Leonard Levy, *Original Intent and the Framers' Constitution* (New York 1988); *Laurence H. Tribe, American Constitutional Law*, 3. baskı, 1. cilt (New York 2000) 47 ve devam sayfaları.

21 Ancak bk. *Max Farrand* (ed.), 1787 tarihli Federal Sözleşme Kayıtları cilt 1 & 2, (Yale 1966).

Bununla birlikte, ilk “*anayasanın kabul tarihinin*” üzerinden ne kadar uzun süre geçerse²², yargıcın, hem metni yapanların onu ilk yorumunu - onların metne yükledikleri anlamı kavramak için - hem de günümüzün çoğu zaman farklı olan koşullarına göre onun uygulanmasını hesaba katarak metni en uygun bağlamına yerleştirmesi gerekir. Ancak, aynı zamanda hukukun normatif niteliğini; başka bir ifadeyle kanun ve bilhassa anayasanın normatif düzeni bunu gerektirdiğinde mevcut uygulamaların değiştirilmesini talep etme konusundaki önemli potansiyelini, gözden uzak tutmamaya gayret etmelidirler. Bir norm yaratıldığı tarihte ne kadar iddialıysa, günümüzdeki dönüştürücü potansiyeli de o kadar büyüktür.

2. Yargıcın Anayasanın Yorumlanmasındaki Rolü

Bu nedenle, ben demokrasilerde anayasa yargıcının her ikisini de yapabilmesi gerektiği kanaatindeyim: hem orijinal metnin tarihsel bağlamındaki anlamını kavramaya çalışmalı hem de söz konusu davanın mevcut bağlamını dikkate almalıdır; mevcut durumu geçmişte yürürlüğe konmuş anayasal ilkeler ışığında incelemesi gerekir. Yargı bağımsızlığı teminatı (Alman Anayasası 97/1. maddesi), kanuna sadakat ile yumuşatılır. Anayasal ilkelerin yorumlanması ve uygulanması, hukuk metninin oluşturulduğu tarihteki bağlamında anlaşılan anlamının mevcut davadaki yeni duruma aktarılması anlamına gelir. Bu sorun, – yargıcın anayasadan veya başka bir temelden doğan serbest yorumlama yetkisi değildir – görevi oldukça güç kılmaktadır ancak Anayasa’nın farklı koşullara göre uygulanmasını gerçekleştirerek onun daha da geliştirilmesine olanak da tanımaktadır.

Bu görevi ifade ederken, yargıç toplumsal rolünü dikkate almalıdır. Böylece, davanın karara bağlanmasında ölçüt, yargıcın kişisel yatkınlığı değil; toplumun norm bağlamında mevcut davaya yansıyan görüşleri olacaktır. Ve bu bireysel bir standart değildir. Anayasa’da yer alan ilkelerin mevcut davaya uygulanmasını; yargıçlar ve mahkemeler arasında ve de hukuki topluluk ile toplum arasındaki etkileşim sürecinde birlikte oluşturulan ve geliştirilen metne ilişkin anlayış yönlendirir. Kanunla yönetilen bir sistemde teamüllerin neden önemli olduğunun gerekçelerinden birisi de budur. Teamüller, genel geçer hukuki bilgilerin ve bunların zaman içindeki gelişiminin ifadesidir. Bu sayede, genel ilkeler somutlaştırılmakta ve geçerlilikleri korunmaktadır.

22 Bk. *Bruce Ackerman*, *Constitutional Politics / Constitutional Law*, Yale Law Journal 99 (1989) 453, 489.

Hukuk güvenliği ilkesi, beklentilere istikrar kazandırmaya yardımcı olan önemli bir ilkedir. Ancak, sosyal ilişkiler de gelişmeye devam etmekte olup; - bazıları ortadan kaybolurken, yeni ilişkiler ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda yargıcın görevi, yalnızca gözlemci olmanın ötesindedir; ancak onunki bir aktivist veya politikacının göreviyle eş düzeyde değildir.

III. Federal Anayasa Mahkemesi Tarafından Yapılan Yorum

Diğer mahkemelerdeki karar verme süreci gibi Federal Anayasa Mahkemesinin karar verme süreci de, hukuki normların olay ve olgulara uygulanmasını gerektirir. Bu nedenle, soyut normların yorumlanmasına ihtiyaç vardır. Federal Anayasa Mahkemesi; geniş yorum ilkesi bağlamında, yorumun yargıcın herhangi bir hukuki hükmün kapsamını, bu hükmün tüm hukuk sistemindeki yerini dikkate alarak ve kanunun lafzı ile kendisini sınırlandırmaksızın, araştırdığı yöntem ve yol olduğunu kabul eder.²³ Yorumun standartlaşmış tek bir yöntemi yoktur. Ancak, metnin anlaşılmasına ve metnin yeni durumlara uygulanmasına yardımcı olacak “*bir dizi araçlar*” mevcuttur. Anayasa hukuku ile olağan hukukun iç içe olması nedeniyle, sadece anayasa hukukunun değil; aynı zamanda olağan hukukun da anayasa doğrultusunda yorumlanması gereklidir.²⁴

1. Yorumun Amacı

Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatları ışığında, yorumun amacı, yasa koyucunun veya kanun yapıcının öznel iradesini ve bunların tarihi bağlamdaki güdülerini tespit etmek değil; “*nesnellik teorisi*” uyarınca, hukukta nesnelleştirildiği ölçüde yasa koyucunun iradesini izleyebilmektir.²⁵ Daha önceki içtihatlarında Federal Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda hukuk filozofu Gustav Radbruch’a atıfta bulunmuştur: “*Devlet, hukuka hayat verenlerin kişisel beyanlarıyla değil; sadece hukukun kendisi ile konuşur. Yasa koyucunun iradesi, hukukun iradesi ile örtüşmektedir.*”²⁶

23 BVerfGE35, 269 <279>.

24 GerdRoellecke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, pp. 22-23.

25 Örn. bk. BVerfGE 1, 299 <312>; 11, 126 <129-130>; 105, 135 <157>; 116, 271 <313>.

26 Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. basım. 1950, pp. 210-211>, BVerfGE 11, 126 <130>.

2. Geleneksel Yorum Kuralları

Federal Anayasa Mahkemesi, kanunda nesnelleştirilen iradenin yorumlanması için, öncelikli olarak geleneksel yorum kurallarını kullanır. Bu geleneksel kurallar, genel olarak, Prusyalı hukuk tarihçisi Carl-Friedrich v. Savigny'nin öğretilerine dayalıdır.²⁷ Hâlihazırda geçerli olan yorum teorisi ise normun dile getiriliş biçimine (lafzi yorum), normatif bağlamına (sistemik yorum), amacına (amaçsal yorum) ve onun oluşumuna ilişkin süreçteki hukuki metinlere ve o metnin tarihine (tarihi yorum) dayalıdır. Yasama organının nesnel iradesini belirlemek için tüm bu yorum yöntemlerinin kullanılmasına izin verilir. Bu yöntemler birbirlerine engel teşkil etmez ve birbirlerini tamamlarlar.²⁸ Buna ilaveten, Federal Anayasa Mahkemesi, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuku²⁹ kullanır; bilhassa, uluslararası hukukun³⁰, yabancı anayasaların³¹ hükümlerini, Avrupa Adalet Divanı içtihatlarının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi³² hükümlerini kullanır. Haklar ile uluslararası hukuk alanında normatif rehber olarak, sırasıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini³³ ve Uluslararası Adalet Divanını³⁴ dikkate alır.

Bununla birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi, bu yorum kuralları arasında bir hiyerarşi oluşturmamıştır. Bunun yerine, Federal Anayasa Mahkemesi çeşitli yorum yöntemlerini, özellikle de sistemik ve amaçsal yorum yöntemlerini, aynı anda ve birlikte kullanabilir.³⁵

3. Anayasanın Yorumlanmasına Özgü Özellikler

Federal Anayasa Mahkemesinin, doğrudan anayasa metni temelinde karara bağlanamayan, anayasa hukukuna ilişkin bir ihtilaf konusuna yanıt

27 Bu kriterlere ilişkin olarak kıyaslayınız *Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. basım 1991, s. 320 ve devamı.

28 BVerfGE 11, 126 <130.>; yorum ilkelerine ilişkin tüm esaslar şu kararlarda verilmiştir: 109, 190 <212.>; 110, 226 <248 ve devamı; 111, 54 <91.>

29 Buna ilişkin olarak bakınız *Michael Sachs* (ed.), GG, 6. basım, München 2011, Einführung, paragraf 44.

30 Örneğin bakınız BVerfGE 90, 286 <361 ve devamı.>

31 Bakınız BVerfGE 84, 239 <269.>; 89, 155 <189.>; 95, 408 <423-424.>; 128, 226 <253.> - Fraport.

32 Bakınız BVerfGE 111, 307 <317, 323 et seq.>; 120, 180 <200-201.>; 124, 300 <319.>

33 Buna ilişkin, daha fazla ayrıntı için bakınız BVerfGE 128, 326 <368 f.>.

34 Bakınız BVerfGE 123, 267 <405, 417-418, 429-430.>

35 BVerfGE 35, 263 <279.>. Eleştirel olarak, bu genişliğin sağladığı avantajlara ilişkin olarak bakınız *Roellecke*, Prinzipien (n. 24), pp. 25-26.

vermesi söz konusu olduğunda, normların anayasal niteliğe haiz olması ve Mahkemenin bu normların yorumlayıcısı olarak merkezi bir rol üstlenmesi nedeniyle, anayasa yorumu büyük önem arz etmektedir. Anayasanın hükümleri, özellikle geniş ve kapsamlı bir şekilde kaleme alınmıştır; bu nedendir ki bu normların somut hale getirilmesi ve normun ayrıntılarına dair bilgiler özellikle gerekli hale gelir. Bunun yanı sıra, Federal Anayasa Mahkemesi, anayasayı, sadece vatandaşlar üzerinde değil; tüm diğer kamu erkleri üzerinde bağlayıcı etkiye sahip olacak şekilde yorumlar.³⁶ Bu etki ise sadece her ne kadar Anayasa Mahkemesinin yorumladığı şekliyle algılansa da, Anayasa'nın muhtevasını dile getirdiği takdirde ve ölçüde meşrudur.³⁷ Federal Anayasa Mahkemesi, eski kararlarından ortaya çıkan çok sayıda yorumdan da faydalanabilir. Ancak, bu yorumların her bir davaya ve hayatın değişen koşullarına uyarlanması, anayasanın tekrar tekrar yeniden yorumlanmasını gerektirir. Bu da, o tarihe kadar geçerli olan yorumu geliştirir ve hatta değiştirir. Ancak; bu gelişim ve değişim sürecinde anayasa sistemindeki kelimelerin alışlagelmiş anlamlarına tamamen farklı anlamlar yükleyecek kadar ileri gidilmemelidir.

Anayasa yorumunun arz ettiği özel önem, alışlageldik kuralların değişikliğe tabi tutulmasına yol açmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi için, “*yoruma ilişkin en üstün ilke*”, Anayasa'nın mantıksal ve amaçsal sembol olarak bir bütün kabul edilmesidir; çünkü Anayasa, siyasi ve sosyal yaşam için yeknesak bir sistem oluşturur.³⁸ Bu doğrultuda, Anayasa'nın bir hükmü, tek başına ele alınmamalı ve Anayasa'nın bütünü temelinde yorumlanmalıdır. Bu da, anayasanın bütünlüğü ilkesinin dikkate alınması anlamına gelir.³⁹ Bununla hedeflenen husus, Anayasa'nın görünüşe göre karşıt olan muhtevasını uyumlulaştırmaktır. Uygulamaya yönelik uyumlulaştırma veya bütünlük ilkesi bu hususla yakından ilgilidir. Bu ilkeye göre, sorunların çözümü söz konusu olduğunda, anayasa hukuku ile güvence altına alınan hukuki menfaatlerin tamamı, her birinden mümkün olan en geniş ölçüde faydalanılabilecek şekilde birbiriyle dengede tutulmaktadır.⁴⁰

36 Bakınız Federal Anayasa Mahkemesi Yasasının 31. maddesi, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG.

37 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. basım. 1995, paragraf 49-50.

38 BVerfGE 19, 206 <220>.

39 BVerfGE 55, 274 <300>.

40 *Hesse* (n. 37), Grundzüge, paragraf 72.

Ancak, uygulamaya yönelik uyumlulaştırmanın sağlanması, her bir dava özelinde yorum yapılması gereğini ortaya çıkarır.⁴¹ Optimum etkililik ilkesine göre, temel haklar alanında, söz konusu hükmün hukuki sonucunu en yüksek derecede gerçekleştiren bir yorum tercih edilecektir.⁴² Bu nedenle, basının bir prensesin özel hayatı hakkında haber yapması halinde, basının yaptığı haberin yasaya uygunluğu, özel yaşam ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile basın özgürlüğü arasında sağlanan dengeye dayalıdır. Yetkililerin, söz konusu bu iki anayasal hak arasında doğru dengeyi kurup kurmadığını denetlemek ise Mahkemenin görevidir.⁴³

Anayasa'nın yorumlanmasında söz konusu olan bir diğer ilke, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile Anayasa'da yer alan bu ilkeye ilişkin diğer esasları dikkate alan işlevsel yorum ilkesidir.⁴⁴ Bu ilkeye göre, yorum yapan özne, kendisine yüklenen işlevlerin sınırları dışına çıkmamalıdır. Yorumun şekli ve yaptığı yorumun sonucuyla kendisine özgülenen işlevleri başkalaştırmamalıdır.⁴⁵ Bu bağlamda, kısa süre önce Mahkeme verdiği bir Genel Kurul kararında; Anayasa'nın, silahlı kuvvetlerin federal bölge sınırları dâhilinde kullanımına izin verme görevini Federal Hükümete vermesi karşısında, sadece acil durumlarda daha pratik olacağı gerekçesiyle, yasa koyucunun bu görevi yaptığı bir değişiklikte savunma bakanına vermesine Mahkemenin izin veremeyeceğini belirtmiştir.⁴⁶

Federal Anayasa Mahkemesinin yöntembilime ilişkin tavrının genişletici niteliğine ilişkin eleştiriler, bu genişlikten kaynaklanan takdir yetkisinin, kuvvetler ayrılığı açısından bir meşruluk sorununu ortaya çıkardığını belirtmekte dirler.⁴⁷ Buna göre, yöntembilimsel genişlik, demokrasi ve kuvvetler ayrılığından doğan yorumun sınırlarının ötesine

41 *Sachs*, GG (n. 41), *Einführung*, paragraf 50.

42 BVerfG 39, 1 <38>; 43, 154 <167>; 51, 97 <110>; 103, 142 >153>.

43 Alman ve Avrupa mahkemelerinin farklı kararları için bakınız Caroline of Hanover davası. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Von Hannover / Almanya (no. 2), Başvuru no. 40660/08 ve 60641/08, 7 Şubat 2012 tarihli karar; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109029> adresinde mevcuttur. (16 Eylül 2013 tarihinde bakıldı); BVerfGE 120, 180; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *von Hannover / Almanya*, dava no 59320/00, Kararlar ve Hükümler Derlemesi 2004-VI, s. 1; BVerfGE 101, 361; BGHZ (Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararları), 131, 332.

44 *Sachs*, GG(n. 41), *Einführung*, paragraf 51.

45 *Hesse*, Grundzüge (n. 37), paragraf 73.

46 BVerfG, 2 PBvU 1/11, 3.7.2012 tarihli, paragraflar 52-59.

47 Bakınız *Roellecke*, *Prinzipien* (n. 24), s. 26'da yapılan atıflar.

geçmiştir. Mahkemenin bu uygulamayla, anayasayı yorumlama görevini hukuk güvenliği ve öngörülebilirliği sağlayacak ve Anayasa'ya göre "doğru" neticenin bulunması ve ortaya konulmasına olanak tanıyacak şekilde yerine getirmediği düşünülmektedir.⁴⁸

Ancak, Federal Anayasa Mahkemesinin anayasanın yorumuna ilişkin yöntembilimsel açıklamalarının geniş olmasının sağladığı en büyük avantaj; Mahkemenin, hukuku değişen durumlara daha kolay uygulamasına olanak tanimasıdır.⁴⁹ Mahkemelerin, hukuki sorunlara toplumun mevcut durumuna uygun olan çözümler bulması gerekir. Anayasa metninin bölümlerinin geniş mahiyeti ve hukuk metninin "eskime süreci" göz önüne alındığında⁵⁰, mahkemelerin, bir anayasanın kaleme alındığı zamanda yaşayan toplum için değil; şu anki toplum için metnin amacını belirlemeleri gerekir. Bu nedenle, anayasanın mevcut toplum için ne öngördüğüne bakılması meşru görünmektedir.

4. Olağan Kanunların Anayasa ile Uyumlulaştırılması

Federal Anayasa Mahkemesi, olağan kanunları geleneksel yorum kurallarına göre yorumlar; ancak, anayasaya uygun olarak yorumlama olarak bilinen bir yorum türü de söz konusudur. Bu yorum türüne göre, anayasaya uygun yorumlanabildiği takdirde bir kanunun geçersiz kılınmaması gerekir. Kanunun lafzı, yasama süreci, genel bağlamı ve amacı dikkate alınması halinde, birçok yorumunun yapılması olasıdır. Bu yorumlardan en azından birisi ile anayasa uygun bir netice ortaya çıkıyorsa, söz konusu hükmün anayasa uygun şekilde yorumlanması gereklidir.⁵¹

Bu yorum türü, aslında adaletin yönetimi ile yasama arasında gerginliklere neden olur. Bir taraftan, kanunun anayasaya uygun şekilde yorumlanması, yasama karşısında yargının kendi kendini kısıtlamasını ifade eder ve mümkün olduğu ölçüde kanunu muhafaza ederek anayasayı somut koşullara göre uyarlamada mevzuatın önceliğine saygı gösterir. Anayasaya uygun şekilde yapılacak kapsamlı bir yorum, yasanın amacının tamamen

48 Hesse, Grundzüge (n. 37), paragraf 49-50.

49 Bakınız Roellecke, Prinzipien (n. 24), s. 26.

50 Bakınız BVerfGE 82, 6 <12>, hukukun yorumlanmasında karşılaştırma yönteminin kullanılmasının gerçekleştirilmesi.

51 BVerfGE 2, 266 <282>; 68, 337 <344>; 88, 203 <331>; 112, 164 <182-183.>; 122, 39 <60-61>; 124, 25 <39>.

değiştirilmesi riskini de içerir. Bir başka ifadeyle, anayasanın sınırları dâhilinde, mevzuatın amaçlarının da azami ölçüde korunması gerekir. Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa uygun yorum yapılmasına ilişkin sınırların kanunun lafzı ve amacı ile belirlendiğini kabul ederek, bu riski önlemeyi amaçlar. Bu çerçevede, kanunun lafzıyla uyumlu kılınamayacak normun bir yorumuna, anayasaya uygun yorum yöntemiyle de ulaşılması mümkün değildir. Aynı şekilde, kanununun sarih amacına açık şekilde aykırı olan normun bir yorumuda söz konusu değildir.⁵² Norma, normun kendisinin sağlam bir dayanak oluşturmadığı bir anlamın yüklenmemesi için anayasa ile uyumlu yorumlama yöntemine başvurulur.⁵³

IV. Nihai Açıklamalar

Federal Anayasa Mahkemesi, yaptığı yorumlamada, hukukun üstünlüğüne, özellikle yasanın bağlayıcılığı ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine riayet edilmesi ve böylece anayasal demokratik bir devletin temel ilkeleri olan demokrasi ve hukukun üstünlüğü arasında dengenin sağlanması gerektiğini vurgular. Bu durum, ilk olarak, hukuki kuralların olağan mahkemeler tarafından yorumlanması ve uygulanmasına ilişkindir. Ancak, Federal Anayasa Mahkemesi, anayasanın yorumlanmasına temel oluşturan yorum kurallarını da oluşturarak, anayasaya uygun yorum yapılmasına ilişkin sınırları belirleyerek ve olağan hukuk hükümlerinin iptali söz konusu olduğunda bu duruma kısıtlama getirerek anayasayı uygularken, yasama erkinin demokratik meşruiyetine saygı gösterir. Bu bağlamda, anayasa olarak adlandırılan piyanoyu, postmodern bir sanatçının kontrolsüz özgürlüğüyle değil; klasik bir şekilde çalar.

52 Cf. BVerfGE 124, 25 <39>.

53 Cf. BVerfGE 120, 378 <424>; 123, 39 <84>.

Constitutional Interpretation

- A View from the German Federal Constitutional Court -

*Prof. Dr. Andreas L. Paulus*¹
Justice of the Federal Constitutional Court (First Senate)

I. Introduction

Society changes ever more rapidly, and the legislative branch has limited possibilities of reacting to such change. Before a norm can be applied, independently of whether it is part of the ordinary law or part of the constitution, it must first be understood. Due to the openness of the wording of many norms, norm application requires the interpretation and application of the law in force, which is the main task of the judiciary.² In a democracy, in which all power is derived from the people, and in a constitutional state which is organised on the basis of the separation of powers, a certain tension can arise between democracy and majority rule, on the one hand, and the methods of interpretation and application of the law in force by the judiciary, on the other.

As a rule, this issue is discussed under the headline of the power of the judge to “further develop” existing law. In a debate between the former President of the Federal Supreme Court, Günter Hirsch and my former faculty colleague and now Humboldt University Law Professor Christoph Möllers, the issue was whether and how far the judge is permitted to apply the law like a piano player interprets the notes of a musical work, who may

1 *I acknowledge with gratitude the contribution of Judge Kai Haberzettl in the preparation of this draft. The responsibility for all mistakes remains my own. The format of a talk has been maintained.

2 Decisions of the Federal Constitutional Court (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* –BVerfGE) 96, 375 <394>.

freely elaborate on the laws he or she finds in the law book.³ However, as we know from modern hermeneutics, from philosophers such as Gadamer⁴ and Wittgenstein⁵, words do not have a meaning of their own regardless of their context and the reality they relate to. Thus, a clear distinction between a mere interpretation and application of the “law as it is”, and the further development of the law appears impossible.

In addition, legal philosophers such as Robert Alexy have shown that norms are not all alike. One ideal type, the rule, needs to be understood, and applied, in a strict manner; another type of norms, principles, are to be applied as norms on optimization, as goalposts rather than strict rules producing concrete and distinct results.⁶ In many constitutions, in particular with regard to human rights, we are in the realm of principles rather than rules. This gives much latitude to the judge applying the constitution to concrete cases, but renders the limitation of the enormous power of judges not directly elected by the people particularly important. However, fundamental rights of individuals are binding on all branches of government, the executive, the legislative, and also the judicial branches, and the responsibility of a constitutional court includes the powers to require their respect also by the legislative branch. In this perspective, it sounds as coming from another age when one American scholar described the Courts as the “least dangerous branch”.⁷

In the following, let me first describe, in general terms, the limits of judicial interpretation. After that, I will show, on the basis of the methods of interpretation in the jurisprudence of the Federal Constitutional Court, how the Court draws the boundaries of interpretation.

3 *Günter Hirsch*, Zwischenruf Der Richter wird's schon richten, Zeitschrift für Rechtspolitik 2006, 161; *Christoph Möllers*, Mehr oder weniger virtuos. Der Mann am Klavier: Was spielt BGH-Präsident Hirsch, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* of 26 October 2006, p. 37; id., Erwiderung, JZ 2008, 188-89; cf. also *Bernd Rüthers*, Zwischenruf aus der methodischen Wüste: „Der Richter wird's schon richten“?, JZ 2006, 958.

4 *Hans-Georg Gadamer*, Wahrheit und Methode Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik (Tübingen 1960), 290 et seq. translated in *Gadamer and Law* (edited by Francis J. Mootz, Ashgate 2007).

5 *Ludwig Wittgenstein*, Das Blaue Buch Eine philosophische Betrachtung (Frankfurt 1970) 15 et seq.

6 Cf. *Robert Alexy*, A theory of constitutional rights (Oxford 2010), 44 et seq ..

7 See *Alexander Hamilton* Federalist Paper No 78, 465: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them.” Cf. *A. Bickel*, The least dangerous branch (New York 1962).

II. Interpretation and Its Limits

According to Art. 20 sec. 3 of the Basic Law (*Grundgesetz* – GG), Courts are bound by “law and justice”, and according to Art. 97 sec. 1 GG, judges are independent but nevertheless subject to the law. Both provisions translate the principle of the separation of powers and the principle of democracy into concrete terms. It would be incompatible with these constitutional provisions if the courts assumed the role of the legislative branch, that is, if they legislated themselves without a basis in the constitution.⁸ The primacy of the directly democratically elected legislature marks the boundary of judicial interpretation of legal rules.

Constitutional jurisprudence, in particular, is characterized by the control of the other public powers, including the legislature, with regard to their respect of constitutional law, in particular of individual and human rights. Thus, the will of the legislature, as expressed in ‘ordinary’ law, as it were, is limited, and, at times, corrected by the Court’s interpretation and application of the constitutional text. We will discuss the limits of this control drawn by the constitution in turn.

1. Bindingness of the Law and Its Interpretation

The bindingness of the law and the separation between the legislative and the adjudicative powers constitute the basis of the judicial application of the law and of the method of interpretation.⁹ A legal system which is based on written law has, by adopting a particular codification of the governing norms, at the same time opted for the judge being bound by this codification.¹⁰ Our understanding of the interpretive role of the judge has changed, however, in the course of history, and it is the subject-matter of current discussions on legal methodology.

Postmodernism has taken away what remained from Montesquieu’s view that the judge is merely “la bouche qui prononce les paroles de la loi”,¹¹

8 BVerfGE 87, 272 <280>; 96, 375 <394-395>; 109, 190 <252> – dissenting opinion; 122, 248 <282> – dissenting opinion.

9 Alfred Katz, *Staatsrecht*, 18. ed. 2010, para. 109.

10 Winfried Hassemer, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* – ZRP 2007, p. 213 <214>.

11 Montesquieu, *De l’esprit des lois*, livre 11, chap. 6.

the mouth which pronounces the words of the law. The attempt by the Prussian king Frederick II the Great to prohibit the judges to interpret codified law turned out to be a colossal failure. Without interpretation, law is inapplicable to a changing reality, it remains moot.

In a recent debate I just referred to, the then President of the German Federal Court of Justice, Günter Hirsch, compared the role of the judge to that of a piano player of classical music: the script comes from the notes written by the composer, but their interpretation may be quite liberal.¹² My former faculty colleague Christoph Möllers has criticized Hirsch for that image; according to Möllers, the judge could not be an artist, but remains a servant of the law as result of democratic politics rather than judicial fiat.¹³ Of course, the debate may result from a musical misunderstanding: A conservative understanding of interpretation of music, for example in classical concerts, on the one hand, and a modern understanding, for example in jazz or pop music, which does not follow any discernable script closely, on the other.¹⁴ Probably, the heart of the debate is whether the judge is an artist or a mere servant of the law. But it may also be the case that it is an art to serve the law properly.

But, of course, binding the judge to the script of the law, or allowing him or her a 'liberal' interpretation of the wording of the legal text according to his or her own predisposition, will determine the delimitation between the legal sphere, on the one hand, and the political or social spheres, on the other. However, the debate hides more than it reveals: neither of the contenders argued that judges must always look to the subjective will of the legislator as if such a will could easily be found.¹⁵ In addition, the legislator may also implicitly delegate the response to the judges by so-called formulaic compromises or the

12 Cf. Günter Hirsch, *Der Richter wird's schon richten*, ZRP 2006, 161; in greater detail id., *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, Juristenzeitung – JZ 2007, 853-58.

13 Christoph Möllers, *Mehr oder weniger virtuos. Der Mann am Klavier: Was spielt BGH-Präsident Hirsch*, Frankfurter Allgemeine Zeitung – FAZ of 26 October 2006, p. 37; id., *Erwiderung*, JZ 2008, 188-89; cf. also Bernd Rüthers, *Zwischenruf aus der methodischen Wüste: „Der Richter wird's schon richten“?*, JZ 2006, 958.

14 Indeed, whereas Hirsch speaks of the duty of the pianist not to “falsify” the piece of the composer, id (n 6), Möllers argues that today's artists are “creative and irresponsible”, id (n 7).

15 But cf. Bernd Rüthers, JZ 2006, 958 (960); more moderate id., *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?*, JZ 2002, 365, but with critical words on the objective method *ibid.*, 368, speaking of “*methodologischer Blindflug*” (methodological blind flight), and charging both Senates of the Federal Constitutional Court to develop into “permanent committees of progressive development of the constitution”.

use of broad principles.¹⁶ This is what Hirsch alluded to in his original one-page statement. The latter is particularly so with regard to constitutions and constitutional rights – not because of the inertia of the legislator, but because the constitutional legislator intends the courts, in particular the constitutional court, to adapt the rights in question to the circumstances of the day in order to protect them effectively.

The German Federal Constitutional Court has always maintained that judges have the power to further develop the law (*“Rechtsfortbildung”*)¹⁷ but not to change, modify or deviate from the law except when mandated by constitution or constitutional principles. For it would be incompatible with the bindingness of the law and constitutional rights which follows from Art. 1 sec. 3 and 20 sec. 3 of the German Basic Law, if the courts were to relinquish the role of a body applying and developing the laws in force and assume that of a legislative authority.¹⁸ As the First Senate of the Federal Constitutional Court has recently reaffirmed, the judge must not disregard the clear wording of the law and adopt a reading that does not have the slightest reflection in the law or that has not been more or less tacitly accepted by the legislature.¹⁹ On the other hand, the Court has also emphasized that norms can develop along with the rest of the constitution, for instance with regard to the process of European integration. Thus, it has broadened the scope of individual rights to cover not only German, but also European juridical persons, thus going beyond the wording of the text of Article 19, para. 3, of the Grundgesetz.²⁰

Another controversy concerning the interpretation, especially of constitutional law, we presently find in the United States. Supporters of a “strict construction” of its 18th century constitution are trying to decipher

16 Cf. Hirsch, JZ 2007, 853 (855-856).

17 Cf. only, with regard to the European Court of Justice, recently BVerfGE 126, 286 <305> - Decision of 6 July 2010 - Honeywell; for the former case law cf. BVerfGE 75, 223 (243-244); 34, 269, 286 et seq. (speaking of values immanent to the constitutional legal order (*“Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent [sind]”*)), *ibid.*, at 287,, in particular if faced with a law that is 70 years or more old and was drafted in another constitutional situation, *ibid.*, at 288). For a newer case dealing with the limits of ‘ordinary’ interpretation see BVerfGE 128, 193 <209 f.>, with further references.

18 BVerfGE 128, 193 <210>; 96, 375 <394>.

19 BVerfGE 128, 193 <210>; 118, 212 <243>.

20 BVerfGE 129, 78 ff. <96 ff.> - Le Corbusier furniture.

an “original intent” of the original text, others are favouring a “living constitution” that adapts constitutional principles to the changing times – not unlike the European Court of Human Rights’ interpretation of the European Convention of Human Rights as a “living instrument”.²¹

However, the “original intent” school has difficulty to explain how we can actually know what “the” intent of the many drafters of the constitution was, in particular when faced with formulaic compromises between different drafters or lobbying groups. In the absence of much of an historical record,²² it appears almost impossible to gauge the “original meaning”, and even less so the “original intent”, of the drafters, let alone reproduce the historical and ethical context which the 18th century drafters took for granted. The “living constitution” school, on the other hand, needs to respond to the question of the limits of transferring past words to today’s deeds. An at times cavalier approach towards interpretation of the actual constitutional text – that can only be modified in an arduous process – leaves them open to the charge of “judicial activism”.

Nevertheless, the longer the original “constitutional moment” has passed,²³ the more the judge needs to contextualise both the original interpretation of the law – to understand the meaning the drafters ascribed to it – and the application under the often quite different circumstances of the present. Nevertheless, they have also to strive not to lose the normative character of the law; in other words, its critical potential to demand the modification of current practices when this is required by the the law – and, particularly, by the normative program of the constitution. The more aspirational a norm was at the time of drafting, the bigger its transformative potential today.

21 Cf. *Tyrer v. United Kingdom*, Judgment of 25.04. 1987, Application no. 5856/72, para 31: “The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.” Cf. for the discussion in US constitutional law Leonard Levy, *Original Intent and the Framers’ Constitution* (New York 1988); Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3rd ed., vol. 1 (New York 2000) 47 et seq.

22 But see *Max Farrand* (ed.), *Records of Federal Convention of 1787* vol. 1 & 2, edited (Yale 1966).

23 See *Bruce Ackerman*, *Constitutional Politics / Constitutional Law*, *Yale Law Journal* 99 (1989) 453, 489.

2. The Role of the Judge in Constitutional Interpretation

Thus, I would suggest that the constitutional judge in a democracy needs to do both: he or she needs to try to gauge the meaning of the original text in its historical context, and he or she needs to study the current context of the case at hand in light of the constitutional principles promulgated in the past. The guarantee of judicial independence (Article 97 sec. 1 of the German constitution) is tempered by the fidelity to the law (*ibid.*). It is the transfer of the meaning of the text of the law understood in the context of its time to the new situation in the case at hand that defines the task of the interpretation and application of constitutional principles. This problem – and not some free interpretative power of the judge, constitutional or otherwise – renders the task so extremely difficult, but also opens up room for the further development of the constitution by its application under different circumstances.

In this task, the judge needs to take account of his or her social role. Thus, it is not the personal disposition of the judge, but the reflective views of society that constitute the yardstick for the decision of the case. And it is not an individual standard, but the understanding of the text developed collectively in a process of communication between judges and courts and in the legal community and in society at large that guides the application of the constitutional principles to the case at hand. This is one of the reasons why precedents are important in a system governed by a code. Precedents are an expression of conventional judicial wisdom and its development in time. Thereby, general principles are concretized and their relevance is preserved. Legal certainty is an important good that helps to stabilize expectations. But social relations are also developing further – some may fall away, new ones will be developed. The role of the judge goes beyond that of a mere observer, but remains below the one of an activist or a politician.

III. Interpretation by the Federal Constitutional Court

Decision-making by the Federal Constitutional Court, like decision-making by other courts, requires legal norms to be applied to facts. Thus, it also requires the interpretation of these norms. The Federal Constitutional Court assumes, on the basis of a broad concept of interpretation, that interpretation is the method and the way in which the judge researches the content of a

legal provision, taking account of its place in the entire legal system, without being restricted by the formal wording of the law.²⁴ There is not one single canonical method of interpretation, but there is a “toolbox” to help in the understanding of the text and its application to new contexts. Due to the interlock of constitutional law and ordinary law, not only the interpretation of constitutional law is required but also the interpretation of ordinary law in conformity with the constitution.²⁵

1. Aim of Interpretation

In the view of the Federal Constitutional court’s jurisprudence, the aim of interpretation is not following the subjective will of the legislature or of the drafters of a law and their motives in their historical context, but, in accordance with the “objective theory”, the will of the legislature as far as it has been objectivised in the law.²⁶ In its early jurisprudence, the Federal Constitutional Court cited the legal philosopher Gustav Radbruch in this vein: “The State does not speak through the personal statements of those who took part in the law’s coming into existence, but only through the law itself. The will of the legislature coincides with the will of the law.”²⁷

2. Conventional Rules of Interpretation

In order to construe the will that is objectivised in the law, the Federal Constitutional Court first uses the conventional rules of interpretation, which are loosely based on the teachings of the Prussian legal historian Carl-Friedrich v. Savigny.²⁸ The now dominant theory of interpretation is based on the wording of the norm (grammatical interpretation), on its normative context (systematic interpretation), on its purpose (teleological interpretation) and on the legislative materials and legislative history (historical interpretation). To determine the objective will of the legislature, all these methods of interpretation are permitted. They do not exclude but complement each other.²⁹ In addition, the Federal Constitutional Court uses

24 BVerfGE35, 269 <279>.

25 *GerdRoellecke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, pp. 22-23.

26 Cf. for instance BVerfGE 1, 299 <312>; 11, 126 <129-130>; 105, 135 <157>; 116, 271 <313>.

27 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 4th ed. 1950, pp. 210-211>, cited in BVerfGE 11, 126 <130>.

28 Cf. on these criteria *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6th ed. 1991, pp. 320 et seq.

29 BVerfGE 11, 126 <130.>; recently, the complete canon of interpretation principles has been

international and comparative law³⁰, in particular, it takes into account provisions of international law³¹, foreign constitutions³², and as a matter of course, the European Convention on Human Rights,³³ as well as the case law of the European Court of Justice and, as normative guidance on rights and on international law, the European Court of Human Rights³⁴ as well as the International Court of Justice, respectively.³⁵

However, the Federal Constitutional Court has not established a hierarchy between these rules of interpretation. Instead, the Federal Constitutional Court can make use of the various methods of interpretation, especially of the systematic and the teleological one, at the same time and alongside each other.³⁶

3. Special Features of the Interpretation of the Constitution

When the Federal Constitutional Court has to answer a question of constitutional law which cannot be decided straightforwardly on the basis of the constitution, the interpretation of the constitution takes central stage due to the constitutional character of the norms and to the Court's central role as their interpreter. The provisions of the constitution are worded in an especially open and broad manner, which makes it particularly necessary to flesh them out and to put them into concrete terms. Apart from this, the Federal Constitutional Court interprets the constitution with binding effect not only for the citizens but also on all other public powers.³⁷ This is only legitimate if and to the extent that the decisions of the Federal Constitutional Court express the content of the constitution, albeit in the interpretation of the Court.³⁸ The Federal Constitutional Court can now draw on a multitude of interpretations stemming from past decisions. However, their application

mentioned in the following decisions: 109, 190 <212>; 110, 226 <248 et seq.>; 111, 54 <91>.

30 Cf. on this for instance *Michael Sachs* (ed.), GG, 6th ed., München 2011, Einführung, para.44.

31 Cf. for instance BVerfGE 90, 286 <361 et seq.>.

32 Cf. BVerfGE 84, 239 <269>; 89, 155 <189>; 95, 408 <423-424>; 128, 226 <253> - Fraport.

33 Cf. BVerfGE 111, 307 <317, 323 et seq.>; 120, 180 <200-201>; 124, 300 <319>.

34 On this see, in detail, BVerfGE 128, 326 <368 f.>.

35 Cf. BVerfGE 123, 267 <405, 417-418, 429-430>.

36 BVerfGE 35, 263 <279>. For criticism, but also on the advantages of such openness, cf. *Roellecke*, Prinzipien (n.24), pp. 25-26.

37 Cf. § 31 of the Federal Constitutional Court Act, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG.

38 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20th ed. 1995, paras. 49-50.

in the individual case, and in the changing circumstances of life, time and again requires a new interpretation of the constitution which further develops, or even changes, the interpretation valid to date; but it must not go so far as turning the conventional meaning of the words within the system of the constitution on its head.

The special significance of constitutional interpretation leads to a modification of the conventional rules. For the Federal Constitutional Court, the “highest principle of interpretation” is the unity of the constitution as a logical and teleological symbol, because the constitution establishes a uniform system for political and social life.³⁹ Accordingly, a provision of the constitution may not be seen in isolation but must be interpreted on the basis of the overall structure of the constitution, which means taking the principle of the unity of the constitution into account.⁴⁰ The intended task which is pursued by this is to harmonise seemingly opposite contents of the constitution. Closely related to this task is the principle of “*praktische Konkordanz*” (“practical concordance” or coherence). According to this principle, when it comes to solving problems, legal interests which are protected by constitutional law are balanced with each other in such a way that each of the interests is realized to the maximum extent possible.⁴¹

However, the creation of practical concordance is a question of interpretation on a case-to-case basis.⁴² In the sphere of fundamental rights, according to the principle of optimum effectiveness, preference is to be given to that interpretation which develops the legal effect of the provision in question to the greatest degree.⁴³ Thus, when the press reports on the private life of a princess, the lawfulness of the press report depends on the balance maintained between the right to privacy and a family life, on the one hand, and the freedom of the press, on the other. It is the task of the Courts to check whether the authorities have struck the right balance between the two constitutional rights at stake.⁴⁴

39 BVerfGE 19, 206 <220>.

40 BVerfGE 55, 274 <300>.

41 *Hesse* (n. 37), Grundzüge, para. 72.

42 *Sachs*, GG (n. 41), Einführung, para. 50.

43 BVerfG 39, 1 <38>; 43, 154 <167>; 51, 97 <110>; 103, 142 >153>.

44 For different judgments of the German and European courts, see the case of Caroline of Hanover, cf. European Court of Human Rights, *Von Hannover v. Germany* (no. 2), Applications

Another principle of constitutional interpretation is the standard of functional interpretation, which takes into account the principle of the separation of powers and its individual manifestations in the Basic Law.⁴⁵ According to this standard, the interpreting entity is to keep within the boundaries of the functions which have been assigned to it; it may not shift the allocation of functions by the manner and the result of its interpretation.⁴⁶ Thus, recently, the plenary of the Court decided that if the Grundgesetz assigns the task of allowing the use of the armed forces within the federal territory to the Federal Government, the Court cannot allow the legislature to alter this by assigning the task to the minister of defence only because, in an emergency, this would be more practical.⁴⁷

Critics of the openness of the Federal Constitutional Court's statements on methodology have pointed out that the judicial discretion resulting from such openness raised, in view of the separation of powers, questions of legitimacy.⁴⁸ Accordingly, the methodological openness went beyond the limits of interpretation derived from democracy and separation of powers. The practice of the Court is said to miss the task of constitutional interpretation to find, and to substantiate, the constitutionally "correct" result in a procedure that can be rationally monitored to achieve legal certainty and predictability.⁴⁹

However, the openness of the Federal Constitutional Court's methodological statements on constitutional interpretation has the great advantage that it makes it easier for the court to adapt the law to changed circumstances.⁵⁰ Courts need to find solutions for legal cases that are adapted to the current state of society. In view of the open nature of parts of the constitutional text and of the "aging process" of the legal text,⁵¹ they have to

nos. 40660/08 and 60641/08, Judgment of 7 February 2012, available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109029> (visited 16 Sept. 2013); BVerfGE 120, 180; European Court of Human Rights, *von Hannover v Germany*, case no 59320/00, Reports and Decisions 2004-VI, p. 1; BVerfGE 101, 361; BGHZ (Decisions of the German Federal Supreme Court on Civil Matters), 131, 332.

45 *Sachs*, GG(n. 41), *Einführung*, para. 51.

46 *Hesse*, Grundzüge (n. 37), para. 73.

47 BVerfG, 2 PBvU 1/11 of 3.7.2012, paras 52-59.

48 Cf. the references in *Roellecke*, Prinzipien (n.24), p. 26.

49 *Hesse*, Grundzüge (n. 37), para. 49-50.

50 Cf. *Roellecke*, Prinzipien (n. 24), p. 26.

51 See BVerfGE 82, 6 <12>, justifying the use of analogy in a judicial interpretation of the law.

realize its intention in contemporary society, not in the society of the time of its writing. Thus, it appears legitimate to look for what the constitution says to our present community.

4. Harmonising Ordinary Laws With the Constitution

The Federal Constitutional Court interprets ordinary laws according to the conventional rules of interpretation; however, what is known as interpretation in conformity with the constitution is a special feature. According to this type of interpretation, a law is not to be declared void if it can be interpreted in harmony with the constitution. It is required to interpret a provision in conformity with the constitution if, taking into account its wording, legislative history, overall context and purpose, several interpretations are possible of which at least one leads to a constitutional result.⁵²

This type of interpretation also results in a tension between the administration of justice and legislation. On the one hand, the interpretation of a law in conformity with the constitution expresses judicial self-restraint vis-à-vis the legislature and respects the primacy of legislation in translating the constitution into concrete terms, upholding the the law wherever possible. An extensive interpretation in conformity with the constitution would however involve the risk that its purpose is turned on its head, namely to preserve, within the boundaries of the constitution, a maximum of what the legislature intended. The Federal Constitutional Court seeks to counter this risk by assuming that the limits of interpretation in conformity with the constitution are drawn by the wording and the purpose of the law. Accordingly, an understanding of a norm which can no longer be brought in line with the wording of the law cannot be achieved by an interpretation in conformity with the constitution, nor can an understanding of a norm which would clearly contradict the discernible intention of the law.⁵³ Constitutional harmonizing interpretation is sought not to give the norm a meaning for which the norm itself does not provide a sound basis.⁵⁴

52 BVerfGE 2, 266 <282>; 68, 337 <344>; 88, 203 <331>; 112, 164 <182-183.>; 122, 39 <60-61>; 124, 25 <39>.

53 Cf. BVerfGE 124, 25 <39>.

54 Cf. BVerfGE 120, 378 <424>; 123, 39 <84>.

IV. Final Remarks

In its interpretation, the Federal Constitutional Court emphasises the respect for the principles of the rule-of-law, in particular for the bindingness of the law and of the separation of powers, thus striking a balance between the fundamental principles of a constitutional democratic state: democracy and the rule of law. Primordially, this concerns the interpretation and application of legal rules by ordinary courts. However, by establishing rules of interpretation which are used to benefit the interpretation of the constitution, by establishing the limits of the interpretation in conformity with the constitution, and by showing restraint when it comes to repealing provisions of ordinary law, the Federal Constitutional Court, in its application of the constitution itself, shows respect for the democratic legitimacy of the legislative branch. Thus, it plays the piano of the constitution in a classical way, not with the unchecked freedom of a postmodern artist.