

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 93A Maddesinde Düzenlenen Kabul Usulü ve “*Temel Anayasal Önem*” Kavramı

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

A. Giriş

Anayasa şikâyeti hakkı, “tüm bireylere” “[...] temel haklarından birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği” iddiasıyla Federal Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı verir (Anayasa'nın 93 / 1 (4a) 1 maddesi, *Grundgesetz* – GG). Federal Anayasa Mahkemesinin “*Vatandaşlar Mahkemesi*” olarak anılmasına yol açan bu yasal koruma imkânı, çok sayıda yeni yargılamanın yapılmasına yol açmıştır. Son beş yıl boyunca Anayasa Mahkemesi nezdinde açılan yeni davaların sayısı, 6,508 (2009 yılında) ile 5,947 (2012 yılında) arasındaydı. Anayasa şikâyetleri, davaların yaklaşık % 97'si gibi büyük bir çoğunluğuna tekabül etmekte olup (2002 yılında %98.00; 2009 yılında %96.93); bu hesaplamada yazı işleri müdürlüğüne kabul edilebilir oldukları beyan edildikten sonra devam edilen davalar dikkate alınmıştır.

Anılan sayılar dikkate alındığında, davaların görülebilmesi için bir filtreleme sistemine gerek olduğu aşikârdır. Yeni davaların sayısını önemli ölçüde düşüren Genel Yazı İşleri Müdürlüğü (ki 2012 yılında 3,127 anayasa şikâyeti, Genel Yazı İşleri Müdürlüğü aşamasında elenmiştir) dışında, söz konusu filtreleme sisteminin diğer unsurları şunlardır: her biri üç yargıçtan oluşan Daireler tarafından başvuruların esasına ilişkin bir inceleme öncesinde kabul edilebilirliğine ilişkin karar verilmesi.

Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun
(*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – BVerfGG) 93(a) maddesi, anayasa şikâyeti

başvuruları hakkında öncelikle kabul edilebilirliklerine ilişkin bir karar verilmesi gerektiğini belirtir ve anayasa şikâyetinin kabul edilmesi gereken iki durumu düzenler. Kanun, ABD Yüksek Mahkemesi sistemindeki başvuru hakkı (*grant of certiorari*) uygulamasında olduğu gibi davaların kabulü aşamasında bir takdir yetkisi öngörmez. Aslında Federal Anayasa Mahkemesinin dava yükünün azaltılmasına yönelik yapılan bir çalışmada da bu uygulama Anayasa Mahkemesine önerilmiştir.¹ Ancak bu önerinin aleyhinde iki durum söz konusudur: Bir tarafta; belirsiz bir kabul sürecinin “vatandaşlar mahkemesinin” özelliklerini ortadan kaldırarak anayasayla öngörülen bireysel korumayı azaltacak olması; diğer tarafta ise sorunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bireysel başvuru mekanizması çerçevesinde ele aldığımızda, böyle bir sistemin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve organları önünde ihlal kararları riskini artıracak olmasıdır.²

Anayasa şikâyeti mekanizmasının amacı, bireyin temel haklarını korumaktır. Bu doğrultuda, şikâyet sahibinin temel haklarının kullanılması için gerekli olması halinde anayasa şikâyetinin esastan incelenmek üzere kabul edilmesi gerekir (sürecin devam etmesi şikâyetin kabul edilmesi olarak da bilinir; *Durchsetzungsannahme*). Ayrıca, anayasa şikâyetinin temel anayasal önem teşkil etmesi halinde, bu şikâyetin esastan incelenmek üzere kabul edilmesi gerekir (anayasal önem gereğince kabul edilme olarak da bilinir; *Grundsatzannahme*). Bu, mevcut davanın ötesinde, anayasa şikâyeti mekanizmasının fonksiyonunu nazara alır – başka bir ifadeyle, anayasa hukukunun daha fazla geliştirilmesine yönelik itici bir güç niteliğindedir. Şikâyet sahibi veya avukatının, hangi hakkın ihlal edildiğini ve davanın diğer tüm maddi yönlerini açıklaması gerekir.

İstatistikler incelendiğinde, kabul edilebilirlik sürecinin Mahkemeyi ne kadar fazla iş yükünden kurtardığı görülmektedir: 2012 yılında sonuçlandırılan 5,462 anayasa şikâyeti davasından 5,173 tanesi, Dairelerden biri tarafından verilmiş kabul edilemezlik kararı ile sonlandırılmıştır. Genel kural olarak (2012 yılında davaların yüzde 95’inde)³; kabul edilemezlik

1 Örneğin; bilindiği kadarıyla, o tarihteki Federal Adalet Bakanı tarafından 1996 yılında kurulmuş olan Benda Komisyonunun başkanlığından sonra; Federal Adalet Bakanlığı (*Bundesministerium der Justiz*) (ed.), *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht der Kommission*, 1998, s. 42.

2 Bakınız AİHS 34. madde ve devamı

3 2012 yılında, iki Senatonun Daireleri, kendi aralarında, toplamda 5.086 kararın kabul

kararları, hiçbir gerekçe belirtilmeksizin veya sadece yürürlükteki hükümler kapsamındaki gerekçelerden bahsedilerek verilir. İstatistikî veriler, bir anayasa şikâyetinin kabul edilemezliğine ilişkin gerekçeyi göstermemektedir. Ancak; başvurunun temel anayasal önem gerekçelerine dayalı olarak kabul edilebilir bulmasının sekiz yargıçtan oluşan Senatonun davayı ele alacağı anlamına gelmesi ve Senato nezdinde görülen dava sayısının az olması⁴, davaların oldukça az bir yüzdesinin anayasal önem gerekçesiyle kabul edildiğini göstermektedir. Ancak yapılan sayısal analiz, bu davaların anyasal önemini yansıtmamaktadır.

B. Temel Anayasal Önem Nedeniyle Kabul Edilme

I. Kavramın Tanımı

1994 yılında verilen önemli kararda Mahkeme, “*temel anayasal önem*” kavramını açıklamıştır.⁵ Federal Anayasa Mahkemesi nezdindeki kira davasının kabul edilebilirliğine ilişkin verilen bu karara göre temel anayasal önemin varlığı için üç husus gereklidir: (1) anayasa hukukuna ilişkin bir meseleye dair *güçlü şüphelerin* bulunması; (2) kararın belli bir etkiye sahip olması ve (3) karar verilirken temel anayasal önem arzedenden hususun ele alınacak olması.

Federal Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre, *güçlü şüphelerin olması* önkoşulu, “*anayasa hukukuna ilişkin ihtilaf konusunun Anayasa hükümleri temelinde kolayca giderilememesi ve Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatları ile daha önce çözüme kavuşturulmamış olması veya [...] değişen koşulların bu ihtilaf konusunun tekrar çözüme kavuşturulmasını gerekli kılmasıdır*”.⁶ İhtilaf konusunun hukuk literatüründe çekişmeli müzakerelere konu olması ve genel mahkemelerin içtihatlarının söz konusu ihtilafı farklı şekillerde ele alması⁷ bu yönde bir gösterge niteliğinde olabilir. Anayasa şikâyetinin anayasa

edilemez olduğuna karar vermişlerdir (diğer Daireler ile müştereken karara bağlanan 87 dava bu rakama dahil edilmemiştir) Sadece 262 kararda gerekçe sunulmuş; 1,115 kararda yürürlükte olan hükümler gereğince gerekçe verilmiş ve 3,709 adet karar ise gerekçe belirtilmeden verilmiştir.

4 2012 yılında: Senatolarda 11 dava karara bağlanmış; bunlardan 6 tanesi dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddedilmiş; 5 davada ise talep edilen tazminat verilmiştir.

5 Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE* 90, 22 <24-25> (Birinci Senato); ayrıca bakınız BVerfGE 96, 245 <248> (İkinci Senato),

6 BVerfGE 90, 22 <24>.

7 BVerfGE 90, 22 <24f.>.

hukuku kapsamında yeni standartlar geliştirilmeden karara bağlanamaması ve önceki Mahkeme kararları ile çözüme kavuşturulamamış olması halinde de, bu tür güçlü şüphelerin bulunduğu aşikârdır. Almanya sınırları dâhilinde kaçakların öldürülmesine ilişkin karar (BVerfGE 95, 96) veya Parasal Birliğe dair Maastricht Antlaşmasına ilişkin karar (BVerfGE 89, 155), anılan bu büyük öneme örnek teşkil etmektedir; çünkü, bu kararlar, anayasa metninden yeni standartlar, ilkeler geliştirilerek verilmiştir.

Ancak anayasa içtihadında artan şekilde gerçekleşen farklılaşma ile bu tür davalar istisnai hal almıştır. Bununla birlikte, diğer durumlarda güçlü şüphelerin var olup olmadığına ilişkin sorunun yanıtı çok daha zordur. Örneğin var olan içtihadın geliştirilmesinin veya sınırlandırılmasının gerekli olup olmadığının tartışma konusu olduğu veya ilgili yasal standartların esas itibarıyla oluşturulduğu ancak kamuoyu ve/veya hukuk uzmanlarının yoğun eleştirilerine konu olduğu durumlar.

Temel anayasal önem gerekçesiyle bir başvurunun kabul edilmesi için diğer önkoşul olan *kararın etkisi*; anayasa hukukuna ilişkin ihtilaf konusunun açıklığa kavuşturulmasında “*münferit davanın ötesinde*”⁸ bir menfaat olması halinde ortaya çıkar. “*Hatırı sayılır sayıda ihtilaf konusu için önem arz etmesi veya sonraki davalarda önem arz edebilecek önemli bir soruna ilişkin olması*” halinde bu durumdan bahsedilebilir.⁹

Son olarak, *verilecek kararda anayasal önem taşıyan ihtilafli meselenin ele alınacak olması gerekliliği* bakımından ise, “*şikâyetin esasın incelenmek üzere kabul edilebilir olup olmadığı incelenirken, Federal Anayasa Mahkemesinin anayasa şikâyetinin esasına ilişkin vereceği kararda önemli ihtilafli bir meseleyi ele alacağı hâlihazırda öngörülmüş*” olmalıdır.¹⁰ Örneğin; bir anayasa şikâyetinin kabul edilemez bulunması halinde, esaslı bir önem temelinde kabul edilmesi söz konusu olamaz.

II. Açık ve Net İchtihadın Bulunmaması

Federal Anayasa Mahkemesi, bu tanımlamanın ötesinde, temel anayasal önemden dolayı kabulün önkoşullarına ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Bu durum, kabul edilebilirliğe dair açık bir karar verilmemiş

8 BVerfGE 90, 22 <25>.

9 BVerfGE 90, 22 <25>.

10 BVerfGE 90, 22 <25>.

olması ve öncesinde kabul edilebilirliğe ilişkin karar verilmesi gereken Senato kararlarında anayasa şikâyetinin neden kabul edildiğine ilişkin nedenlerin belirtilmemiş olması ile açıklanabilir. Daireler, genel kural olarak, verdikleri kabul edilemezlik kararlarını esaslı bir önem teşkil etmemesine değil; başarı ihtimalinin bulunmamasına dayandırırılar.¹¹

Sonuç olarak, temel anayasal önem bulunup bulunmadığına dair karar vermek söz konusu olduğunda ve böylelikle, Senatonun belirli bir anayasa şikâyetini inceleyip incelemeyeceğine karar verilirken, önemli bir serbestlik alanı söz konusudur. Federal Anayasa Mahkemesi, önceliklerini düzenlerken bu alandan faydalanabilir. Bu yaklaşım eleştiri toplayabilir¹²; ancak bu eleştirilere temel anayasal önem nedeniyle kabulün işleviyle cevap verilebilir. Neticede, temel anayasal önemden ötürü kabulün hizmet ettiği öncelikli amaç, bireysel olarak hakların korunması değil Federal Anayasa Mahkemesinin Anayasa'dan aldığı yetkiye göre oluşturduğu anayasal içtihadının daha fazla geliştirilmesidir. Senatoların, belirli sınırlar dâhilinde, anayasa şikâyetleri kapsamındaki hangi başvuruların esastan incelenmek üzere kabul edilebilir olduklarına ve Senato nezdinde dava konusu haline getirerek özel önem atfedilmesi gerektiğine karar verebiliyor ise, bu; anayasanın yorumlanması, uygulanması ve daha fazla geliştirilmesi bağlamında anayasa mahkemesinin, anayasanın bekçisi olarak üstlendiği göreve tekabül eder.

Dolayısıyla, bir şikâyetin kabul edilmesi önündeki engeller yüksek görünse de, bu kuralların; mahkemenin gerçek başarı şansı olan şikâyet dilekçelerini bir sonraki aşamaya geçirmesine olanak tanınması beklenmektedir. Adaletin kıt ve masraflı bir imkân olduğunu dikkate aldığımızda, bu sınırlı kaynakların sadece derinlikli bir anayasal problem içeren veya mağdurun anayasal haklarının ciddi şekilde ihlal edildiği davalara yoğunlaşması makuldür. Anayasa yargısı alanında ek yargı organlarının oluşumunu destekleyerek anayasal içtihat bütünlüğünü tehlikeye atmak yerine, anayasanın uygulanması ve korunması görevinin sadece anayasa mahkemesine değil; tüm mahkemelere ve ayrıca hükümetin diğer birimlerine de ait olduğu hususunun tüm kamu yetkililerine hatırlatılması daha uygun gözükmektedir.

11 Bu hususa ilişkin olarak bakınız: Emmenegger/Wiedmann, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, 2011, 31 ve devamı 35-36, 38-39

12 Örneğin bakınız *Gehle: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG*, 2. basım, 2005, § 93a BVerfGG, paragraflar 17, 18; *Graßhof, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, 39. ek 2013, § 93a BVerfGG, paragraf 99.

The Admission Procedure and the Concept of “Fundamental Constitutional Significance” in § 93a of the German Federal Constitutional Court Act

Prof. Dr. Andreas L. Paulus¹
Justice of the Federal Constitutional Court (Germany)

A. Introduction

Constitutional complaint proceedings allow “any person” to invoke the Federal Constitutional Court’s jurisdiction alleging that “one of his basic rights [...] has been infringed by public authority” (Art. 93 sec. 1 no. 4a of the Basic Law, *Grundgesetz* – GG). The consequence of this possibility of legal protection, which led to the Federal Constitutional Court being called a “Citizens’ Court”, is a high number of new proceedings. During the past five years, the number of new proceedings brought before the Court was in a range between 6,508 (in 2009) and 5,947 (in 2012), constitutional complaints accounting for the vast majority of about 97 per cent of cases (in 2012: 98.00 per cent; in 2009: 96.93 per cent), and this only takes account of those cases that were pursued after the registry had checked their admissibility.

It is evident that dealing with such numbers of proceedings requires a filtering system. Elements of the filtering system are, apart from the General Registry, which considerably lowers the number of new proceedings (in 2012, 3,127 constitutional complaints remained in the General Register), the Chambers, which consist of three justices each, and the fact that constitutional complaints require a decision on their admission before they are dealt with. § 93a of the Federal Constitutional Court Act (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – BVerfGG) stipulates that constitutional complaints require admission for

1 *I thank Judge Anna Quast for preparing the first draft. The responsibility for all mistakes is my own.

decision and regulates the two situations in which a constitutional complaint *must* be admitted. The Act does not provide for judicial discretion in the admission of cases such as the *grant of certiorari* in the US Supreme Court system. In a study regarding the reduction of the Federal Constitutional Court's caseload, this procedure has also been suggested to the Constitutional Court.² However, two considerations heavily weigh against such a proposal: On the one hand, an uncertain admission procedure would lower individual constitutional protection, taking away the characteristics of a "citizens' court"; and, on the other hand, such a system would further raise the risk of violations of the European Convention on Human Rights reviewed in the framework of the individual complaint mechanism of the European Court of Human Rights.³

The function of the constitutional complaint is to protect an individual's fundamental rights. Accordingly, a constitutional complaint is to be admitted for decision if necessary to enforce the complainant's fundamental rights (known as admission for enforcement, *Durchsetzungsannahme*). Moreover, a constitutional complaint is to be admitted for decision if it has fundamental constitutional significance (known as admission for fundamental reasons, *Grundsatzannahme*). This takes account of the function of the constitutional complaint beyond the case on hand – namely to serve as a motor of the further development of constitutional law. The complainant or his/her lawyer needs to explain which right has allegedly been violated and all other relevant factual aspects of the case.

A look at the court's statistics shows how much work the admission procedure saves the court: Out of 5,462 constitutional complaint proceedings completed in 2012, 5,173 were terminated by a decision for non-admission rendered by one of the Chambers. As a general rule (in 2012: in 95 per cent of the cases)⁴, such a decision is passed without stating any reasons at all, or stating them only in the operative provisions. The statistics do not indicate the reason for which a constitutional complaint is admitted. As, however, an

2 For instance by what is known, after its chairman, as the Benda Commission, which was established in 1996 by the then Federal Minister of Justice; Federal Ministry of Justice (*Bundesministerium der Justiz*) (ed.), *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht der Kommission*, 1998, p. 42.

3 See Art. 34 ECHR et passim.

4 In 2012, the Chambers of the two Senates between them rendered a total of 5,086 decisions for non-admission (not counting the 87 proceedings which were decided jointly with others). Only 262 decisions stated reasons, 1,115 stated reasons in their operative provisions, 3,709 were passed without stating reasons.

admission for fundamental reasons means that a full Senate of eight justices will deal with the matter, the small number of Senate proceedings⁵ shows that only a marginal percentage of cases is admitted for fundamental reasons. The numerical analysis does not reflect the fundamental importance of these cases, however.

B. Admission for Fundamental Reasons

I. Definition of the Concept

In a 1994 landmark decision, the Court clarified the term “fundamental constitutional significance”.⁶ According to this judgment regarding the admissibility of a lease case before the Federal Constitutional Court, three elements are required: there must (1) be *serious doubts* regarding a question of constitutional law, the decision must have (2) *a certain impact*, and (3) *the decision must depend on the fundamental question*.

According to the decisions of the Federal Constitutional Court, the prerequisite of *serious doubts* is that a question of constitutional law “cannot easily be answered by applying the Basic Law to it and [that it] has not yet been resolved by the Federal Constitutional Court’s case law, or [...] changed circumstances require [it] to be resolved again”⁷. The fact that the question is the subject of controversial discussion in legal literature, or that the ordinary courts’ jurisprudence answers it in different ways⁸, can serve as an indication in this direction. Such serious doubts are obvious if a constitutional complaint cannot be decided without developing new standards under constitutional law, and if it has not been resolved by any previous Court decision. The decision on the killing of fugitives at the inner-German border (BVerfGE 95, 96) or that on the Maastricht Treaty on Monetary Union (BVerfGE 89, 155) are examples of such fundamental importance, because they were decided by developing new standards from the constitutional text.

5 In 2012: 11 proceedings were terminated in the Senates; 6 of them were rejected as unfounded, and in 5 of them, the relief sought was granted.

6 Decisions of the Federal Constitutional Court, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* –BVerfGE 90, 22 <24-25> (First Senate); see also BVerfGE 96, 245 <248> (Second Senate),

7 BVerfGE 90, 22 <24>.

8 BVerfGE 90, 22 <24f.>.

With the increasing differentiation of constitutional jurisprudence, however, such cases become exceptional. In other situations, however, the answer to the question whether serious doubts exist is far more difficult. This is the case, for instance, if it is at issue whether it is necessary to further develop or to delimit the existing case law, or if the relevant legal standards have essentially been established but are subject of intense criticism by the general public and/or legal scholarship.

The *impact of the decision*, which is another prerequisite of an admission for fundamental reasons, exists if there is an interest in the clarification of the question of constitutional law “which goes beyond the individual case”⁹; this can be the case for instance if “it is of significance for a not inconsiderable number of disputes, or concerns a problem of some weight which can attain importance again in future cases”¹⁰.

Finally, for the *decision to depend on the question*, it is required that “when it is reviewed whether the complaint will be admitted for decision, it must already be foreseeable that the Federal Constitutional Court will have to deal with the fundamental question in its decision about the constitutional complaint”¹¹. If, for example, a constitutional complaint is already inadmissible, admission for fundamental importance is out of the question.

II. Lack of Clear Case Law

Beyond this definition, the Federal Constitutional Court has not provided further clarification of the prerequisites of an admission for fundamental reasons. This can be explained by the facts that an explicit decision on admission is not provided for, and that Senate decisions – which require a previous decision on admission – do not specify the reasons why it admitted a constitutional complaint. As a general rule, the Chambers do not base their decision for non-admission on a lack of fundamental significance but on a lack of prospects of success.¹²

9 BVerfGE 90, 22 <25>.

10 BVerfGE 90, 22 <25>.

11 BVerfGE 90, 22 <25>.

12 On this, cf. *Maatsch*, in: Emmenegger/Wiedmann, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, 2011, 31 et seq., 35-36, 38-39

As a result, there is considerable latitude when it comes to making a decision on whether fundamental constitutional significance exists and thus, of whether the Senate will deal with a given constitutional complaint; the Federal Constitutional Court can make use of this latitude for setting its own priorities. This approach meets with criticism¹³, but can be brought in line with the function of the admission for fundamental reasons. After all, the admission for fundamental reasons does not primarily serve the protection of individual rights but the further development of constitutional jurisprudence, which the Basic Law entrusts to the Federal Constitutional Court. If the Senates can, within certain boundaries, decide which proceedings out of the flood of constitutional complaints are to be given particular importance by admitting them for decision and making them the object of Senate proceedings, this corresponds to the role of the constitutional court as the guardian of the constitution regarding its interpretation, application, and further development.

Thus, while the barriers for admission of a complaint appear high, these rules are supposed to allow the court to advance those petitions that have a real chance of success. Justice being a rare and costly commodity, it appears only fair to concentrate scarce resources on cases that reflect a deeper constitutional problem or that have exposed the victim to serious impairment of his or her constitutional rights. Rather than endangering the unity of constitutional jurisprudence by advocating the additional judicial bodies for constitutional adjudication, it appears preferable to remind all public powers that the task of upholding the constitution is not only vested in the constitutional court, but in all courts and also in the other branches of government.

13 Cf. for instance *Gehle*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, *BVerfGG*, 2nd edition, 2005, § 93a *BVerfGG*, paras. 17, 18; *Grafhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 39th supplement 2013, § 93a *BVerfGG*, para. 99.