

FEDERAL ALMANYA ÖRNEĞİNDE AB ADALET DİVANI KARARLARININ KESİN HÜKÜM KARAKTERİNE SAHİP ULUSAL MAHKEME KARARLARINA ETKİSİ

IMPACTS OF EUROPEAN COURT OF JUSTICE'S DECISIONS ON FINAL DECISIONS OF NATIONAL COURTS

A. Füsün ARSAVA*

Özet: Alman hukuku AB Adalet Divanı kararlarını yargılamanın iadesi nedeni olarak kabul etmemektedir. Şüphesiz Birlik hukukunun öngördüğü Äquivalenz prensibi (uyumluluk) AB Adalet Divanı'nın ve diğer AB yargısı içinde yer alan mahkemelerin kararlarının tüm üye devletlerde aynı sonuçlar doğurmasını gerektirmektedir. Bu tür bir mukayese edilebilirlik Alman hukukunda AİHM kararları bakımından söz konusu olmamasına karşın Federal Alman Anayasa mahkemesi kararları bakımından söz konusudur. Bu nedenle birçok durumda Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 79. maddesinin kıyasen AB Adalet Divanı kararlarına uygulanması gündeme gelmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kanunun ilgili maddesinin kıyasen uygulanması yerine bu çerçevede bir kanun değişikliğinin yapılması daha rasyonel gözükmektedir.

Anahtar Sözcükler: Uyumluluk Prensibi, AİHM'nin Kararlarının Etkisi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etkisi, Kesin Hüküm, Etkinlik Prensibi

Abstract: German law does not consider the decisions of the European Court of Justice as a reason for re-trial. Undoubtedly, the Äquivalenz principle stipulated by European Law requires that the decisions of the European Court of Justice and of the courts within European jurisdiction have the same results in all member states. Such comparability is not the case in German law for the ECHR judgments, but in the case of Federal German Constitutional Court decisions. For this reason, in many cases, the article 79 of the Federal German Constitutional Court Law is seen to be relatively implemented on the decisions of the European Court of Justice. Instead of the implementation of the relevant article of the Federal German Constitutional Court, it is more rational to make a change in the law.

Keywords: Äquivalenz Principle, Effect of ECHR Decisions, Effect of Federal German Constitutional Court Decisions, Final Judgment, Efficiency Principle

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mahmutarsava@hotmail.com, ORCID:0000-0003-2275-7664, Makalenin Gönderim Tarihi: 29.12.2018, Kabul Tarihi: 29.12.2018

I - Giriş:

AB üyesi devletlerin ulusal hukukları birçok konuda AB hukuku tarafından etkilenmektedir. Ulusal ve AB hukuk düzeninin yan yana bulunması her iki seviyede somut konu bağlamında hukuk yollarının ne şekilde düzenlendiği, diğer bir ifade ile AB Adalet Divanı ve ulusal mahkeme kararlarının birbirleriyle ilişkisinin ne şekilde düzenlendiği konusunun açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Bu tartışma özellikle AB Adalet Divanı'nın ulusal mahkeme kararına uygun olmayan bir karar alması durumunda gündeme gelmektedir. Söz konusu problemi günlük yaşamdaki örnekler somutlaştırmaktadır. İçkili olarak araba kullanması nedeniyle Federal Almanya'da davalının ehliyetine el konulmuş ve ehliyetini yeniden kullanabilmesi için bir süre öngörülmüş, davalının ehliyetini yeniden kullanabilmesi için tıbbi-psikolojik bir rapor getirmesi kabul edilmiştir. Öngörülen sürenin dolmasından sonra davalı ikametgâhını başka bir AB ülkesine taşımış ve tıbbi-psikolojik rapor gerekmeyen bu AB ülkesinde sürücü izni almıştır. Alman mercileri eksik görülen tıbbi-psikolojik rapor nedeniyle söz konusu sürücü iznini tanımaktan imtina etmiştir. Davalı sürücü izni olmaksızın araba kullanması nedeniyle Alman Ceza Kanunu'nun § 21, 2.fıkrasına göre tutuklanmıştır. AB Adalet Divanı daha sonra diğer bir dava çerçevesinde verdiği kararda ehliyetlerle ilgili direktifte AB-ehliyetlerinin tanınmasına ek koşullar getirilmesinin açık olarak öngörülmemesi nedeniyle Alman hukukunun AB hukukuna uygun olmadığını hükme bağlamıştır. Bu nedenle ehliyete el koyma sürecinin bitmesi ertesinde ikâmet edilen AB ülkesinde ehliyet verilmesi AB hukukuna göre yastıdır.¹ Bu bağlamda ortaya çıkan sorun ulusal seviyede kesin hüküm olarak verilen karar ertesinde AB Adalet Divanı kararı ışığında yargılamanın iadesi prozedürünün işletilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Paralel sorunlar diğer hukuk alanlarında, örneğin özel hukuk alanında da ortaya çıkmaktadır (OLG Köln, OLGR Köln 2004, 271). Davacı hukuk mahkemesinde davalı aleyhine açmış olduğu davada davalıyı Almanya'da spor iddiaları yapttırtmaktan men eden bir karar aldirtmiştir (§ 1 UWG i.V.m. §284 StGB). Davalının ikametgâh adresi Avusturya'dadır ve Almanya'da şans oyunları oynatmak için bir lisansa sahip değildir. Kararın verilmesinden sonra AB Adalet Divanı başka bir pro-

¹ 91/439 tarih ve sayılı AET direktifinin 8.md., 2.fık ve 4.fık için bkz.: ABl.EG, 1991 L237/1

sedür çerçevesinde Alman şans oyunları tekelinin Birlik primer hukukuna uygun olmadığını karara bağlamıştır.

Ulusal mahkeme kararlarının Birlik hukukuna aykırı olmasına rağmen geçerliliğini korumasının mümkün olup olmadığı, AB Adalet Divanı kararları ışığında hangi koşullarla ulusal mahkeme kararları bakımından yargılamanın iadesi prosedürünün işletilebileceği bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

II - Alman usul hukuku düzenlemesi

1 - Genel Değerlendirme

Bu çerçevede her şeyden önce Alman usul hukuku düzenlemelerinin analiz edilmesi gerekmektedir. Alman ceza usul hukuku yargılamanın iadesi prosedürünü Usul Kanunu'nun §§359 vd. maddelerinde düzenlemektedir. Yargılamanın iadesi prosedürü bağlamında hüküm giyenin lehine olan nedenler, Ceza Usul Kanunu §353'de, aleyhine olan nedenler, Ceza Usul Kanunu §362'de düzenlenmiştir. Hukuk davalarında yargılamanın iadesi Hukuk Usul Kanunu §§578 vd.' da düzenlenmektedir. Bu çerçevede ya iptal davası (Hukuk Usul Kanunu §579) yahut yargılamanın iadesi davası (Hukuk Usul Kanunu §580) dayanak oluşturmaktadır.

İdari Yargı Usul Kanunu'nun §153,1. fıkrasında Hukuk Usul Kanunu §578 vd.'na atıfta bulunduğu görülmektedir. İdari Yargı Kanunu'nun §153, 2. fıkrası dava yetkisi bakımından özel bir düzenleme öngörmektedir. Mali mahkeme kararları için Sayıştay Kanunu (FGO) §134, yargı prosedürü ile karara bağlanan hukuki uyuşmazlıklar bakımından Hukuk Usul Kanunu §578 vd.'na atıfta bulunmaktadır. İş Mahkemesi Kanunu (ArbGG) §79 aynı şekilde yargı prosedürü ile karara bağlanan hukuki uyuşmazlıklar için Hukuk Usul Kanunu'na atıf yapmaktadır (§2, fık.1-4 ArbGG). Yargılama prosedürü dışında alınan kararlar bakımından (§2a ArbGG) yargılamanın iadesi söz konusu değildir. Sosyal mahkemelerin kararları bakımından (Sozial Gerichte) aynı şekilde Hukuk Usul Kanunu §578 geçerlidir (§179, fık.2, Sosyal Mahkeme Kanunu-SGG). Sosyal Mahkeme Kanunu §179, 2. fıkrası prosedürde taraf olanların önemli konular bağlamında bilerek yanlış iddialar ileri sürmeleri yahut kasten susmaları ve bu nedenle ceza hukukuna göre mahkûm olmaları durumlarında yargılamanın iadesini

kabul etmektedir. Sosyal Mahkeme Kanun §179, 2. fıkrasında söz konusu yargılamanın iadesi nedeninin farklı koşullara tabi olan iptal yahut yargılamanın iadesi davası ile bağlantısı konusu açık bırakılmıştır. Bu kısa bakış, AB Adalet Divanı kararı ertesinde ulusal hukuk seviyesinde yargılamanın iadesinin mümkün olup olmadığı konusunun Alman hukukunda sadece ceza usul ve hukuk usul kanunu muvacehesinde ele alınmasının mümkün olduğunu, diğer usul kanunlarının hukuk usul kanununa gönderme yaptığını ortaya koymaktadır.

2 -Ceza usul hukuku

Ceza prosedüründe yargılamanın iadesi nedenleri ağırlıklı olarak Ceza Usul Kanunu §§359 Nr.1-6, 362 Nr.1-4' de yer almaktadır. Listede yapılan düzenlemeye bir göz atma bu nedenlerin bütünüyle kesin hüküm karakterine sahip ulusal mahkeme kararının sonraki AB Adalet Divanı kararına aykırılığı bağlamında karşımıza çıkan nedenlere uymadığını göstermektedir. Bu bağlamda ne sahte bir belge (Ceza Usul Kanunu §§359 Nr.1, 362 Nr.1), ne de tanıklar yahut yargıçlar tarafından yapılan usul hukuku ihlalleri söz konusudur. AB Adalet Divanı kararının kesin hüküm karakterine sahip ulusal mahkeme kararının ortadan kalkmasına yol açmaması da bu çerçevede Ceza Usul Kanunu §399 Nr.4 uygulanmasını mümkün kılmamaktadır.

Ceza Usul Kanunu §359 Nr.5' de pratikte karşımıza çıkan en önemli yargılamanın iadesi nedeni öngörülmektedir. Buna göre mahkûm olan lehine yeni olayların veya kanıtların getirilmesi halinde yargılamanın iadesi caiz kabul edilmektedir. Mantıki olarak ulusal mahkeme kararına uymayan AB-Adalet Divanı kararı yeni bir durum ve bu nedenle yeni bir olay olarak görülebilir. Hukuki değerlendirme konusu olan hukuki olayların Ceza Usul Kanunu §359 Nr.5'in kapsamına girmediği konusunda bir mutabakat bulunmaktadır.² Bu nedenle içtihat değişiklikleri ve yeni ortaya çıkan hukuki hatalar yargılamanın iadesi nedeni olarak görülmemektedir.³ Bu durum kesin hükümlerin hukuki barışı sağlama fonksiyonu ile açıklanmaktadır.

² Wilhelm Schmidt, "Strafprozessordnung §§430-444", bkz.: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7.Aufl. 2013, §359 StPO, Rn.19

³ Helmut Frister, "Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten", bkz.: Jürgen Wolter, (Hrsg.). Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 4Aufl. 2016, §359 StPO, Rn.38 vd.

Ceza Usul Kanunu'nun §359 Nr.6'sı önceki düzenlemelerden farklı olarak pür hukuki hatalarda yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Ceza Usul Kanunu'nun §359 Nr.6'sı 1998'de yeniden düzenlenmiştir (BGBl. 1998 I, s.1802). Söz konusu hüküm mahkûm olan lehine AİHM'nin AİHK'nın ihlâlini tespit ettiği durumlarda mahkeme kararının bu ihlâle istinat ettiği durumlarda yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Hükümün kapsamı tartışmalı olsa da lâfzı itibariyle sadece AİHM kararları ile sınırlı olduğu açıktır. Mukayese edilebilir bir düzenleme Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79, 1.fıkrasında görülmektedir. Söz konusu hüküm Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin belli kararları ertesinde ceza davaları bakımından yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Bu düzenleme de lâfzen Federal Alman Anayasa mahkemesi kararları ile sınırlıdır. Sonuç olarak Ceza Usul Kanunu'nun en azından ilk bakışta AB Adalet Divanı kararları ertesinde yargılamanın iadesine izin vermediği görülmektedir. Geçmişte bu konuda bir kanun değişikliği önerilmiş olsa da, bu değişiklik gerçekleştirilememiştir. Ceza usul hukuku bunun ötesinde geniş yorum bakımından bir ipucu içermemektedir.

3 - Hukuk Usul Kanunu

Hukuk Usul Kanunu iptal davaları (Usul Kanunu §579) ve yargılamanın iadesi (Usul Kanunu §580) davaları arasında ayırım yapmaktadır. §579'da İptal davalarıyla bağlantılı olarak mahkeme heyetinin yanlış oluşturulması, dava taraflarının doğru temsil edilmemesi durumunda gündeme gelen yargılamanın iadesi bağlamında ulusal kesin hükümden sapan AB Adalet Divanı kararlarına yer verilmemektedir. Yargılamanın iadesi talebi hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 1-8'de dile gelen koşulların yerine getirilmesi halinde kabul edilmektedir. Konuya yakından bakıldığında bu çerçevede de AB Adalet Divanı'nın ulusal kesin hükümden sapan kararlarının yargılamanın iadesi nedeni olarak karşımıza çıkmadığı görülmektedir. Hukuk Usul Kanunu'nun §580 Nr. 1-5'i dava ile bağlantılı suç teşkil eden eylemleri, örneğin karşı tarafın yemin mükellefiyetini ihlâlini (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 1), belge sahtekârlığını (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 2), yalan ifade (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 3) veya diğer suç teşkil eden eylemlerin temsilci yahut karşı taraf yahut onun temsilcisi tarafından (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 4) işlenmesini yahut yargıçların görev yüküm-

lülüklerini (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 5) ihlâl etmesini yargılamanın iadesi nedeni olarak kabul ettiği görülmektedir. Bunun sonucu olarak yargılamanın iadesi talebi sadece bu çerçevede verilmiş ceza kararı dayanağında söz konusu nedenler ışığında kabul edilebilir (hukuk usul kanunu §581, fık.1). Hukuk Usul Kanunu'nun §580 Nr. 6'sı yargılamanın iadesini, kararın istinat ettiği diğer mahkeme kararının ortadan kaldırılması koşuluna bağlamaktadır. Bu çerçevede tartışma konusu olan durum ise bir kararın mevcudiyetinin ortadan kalkması değil, kesin hüküm karakterine sahip ulusal mahkeme kararına ters düşen bir AB Divan kararının mevcudiyetidir. Bunun dışında AB Adalet Divanı kararının ulusal mahkeme kararından sonra verilmesi nedeniyle ulusal mahkeme kararının AB Adalet Divanı kararına istinat etmesi söz konusu değildir. Bu durum Hukuk Usul Kanunu'nun §580 Nr.6'nın bu çerçevede uygulanamayacağını ortaya koymaktadır.⁴

Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7'de yargılamanın iadesinin caiz kabul edildiği iki başka durumu düzenlemektedir. Nr.7,a-bendinde tartışma konusu kararın kesin hüküm karakterine sahip önceki tarihli ulusal mahkeme kararına aykırılığı ele alınmaktadır. Bu durum ya her iki uyuşmazlık konusunun aynı olması, ya da tartışma konusu kararın diğer bir kararın içtihat etkisine sahip saptamalarına ters düşmesi halinde ortaya çıkmaktadır. AB Adalet Divanı kararının söz konusu tartışma bağlamında daha sonraki tarihli olması ve başka bir uyuşmazlık konusuna ilişkin olması nedeniyle Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, b-bendinin bu çerçevede uygulanması mümkün değildir. Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, b-bendi dava tarafının daha uygun bir sonuca yol açan bir belge sunması durumunu düzenlemektedir. Düzenleme özel bir durum olarak yeni bir kanıtın ortaya çıkmasını ele almaktadır. Diğer belgeler arasında Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, a-bendinde sayılmayan mahkeme kararlarının da kanıt vasıtası olmaları nedeniyle belge olarak mütalâa edilmesi mümkündür. Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, b-bendi şüphesiz sadece tartışma konusu kararın verildiği tarihte mevcut olan belgelere ilişkin düzenleme öngörmektedir.⁵ Tartışma konusu kesin hüküm karakterine sahip karardan sonra ihdas edilen

⁴ Johann Braun, "Kommentar §580", Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Wolfgang Krüger/ Thomas Rauscher/Ingo Drescher/Gero Götz (Hrsg.), Bd.2, 5.Aufl. ZPO, Rn.38

⁵ Johann Braun, ibid.

kararlar (AB Adalet Divanı kararları gibi) Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, b-bendi düzenlemesinin konusu değildir.⁶

Hukuk Usul Kanunu §580, Nr.8, 2006'da ikinci yargı reformu kanunu olarak Hukuk Usulü Kanunu'na girmiştir. Söz konusu hüküm –Ceza Usul Kanunu'nun örnek teşkil eden §359 Nr.6'sına paralel olarak- AİHM'nin AİHK'nın ihlâlini saptaması ve tartışma konusu kesin hüküm karakterli ulusal mahkeme kararının AİHK ihlâline istinat etmesi koşulu ile yargılamanın iadesini kabul etmiştir. Söz konusu hükümde açık şekilde AİHM'den söz edilmesi nedeniyle hükmün AB Adalet Divanı kararlarını kapsayan yorum alanı bıraktığını söylemek mümkün değildir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79, 1.fıkrası sadece ceza kararları bakımından yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Bu durum ilk bakışta özel hukukta AB Adalet Divanı kararları bağlamında yargılamanın iadesinin kabul edilmediğini göstermektedir.

III - AB Hukuku

Ortaya çıkan tablo bu sonucun AB hukuku ile bağdaşır bağdaşmadığı sorusunu gündeme taşımaktadır. Bu sorunun cevabı için öncelikle uygulanan AB hukukunun yargılamanın iadesini isteyip istemediğinin cevaplandırılması gerekmektedir.⁷ AB hukukunda da kesin hükümlere hukuk barışını temin etme fonksiyonu tanınmaktadır. AB Adalet Divanı sürekli içtihatında üye devletlerin Birlik Hukukuna aykırı kesin hüküm karakterli ulusal mahkeme kararlarının geçerliliğini engellemekle yükümlü olmadığını vurgulamaktadır.⁸ AB Anlaşması'nın 19. madde, 1. fıkrasından Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi ile bağlantılı olarak hukuki himayenin başka bir şekilde sağlanmasının mümkün olduğu durumlarda mevcut ulusal hukuki araçları genişletme konusunda üye devletlerin bir yükümlülüğü bulunmadığı sonucu istihraç edilmektedir.⁹ Geçmişte birçok kez bu prensibe

⁶ Gert Meier, "Anmerkung", EuR, 1976, s.158 vd. s.161

⁷ Dörte Poelzig, "Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts", JZ, 2007, s.858,860 vd.

⁸ Michael Köber/Stefanie Schmah. "Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen zu Gunsten der Effektivität des Unionsrechts?", EuZW, 2010, s.927 vd.

⁹ Kanun sözcüsü Niilo Jääskinen'in 23.04.2015 tarihli nihai talebi için bkzn. Rs.C-69/14 (Dragoş Constantin Târşia gegen Statul român, Rn.28

istisna getirildiği görülmektedir.¹⁰ Bu bağlamda nihai bir mahkemenin AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 267. madde, 3. fıkrasından doğan AB Adalet Divanı'na ön karar başvurusu mükellefiyetini yerine getirmemesinin Birlik Hukuku muvacehesinde ilgili devletin sorumluluğuna yol açtığı göz ardı edilmemesi gerekmektedir.¹¹ Bu şekilde kesin hüküm karakterine sahip olan bir ulusal mahkeme kararının mükellefiyet ihlâli nedeniyle yeniden AB yargı prosedürü konusu olması mümkündür.¹² Devletlerin sorumluluğu bağlamında prosedürün konusu şüphesiz farklıdır. İdari tasarrufların Birlik hukukuna aykırılıkları durumunda mahkeme belli koşullarla tasarrufların geri çekilmesi mükellefiyetini kabul etmiştir.¹³ AB Adalet Divanı'nın Lucchini¹⁴ davasında verdiği karar bu bağlamda önemlidir.

Bu davada ulusal mahkemeler AB Komisyonu'nun yardımların caiz olmadığını tespit etmesine rağmen yardımların caiz olduğu yönünde karar vermiştir. AB Adalet Divanı kesin hüküm karakterli farklı bir kararın mevcudiyetine rağmen yardımların geri istenmesinin caiz olduğunu, aksi halde Komisyonun bu çerçevedeki münhasır yetkisinin zarar göreceğini karara bağlamıştır. Divan, ulusal mahkemenin bu normların tam etkinliğini sağlama bakımından sorumlu olduğunu, bu bağlamda gerekli olduğu takdirde ulusal hukukun AB hukukuna ters düşen hükümlerini mahkemenin kendi karar yetkisine istinaden uygulama dışında bırakması gerektiğini karara bağlamıştır. Bu şekilde Divan AB hukukunun iki temel prensibine atıf yapmıştır. Bunlar etkinlik ve Äquivalenz (eşdeğerlilik) prensibidir. Her iki prensip de AB anlaşmasının 4. madde, 3. fıkrasında yer alan sadakat içinde işbirliği ilkesinden istihraç edilmektedir. Etkinlik prensibi Birlik hukukunun icrasının imkânsız kılınmamasını yahut ölçü dışı zorlaştırılmamasını öngörürken, Äquivalenz prensibi Birlik hukuku sorunlarına benzer ulusal hukuk sorunlarına nazaran daha olumsuz yaklaşılması ge-

¹⁰ Dörte Poelzig, ibid

¹¹ bkz. EuGH, Urteil, 30.9.2003, Rs.C-224/01 (Köbler), ECLI: EU:C:2003:513, Slg.2003, I-10239

¹² Dörte Poelzig, ibid.

¹³ EuGH, Urteil, 13.01.2004, Rs. C-453/00 (Kühne&Hertz NV), ECLI:EU:C:2004:17, Slg.2004, I-00837, Rn.28

¹⁴ EuGH, Urteil, 18.07.2007, Rs. C-119/05 (Lucchini), ECLI:EU:C:2007:434, Slg.2007, I-06199, Rn.63

rektiğini öngörmektedir.¹⁵ Lucchini olayında kararın kaldırılması Komisyon kararının etkin olarak icrası bakımından gerekli kabul edilmiştir. Lucchini kararı bu prensibin teyidi olarak görülmektedir. Ön karar başvuru mükellefiyetinin ve idari tasarrufları geri alma mükellefiyetinin ihlâlinde devletlerin sorumluluğu iddiasının kabul edilmesi etkinlik prensibi muvacehesinde açıklanmaktadır. Yargılamanın iadesi gerekliliği Birlik hukuku ihlâlinin kapsamına bağlıdır.

Äquivalenz prensibi Birlik hukukunun benzer durumlarda ulusal hukuka nazaran daha kötü muamele edilmemesini istemektedir. Yargılamanın iadesi bakımından bunun anlamı ulusal hukukta öngörülen yargılamanın iadesi olanağının AB-Adalet Divanı kararlarını kapsayacak şekilde yorumlanmasıdır. Impresa Pizzarotti davasında ön karar başvurusu yapan mahkeme İtalyan hukukunun belli koşullar altında kesin hüküm karakterli kararlarından dönmeyi mümkün kıldığını dile getirmiştir.¹⁶ AB Adalet Divanı mahkemenin bu olanaktan istifade etmesini, bu şekilde karar ile ortaya çıkan Birlik hukukuna aykırı durumu revize etmesini karara bağlamıştır.

Ulusal hukukun yorum bakımından hareket alanı bırakmadığı durumlarda ne olacağı konusunda Târşia davası perspektif sunmaktadır.¹⁷ Dragos Constantin Târşia Romanya hukuk mahkemesi tarafından ağır vasıtası için çevre vergisi ödemeye mahkûm edilmiştir. AB Adalet Divanı'nın başka bir dava çerçevesinde¹⁸ bu tür bir verginin AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 110. maddesi ile bağdaşmadığını karara bağlaması üzerine D.Constantin Târşia hukuk davasının yeniden görülmesini talep etmiştir. Romanya hukuku hukuk usulünde değil, idari usul hukukunda AB Adalet Divanı kararları bakımından özel bir yargılamanın iadesi nedeni kabul etmiştir. Romanya hukuk mahkemesi AB Adalet Divanı'na yaptığı önkarar başvurusunda, ulusal hukukun yargılamanın iadesi olanağını sadece idari usul hukukunda öngörmesinin Birlik hukukuna uygun düşüp düşmediğini sormuştur. Diğer davalarda olduğu gibi AB Adalet Divanı bu dava-

¹⁵ bknz.: EuGH, Urteil, 03.09.2009, Rs. C-2/08 (Fallimento Olimpiclub), ECLI:EU:2009:506, Slg.2009, I-07501, Rn.24

¹⁶ EuGH, Urteil, 10.7.2014, Rs. C-213/13 (ImpresaPizzarotti), ECLI:EU:C:2014:2067, Rn.55

¹⁷ EuGH, Urteil, 6.10.2015, Rs. C-69/14 (Târşia) ECLI:EU:C:2015:662

¹⁸ EuGH, Urteil 7.4.2011, Rs.C-402/09 (Tatu), ECLI:EU:C:2011:219, Slg.2011, I-2711

da da kararına Äqivalenz ve etkinlik prensibini esas almıştır. Etkinlik prensibi muvacehesinde AB Adalet Divanı yeniden hukuka olan güvenin özel anlamını vurgulamış, ancak aynı zamanda devletlerin sorumluluğu olasılığına atıfta bulunmuştur. Aslında D.Constantin Târşia'nın tazminat ile zararının telafi edilmesi mümkünken Divan Äqivalenz prensibi muvacehesinde durumu değerlendirmiştir. Äqivalenz prensibi bu bağlamda farklı tabiata sahip uyumsuzluklar için ulusal usul düzenlemelerinin aynı olmasını değil, ulusal hukuk ihlalleri ile AB hukuku ihlallerinin aynı şekilde muamele edilmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan ulusal hukukun mahkemelerin kimi kararları için yargılamanın iadesi prosedürünü kabul etmemesi Äqivalenz prensibine aykırılık teşkil etmemektedir. Târşia davasında kanun sözcüsü N. Jääskinen nihai talebinde Äqivalenz prensibinin anlamını kapsamlı şekilde irdelemiş ve Romanya Hukuk Usulü Kanunu'nun 322. maddesine göre kesin hüküm karakterli kararın ertesinde AİHM'nin yahut Romanya Anayasa Mahkemesi'nin karar vermesi durumunda yargılamanın iadesinin mümkün olduğuna dikkat çekmiştir.¹⁹

Bu çerçevede ortaya çıkan sorun anayasa mahkemesi ve AİHM kararlarının yargılamanın iadesini haklı kıldığı durumlarda AB Adalet Divanı kararlarının farklı muamele edilmesi, diğer bir ifade ile Äqivalenz prensibinin ihlâl edilmesidir. Kanun sözcüsü fazla detaya girmeden böyle bir durumda Äqivalenz prensibinin ihlâl edilmiş olacağını kabul etmiştir. Birlik hukuku söz konusu durumda ulusal hukuka nazaran daha kötü icra edilmektedir. Äqivalenz prensibinin ihlâli ancak benzer durumlar bakımından kabul edilmektedir. Değerlendirmenin diğer esaslar yanı sıra ulusal hukukun ilgili karara vermiş olduğu hiyerarşi esas alınarak genel olarak değil, somut örnekte yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede kurumsal mukayese edilebilirlik durumunda Äqivalenz prensibi ve AB Anlaşması'nın 4. madde, 3. fıkrası muvacehesinde eşit muamele gerekliliği doğmaktadır. Bu nedenle takip eden bölümde AB Adalet Divanı kararları ertesinde yapılan yargılamanın iadesi ile AİHM ve Anayasa mahkemesi kararları ertesinde Alman hukukunda öngörülen esaslara göre yapılan yargılamanın iadesi arasında ne ölçüde benzerlik bulunduğu konusu ele alınacaktır.

¹⁹ Kanun sözcüsü Jääskinen'in 23.4.2015 tarihli nihai talebi için bkz. Rs. C-69/14 (Târşia), Rn.7

III - AİHM ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi ile mukayese edilebilirlik

1 - AİHM ile mukayese edilebilirlik

Ceza usul Kanunu §359, Nr.6 ve Hukuk Usul Kanunu §580, Nr.8' de yer alan hükümleri muvacehesinde verilen kararlar bakımından karar AİHM tarafından tespit edilen bir ihlâlâle istinat ettiği nispette yargılamanın iadesi mümkündür. Daha yeni tarihli olan Hukuk Usul Kanunu §580, Nr.1'da yer alan formülasyonunu Ceza Usul Kanunu'ndan alması nedeniyle her iki hükmün içeriği birbirleriyle aynıdır.²⁰ Bunun sonucu olarak her iki hükmün prensip olarak aynı şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Hâkim olan görüşe göre AİHM kararının aynı dava çerçevesinde verilmesi halinde Ceza Usul Kanunu'nun §359, Nr.6'sının uygulama bulması mümkündür.²¹ Bu sonuç verilen kararların inter partes bağlayıcılığını öngören AİHK'nun 46. maddesinden istihraç edilmektedir. Başka dava taraflarıyla ilgili olarak verilen kararlara istinaden yargılamanın iadesini mümkün kılan bir kanun tasarısının bu nedenle kabul görmesi mümkün değildir. Başka dava tarafları için verilen kararlar yargılamanın iadesine dayanak oluşturamaz. Bu yaklaşıma esas olan düşünce yargılamanın iadesi talebini yapma hakkının aktif şekilde insan hakları ihlâlâlinin tespiti için uğraş verenlere saklı tutulmasıdır. Bu çerçevede münferit kişilerin, kişi gruplarının münhasıran bireysel başvuru yoluyla AİHM'ne başvuru olanağına sahip olduğunun dikkate alınması gerekmektedir (AİHK, md.34). Böyle bireysel başvuru ancak sadece iç hukuk yollarının tüketilmesi ve nihai kararın verilmesinden itibaren 6 ay içinde yapılabilir. (AİHM, md.35, fık.1); bu çerçevede başka dava tarafları için verilen kararlara istinaden yargılamanın iadesi talebi yapılmasının 6 aylık sürenin aşılması gibi bir sorunun ortaya çıkmasına yol açacağı göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Ceza Usul Kanunu §359,Nr.6 ve hukuk usul kanununun §580, Nr.6 şikâyetçinin kendi hakkını koruma adına başvuru yapmasını esas alması gibi AB Adalet Divanı nezdinde açılan davalarda da davacının kendi hakkı-

²⁰ Johann Braun, "Restitutionsklage, wegen Verletzung der europäischen Menschenrechtskonvention", NJW, 2007,s.1620 vd.

²¹ Konstantin Bajohr, Die Aufhebung rechtsfehlerhafter Strafurteile im Wege der Wiederaufnahme, 2008, s.94 vd.

nı elde etme adına dava tarafı olması AB Adalet Divanı kararlarının AİHM kararları ile mukayese edilebilirliğini ortaya koymaktadır.

AB Adalet Divanı nezdinde açılan davaların birçoğu ancak bireysel başvuruya izin vermemektedir. Sadece iptal davaları gerçek kişiler bakımından bu olanağı tanımaktadır.²² Bu davanın AB organlarının tasarruflarına karşı bireyler tarafından açılması mümkündür. Teorik olarak AB tasarrufu esas alınarak verilen mahkûmiyet ertesinde bireylerin söz konusu AB tasarrufu aleyhine AB Adalet Divanı nezdinde iptal davası açması mümkündür. İptal davasının şüphesiz hukuki tasarrufa muttali olunduktan itibaren iki ay içerisinde açılması gerekmektedir (AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 263. md., 6.fıkrası). İlgilinin en geç ilk derece mahkemesinin kararı itibarıyla bilgi edindiğinin esas alınması nedeniyle iptal davası ve iç hukuk yollarının tüketilmesi prosedürünün paralel cereyan etmesi gerekmektedir. Karara esas olan AB tasarrufunun geçersizliği konusunda tereddüt olduğu takdirde karardan etkilenen tarafın iç hukuk yollarını tüketeceği varsayımından hareket edilmektedir. Böyle bir durumda nihai mahkemenin davayı askıya alarak AB Adalet Divanına başvuru yapma mükellefiyeti doğmaktadır. Davanın askıya alınması nedeniyle yargılamanın iadesi için önkoşul teşkil eden kesin hüküm karakterli bir karar verilmesi mümkün değildir. AB Adalet Divanı kararının ancak derdest davada dikkate alınması mümkündür. Aynı durum ön karar prosedürü bakımından geçerlidir. Ön karar prosedürü ancak bireysel bir dava değildir. Ön karar prosedüründe de dava askıya alınır ve ulusal mahkeme ancak ön karar gelmesi ertesinde kesin hüküm karakterli bir karar verebilir.

AB Adalet Divanı nezdinde bireysel olarak açılan davada verilen kararın kesin hüküm karakterli ulusal mahkeme kararı ile uyumsuzluğa düşmesi durumunun dava tarafının eş zamanlı olarak iptal davası açmasına karşın ulusal karara karşı kanun yoluna başvurmayı ihmal etmesi veya Divan nezdinde açılan davanın sürüncemede kalması veya ulusal mahkemenin geçersizlik iddiası bağlamında AB Adalet Divanı'na ön karar başvurusu yapmaması ile ortaya çıkması mümkündür. Ulusal mahkeme kararına karşı kanun yoluna başvurulmaması durumunda AİHM'ne bireysel başvuru için öngörülen iç

²² AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 263.md., 4. fıkrası

hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle Ceza Usul Kanunu §359 nr.6'nun ve Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.8'inin AB Adalet Divanı kararları bakımından paralel uygulanması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda AİHM kararları ile AB Adalet Divanı kararlarının aynı şekilde muamele görmesi mümkün olmayacaktır. İkinci olasılıkta farklı bir değerlendirme söz konusudur. Zira uyumsuzluğa AB Adalet Divanı'nın yavaşlığı veya ulusal mahkemenin AB Adalet Divanı'na başvuru mükellefiyetinin ihlâli yol açmaktadır. Diğer bir ifade ile iki mahkeme kararı arasındaki uyumsuzluğun sorumluluğunun böyle bir durumda dava tarafına yüklenmesi mümkün değildir. Ön karar başvuru mükellefiyetinin ihlâline karşı açılması mümkün olan anayasaya şikâyeti davasının böyle bir durumda da açılması mümkündür.²³ Federal Alman Anayasa Mahkemesi anayasa şikâyeti davası sonucunda kararı iptal edebilir veya davayı reddedebilir.²⁴ Oldukça istisnai olan bu durumda Birlik hukukunun etkinliğinin zarar görmemesi nedeni ile yargılamanın iadesine gerek görülmemektedir.

AİHM ve AB Adalet Divanı'nın usul hukuklarının birbirinden çok farklı olması iki mahkemenin kararlarının mukayesesine izin vermemektedir. Äquivalenz prensibi bu nedenle Ceza Usul Kanunu'nun §359 Nr.6'sı ve Hukuk Usul Kanunu'nun §580 Nr.8'i muvacehesinde AB Adalet Divanı ve AİHM kararlarının eşit muamele edilmesini gerektirmemektedir.

2 - Anayasa Mahkemesi

a - Anayasa Mahkemesi Kanunu §79

Kesin hüküm karakterli kararlara anayasa mahkemesi kararlarının etkisi Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'da düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun anayasa şikâyeti davasında mahkeme kararının kaldırılmasına izin veren §95, 2.fıkra hükmü bir istisna olarak sadece anayasa şikâyeti davası açan bakımından hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79'da öngörülen koşullarla Anayasa Mahkemesi kararları istisnai olarak üçüncü

²³ Ulrich Karpenstein, "Das Vorabentscheidungsverfahren", bkz.: Stefan Leible/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2014, §8, Rn.74 vd.

²⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §95, fık.2

kişiler bakımından da geçerlidir. Hâkim olan görüşe göre bu çerçevede Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'da karşımıza çıkan düzenleme sadece anayasa şikâyetçisine yargılamanın iadesi olanağı veren Ceza Usul Kanunu §359 Nr.6'da ve Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.6'da öngörülen düzenlemelerden önemli şekilde ayrılmaktadır. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 1. fıkrası kesin hüküm karakterine sahip cezai kararlara ilişkindir. Mahkeme kararlarının hükümsüz veya GG (Alman Anayasası) yahut onun yorumu ile bağdaşmaz ilan edildiği durumlarda Ceza Usul Kanunu §359 vd.'na göre yargılamanın iadesi caiz kabul edilmektedir. Diğer bütün kararlar için Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 2. fıkrası geçerlidir. Buna göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 muvacehesinde hükümsüz ilan edilen normlara istinat eden kararlar olduğu gibi kalmaktadır. Bu kararların şüphesiz icra edilmesi mümkün değildir (Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79, 2. fıkra, 2.cümle). Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 2.fıkrasında yer alan hüküm münhasıran hükümsüz ilan edilen kararlara ilişkin olmakla beraber istisnai olarak Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 1. fıkrasında zikredilen geçersizlik ilanının aşamalarını oluşturan durumlar için de geçerli görülmektedir. Bu tablo Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 çerçevesinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ve AB Adalet Divanı'nın kararlarının mukayese edilebilirliğinin söz konusu olduğu durumlarda Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun ilgili hükmünün Äquivalenz prensibine göre AB hukukuna teşmil edilmesi gerektiğini ortaya çıkartmaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 1. fıkrası (cezai nitelikli) üç tür karar bakımından yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Bunlar normun geçersizliğini, anayasaya aykırılığını tespit eden veya yorumun anayasaya aykırılığını ilan eden kararlardır. Verilen kararın dava tarafı olmayanlar için de etki doğurması nedeniyle bu tür bir kararın hangi prosedür bağlamında alındığı Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 bakımından önemi bulunmamaktadır.²⁵ Uygulamada bu tür kararların soyut yahut somut norm kontrolü davası veya anayasa şikâyeti davası sonucu alınması mümkündür.²⁶

²⁵ Helmut Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, s.679 vd.

²⁶ Klaus Schlaich/Stefan Koriöth, Das Bundesverfassungsgericht, 2015, Rn.378

Geçersizlik ilanı normun ex tunc ve ipso iure etkisiz olması sonucunu doğurur. Kesin hüküm karakterli kararın bu şekilde geçmişe dönük olarak hukuki dayanağı ortadan kalkar. Bir normun GG'ye aykırı olduğunun ilanı normun geçersizliğine yol açmaması nedeni ile daha ılımlı bir karar olarak kabul edilmektedir.²⁷ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu §35'e göre anayasaya aykırı ilan edilen normun geçerliliğini korumakla beraber yasama organı için değişiklik getirme mükellefiyeti öngörebilir. Bu değişik karar olasılıkları GG 3. maddesine aykırılığın tespit edildiği, yasama organının özellikle pozitif veya negatif anlamda eşit muamele konusunda karar vermesinin mümkün olduğu durumlar için söz konusu olmaktadır. Anayasa mahkemesinin üçüncü olasılık olarak ilgili normun anayasaya uygun yorumuna karar vermesi mümkündür. Bu çerçevede normun GG ile uyumlu olması için muayyen bir şekilde yorumlanması gerekliliği kabul edilmektedir. Karar anayasaya uygun yorumun detaylarını ortaya koyar. Kesin hüküm nitelikli bir kararın anayasaya aykırı bir yoruma istinat etmesi Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre müdahale edilmesini caiz kılmaktadır.

b - AB Adalet Divanı nezdinde açılan davalar

aa) iptal davası

AB Adalet Divanı Ulusal Hukuku geçersiz ilan etme yetkisine sahip değildir. Divan ancak AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 264. madde, 1. fıkrasına göre AB organlarının iptal davası ile ortadan kaldırılan tasarruflarını (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme 263. md.) hükümsüz ilan edebilir. Bu çerçevede Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 muvacehesinde hukuki tasarrufları geçersiz ilan etmesi ile AB organ tasarruflarının AB Adalet Divanı tarafından geçersiz ilan edilmesi arasında mukayese yapılması mümkündür. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 264. madde, 2. fıkrası muvacehesinde bu tür bir geçersizlik ilanından prensip olarak AB Adalet Divanı dava konusu tasarrufun geçerli kalacağını öngörmediği takdirde ta-

²⁷ Herbert Bethge, *Kommentare zu §78 BVerfGG*, Bundesverfassungsgerichts-gesetz: BVerfGG, Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu./Franz Klein/Herbert Bethge,(Hrsg.), 41.Lfg. Juli 2013, Rn.57

sarrufun ex tunc olarak geçersiz olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum hukuki tasarrufların AB Adalet Divanı tarafından geçersiz ilan edilmesi ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geçersiz ilan edilmesinin etkileri bakımından mukayese edilebilir olduğunu teyit etmektedir. Kesin hüküm karakterli bir karar AB Adalet Divanı tarafından geçersiz ilan edilen bir norma istinat ettiği takdirde, Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'una düzenlenen konuyla paralellik ortaya çıkmaktadır.

Äquivalenz prensibi AB Adalet Divanı tarafından geçersiz ilan edilme sonuçları ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geçersiz ilan edilme sonuçlarının aynı muamele edilmesini gerektirmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 bakımından geçersizliğin hangi prosedür bağlamında ilan edildiğinin önemi olmaması nedeni ile bu sonucun AB Adalet Divanı kararları için de aynı şekilde geçerli olması gerekmektedir. Bir tasarrufun önkara prosedürü bağlamında geçersiz ilan edilmesi durumunda da geçersizlik ilanı yapan Anayasa Mahkemesi kararları ile aynı paralellik söz konusudur.²⁸

Tasarrufun geçersizlik ilanı bağlamında kimi etkilerinin devamının kabul edilmesi halinde tasarruf tam olarak etkindir. AB Adalet Divanı tasarrufu ex nunc etkisiz ilan ettiği takdirde tasarruf geçmiş bakımdan etkin olarak mütalâa edilmiş olmakta, bu geçersizlik dolayısıyla kesin hüküm karakterli kararlar üzerinde etki doğurmamaktadır. AB Adalet Divanı'nın tasarrufun bir bölümü için ex tunc ve bir bölümü için ex nunc geçersizlik karara bağlaması halinde normun de facto kısmi geçersizliği söz konusu olmaktadır. Tasarrufun iptaline rağmen geçerliliğin devamı Divan tarafından kabul edildiği takdirde Divanın aynı Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §35ne göre verdiği anayasaya aykırılık ilanı yaptığı kararlarında hedeflediği sonuçlara ulaşmak istediği kabul edilmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre sadece geçmişe dönük etki gösteren kararlar bakımından müdahale olanağının bulunması nedeni ile AB Adalet Divanı kararları ile muka-

²⁸ Ulrich Karpenstein, "Das Vorabentscheidungsverfahren", bkz. Stefan Leible/ Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2014, §8, Rn.80 vd.

yese edilebilirlik bağlamında da sadece geçmişe dönük etki gösteren Divan kararları bakımından paralelliğin kabul edilmesi mümkündür.

bb) İhlâl davası

AB Adalet Divanı'nın diğer davalarda verdiği kararların Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'da düzenlenen diğer davalarla mukayese edilebilirliğinin olup olmadığı cevaplandırılması zor bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. İhlâl davalarında Divan üye devletlerin AB hukukundan doğan mükellefiyetlerini (primer yahut sekonder hukuktan doğan) ihlâl edip etmediklerini karara bağlar. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun normların geçerliliği ve yorumuna ilişkin düzenleme içeren §79'unun ihlâl davası ile mukayese edilebilirliği ihlâl davasının da normlarla bağlantılı olmasından ileri gelmektedir. İhlâl davalarında tipik olan AB Adalet Divanı'nın ulusal hukukun AB hukukuna aykırı olduğunu tespit etmesidir. Bu saptama AB Adalet Divanı'nın bir üst mahkeme olmaması nedeni ile ulusal hukukun geçersizliği sonucunu doğurmaz. Üye devletler ihlâl davası sonucu yapılan tespitin gereğini iç hukukta yerine getirmekle mükelleftir (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme 260. madde, 1. fıkrası). Bunun anlamı AB hukukuna aykırı ulusal hukukun iptal edilmesi yahut değiştirilmesi ve bu işlemler gerçekleşinceye kadar uygulanmamasıdır.²⁹ AB'nin Çalışma Usulleri Hakkında Sözleşme'nin 260. madde, 1. fıkrasının Birlik hukukuna aykırı ulusal hukukun neden olduğu sonuçları ortadan kaldırmakla ilgili bir yükümlülük öngörüp görmediği konusu tartışmalıdır.³⁰ Bu durumun kabul edilmesi halinde AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 260. maddesinden yargılamanın iadesi hakkının istihraç edilmesi mümkün olacaktır. AB hukukunun ihlalinden doğan sonuçların ortadan kaldırılması iddiasının reddedilmesi halinde ise hâkim olan görüş muvacehesinde Äquivalenz prensibine göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun normların anayasaya aykırılığını saptayan kararlarla ilgili §79 ihlâl davalarına uyarlanacaktır. Ulusal hukukun Birlik hu-

²⁹ Wolfram Cremer, "Kommentierung der Artikel 260 AEUV", EUV/AEUV, Christian Callies/Matthias Ruffert (Hrsg.), 5.Aufl. 2016, Rn.5

³⁰ Ulrich Karpenstein, "Kommentierung der Artikel 260 AEUV", Das Recht der Europäischen Union, Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Rn.12 vd.

kukunun önceliği nedeniyle uygulanamaması kesin hüküm karakterine sahip kararın hukuka aykırı bir dayanağı olduğu anlamını taşımamaktadır. Anayasa mahkemesi kararları bakımından bu kararların geçersiz yahut anayasaya aykırı normlara istinat etmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Birlik hukukunun anayasa hukukuna nazaran da hiyerarşik üstünlüğe sahip olması nedeniyle Birlik hukukuna aykırılığın farklı muamele edilmesi için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Ulusal hukukun Birlik hukukuna aykırılığının saptandığı ihlâl davalarında verilen kararların bu nedenle Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 çerçevesinde anayasa mahkemesi tarafından verilen kararlarla mukayese edilebilirliği kabul edilmektedir.

cc) Ön karar Davası

Ön karar davası AB Adalet Divanı'nda en çok açılan dava olarak en zengin örneklere sahip dava türüdür. Ön karar davasında AB Adalet Divanı primer yahut sekonder hukukun yorumunu yapar ve bu yorumu karara bağlar (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 267. md., 1. fık., a-bendi). Bu dava çerçevesinde ulusal hukuk yorumlanamaz veya ulusal hukukun Birlik hukukuna uygunluğu karara bağlanamaz. Ön kararlar yorum kararı olarak prensipte tüm üye devletlerde uygulanabilecek şekilde formüle edilir. Ön karar başvurusu yapan mahkeme AB Adalet Divanı'nın yorum kararı ışığında ulusal hukuku AB Adalet Divanı'nın yorumu ile karşılaştırır. Ön karar davası sonucunda verilen kararın Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 muvacehesinde verilen kararlarla karşılaştırılması halinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve anayasaya aykırılık tespiti yanı sıra ulusal hukukun belli şekilde yorumunu da anayasaya aykırı ilan etme yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Bunun sonucu olarak ulusal mahkeme ve mercilerin ulusal hukuku anayasaya uygun yorumla mükellef oldukları ortaya çıkmaktadır (Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §31, 1.fık.). AB Adalet Divanı'nın primer hukukun ve sekonder hukukun yorumuna ilişkisi kararları aynı şekilde bağlayıcıdır. AB Adalet Divanı yorumundan sapmak isteyen nihai mahkemelerin AB Adalet Divanı'na başvuru mükellefiyetleri bulunmaktadır (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 267. mad., 3.fıkrası). Nihai mahkemelerin AB Adalet Divanı'na başvuru mükellefiyeti muvacehesinde AB Adalet Divanı tarafından verilen

yorum kararlarının bağlayıcılığının Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygun yorum kararları ile karşılaştırılabilir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir.³¹

Her iki mahkeme de kararlarında yorum sorunları ile iştigal etmekle beraber spesifik olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi ulusal hukukun anayasaya uygun yorumunu, AB Adalet Divanı ise Birlik hukukunun bağlayıcı yorumunu yapmaktadır. Ulusal hukuktan farklı olarak tüm AB tasarrufları doğrudan etkin ve bağlayıcı değildir. Direktiflerin kural olarak bireyler bakımından etkilerini doğurması için ulusal hukukta düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle Birlik hukukunda doğrudan geçerli ve doğrudan geçerli olmayan AB hukuku arasında ayırım yapılmaktadır. Doğrudan geçerli AB hukuku bakımından (tüzükler ve primer hukukun kimi hükümleri) AB Adalet Divanı'nın yorumu doğrudan bağlayıcı sonuçlar doğurur. Divanın yorum kararı muvacehesinde ulusal mahkeme doğrudan kararını verir. AB Adalet Divanı'nın bu çerçevedeki yorum kararı Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygun yorum kararı ile benzerlik göstermektedir; bu nedenle bu durumlarda AB Adalet Divanı kararları ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları arasında bir mukayese edilebilirlik durumunun olduğu kabul edilmektedir.

Ön karar başvurusu buna karşılık bir direktifin yorumuna ilişkin olduğu takdirde Divanın yorumunun derhal uyuşmazlığa uygulanması mümkün değildir. Ulusal mahkemenin Divanın yorumu ışığında direktifi iç hukukta düzenleyen ulusal kanunu somut durumda Birlik hukuku ihlâlinin olup olmadığını ortaya koyma bağlamında yorumlaması gerekmektedir. Direktifler bakımından o halde Anayasa Mahkemesi kararları bakımından söz konusu olmayan ilave bir yorum çalışmasının yapılması gerekmektedir. Direktifi iç hukukta düzenleyen ulusal kanunun AB hukukunun bir özelliği olarak denetlenmesi gerekliliği AB Adalet Divanı kararları ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının mukayese edilebilirliğini reddetmek bakımından bir neden oluşturmamaktadır.

Direktiflerin yorumu bağlamında AB Divan kararlarının Anayasa Mahkemesi kararları ile mukayese edilebilirliği ancak ulusal hukukun

³¹ Ulrich Ehricke, *Kommentierung der Artikel 267 AEUV*, EUV/AEUV, Rudolf Streinz (Hrsg.), 2.Aufl. 2012, Rn.14

AB hukukuna aykırılığının ön karardan yeterli açıklıkta istihraç edilmesi koşuluna bağlıdır. Ön karar başvurusunda bulunan mahkeme Adalet Divanı Statüsü 94. madde, b-bendine göre ulusal hukukun ilgili hükümlerini başvurusuna eklemek ve yorumlanacak Birlik hukuku ve ulusal düzenleme arasındaki bağlantıyı açıklamak zorundadır. Yorum kararında bu nedenle kural olarak hangi ulusal düzenlemenin direktifi iç hukukta düzenlediği ortaya konulmaktadır. Ön kararın hüküm fıkrasında da ilgili ulusal düzenlemeye gönderme yapılır.³² AB Adalet Divanı ulusal mahkemede derdest davaya hizmet eden bir cevap vermek için çaba sarf eder. Bu şekilde ulusal mahkemede derdest davaya esas olan hukuki düzenleme bakımından AB Adalet Divanı karardan kural olarak açık bir sonuç elde edilmiş olur.

Ön karar prosedürü sonunda verilen karar Alman hukukuna ilişkin olduğu takdirde Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 ile bir mukayese edilebilirlik durumu kabul edilmektedir. Ön karar prosedür sonucu verilen yorum kararı buna karşılık diğer ulusal hukuk düzenlerine ilişkin olduğu takdirde kararda Alman hukukunun uygulanamayacağı hususunda yeterli bir dayanak olup olmadığı detaylı bir inceleme konusu yapılır.³³ Yargılamanın iadesinin caiz olduğu durumlarda ön karar muvacehesinde Alman hukuk düzeninde de Alman hukukunun uygulanmaması iddiasının ileri sürülebilmesi mümkündür. Bunun dışında Ceza Usul Kanunu §368 ile bağlantılı olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre yargılamanın iadesi kabul edilmemektedir. Diğer hukuk dalları bakımından Hukuk Usul Kanunu §767 çerçevesinde gerekli itirazların yapılması mümkündür. Dava taraflarının genel iddiaları bu bağlamda yeterli değildir. Sonuç olarak ortaya çıkan tablo AB Adalet Divanı'nın kararlarının birçoğunun Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre cereyan eden davalarda verilen kararlarla mukayese edilebilir olduğunu göstermektedir. Äquivalenz prensibi bu nedenle yukarıda zikredilen durumlarda AB Adalet Divanı kararlarına uygun bir geçerlilik sağlanmasını icap ettirmektedir.

³² Örnek olarak bkzn. EuGH, 15.10.2015 tarihli karar, Rs. C-216/14 (Covaci), ECLI:EU:C:2015:686, Rn.69

³³ Jens Jokisch, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000, s.227 vd.

IV - Alman usul hukukunun Birlik hukukuna uygun yorumu

Yukarıda yapılan yorum AB Adalet Divanı kararlarının ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarının birçok durumda aynı şekilde muamele edilmesi gerektiği sonucunu vermektedir. Bu nedenle Alman hukuk düzeninin hangi kapsamda böyle bir eşit muameleye izin verdiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79'unun öngördüğü yargılamanın iadesi olanağının Birlik hukukuna uygun yorum üzerinden AB Adalet Divanı kararlarına uyarlanması mümkündür. Birlik hukukuna uygun yorum çerçevesinde ilgili hukuk düzeninde mevcut tüm yöntemlerin tüketilmesi gerekmektedir. Özellikle kıyas yoluyla sonuçların çıkarılması caizdir.³⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79'nun sınırlı yorum alanı bırakması nedeni ile burada sadece hükmün kıyasen uygulanması söz konusu olabilmektedir. Kıyas yoluyla normun uygulanmasının önkoşulu öngörülme- yen bir düzenleme boşluğunun bulunmasıdır. Bir düzenleme boşluğu geçerli hukukun uygun hüküm içermemesi durumunda kabul edilir. Tartışmalı husus şüphesiz bunun öngörülme- yen bir durum olup olmadığıdır. Bu çerçevede öngörülme- yen bir durumunun olmadığı, zira AB Adalet Divanı'nın 1998 tarihli kararından sonra Divan kararlarının yargılamanın iadesi nedeni olarak kabul edilmesi için bir yasal süreç başlatıldığı, ancak bunun gerçekleşmediği ifade edilmektedir.³⁵

Kıyas yoluyla Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun AB Adalet Divanı kararlarına uygulanmasına karşı olanlar söz konusu yargılamanın iadesi nedeninin yasalaşmamasının yasa koyucunun iradesine uygun düştüğünü, yasa koyucunun isteyerek söz konusu yargılamanın iadesi nedeninden vazgeçtiğini, dolayısı ile mevcut boşluğun yasama organının iradesine uygun olduğunu ileri sürmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun kıyas yoluyla uygulanmasını destekleyenler ise yasa koyucunun Äquivalenz prensibinin bir gereği olarak yargılamanın iadesini sağlama mükellefiyetinin bilincinde olmadığını, bununla beraber AB'ne sadakat mükellefiyetinden hareket ederek AB Adalet Divanı kararlarına istinaden yargılamanın

³⁴ Jens Jokisch, *ibid.*, s.218

³⁵ Jens Jokisch, *ibid.*, s.215 vd.

iadesinin yapılabileceğini ileri sürmektedir.³⁶ Literatüre hâkim görüş bu bağlamdaki tartışmaların yeni olması nedeniyle yasadaki boşluğun öngörülme-yen bir boşluk olduğunu ve bu nedenle Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 kıyasen uygulanmasının caiz olduğunu kabul etmektedir.

V - Ortaya çıkan tablonun Alman usul hukuku bakımından sonuçları

AB Adalet Divanı kararları Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları ile mukayese edilebilir olduğu nispette §79 kıyasen AB Adalet Divanı kararları için de geçerlidir. Bu durum AB Adalet Divanı'nın AB hukukunu geçersiz ilan ettiği iptal davaları, ulusal hukuk normlarının Birlik hukukuna aykırılığını tespit ettiği ihlâl davaları, doğrudan uygulanan yahut doğrudan uygulanma özelliği olmayan AB hukukunun ulusal hukukun uygulama dışı bırakılmasına yol açacak şekilde yorumlandığı ön karar davaları bağlamında verdiği kararlar bakımından geçerlidir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre kesin hüküm karakterli ceza mahkemesi kararlarına karşı hükümde belirtilen durumlarda yargılamanın iadesine gidilmesi mümkündür. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre diğer kararlar bakımından yargılamanın iadesine gidilemez. Kararın icra edilmiş olması durumunda Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 2. fıkra, 4. cümlesi muvacehesinde sebepsiz zenginleşme hukukuna göre kazanılanın iadesi talep edilemez. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'u Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları için geçerli olduğu gibi AB Adalet Divanı kararları için de geçerlidir. Bunun anlamı §79 maddeye ilişkin yorumun AB Adalet Divanı kararları için de uygulanmasıdır. Örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79'u sadece maddi ceza hukukuna ilişkin olduğu kabul edildiği takdirde bu sınırlama AB hukuku için de geçerli olacaktır.

Makalede örnek olarak işaret edilen ehliyete el koyma olayında mahkûmiyet kararının yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 1. fıkrasına göre ceza prosedüründe kıyas (analojik) yoluyla yargılamanın iadesi talebi yapılması mümkündür.

³⁶ Jens Jokisch, *ibid*, s.226 vd.

Cezalandırılmanın bu tür durumlarda kural olarak AB ehliyetinin tanınmamasına bağlı olması nedeniyle yargılamanın iadesi davasının büyük ihtimalle beraatla sonuçlanması mümkündür.

VI - Sonuç

Örnekler, yargılamanın iadesi alanında Äquivalenz prensibinin kapsamlı etkilere sahip olduğunu göstermektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarının ve AB Adalet Divanı kararlarının mukayese edilebilirliği esas alındığı takdirde AB Adalet Divanı kararları kural olarak ulusal mahkeme kararlarının icra edilmemesine yol açabilecektir. Borçlar hukuku örneğin birçok alanında AB direktifleri ile düzenlenmiştir. Alım satım hukukuna ilişkin kararların icrası AB Adalet Divanı'nın bir diğer davada ulusal hukukun uygulanmaması sonucu doğuran yeni bir karar vermemesine bağlıdır. Bu durumun lehine karar verilen dava tarafı bakımından kararın icra edilememesi riski nedeniyle tedirginlik yaratacağı kuşkusuzdur. Yargılamanın iadesi görüldüğü gibi birey-birey ilişkisinde devlet-birey ilişkisine nazaran daha farklı bir karaktere sahiptir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'un kıyas yoluyla AB Adalet Divanı kararlarına uygulanması görüşünün münhasıran ceza hukukçuları tarafından savunulması bu nedenle şaşırtıcı görülmemektedir.³⁷ Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'un dar bir uygulanma alanına sahip olması sorun yaratmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 kıyas yoluyla AB hukukuna uygulandığı takdirde Federal Alman Mahkemesi Kanunu §79 hem AB birincil hukuku, hem de AB sekonder hukuku için geçerli olacaktır. Bunun sonucu olarak da daha fazla uyuşmazlıklar doğacaktır.

Özel hukuk alanında problemleri azaltmak için bazı formüllerin düşünülmesi mümkündür. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'un sadece primer hukuk ihlallerine ilişkin AB Divanı kararları bakımından kıyasen uygulanmasının kabul edilmesine karşılık, sekonder hukuk ihlalleri bakımından bunun kabul edilmemesi önerisinin kabulü sekonder hukukun çoğu kez özellikle temel hakların düzenlenmesine ilişkin olması nedeniyle mümkün değildir. Bunun ötesinde

³⁷ Jens Jokisch, ibid, s.226

Birlik hukuku ulusal hukuka nazaran uygulanma önceliğine sahiptir. AB hukukunun ulusal hukuka etkisi bağlamında primer hukuk ve sekonder hukuk ayrımı yapılmamaktadır.

Bir diğer çözüm olarak Anayasa Mahkemesi kararları ile AB Adalet Divanı kararlarının mukayese edilebilirliğinin kimi Divan kararları ile (örneğin önkarar davalarında verilen kararlarla) sınırlanması önerilmiştir. Bu önerinin Äquivalenz prensibinin ulusal hukukta doğuracağı sonuçlardan bağımsız cevaplandırılmasının mümkün olmaması nedeniyle metodolojik olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu çerçevede yasama organının AB Adalet Divanı kararları için yargılamanın iadesine esas olabilecek bir düzenleme yapması tartışılan sorunlara kesin çözüm getirecek en iyi yöntem olarak kabul edilmektedir. Bu tür bir düzenleme AB Adalet Divanı'nın hangi kararlarının, hangi koşullar altında yargılamanın iadesine olanak vereceği veya icrayı engelleyeceği açıkça ortaya koyacaktır. Bu durum özellikle tartışma konusu oluşturan direktiflerin yorumuna ilişkin kararlar bakımından önem taşımaktadır. Yukarıda da işaret edildiği gibi AB Adalet Divanı kararları bu çerçevede de Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları ile mukayese edilebilirlik özelliğine sahiptir. Ancak bunun ön koşulu karardan açık şekilde ulusal hukukun uygulanmayacağı sonucunun istihraç edilmesidir. Yasama organının direktifleri yorumlayan kararlarla ilgili olarak farklı düzenleme yapması, direktiflere ilişkin kararları düzenleme dışı bırakması mümkündür. Her koşulda bu çerçevede bir kanun değişikliği en iyi çözüm olarak görülmektedir.

Kaynakça

- Bajohr Konstantin, *Die Aufhebung rechtsfehlerhafter Strafurteile im Wege der Wiederaufnahme*, 2008
- Bethge Herbert, "Kommentare zu§78 BverfGG", *Bundesverfassungsgerichts-gesetz, BverfGG*, Maunz Theodor/ Schmidt-Bleibtreu Bruno/ Klein Franz/Bethge Herbert (Hrsg.),41.Lfg. Juli 2013, Rn.57
- Braun Johann, "Kommentar §580", *Münchener Kommentar zur Zivilprozess-ordnung*, Krüger Wolfgang/Rauscher Thomas /Drescher Ingo/ Götz Gero (Hrsg.), Bd.2, 5.Aufl. ZPO, Rn.38
- Braun Johann, "Restitutionsklage, wegen Verletzung der europäischen Menschenrechtskonvention", *NJW* 2007
- Cremer Wolfram, "Commentierung der Artikel 260 AEUV", *EUV/AEUV*, Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), 5.Aufl. 2016, Rn.5

- Ehricke Ulrich, "Kommentierung der Artikel 267 AEUV", EUV/AEUV, Streinz Rudolf (Hrsg.), 2.Aufl. 2012, Rn.14
- Frister Helmut, "Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten", bknz. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Wolter Jürgen (Hrsg.), 4.Aufl. 2016, §359 StPO
- Jokisch Jens, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000
- Karpenstein Ulrich, Das Vorabentscheidungsverfahren, bknz. Leible Stefan/ Terhechte Jörg Philipp (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2014, §8
- Karpenstein Ulrich, "Kommentierung der Artikel 260 AEUV, Das Recht der Europäischen Union, Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/ Nettesheim Martin (Hrsg).
- Köber Michael/Schmahl Stefanie, Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen zu Gunsten der Effektivität des Unionsrechts?, EuZW 2010
- Meier Gert, Anmerkung, EuR 1976
- Poelzig Dörte, Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2007
- Satzger Helmut, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001
- Schlaich Klaus/Korioth Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, 2015, Rn.378.
- Schmidt Wilhelm, Strafprozessordnung §§430-444, bknz.: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7.Aufl. 2013, §359 StPO, Rn.19.

