

# Mukayeseli Hukukta Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi

*Prof. Dr. Feridun YENİSEY \**

Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi konulu tebliğimiz, Alman Hukukundaki düzenleme esas alınarak hazırlanmış ve Alman Anayasasının “yargılama” bölümündeki hükümler ele alınarak, yüksek mahkemelerin konumu ve üyelerinin seçimine hakim olan ilkeler irdelenmiştir.

Tebliğ hazırlanırken, Türk Hukukunun gelişme yönüne ışık tutulması amaçlanmış, fakat bu yönde sonuçlar çıkarılmasına girilmemiştir.

**1) Genel Bilgiler.** a) *Yargılama kavramı.* Alman Anayasasının dokuzuncu bölümü “**yargılama**” (Rechtsprechung) başlığını taşımaktadır. Yasama, yürütme ve yargılama erkleri arasında “güçlü bir üçüncü erk” yaratılması amaçlanmıştır.

Yargılama erki, Federal Almanya’da yatay (horizontale Gliederung) ve dikey (vertikale Gliederung) şekilde yapılandırılmıştır.<sup>1</sup> “Yatay” açıdan bakıldığında, üst mahkemeler yan yana, fakat adliye mahkemeleri, idare mahkemeleri ve mali yargılama yapan mahkemeler gibi, farklı alanları ele alan mahkemelerdir. “Dikey” açıdan ele alındığında ise, Anayasa’da sadece en üst federal mahkemelerin düzenlendiği, ilk ve orta dereceli mahkemelerin ise, eyaletlere bırakıldığı görülür. Bununla birlikte, muhakeme usulü ve mahkemeler teşkilatı federal kanunlarla düzenlenmiştir (GG 74/1).

---

\* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Thomas Würtenberger; Zippelius, Deutsches Staatsrecht (KLB), Beck, München 2008, 437.

Hakim bağımsızlığının tam olarak sağlanması için, mahkemelerin kendilerini kendilerinin yönetmesi (Selbstverwaltung der Gerichtsbarkeit)<sup>2</sup> fikri ön plana çıkar. Bu doğrultuda olmak üzere, hükümetin hakim atamalarındaki etkisini azaltmak üzere, “hakim seçme kurulları” (Richterwahlausschuss, GG 95/2, 98/4) oluşturulmuştur. Alman Hakimler Birliği ise, bizdeki örneğe benzer bir şekilde, ülke çapında yetkili bir kurul (Justizverwaltungsrat) oluşturulmasını önermektedir. Ancak, buna karşı, kuvvetler ayrılığı prensibinin kesin bir ayırım olmadığı, erklerin birbiri içine geçecek bir türde ayrı, fakat bağlantılı oldukları da belirtilmektedir.<sup>3</sup>

Hukuk Devletinin temel ilkelerinden birisi de, özel kişilerin kendi çıkarlarını kendilerinin korumasını önlemek ve böylece tarafların mahkemeye başvurmalarını sağlamaktır.<sup>4</sup>

“Hukuk Devletini”, mahkemelerin verecekleri kararlar oluşturacağı için, önce hakimlerin hukuki konumu (rechtliche Stellung der Richter) düzenlenmelidir: hakim “sıradan bir memur” değil, özel statüye<sup>5</sup> (Sonderstatus innerhalb der öffentlichen Bediensteten) sahip, bağımsız bir kamu görevlisidir. Türk hukukunda olduğu gibi, Alman Hukukunda da hakimin meslekten olması sistemi benimsenmiş, fakat bizden farklı olarak, halktan hakimlerin de (ehrenamtliche Richter) yargılamaya katılmaları benimsenmiştir.

*b) Mahkeme teşkilatı.* Hakimlerin hukuki konumunun yanısıra, mahkeme teşkilatının (Organisation der Gerichte) yapılanması<sup>6</sup> ve muhakeme usulünün (gerichtliches Verfahren) iyi işlemesi gerekir.

<sup>2</sup> Würtenberger 2008, 441.

<sup>3</sup> Würtenberger 2008, 442.

<sup>4</sup> BVerfGE 85, 337; Schmidt/Bleibtreu/Klein, GG Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Luchterhand, Neuwied und Kriftel, 1999, 1408. Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1408.

<sup>5</sup> Würtenberger 2008, 442.

<sup>6</sup> “Yargılananın” gereği gibi yapılabilmesi için, önce iyi işleyen bir adalet teşkilatı mevcut bulunmalıdır (Manfred Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfassungsorgane, 6. Auflage, München 1987, 43). Türkiye’de istinaf kanunyonunun Ceza Muhakemesi Kanunu ve Mahkemeler Teşkilat Kanununda yer almasına mukabil, bilfiil işler hale getirilmemiş olması, bireylerin kanunyonuna başvurma hakkını ortadan kaldırdığı için, “adil yargılanma hakkına” ve dolayısı ile de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6’ncı maddesine aykırıdır.

Önceleri “mahkeme teşkilatı” kavramı sadece tek tek mahkemelerin oluşturulması ve aralarındaki görev paylaşılması olarak anlaşılıyordu. Daha sonra bu kavram gelişti ve adli teşkilat olarak anlaşılmaya başladı; bir “kuruluş olarak mahkeme” vardır (Gerichtsbehörde), bir de “karar veren makam olarak mahkeme” vardır (erkennendes Gericht, Spruchkörper). Bu iki kavram, diğer bütün teşkilat ile birlikte birlikte ele alındığında, “adliye” (Rechtspflege) kavramı ortaya çıkar.

Mahkemelerin teşkilatı, tabii yargıç (gesetzlicher Richter) ilkesi açısından da önemlidir; uygun kişi için uygun mahkeme ayarlanmasını önler.<sup>7</sup>

c) *Yasama, yürütme, yargılama.* Mahkemeler kanun ile kurulur. Mahkeme kuran kanunu yapmak görevi, Anayasa koyucunun veya genel olarak “**yasamanın**” işidir. Kanunun öngördüğü temel ilkelere uygun olarak, mahkemelerin bilfiil kurulması ve hakimlerin atanması görevi, bu kanunu uygulayacak olan “**yürütmeye**” aittir. Yürütmenin yargılama üzerinde bu kadar büyük bir etki sahibi olması sakıncalı olduğu için, hakimlerin kendilerini yönetmeleri genişletilmiş, “hakim seçme komisyonları” kurulmuş ve “Rechtspflegeministerium” adı altında ayrı bir bakanlık kurulmuştur.<sup>8</sup>

“Yargılama erki”, Devletin egemenlik erkinin bir işaretidir. Prensip olarak, ülke içinde yabancı bir mahkeme yargılama yapamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunun istisnasıdır.<sup>9</sup>

d) *Bağımsızlık.* Temel ilkelere bir diğeri de “*mahkemelerin bağımsızlığıdır*” (unabhängige Gerichte). Mahkemelerin bağımsızlığı Anayasa Mahkemesinin teminatı altındadır. Böylece, bireylerin sahip buldukları temel hakların korunması sağlanabilir. Bunun garanti altına alınabilmesi için, mahkemelerin görevlerinin kanun ile

<sup>7</sup> Wolf 1987, 46. Kanuni hakim ilkesine aykırılık halinde, önce olağan kanunlarına başvurulur. Mesela, hakimın atanması usulü aşamasında “hakim seçme kurulunun” (Wahlausschuss) seçilme niteliklerini taşımayan bir kişiyi hakim olarak seçmesi gibi, bir hukuka aykırılık yapıldığı (BVerfGE 31, 181) hallerde, mahkemenin “kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması”, hukuka kesin aykırılık teşkil eder (CMK 289/1-a).

<sup>8</sup> Wolf 1987, 45.

<sup>9</sup> Alman Hukuku da, GG 24 uyarınca kabul edildiği için, Avrupa Birliği Mahkemelerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini “Alman mahkemesi” gibi kabul etmektedir (Wolf 1987, 48).

belirlenmiş olması gerekir. “*Kanuni hakim*” (gesetzliche Richter) garantisi vardır.

Mahkeme önünde konuşmak ve savunma yapmak anlamında “sorgu hakkı” (rechtliches Gehör) de anayasal bir haktır. *Mahkemeye başvurma hakkı* (Zugang zu den Gerichten), bütün sistemin işlerliği açısından bir ön koşuldur.

e) *Avukat*. Adalet sisteminin vazgeçilmez sükelerinden<sup>10</sup> biri de, “avukattır”. Avukatlık, Devlet tarafından kurallara bağlanmış olan ve maddi gerçeğin bulunması ile adalete ulaşılmasına hizmet eden, bir “güven mesleğidir”.

Ceza davalarındaki sanığın avukatının özel bir statüsü vardır: “müdafî” ayrı erklerle donatılmış olan bir avukattır. Savunmayı yeterince yapabilmesi için, avukatın dosyayı inceleme hakkı vardır. Avukatlar hakkında, hakimler hakkında olduğu gibi, davaya bakmama mecburiyeti getirilebilir.

f) *Cumhuriyet Savcılığı* da ayrı bir adalet organıdır.<sup>11</sup> Savcılar, hakimlerle birlikte, önemli bir görev olan, “adalet dağıtımını” (Juztistgewährung) gerçekleştirirler. Bu nedenle, savcılık teşkilatının idareden tamamen ayrılması ve örgütsel olarak, yargı erki içine entegre edilerek düzenlemesi gerekir.<sup>12</sup>

“Şeklen” Adalet Bakanlığı ile bağlantılı olsa bile, Savcılığın kamu davasını açma tekeline sahip olma gibi özellikleri dolayısı ile, “usuli açıdan kuvvetler ayrılığına dayanan bir bağımsızlığa” (prozessuale Gewaltenteilung) sahip olması gerekir.

Yargı erkine yakınlığı dolayısı ile, savcılığın “maddi gerçeği objektif olarak araştırmak” ve “adalete ulaşmayı sağlamak” görevleri vardır.

g) *Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları* da (Rechtspfleger) ayrı ve müstakil bir adalet organı statüsü kazanmışlardır. Denetimli serbestlik görevlileri doğal olarak “hakim”

<sup>10</sup> Anwalt als Organ der Rechtspflege; BVerfGE 38, 105 ff., 119; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1411.

<sup>11</sup> “Organ der Rechtspflege”; BVerfGE 32, 199; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1414.

<sup>12</sup> BVerfGE 9, 223; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1414.

statüsünde olmamakla birlikte, kamu adına erk kullanan bir adalet organıdır ve kanunyollarının işlerliği açısından ön plana çıkar.<sup>13</sup>

**2) Yargılama erkinin yapılanması.** Yargılama erki, anayasa yargılaması (Verfassungsgerichtsbarkeit), adli yargılama (ordentliche Gerichtsbarkeit), idari yargılama (Verwaltungsgerichtsbarkeit), mali yargılama (Finanzgerichtsbarkeit), iş hukuku yargılaması (Arbeitsgerichtsbarkeit) ve sosyal hukuk yargılaması (Sozialgerichtsbarkeit) şeklinde konulara ayrılmıştır.

Her bir bir branşın ayrı bir üst mahkemesi ve bu mahkemeler arasında içtihat birliğinin sağlanması amacı ile, bir “müşterek daire” (Gemeinsamer Senat) oluşturulmuştur. İchtihat birliğinin sağlanması amacı ile, bütün bu branş mahkemelerinin üstünde ayrı içtihat mahkemesi olarak, bir “üst mahkeme” (Oberste Bundesgericht) kurulması düşünülmüşse de<sup>14</sup>, daha sonra buna ihtiyaç kalmaması için, bütün üst mahkemeler nezdinde “Müşterek Daire” (Gemeinsamer Senat) kurulmuştur.<sup>15</sup> Bunların dışında, hususi yetkili mahkemeler de vardır.<sup>16</sup>

“Olağanüstü mahkemeler kurma yasağı” ve “ceza kanunlarının geçmişe yürümemesi prensibi” gibi güvenceler de, yargılama erkinin hukuk devleti içindeki yerini pekiştirirler.

**3) Yargılama erkindeki değişim.** Bu konudaki ilk problem, “içtihat değişikliği” meselesidir. Ceza Kanunlarındaki aleyhe değişikliklerin geçmişe yürütülmesi yasaklanarak, yasal değişiklikler açısından sanıklara önemli bir koruma sağlanmıştır. Buna mukabil, hakimlerin içtihat değiştirmelerini engelleyecek bir hukuk kuralı yoktur.

“Hakimlerin yarattığı hukuk” (Richterrecht) daha esnektir. Kanundaki hukuk (Gesetzesrecht) ile hakimlerin yarattığı hukuk

<sup>13</sup> BVerfGE 55, 370; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1408.

<sup>14</sup> Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1428.

<sup>15</sup> Martin Schulte, Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag, Berlin 1986. Ernst-Walter Hanack, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, Berlin 1962.

<sup>16</sup> Bundesdienstgerichte, Wehrstrafgerichte.

(Richterrecht) birleşmekte ve hukukun gelişme yollarını açmaktadırlar.

Ancak, Anayasa Yargısının “siyasallaşmaması” için, hakimlerin kendilerini hukuki noktalarla sınırlandırmaları (judicial self restraint) yolu seçilmiştir. Amerikan Ali Mahkemesi ise, “siyasi konularda karar vermeme” yöntemini (political-question-doctrine) uygular. Almanya’da bu kuralın uygulanması mümkün olmadığı için, kararların gerekçesinde “maddi Anayasa Hukukunun ilkeleri ile norm denetimi yapıldığı” açıkça belirtilmektedir. Buna rağmen, Federal Anayasa Mahkemesinin siyasallaştığı (Verrechtlichung der Politik anlamında) yönünde eleştiriler vardır.<sup>17</sup>

“Hukuk Devletin” hakimler tarafından yönetilen bir “hakimler Devleti” haline gelmemesi için, yargılama erkinin karar verirken a) hukuki gerekçelendirmeye özen göstermesi, b) hukukun yorumlanması sırasında “juristische Methodenlehre” ile bağlı kalması, ve c) hukuk yaratan kararlar verirken, ceza hukukunun temel prensiplerine uyması (suç ve cezada kanunilik vs) gerekir. Halkın yargıya olan güveni ve saygısı (Akzeptanz und Vertrauen an Gerichtsbarkeit) zedelenmemelidir.

Hakimlerin yarattığı hukuk ne yönde gelişirse gelişsin, Meclis daha sonra yapacağı bir kanun ile, oluşan bu hukuki durumu başka türlü düzenleyebilir. Ancak, yürütme yargılama erkinin verdiği kararları eleştirirse, “Urteilsschelte” meydana gelir, siyasi ahlaka aykırılık oluşur.

“Hukuk” kanun maddeleri ile düzenlenir, ama “hukuk” mahkemelerin uygulamaları ile oluşur: meclisin yaptığı kanunun “iyi” olduğu önceden söylenemez; “iyi” kanun mahkemelerin uygulamaları ve bilimin katkısı ile belirlenir.

*Hukuk Reformu.* “Hukuk devleti ilkesi” ne kadar önemli ise, “adalet sisteminin işler halde bulunması” da, o kadar büyük bir değerdir. Adalet sistemi çalışmadığı takdirde, adalet hiç bir zaman sağlanamaz.

“Ceza adalet sisteminin etkinliği” konusunda kamu yararı vardır. Özellikle ağır suçların aydınlatılması büyük önem taşır. Hukuki

---

<sup>17</sup> Albrecht Weber, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 2. Aufl. Baden-Baden 2007, 62.

değerlerin korunması için, etkin bir adalet sistemine ihtiyaç vardır. Adalet sisteminin etkinliğinin sağlanması için, “reformlar” yapılması kaçınılmazdır.

İki Almanya'nın birleşmesinden sonra, eski Doğu Alman hakimlerinin, “bağımsız” olmadıkları için, görevlerine devam etmeleri istenmemiştir. Hakimin taraf tutarak karar vermesi bir suç olduğu için, birleşmeden sonra eski doğu Alman hakimleri hakkında suç duyuruları yapılmışsa da, Federal Yargıtay mahkemelerin yapısal olarak yürütmeden ayrı olduklarını tespit ederek, eski kararların geçerliliklerini koruduklarını kabul etmiş, sadece çok açık ve ağır ihlaller tespit edilmesi durumunda, istisnai olarak suç olduğu kanaatini açıklamıştır.<sup>18</sup>

**4) Yargılama yetkisinin kullanılması tekeli.** Yargı yetkisi sadece hakimler tarafından kullanılabilir (GG Art. 92 – Ausübung der rechtsprechenden Gewalt). Görüldüğü gibi, Alman Anayasası (GG 92), Türk Anayasası gibi (Any. 138, 140/1), “hakimden” yola çıkarak, “mahkeme” kavramını ortaya koymuş ve sadece “hakimlerin” yargılama görevi yapmasını kabul etmiştir.

Kanunla kurulan mahkemeye atanan hakim, “mahkemenin bağımsızlığından” yararlanır. Hakimlerin yargılama görevi yapma tekeli (Rechtsprechungsmonopol) vardır.<sup>19</sup> Kişiler kendi kararlarını kendileri verip, zor kullanarak yerine getiremezler (ihkakı hak yasaktır).

Hakimlerin bireylerin temel haklarını korumak yükümü vardır (Verpflichtung zum Grundrechtsschutz). Hukuk Devleti ilkesinin iki yönü vardır: a) maddi ceza hukuku açısından hukuk devleti ilkesi<sup>20</sup>,

<sup>18</sup> Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1421.

<sup>19</sup> Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1424. Yürütme erki hiç bir zaman yargı erki kullanamaz (BVerfGE 20, 365). Bu ilke kuvvetler ayrılığı prensibinin (GG 20) doğal sonucu olup, yargılama erkine olan güvenin de göstergesidir.

<sup>20</sup> “Hukuk devleti ilkesinin” temel unsurlarından biri de “kusur ilkesidir”. Kusur ilkesi üç ayrı kategoriden oluşur: “şekli” (das formelle Schuldprinzip), “maddi” (das materielle Schuldprinzip) ve “cezanın belirlenmesi açısından kusur ilkesi” (das strafzumessungsrechtliche Schuldprinzip). “Şekli” açıdan bakıldığında, failin fiili yaptığı sırada, hukuk normları açısından muhatap kılınabilir olması esas alınır. “Maddi” açıdan ele alındığında, ceza hukukunun gerçekten suçlu olan kişiye uygulanması anlaşılır.

ve b) usul hukuku yönünden hukuk devleti ilkesi. İşte, temel hakların etkin bir şekilde mahkemeler eli ile korunması, hukuk devleti olmanın temel koşullarındandır.<sup>21</sup>

“Yargılama yetkisinin kullanılması” kavramı (GG 92), hem bir örgütlenme meselesidir, hem de maddi hukuk açısından bakıldığında, “ taraflar arasındaki uyuşmazlığın, tarafsız olan bir üçüncü şahıs tarafından çözülmesi” anlamına gelir. Bunun için önce bir “uyuşmazlık” (Streit) bulunmalıdır. Uyuşmazlık bazen özel kişi ile özel kişi arasındadır. Bazen de uyuşmazlık fert ile devlet arasındadır. Bu gibi hallerde idari yargı gündeme gelebilir.

“Yargılama yetkisinin kullanılmasından” bahsedilebilmesi için, “tarafsız üçüncü kişinin” emir ve talimat almayan, kurumsal bir şekilde kişisel bağımsızlığa sahip olan bir kişi olması gerekir.<sup>22</sup> Bu açıdan bakıldığında, Meclislerdeki araştırma komisyonları, “mahkeme” kapsamına girmezler.

Kamu kurumlarında (Körperschaften des öffentlichen Rechts) oluşturulan karar verme mekanizmaları, sonuçta “bir hakim tarafından onaylama” öngörülüyorsa, Anayasaya uygun sayılmaktadır.<sup>23</sup> *Meslek odaları* tarafından verilen kararlar ve *spor hukuku* alanında Devlet mahkemelerini devre dışı bırakan düzenlemelerin, “Devletin yargılama erki tekeline” aykırı oldukları ileri sürülmektedir.<sup>24</sup>

Buna karşılık, *uzlaşma* yolu ile halledilen uyuşmazlıklarda, “uyuşmazlığı taraflar kendileri çözdükleri için”, hakim ve mahkeme kavramları gündeme gelmemekte, ve bu nedenle de temel prensiplere aykırılık ileri sürülmemektedir.

*Tahkim* konusunda ise, tarafların serbest iradeleri ile kabul ettikleri hakem uyuşmazlığı çözmektedir. Bu yöntemin de Devletin

---

“Cezanın belirlenmesi” açısından ise, kusurun ağırlığı ön plana çıkar (Sabit Osman İsfen, *Das Schuldprinzip im Strafrecht unter Berücksichtigung des türkischen Rechts*, Beck, München 2008, 141).

<sup>21</sup> BVerfGE 35, 263; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1424.

<sup>22</sup> “Die Richter sind weisungsfrei und haben instituonell gesicherte persönliche Unabhängigkeit”: BVerfGE 4, 331; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1428.

<sup>23</sup> Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1429.

<sup>24</sup> Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1429.



yargılama erki tekeli prensibine aykırı olduğu ileri sürülmekte, fakat, kamu hukukunun onayladığı bir sözleşme ile işlerlik kazanması dolayısı ile, kamusal değil, “özel bir mahkeme” niteliğine sahip bulunduğu kabul edilmektedir.

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin* yargılama yetkisi, iç hukuktaki uyuşmazlıkları da kapsar şekilde genişletilmiştir. İç hukuk yolları tüketildikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma yolu açıktır.

*Birleşmiş Milletlerin İşkenceyi Önleme Sözleşmesinin ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin* öngördüğü denetleme ve yargılama yetkisi ile, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin* yargılama yetkisi de vardır.

Bütün bunların dışında, *Avrupa Birliğinin Adalet Divanı* da (Europäische Gerichtshof) yargılama yetkisine sahiptir. Böylece, bazı alanlarda iç hukuktaki üst mahkemeler ile, uluslarüstü (supranational) mahkemeler arasında içtihat farklılığı doğmaktadır.<sup>25</sup>

**5) Alman Anayasa Mahkemesinin görevleri.** Federal yapıya sahip bir Devlet olan Almanya’da, Federal Anayasa Mahkemesinin görevleri (GG Art. 93 – Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts) şunlardır:

Anayasadan kaynaklanan yetkileri kullanan federal üst makamların kendilerine tanınmış olan yetkilerin sınırları konusunda uyuşmazlık çıktığında, bunu halletmek görevi, yani “soyut norm denetleme yetkisi” (abstrakte Normenkontrolle), Anayasa Mahkemesine verilmiştir (GG 93/1-1).

Ayrıca, GG 20/2, 33, 38, 101, 103 ve 104’üncü maddeleri ile düzenlenen temel haklarının ihlal edildiği görüşünde olan kişiler için “bireysel başvuru hakkı” da kabul edilmiştir (GG 93/1-4a).

Eyalet Meclisleri tarafından yapılan kanunlara karşı da, Eyalet Anayasa Mahkemelerine başvurmak mümkündür.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasanın kendisine verdiği diğer görevleri de yapar (GG 93/2): hakların kötüye kullanılması (Verwirkung von Grundrechten GG 18), siyasi partilerin kapatılması (Parteiverbot GG 21/2), seçimlerin denetlenmesi

<sup>25</sup> Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999,1437.

(Wahlprüfung GG 41/2), Cumhurbaşkanının suçlanması (Präsidentenanklage GG 61/1), kanunların uygulanmasında eksiklik yapıldığının tespiti (Mängelrüge GG 84/4), federal hakimlerin suçlanması (Vorgehen gegen Bundesrichter GG 98/2) ve kanunların Anayasaya aykırı olduğu iddiasının görülmekte olan bir dava sırasında ileri sürülmesi (Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen im gerichtlichen Verfahren GG 100).

Yukarıda açıklanan yetkilerden sadece ikisi daha yakından incelenecektir: bireysel başvuru (a) ve siyasi partilerin kapatılması (b).

a) *Federal Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru*. “Alman kamu gücünün” (deutsche öffentliche Gewalt) kullanılması yolu ile, Anayasanın 20/2, 33, 38, 101, 103 ve 104’üncü maddeleri ile düzenlenen temel haklarının ihlal edildiği görüşünde olan herkese<sup>26</sup>, Federal Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bu başvuru yolu “olağan üstü bir denetimdir” (ausserordentlicher Rechtsbehelf; BVerfGE 1, 95).

Böylece, Kanunkoyucunun yaptığı kanun, tahdidi olarak sayılmış haklar açısından, olağanüstü bir yöntemle denetlenmektedir. Neticede Anayasaya aykırılık tespit edilirse, ilgili Kanunun iptal edilmesi yoluna gidilmektedir.

b) *Siyasi partilerin kapatılması*. Siyasi partiler halkın (Volk) siyasi iradesinin oluşumunu sağladıkları için, “özgürlükçü demokratik hukuk düzeninin” temel<sup>27</sup> unsurlarındandır. Bu nedenle, iç düzenleri<sup>28</sup> de demokratik hukuk düzenine uygun olmak zorundadır (GG 21/1).

Amaçları (Ziele), taraftar ve mensuplarının davranışları “özgürlükçü demokratik hukuk düzenini” bozmağa (beeinträchtigen), ortadan kaldırmağa (zu beseitigen) veya Almanya Federal Cumhuriyetinin bütünlüğünü (Bestand der BRD) tehlike altına

<sup>26</sup> Ayrıca, Gemeinde ve Gemeindeverbände de, “özerk yönetim hakkının” (Selbstverwaltungsrecht) (GG 28/2) ihlal edildiği iddiası ile başvuruda bulunabilirler (GG 93/1-4b).

<sup>27</sup> Bir diğer unsur, serbest, eşit seçimlerdir.

<sup>28</sup> Siyasi partinin iç düzeninin “demokratik olması” demek, parti üyelerinin arasında eşitlik olması, parti başkanının her türlü parti içi muhalefeti ortadan kaldıracak şekilde davranmaması demektir.

sokmaya yönelik olan siyasi partiler, “Anayasaya aykırıdır”. Anayasaya aykırılık konusunda Federal Anayasa Mahkemesi karar verir (GG 21/2).

Alman Hukuku “Anayasaya aykırı siyasi parti”<sup>29</sup> (verfassungswidrige Partei) ve “Anayasaya düşman siyasi parti”<sup>30</sup> (verfassungsfeindliche Partei) ayrımı yapmıştır.

**6) Alman Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Teşkilatı.** Federal Anayasa Mahkemesi, “Federal Hakim üyelerden” (Bundesrichtern) ve “diğer üyelerden” (andere Mitglieder) oluşur (GG Art. 94- Organisation des Bundesverfassungsgerichts). Mahkemenin üyelerinin yarısı Bundestag, yarısı da Bundesrat tarafından, üçte iki çoğunlukla, doğrudan ve gizli oylama yapılarak 12 yıl için seçilir.

Federal Adalet Bakanlığı kanunun (BVerfGG 3/1 ve 2) aradığı koşulları taşıyan ve aday olabilecek kişilerin listesini hazırlar.

<sup>29</sup> Bir partinin “Anayasaya aykırı” olması için, sadece “özgürlükçü demokratik hukuk sisteminin temel ilkelerini tanınamaması” yeterli değildir; mevcut hukuksal düzene karşı aktif olarak mücadele eden, saldırgan (aktivkämpferische, aggressiv) bir tutum sergilemesi de gerekir (BVerfGE 2, 12). Ancak, Alman Ceza Kanununun 81’inci maddesindeki suçta olduğu gibi, “somut bir girişimde” (konkretes Unternehmen) bulunması da gerekmez. Partinin amacının ve siyasi rotasının, ilke olarak ve süreklilik arz eden bir eğilim şeklinde, “demokratik hukuk devletin ilkeleri” ile mücadele etmeye yönelmiş olması yeterlidir (Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 573). Siyasi parti kapatma davası bir “ceza davası” değildir. Bu nedenle, Siyasi parti kurucularının, üyelerinin veya taraftarlarının genel ceza kanunlarına göre suç teşkil eden filler işlemiş olmaları da gerekmez. Alman Anayasasının 21’inci maddesinin koruduğu hukuki menfaat, siyasi partilerin demokratik hukuk devleti içinde varlığını korumaktır. Vatana ihanet ve benzeri suçlar suçlaması ile açılan ceza davalarında, siyasi bir partinin Anayasaya aykırı olduğunun daha önceden tespit edilmiş olması gerekmeksizin, mahkumiyet kararı verilebilir (Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 561).

<sup>30</sup> “Anayasaya düşman siyasi parti”, yasaklanarak kapatılmış olmamakla birlikte, girişimleri (Bestrebungen) ile Anayasanın temel ilkelerine aykırı davrandığı, genel olarak hükmedilebilir (nach allgemeinem Urteil) bir partidir. Eğer bir partinin “Anayasaya düşman” bir parti olduğu konusunda somut olgular varsa, bu partinin Anayasayı Koruma Teşkilatı (Behörden des Verfassungsschutzes) tarafından gizli soruşturma yöntemleri ile izlenmesi yolu açılmakta, partiye mensup olan kişilerin kamu görevlisi olmalarına izin verilmemektedir (Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 575). Siyasi Partilerin bu şekilde “izlenebilmesi” (Beobachtung) için, partinin Anayasa düşman olduğunu gösteren somut olguların ortaya çıkmış olması gerekir (Bay VGH NJW 1994, 798). Siyasi parti hakkında GG 21/2 uyarınca kapatma davası açılabilmesi için, delil toplamak gerekeceği için, bu tür gizli izlemenin zorunlu olduğunu ileri sürenler de vardır (Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 561).

Mahkemenin başkanını ve başkan vekilini bu meclisler sıra ile, değişimli olarak seçerler. Cumhurbaşkanı (Bundespräsident) kimlerin seçildiğini “açıklar” (GG 60/1).<sup>31</sup>

Üyeler meclislere veya hükümete mensup olamazlar (GG 94/1). Tekrar seçilmek mümkün değildir. Yaş sınırı 68’dir. Üyelikten ayrılan kişinin yerine seçilen yeni üye, ayrılan üyenin süresini tamamlar.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar, bazı hallerde “kanun gibi uygulanır” (Entscheidungen haben Gesetzeskraft) (GG 94/2).

Mahkemenin 2 bölümü (Senat) ve her bölümün 8 üyesi vardır. Bölümler kendi içlerinde dairelere (Kammer) ayrılabilir. Mahkemenin genel kurulu (Plenum) 16 hakimden oluşur. Her bölümdeki üç hakimin “federal yüksek mahkemelerden” olması gerekir. Her bölüm kendi başkanını seçer. Hakimlerin 40 yaşını doldurmuş ve Devlet sınavlarından başarılı olarak geçmiş “hukukçular” olup, Alman Hakimler Kanunu hükümlerine göre, “hakim” statüsünde olmaları gerekir. Hukuk fakültesinde ders vermek dışında, başka yan bir görev alamazlar.

Mahkemede dava açabilmek için, kanunyollarının tüketilmiş olması gerekir. Mahkemenin açılan her davayı kabul etmek mecburiyeti yoktur; bakacağı davaları kendisi seçer, diğerlerini kabul etmeyebilir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi istek üzerine veya re’sen ihtiyati tedbir kararı verebilir (BVerfGG 32).

**7) Almanya’daki Yüksek Mahkemeler ve Mahkemeler Arası İçtihat Birliğinin Sağlanması Sorunu.** a) *Federal yüksek mahkemeler.* Federal Yüksek Mahkemeler; adli (ordentliche Gerichtsbarkeit), idari (Verwaltungsgerichtsbarkeit), mali (Finanzgerichtsbarkeit), iş hukuku (Arbeitsgerichtsbarkeit) ve sosyal hukuk (Sozialgerichtsbarkeit) alanlarında kurulmuştur (GG Art. 95 – Oberste Bundesgerichte – Gemeinsamer Senat). Buna göre, adli yargı alanında “Bundesgerichtshof”, idari yargı alanında “Bundesverwaltungsgericht”, mali denetim alanında

---

<sup>31</sup> Anayasa Mahkemesi hakimleri dışındaki Federal Hakimler ise, Cumhurbaşkanı tarafından “atanırlar” (Wilhelm Karl Geck, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, Baden-Baden 1986, 22).

“Bundesfinanzhof”, iş hukuku alanında “Bundesarbeitsgericht” ve sosyal hukuk alanında “Bundessozialgericht” kurulmuştur (GG 95/1).

Bu mahkemeler “en üst” ve “son derece” mahkemeleridir (letztinstanzliche Gerichte). Ancak, bazı durumlarda ilk derece mahkemesi olarak da görev yapabilirler.

Yüksek mahkemelerin görevi, “*somut bir olay için*” karar vermek ise de, verdikleri kararlar “hukukun nasıl uygulanması gerektiğini” gösteren kararlar olduğu için, somut olay dışında da, “*genel olarak*” uygulanma olanağı olan kararlar olup, “hukukun gelişmesine” katkı yaparlar. Bu şekilde bir “hakimlerin yarattığı hukuk” (Richterrecht) oluşur.

Yüksek mahkeme kararlarının herkes tarafından alenen ulaşılabilecek şekilde yayınlanması gerekir. Bireylerin adalete güveninin sağlanması için bu yayın zorunludur (BVerfGE 23.9.1992, NJW 1993, 720).

*b) Adalet Bakanlığının konumu.* “Adli hizmetlerin yönetimi” (Justizverwaltung) konusunda Federal Adalet Bakanlığı veya Eyalet Adalet Bakanlıkları yetkilidir. Federal Adalet Bakanlığı iş hukuku ve sosyal güvenlik alanına karışamaz, diğer yüksek mahkemeler ve askeri mahkemeler açısından yetkilidir.

Bakanlığın yetkileri tamamen idari yöndendir; altlarına emir ve talimat verebilir, fakat yargılama ile ilgili konularda tutum takınmaktan kaçınmak zorundadır. Fakat, meslek kuruluşları tarafından yapılan yargılamalarda, Bakanlığın denetleyici bir rol oynaması mümkündür (BVerfGE 48, 322).

*c) Yüksek mahkeme üyelerinin seçimi ve görevlendirilmesi.* Yüksek mahkemelerin üyelerinin görevlendirilmesi (Berufung), ilgili alandaki Federal Bakan ile, her alan için ayrıca oluşturulmuş bulunan bir “hakim seçme kurulu” (Richterauswahlausschuss) tarafından müştereken gerçekleştirilir. Bu kurulların üyelerinin yarısı, ilgili Eyalet Bakanı tarafından, eşit sayıdaki diğer yarısı ise, Bundestag tarafından seçilir (GG 95/2).

Hakim seçmenin ayrıntıları, 25.8.1950 tarihli Hakim Seçme Kanunu (Richterwahlgesetz) tarafından düzenlenmiştir.<sup>32</sup>

### **8) Hakimın hakimlik görevine atanması ile ilgili problemler.**

a) *Hakimlerin kendi kendilerini yönetmeleri sistemi.* Hakimlerin göreve atanmaları ve görevde yükseltilmeleri konusunda nasıl bir sistemin yerinde olduğu tartışmalıdır.<sup>33</sup>

Hakimlerin münhasıran hakimler tarafından yönetilmeleri (Kooptation), kuvvetler ayrılığı prensibine dayanan bir demokraside haklı görülemez. Benzer şekilde, sadece yürütme tarafından seçilme. Atanma veya sadece halk tarafından seçilme yöntemi de aynı gerekçelerle kabul edilmemelidir.

Doğru olan, erklerin dengeli bir şekilde katıldığı bir seçme ve atama sisteminin benimsenmesidir. Alman Anayasası bu düşünceden yola çıkarak, Federal Yüksek Mahkemelerdeki hakimlerin ilgili alanlardaki Federal Bakanların ve bir hakim seçme kurulunun katıldığı (Richterauswahlausschuss) bir usul çerçevesinde seçilmesini benimsemiştir (GG 95/2).

Hakim seçimi sırasında Başkanlar Kuruluna da (Präsidentialrat) hakimın kişisel özellikleri hakkında “mülakat yapma” yetkisi tanınmıştır (DRiG 54, 74). Bu kurul yazılı olarak ve gerekçeli bir görüş hazırlayarak, ilgili kişinin kişisel ve mesleki özelliklerini irdeler (DRiG 57).

Hakim olarak atanacakların Alman vatandaşı olmaları ve GG 116 anlamında “özgürlükçü demokratik temel Anayasal düzeni” (freiheitlich demokratische Grundordnung) savunacak bir kişi olmaları gerekir.

Hakim atamalarında “geniş bir takdir yetkisi” bulunduğu için, Bakanın etkisi büyüktür. Atamayı tek başına yaptığı hallerde, bu etki daha da büyüktür. Federal hakimler için, hakim seçme kuruluna da (Richterwahtausschuss) katıldığı hallerde, bu etki azalır.

---

<sup>32</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki mukayeseli hukuk düzenlemeleri için bakınız: EuGRZ 1976, 418.

<sup>33</sup> Otto Rudolf Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Beck München 2001, 133.

Yürütmenin hakim atamasında etkili olması, belli sosyal çevreden gelen veya belli bir eğitim almış olan hakimlerin çoğalmasına neden olup, ileride verilecek kararları ve “hakim bağımsızlığını” olumsuz yönde etkileyebileceği için, bu sakıncaları önlemek için şu tedbirler alınmıştır:

- Anayasanın eşitlik ilkesi gereğince (GG 33/2), adayların sadece belli bir sosyal kökenden (soziale Herkunft) seçilmeleri, “hukuka aykırı” olur.<sup>34</sup> Hükümetin aday belirlemede sahip bulunduğu takdir yetkisi sınırsız değildir.

- “Hakim Seçme Kurulu” oluşturulması da, hükümetin tek taraflı atama yapmasını engeller. Bu Kurulların çok çeşitle görüşlere sahip olan kişilerden oluşturulması, ve hatta kurulların “doğrudan halk tarafından seçilmesi” alternatifleri ileri sürülmüştür.<sup>35</sup>

b) *Hakim (ve savcılarının) idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olmaları* (Any. 140/6) da, doğal karşılanmalıdır. Hakimlik bağımsızlığı bir “ayrıcalık” değildir. Alman Hukukunda, Adalet Bakanı ve mahkemenin başkanı, adli yargı mahkemeleri açısından, “hakim bağımsızlığını etkilememek koşulu ile”, gözetim yetkisine sahiptirler (DRiG 26/1).

Adli hizmetler, Devletin sahip bulunduğu “adli hizmet verme tekeli” (Rechtspflegemonopol) kuralları içinde, adaletin eşit bir şekilde dağıtılmasını sağlamağa elverişli bir biçimde teşkilatlandırılmalı ve böyle işlemelidir. Mesela, kanunla öngörülmüş bulunan süre ve şekil kurallarına riayet edilmeli, gecikmelere yer verilmemelidir. Mahkemelerin artan iş yükü karşısında belli kurallar (Penselschlüssel) doğrultusunda yeni mahkemeler kurulması gerekir. Hakimlerin duruşma için önceden esaslı bir şekilde hazırlanmış olmaları (StPO 214) da şarttır. Duruşma sırasında gerekli kılık ve kıyafet kurallarına riayet edilmesi ve duruşmanın düzeninin sağlanması önemlidir.

İngiltere’de hakimlerin atanmasında görev alan “Judicial Appointment Commissions” vardır.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Wolf 1987, 168.

<sup>35</sup> Kissel, Über die Zukunft der Justiz, 1974, 68; Wolf 1987, 168 den naklen.

<sup>36</sup> University of Portsmouth mensubu olan Chris Lewis’in, Freiburg, Max-Planck-Enstitüsünde 16.4.2008 tarihinde verdiği Konferans: Yapılan yeni reformlar arasında

c) *Yargılama birliğinin sağlanması.* Ülke çapında yargılama birliğinin (Einheitlichkeit der Rechtsprechung) sağlanması amacı ile, bütün yüksek mahkemelerin üye verdikleri bir Müşterek Daire (Gemeinsamer Senat) kurulmuştur (GG 95/3).

Bizim Uyuşmazlık Mahkememize (Any. 158) benzeyen bu kuruluş, sadece “görev ve hüküm uyuşmalıklarını” çözmekle görevli olmayıp, hukukun bir örnek uygulanmasını sağlamakla da görevli olduğu için, bir tür “en üst mahkeme” niteliği de taşımaktadır.

Belli bir hukuki konuda, bir yüksek mahkeme diğer bir yüksek mahkemenin verdiği karardan veya Müşterek Dairenin kararından farklı bir karar vermek istediğinde, bu konudaki kararı Müşterek Daire verir (BVerfGE 75, 347).

Bu mahkeme esas hakkında karar veren ayrı bir kanun yolu mahkemesi olmayıp, sadece hukuki noktalar hakkında karar verir. Bunlar taraflar açısından hukuki sonuçlar doğuran kararlar olmadığı için, nihaidir ve bu kararlar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

### 9) Federal Mahkemeler (GG Art. 96 – Bundesgerichte).

a) *Hususi Yetkili Federal Mahkemeler.* Federal Devlet (Bund) mesleki alanlardaki “hukuki korunmayı” (Rechtsschutz) sağlamak amacı ile, Federal Mahkeme kurabilir (GG 96/1). Bu doğrultuda olmak üzere, 1961 yılında “*Bundespatentgericht*” kurulmuştur. Bu mahkemenin temyiz mercii Federal Yargıtaydır (GG 96/3).

b) *Askeri Mahkemeler.* Alman Anayasasının 96/2 maddesi, “Ordu Mahkemeleri” kurulmasına izin vermiştir. Askeri mahkemeler sadece savaş halinde (Verteidigungsfall), barış zamanında ise, sadece yurt dışına gönderilen birlikler ve savaş gemilerinde işlenen suçlar açısından yetkilidirler. Askeri mahkemeler sadece silahlı kuvvetler için

---

şunlar var: “House of Lords” un kanun yolu mahkemesi yetkisi kalkıyor, bunun yerine yeni bir “Supreme Court” kuruluyor. 12 hakimden oluşan “Lords of Appeal”, önemli hukuki problemleri (points of law of general public importance) inceleyecek. Hakimlerini seçiminde başbakanın veto hakkı vardır. Savcılık (Crown Prosecution Service CPS) 1986’da kuruldu. Bu tarihe kadar polis dava açabiliyor ve savcılık yapabiliyordu. Bu yetkinin kaldırılmasından sonra polis işbirliği yapmadı. Şimdi savcılık polisin yaptığı araştırma işlemlerini “kontrol” edebiliyor, fakat “yönlendiremiyor”. Savcının, cinsel suç mağdurları dışında, ifade almak yetkisi yoktur. Savcının belli bir suçtan dolayı dava açıp açmadığını denetleyen sivil toplum örgütleri (Local Lay Panels) vardır.



kurulabilirse de, Milli Savunma Bakanlığının ilgi alanına girmeyip, Adalet Bakanlığının ilgi alanına girerler ve verdikleri kararlar, diğer sivil mahkemelerin kararları gibi, genel Federal Yargıtayda (Bundesgerichtshof) denetlenir (GG 96/3).

Almanya'da ayrı bir Askeri Yargıtay yoktur. Görüldüğü gibi, Alman Anayasası bu düzenlemesi ile, sivil adli yargı yanında, bir de ayrı "askeri yargı" kurma düşüncesini kabul etmemiştir.

c) *Disiplin Mahkemeleri.* Federal Devlet, kendisine kamu hukuku açısından disiplin bağı içinde bulunan kişilerle ilgili olarak disiplin uyuşmazlıklarını halletmek ve şikayetleri incelemek üzere (GG 96/4), Münih'deki Disiplin Mahkemesini (Bundesdisziplinargericht) kurmuştur.

*Askerlerin* göreve ilişkin disiplin suçlarına bakmak üzere, askeri birliklerde görev mahkemeleri (Truppendienstgerichte) oluşturulmuştur.

*Hakimlerin* işledikleri disiplin suçları ise, Federal Yargıtay tarafından karara bağlanır (DRiG 61/1).

d) *Devlet Güvenlik Mahkemeleri.* Saldırı savaşı hazırlığı yapılması suçları (GG 26/1) ile Devlet güvenliğini (Staatsschutz) ilgilendiren suçları yargılamak üzere, eyalet mahkemelerine "federal yargı erkini kullanma yetkisi" verilebilir (GG 96/5). Böylece, 1969 yılına kadar sadece federal yargı erkine tabi bulunan "Devlet güvenliğini ilgilendiren suçları yargılama yetkisi", "Devlet Güvenliğini İlgilendiren Suçlarda İkinci Derece Yargılama Makamı Kurulması Hakkında Kanun" ile, eyalet mahkemelerine devredilmiştir (GVG 120 n.F.). Böylece, Devletin ceza hukukunun kullanılması yolu ile korunması, ülke çapında sağlanmak istenmiştir.

Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda savcılık görevini, Federal Başsavcı (Generalbundesanwalt), "merkezi bir şekilde araştırma yaparak" yerine getirir (GVG 142a), verilen kararlar Federal Yargıtayda incelenir.

**10) Hakim bağımsızlığı.** Hakimler bağımsız (Any. 138/1) olup, sadece kanunlarla bağılıdır (GG 97/1). Hakimin diğer temel özelliği olan "*tarafsızlık*" da, Anayasal bir esasa dayanır: hakim tarafların ve kamunun yararlarını dengeli olarak ele almak ve kendi kişisel düşüncelerini kararına dahil etmemek zorundadır (BVerfGE 42, 64).

Hakim bağımsızlığı iki türde ele alınır: Yargı yetkisinin kullanılması sırasında emir almama (Any. 138/2) şeklinde, “*maddi bağımsızlık*” (sachliche Unabhängigkeit) (a), ve Hakimlik teminatı (Any. 139/1) anlamında “*kişisel bağımsızlık*” (persönliche Unabhängigkeit) (b).

a) *Maddi bağımsızlık*. Hakimlere yargı yetkisinin kullanılmasında emir ve talimat verilemez, genelge gönderilemez, tavsiye ve telkinde bulunulamaz (Any. 138/2). Yürütme organının hakimlerin hukuki durumunu etkileyecek her türlü tutumu, yasaktır.

Yürütme organına karşı bağımsız olan hakimler, “kanun ve hukuk” ile bağılıdır. Mesela, sanığın kusurlu olup olmadığını belirlerken, eski mahkumiyetinin nazara alınmaması mecburiyeti, hakim bağımsızlığına aykırı olmayıp, “kanun ve hukukla bağılı olmayı” (GG 20/3) ifade eder.

Hakimler verdikleri kararlar ile, hukuk yaratırlar (Richterrecht). Hakimlerin yarattığı hukuk, kanun ile kabul edilen hukuka aykırı olamaz, sadece yorumlayıcı, tamamlayıcı yönde olabilir. Kanunların hakimler tarafından yorumlanırken, Anayasal ilkelerin göz önünde tutulması gerekir.

b) *Kişisel bağımsızlık*. Hakimlerin kişisel bağımsızlıkları, görevden azlonulamama ve özlük haklarından mahrum bırakılmama (Any. 139/1) şeklinde ortaya çıkar. Alman Hukuku bu konuda, “görevlendirilmiş hakim” (hauptamtlich und planmässig endgültig angestellte Richter), ve “resmen görevlendirilmemiş olan hakim” ayrımı yapar. Mesela, tetkik hakimi (Hilfsrichter) statüsünde olan hakimler, resmen o mahkemenin üyesi olarak görevlendirilmiş olmadıkları halde, kişisel bağımsızlıklarını korurlar.

**11) Hakim Hukuki Durumu.** Federal hakimlerin hukuki durumu özel bir federal kanun ile düzenlenir (GG 98/1). Federal hakim görevde iken, Anayasanın temel ilkelerine aykırı davranır veya Eyalet Anayasalarından birinin öngördüğü anayasal düzene karşı gelirse, Bundestag’ın suçlaması üzerine, Anayasa Mahkemesi tarafından üçte iki çoğunlukla verilecek bir kararla başka bir göreve tayin edilebilir veya emekli edilebilir (GG 98/2).

Eyalet hakimlerinin hukuki durumları da kanun ile düzenlenmiştir (GG 98/3).

Eyalet hakimlerinin göreve alınmalarında Eyalet Adalet Bakanlarının, bir Hakim Seçme Kurulu ile birlikte karar vermeleri sistemi uygulanabilir (GG 98/4).

Hakimler hakkında açılan davalar, Federal Anayasa Mahkemesinde görülür (GG 98/5).

**12) Olağanüstü mahkeme kurma yasağı.** Anayasamızın 37/1 maddesinde ifadesini bulan “kanunen tabi olunan mahkeme önüne çıkarılma” mecburiyeti ve “bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merci kurma” yasağı (Any. 37/2), Alman Anayasasının 101/1 maddesinde düzenlenmiştir: “Olağanüstü mahkemeler yasaktır. Hiç kimse kanuni hakiminden mahrum edilemez.” Ancak, “ihtisas mahkemelerinin” (Gerichte für besondere Sachgebiete) kanunla kurulmasına izin verilmiştir (GG 101/2).

Yargılanacak fiilden sonra kurulan veya daha önce kurulmuş olsa bile, daha sonra yetkilendirilen bir mahkeme, “olağanüstü mahkeme” sayılır.<sup>37</sup>

“Kanuni hakim” (gesetzlicher Richter) ayrı bir kavram olup, suç teşkil eden bir olayın işlenmesinden önce, bir çok olayı yargılamak üzere kanunla, sürekli olarak yetkilendirilmiş olan hakimi ifade eder.<sup>38</sup> Bu açıdan ele alındığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de “kanuni hakim” sayılır ve bir uyuşmazlığın keyfi olarak bu mahkeme önüne gitmesinin önlenmesi, kanuni hakim garantisinden mahrum bırakılarak, Alman Anayasasının ihlali anlamını taşır.<sup>39</sup>

Hakimin temel özellikleri olan, “bağımsızlık ve tarafsızlığa sahip bulunmayan bir tarafından yargılanmak” da, “kanuni hakim” garantisinden mahrum bırakılmak demektir.<sup>40</sup>

Fiil işlendikten sonra, mahkemelerin görev ve yetkilerinin veya yapısının genel olarak değiştirilmesi üzerine, bir kişinin başka bir mahkemede yargılanması, prensip olarak “kanuni hakim” ilkesini

<sup>37</sup> BVerfGE 14, 73; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1503.

<sup>38</sup> Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1505.

<sup>39</sup> BVerfGE 82, 194; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1505.

<sup>40</sup> BVerfGE 4, 416; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1508.

zedelemez. Kanunla yapılan değişikliklerle mahkemelerin yargı çevrelerinin değiştirilmesi de ilkeye aykırı değildir. Davaya bakmakta olan bir mahkemenin, iş yükü azalması gerekçeleri ile lağvedilmesi de ilkeyi zedelemese de, yapılan değişikliğin amacı, belli bir kişinin, fili işlediği sıradaki mahkemeden başka bir mahkeme önünde yargılanmasını sağlamak ise, bu değişiklik kanuni hakim ilkesine terstir.<sup>41</sup> Ayrıca, bir mahkemenin hangi davalara bakacağıının belirlenmesi sırasında objektif kurallara iş tevzii yapılması gerekir. Burada keyfilik yapılır ve davanın sert bir hakime düşesi sağlanırsa, bu tutum da kanuni hakim ilkesi ile bağdaşmaz.<sup>42</sup>

**13) Kendisini Müdafaa Etme Hakkı, Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürümesi Yasağı, Aynı Fiilden Dolayı Tekrar Yargılanma Yasağı** (GG Art. 103 – Rechtliches Gehör, Verbot rückwirkender Strafgesetze, ne bis in idem). Herkesin mahkeme önünde sorgu hakkı vardır (GG 103/1). “Sorgu hakkı”, “mahkemeye başvurma hakkı” anlamındadır.

Bir fiil, sadece cezalandırılabilirliği fiilin işlenmesinden önce kanunla belirlenmiş ise, cezalandırılabilir (GG 103/2).

Hiç kimse genel ceza kanunlarına göre, aynı fiilinden dolayı birden fazla kere cezalandırılmaz (GG 103/3). Ancak, adam öldürme fiilinden dolayı cezalandırıldıktan sonra, suçun bir örgüt tarafından işlendiği durumlarda, bir de örgüte üye olduğu için cezalandırılması mümkündür. Fillerin birbiri içinde erimesi (Tateinheit, StGB) kavramı ile, fiilin aynılığı (GG 103/3), ayrı ayrı hukuk içeriklerine sahiptir.<sup>43</sup> Ceza kararnamesi (önödeme) ile biten bir soruşturma evresinden sonra aynı fiilin değişik bir tavsif altında yeniden ele alınmasında daha geniş<sup>44</sup> davranılabilirse de, aynı fiilin bir vafından beraat kararı verildikten sonra, aynı fiilin başka bir olarak tavsifi ile yeni bir dava açılması, mümkün olmamalıdır.

<sup>41</sup> BVerfGE 1, 439; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1509.

<sup>42</sup> Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1511.

<sup>43</sup> BVerfGE 56, 22; Gössel, JR 1982, 111; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1537.

<sup>44</sup> BVerfGE 3, 248; Schmidt/Bleibtreu/Klein, 1999, 1537.