Dr. İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI

ALMAN SİYASAL SİSTEMİNDE ERKLER AYRILIĞI BAĞLAMINDA YARGI VE SİYASAL ERKİN YAKIN İLİŞKİSİ

YETKİN YAYINLARI

ALMAN SİYASAL SİSTEMİNDE ERKLER AYRILIĞI BAĞLAMINDA YARGI VE SİYASAL ERKİN YAKIN İLİŞKİSİ

YETKİN YAYINLARI

ÖDEMELİ İSTEME VE GENEL DAĞITIM

YETKİN Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.
Strasburg Caddesi No: 31/A 06430 Sıhhiye / ANKARA
Tel : 0 (312) 231 42 34 (35) – 232 03 43 Faks: 229 87 85
Şube: Abide-i Hürriyet Cad. No: 158 34381 Şişli / İSTANBUL
Tel: 0 (212) 234 50 56 (57) Pbx Faks: 234 56 58
e-mail: yetkin@yetkin.com.tr http://www.yetkin.com.tr
Yayınevi Sertifika No: 13974

Yayın Kodu: ISBN 978-975-464-653-5

© Yetkin Yayınları 2015

Dizgi: YETKİN Elektronik Yayımcılık Sistemleri
Baskı: YETKİN BASIMEVİ
Kâzım Karabekir Caddesi No: 95/7-8-10
Tel: 0 (312) 341 00 06 06060 ANKARA
Matbaa Sertifika No: 13989

İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI

ALMAN SİYASAL SİSTEMİNDE ERKLER AYRILIĞI BAĞLAMINDA YARGI VE SİYASAL ERKİN YAKIN İLİŞKİSİ

DIE ENGE VERZAHNUNG VON JUSTIZ UND POLITIK IM POLITISCHEN SYSTEM DEUTSCHLANDS IN BEZUG AUF DIE GEWALTENTEILUNG

2015

Hayat kutsal bir emanettir. Adalet, bir özlem ve ideal olarak kalmamalıdır. Adalet herkes için, şimdi ve her daim.

Anayasal suç işledikleri gerekçesiyle idam edilen ve siyasal nedenlere istinaden sürgüne gönderilen insan ve halkların anısına…

Başından geçenlerden sonra, onu idama götüren yolda, bir roman kahramanı[1] ve parolası *Fiat iustitia, et pereat mundus* (Es *werde Recht, selbst wenn die Welt zugrunde ginge*“, “*Bundan dolayı dünya batsa da, adalet yerini bulmalıdır*) olan Michael Kohlhaas’a…

ve

ülküsü adalet olanlara

ithaf ediyorum

[1] Yazar, Heinrich von Kleist’ın (1777-1811) “*Michael Kohlhaas*” adlı romanından.

1. TAKDİM • *VORWORT*

2012 yılında ilk baskısı da Yetkin Yayınevi tarafından yapılan bu çalışma, yeniden ve özenle gözden geçirildi. Bitmeyen yazım ve imla hataları düzeltilerek kitaba birçok ilave yapıldı. Çalışma, Alman siyasal sisteminini konu edindiğinden, okuyucuya kolaylık sağlama amacına yönelik olarak ve bir yeniliğe de öncülük etmek adına, *İçindekiler* ve metin içi başlıkları Almanca karşılıkları ile beraber verilmiş ve çalışma, Türkçe ve Almanca olmak üzere iki dilde hazırlanmış on altı çizelge ile desteklenmiştir.

Devletler, demokratik anayasalarıyla iyi ve adaletli bir yönetim düzenini hedefler. Alman Devleti de Anayasasının 20. maddesi, 2. ve 3. paragrafları ile "*İktidar gücünü Alman halkı adına birbirinden bağımsız olan yasama, yürütme ve yargı organları aracılığı ile yürütür*" kuralını benimsemiştir. Devletin bu organları doğal olarak beraber çalışmak durumundadırlar. İşte bu çalışma, yargı ve siyaset kurumlarının iç içe girmiş kaçınılmaz yakın ilişkilerini incelemektedir. Devlet erkleri arasında yaşanan çatışmaların, yetki dağılımında çoğu zaman yetki sınırlarının yakın veya iç içe geçmiş olmasından kaynaklandığı görülür. Devlet organlarının yetkilerinin anayasa ile belirlenmesi ve sınırlandırılması, iktidar gücünün keyfi kullanılmaması için düzenlenmiş önemli bir engeldir. Ancak bu düzenleme, devlet erklerinin zorunlu olarak ortak çalışma gereğinden doğan birçok sorunu da beraberinde getirir. Örneğin, yargının siyasal kurumlardan tamamen bağımsız, kendi iç işleyişinde de özerk olması hep tartışılır. Fakat halkın devlete olan güveninin tecelli edeceği yegâne kurum olan yargının demokratikleştirilmesi çok konuşulmasına rağmen, bu konuda ciddi değişiklikler getirecek adımların atılmadığı bir gerçek olarak ortada durmaktadır.

Yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında var olan gerilim, erkler ayrılığı fikrinden daha eskiye dayanmaktadır. Kanunları yorumlama konusu Roma Klasik Hukukunun da tartışma konusuydu. Hatta o dönemde tartışmalar o derece ileri seviyede yapıldı ki, İmparator Justinian M.S. 553 yıllarında kanunları yorumlamayı yasaklamıştı (Hirsch 2002, V).

Bugün de aynı tartışmalar söz konusudur. Yapılan tartışmalara bir yanıt olarak Alman Anayasa Mahkemesinin ilk hâkimlerinden Willi Geiger, tarafları şu şekilde ikaz etmektedir. "*Bir mahkemenin, hatta anayasa mahkemesinin görevi anlaşmazlıklar konusunda bir karar vermektir. Mahkemenin görevi bilimsel çalışmalar yapmak değildir."* (Geiger 1980, 5).

Bu çalışma, erkler ayrılığının başlangıçtan günümüze kadar genel bir özetini verirken, aynı zamanda Alman Anayasa Tarihini de Paul Kilisesi Anayasasından itibaren incelemektedir. Çalışma aynı zamanda anayasa fikrinin gelişimini ve çeşitli anayasa modellerini konu etmektedir. Siyasal sistemin gelişiminin devam ettirilmesinde temel unsur olarak anayasa kabul edilmektedir. Bunu esas alan bu çalışma anayasaların siyaset kurumu ile ilişki ve işleyişlerine de kısaca yer vermiştir. Anayasa aynı zamanda da bu siyasal sistemin işletim programı olma hüviyetindedir. Anayasa, siyasal kararların alınmasında hangi kurumun veya yetkilinin hangi kararı vereceğini belirler. Anayasalarda toplumun tümünün değer yargıları ön plana çıkar.

Bu çalışmanın temel alanını; devlet erklerinin (*yasama, yürütme, yargı*) yetki ve sorumluluk alanlarının Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının ilgili maddelerinde yerini bulmuş olmasına rağmen, çeşitli ortam ve bilimsel çalışmalarda konu edilen erkler arası çekişme, hatta ileri seviyede yapılan tartışmalar ve bu kurumların anayasa ve yasalar içindeki konumu oluşturmaktadır.

Çalışmanın ilgili kısmında Federal Almanya Anayasasının maddeleri yorumlanmış ve bu anayasa maddelerinin Türkçeleri sayfanın sonuna[2], *Bundeszentrale für politische Bildung'*un tercümelerinden faydalanılarak dipnot olarak verildi. Kısaltmalar çoğu zaman Almanca esasına dayandırılarak Türkçeye tercüme edildi. Ancak birçok kısaltma Almanca aslında olduğu gibi bırakıldı. Çünkü okuyucu atıf yerini ancak bu şekilde kolaylıkla bulabilecektir. Örneğin, bir Federal Anayasa Mahkemesi kararına atıfta bulunulmuşsa, kısaltma da Almanca aslında olduğu gibi

[2] Örneğin; FeAnMad 19 şeklinde.

bırakıldı. Aksi takdirde o kaynağa doğrudan ulaşmanın yolu kesilmiş olacaktı.

Bu konuyu araştırmak üzere yurt dışı görevlendirilmemde önemli payı olan Gazi Üniversitesi Yönetimine, değerli tavsiyeleri ve yönlendirmelerinden dolayı Max-Planck Enstitüsü sorumlularından Sayın Dr. Silvia Tellenbach'a ve Albert Ludwigs Üniversitesi Hukuk Fakültesi profesörlerinden Sayın Prof. Dr. Thomas Würtenberger'e, tavsiye mektubu ile Max-Planck Enstitüsüne kabulümü sağlayan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Adem Sözüer ve bu çalışmanın fikir babası Sayın Prof. Dr. İzzet Özgenç'e içtenlikle teşekkür ederim. Özellikle de yazım hatalarını düzeltmede bana yol gösteren, konuyla alakalı görüş ve önerilerinden yararlandığım değerli arkadaşım Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Sayın Prof. Dr. Veysel Başpınar'a teşekkürü bir borç bilirim. Bu çalışmanın ortaya çıkmasında en önemli faktör huzurlu bir çalışma ortamıdır. Bunu bana sağlayan aileme ve sevdiklerime müteşekkirim.

Bu kitabın dizgisini titizlikle yapan, yayımını gerçekleştiren Yetkin Yayınevi sahibi Sayın Ziya Gülkök ve Muharrem Başer'e ve çalışanlarına en içten teşekkürlerimi sunarım.

İhsan Yılmaz Bayraktarlı
Freiburg / Ankara, Nisan 2015

İÇİNDEKİLER • *INHALTSVERZEICHNIS*

1. TAKDİM • ***VORWORT*** 7

2. KISALTMALAR • ***ABKÜRZUNGEN*** 19

3. GİRİŞ • ***EINFÜHRUNG*** 21

4. DEMOKRASİNİN TEMEL İLKELERİ •
GRUNDELEMENTE DER DEMOKRATIE 25

4.1. KATILIMCI DEMOKRASİ VE MEŞRUİYET •
PARTIZIPATION UND LEGITIMATION 27

4.2. HUKUK DEVLETİ • ***RECHTSSTAAT*** 29

4.3. ERKLER AYRILIĞI • ***GEWALTENTEILUNG*** 37

4.3.1. TARİHSEL SÜREÇ • ***HISTORISCHER RÜCKBLICK*** 37

4.3.1.1. Eflatun ve Aristoteles •
Platon und Aristoteles 37

4.3.1.2. Polybios 40

4.3.1.3. Cicero 44

4.3.1.4. John Locke 47

4.3.1.5. Montesquieu 49

4.3.2. ERKLER AYRILIĞI KURAMINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER •
KRITIK DER GEWALTENTEILUNG 55

4.3.3. YATAY ERKLER AYRILIĞI • ***HORIZONTALE GEWALTENTEILUNG*** 58

4.3.4. DİKEY ERKLER AYRILIĞI • ***VERTIKALE GEWALTENTEILUNG*** 62

4.3.5. DÖNEMSEL SEÇİMLERLE İKTİDAR GÜCÜNÜ SINIRLAMA •
ZEITLICHE GEWALTENTEILUNG 65

4.3.6. SOSYAL ERKLER AYRILIĞI VE DİĞER DENETİM ORGANLARI •
SOZIALE GEWALTENTEILUNG UND ANDERE KONTROLLMECHANISMEN 66

4.4. DEMOKRASİLERİN TEMSİL İLKESİ VE SİYASAL PARTİLER • ***REPRÄSENTATIVPRINZIP DER DEMOKRATIE UND DIE PARTEIEN*** 68

4.5. SEÇİMLER VE SEÇİM SİSTEMİ •
WAHLEN UND WAHLSYSTEM 70

5. FEDERAL DEVLET ÖRGÜTLENMESİNDE YARGI FONKSİYONU VE SİYASET •
DIE STAATSORGANISATORISCHE FUNKTION DER JUSTIZ UND DIE POLITIK 74

5.1. ALMAN ANAYASA HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ • ***EIN KURZER RÜCKBLICK AUF DAS DEUTSCHE VERFASSUNGSGESCICHTE*** 75

5.1.1. PAUL KİLİSESİ ANAYASASI •
PAULKIRCHENVERFASSUNG 76

5.1.2. 1871 İMPARATORLUK ANAYASASI •
DIE REICHSVERFASSUNG VON 1871 76

5.1.3. WEIMAR CUMHURİYETİ ANAYASASI •
DIE VERFASSUNG VON WEIMARER REPUBLIK 78

5.1.4. FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ ANAYASASI •
ENTSTEHUNG DES GRUNDGESETZES 82

5.2. FEDERAL ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİ VE KURUMSAL YAPISI • ***DAS VERFASSUNGSGERICHT DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND UND SEINE STRUKTUR*** .. 87

5.2.1. KURULUŞ • ***ENTSTEHUNG*** 87

5.2.2. ÖRGÜTLENME ŞEKLİ • *ORGANISATION*.....90
5.2.3. YARGIÇ SEÇİMİ • *WAHL DER RICHTER* 91
5.2.4. GÖREV ALANLARI • *TÄTIGKEITSFELDER* 94

5.2.4.1. Mahkeme Kararlarının Denetimi • *Kontrolle von Gerichtsentscheidungen*.....97

5.2.4.2. Anayasa Organlarının ve Federatif Anlaşmazlıkların Denetimi • *Organstreitigkeiten und föderative Streitigkeiten* 98

5.2.4.3. Yasama Faaliyetlerinin Denetimi • *Kontrolle der Gesetzgebungsakten*.....98

5.2.4.4. Anayasa Şikayeti • *Verfassungsbeschwerde*.....101

5.2.4.5. Demokrasi ve Hukuk Devletini Koruma • *Demokratie- und Rechtsstaatssicherung* .103

5.2.4.6. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı • *Wirksamkeit der Entscheidungen des Verfassungsgerichts* ..105

5.2.4.7. Bir Anayasa Organı Olarak Siyasal Yapıda Federal Anayasa Mahkemesi • *Bundesverfassungsgericht als in Verfassungsorgan im politischen Prozeß*.....106

5.3. FEDERAL DEVLET ÖRGÜTLENMESİNDE YASAMA YETKİSİ • *GESETZGEBUNGSKOMPETENZEN ZWISCHEN BUND UND LÄNDERN*.....110

5.3.1. SADECE FEDERAL PARLAMENTO'NUN YASAMA YETKİSİNE BIRAKILAN ALANLAR• *AUSSCHLIEßLICHE GESETZGEBUNG DES BUNDES* ...111

5.3.2. YASAMA YETKİSİ FEDERAL PARLAMENTO TARAFINDAN ÜSTLENİLEN ALANLAR • *KONKURRIERENDE GESETZGEBUNG DES BUNDES*....112

5.3.3. TEAMÜLEN FEDERAL PARLAMENTO'NUN YASAMA YETKİSİNE BIRAKILAN ALANLAR • *UNGESCHRIEBENE GESETZGEBUNGSZUSTÄNDIGKEIT DES BUNDES* 113

5.3.4. SADECE EYALET PARLAMENTOLARININ YASAMA YETKİSİNE BIRAKILAN ALANLAR • *AUSSCHLIEßLICHE GESETZGEBUNG DER LÄNDER* 114

5.4. YASA NEDİR? • *WAS IST GESETZ?* 116

5.5. YASA YAPMA SÜRECİ • *GESETZGEBUNGSVERFAHREN* 119

6. ALMAN HUKUK SİSTEMİ • *DIE DEUTSCHE RECHTSORDNUNG* 125

6.1. YARGI VE YARGININ YAPISI • *JUSTIZ UND IHR AUFBAU* 128

6.1.1. YARGIÇ • *DER RICHTER* 132

6.1.2. FAHRİ YARGIÇ • *DER LAIENRICHTER ODER DER SCHÖFFE* 136

6.1.3. SAVCI • *DER STAATSANWALT* 138

6.1.4. AVUKAT • *DER ANWALT* 139

6.2. YARGIÇ VE YARGIÇLAR YASASI • *RICHTER UND RICHTERGESETZ* 139

6.2.1. GÖZETİM KURULU • *DIENSTAUFSICHT* 141

6.2.2. YARGICIN HUKUK EĞİTİMİ • *DIE JURISTISCHE AUSBILDUNG ZUM RICHTER* 142

6.2.3. YARGIÇLAR SEÇİM KURULU • *RICHTERWAHLAUSSCHUSS* 145

6.2.4. YARGIÇ ATAMALARI • *REKRUTIEREN DER RICHTER* 148

6.2.5. YARGIÇLARIN SİYASAL ÇALIŞMALARI VE TARAFSIZLIK • *DIE POLITISCHE TÄTIGKEIT EINES RICHTERS UND SEINE OBJEKTIVITÄT* 153

6.2.6. ALMAN TOPLUMUNDA YARGI ALGISI • *DAS RECHTSVERSTÄNDNIS BZW. RECHTSGEFÜHL DER DEUTSCHEN BEVÖLKERUNG GEGENÜBER DER PRAKTIZIERENDEN JUSTIZ* 160

6.3. YARGIYI ETKİLEYEN FAKTÖRLER • *DIE WESENTLICHE BEINFLUSSENDE FAKTOREN BEI DER RECHTSPRECHUNG* 163

6.3.1. MEDYANİN ETKİSİ • *EINFLUSS DER MEDIEN AUF DAS GERICHTSVERFAHREN* 164

6.3.2. TOPLUMSAL ETKİLER: DİN VE DİĞER FAKTÖRLER • *BEEINFLUSSUNG DURCH DAS SOZIALE UMFELD: RELIGION UND WEITERE FAKTOREN* 169

6.3.3. ÜST MAHKEMELERİN ETKİLERİ • *EINFLUSS DER OBERGERICHTLICHE RECHTSPRECHUNG* 172

6.4. GERİLİM DÖNEMLERİNDE HUKUK VE SİYASET ARASINA SIKIŞMIŞ YARGIÇ- ÖRNEK OLAYLAR • *DIE RICHTER ZWISCHEN RECHT UND POLITISCHER MACHT WÄHREND DER SPANUNGSZEITRÄUME – FALLBEISPIELE* .174

6.4.1. PARTİ KAPATMA DAVALARI: KP, SRPD VE NPD NPD • *PARTEIVERBOTE: KPD, SRP UND UND NPD* 174

6.4.1.1. Kuramsal Temeller • *Theoretische Grundlagen* 174

6.4.1.2. Almanya Sosyalist İmparatorluk Partisi (SRPD) • *Sozialistische Reichspartei Deutschlands SRP* 177

6.4.1.3. Alman Komünist Partisi (KPD) • *Kommunistische Partei Deutschlands KPD* 179

6.4.1.4. Bir Siyasi Parti Kapatma Denemesi (NPD) • *Der Verbotsversuch einer Politischen Partei (NPD-Volksunion)* 184

6.4.2. FEANMA'NIN OKULLARDA HAÇ ASMA İLE İLGİLİ KARARI • ***ANBRINGEN VON KREUZEN IN KLASSENRÄUMEN (KRUZIFIX- STREIT)*** 188

6.4.3. LUDIN ÖRNEKLEMESİNDE, FEANMA'NIN BAŞÖRTÜSÜ KARARI • ***DAS KOPFTUCHURTEIL DES VERFASSUNGSGERICHTS IM FALL LUDIN*** 192

7. ÖZET VE DEĞERLENDİRME • ***SCHULUSSBETRACHTUNG*** .199

7.1. DEMOKRATİK SİSTEMDE ERKLER AYRILIĞI VE YARGI • ***GEWALTENTEILUNG IM GEFÜGE DER DEMOKRATIE UND GERICHTSBARKEIT*** 199

7.2. HUKUK VE YARGIÇ • ***RECHT UND RICHTER*** 203

7.3. ANAYASA VE FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ • ***GRUNDGESETZ UND DAS VERFASSUNGSGERICHT*** 204

7.4. HUKUK, MAHKEMELER VE BİR VATANDAŞ OLARAK YARGIÇ • ***RECHT, DIE GERICHTE UND DER RICHTER ALS BÜRGER***...209

8. EKLER/ OKUMA PARÇALARI • ***ANHÄNGE/ LESETEXTE*** 215

8.1. YASAYA AÇILAN KAPI 215

8.2. ***DIE TÜR ZUM GESETZ*** 216

9. KAYNAKÇA • ***LITERATURVERZEICHNIS*** 219

10. ÇİZELGE KAYNAKÇASI/ ***ABBILDUNGSVERZEICHNIS***.....233

KISALTMALAR • *ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS*

KISALTMA	ÖZGÜN KAVRAM	TÜRKÇESİ
ABD	Vereinigte Staaten von Amerika	Amerika Birleşik Devletleri
AlYaBi	Der Deutsche Richterbund	Alman Yargıçlar Birliği
AlYaYa	Deutsches Richtergesetz (DRiG)	Alman Yargıçlar Yasası
Art	Artikel	Madde
AvBiHu	Recht des Europäischen Unions	Avrupa Birliği Hukuku
Az	Aktenzeichen	Dosya Numarası
BayEUG	Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen	Bavyera Eğitim ve Öğretim Yasası
BayVSO	Schulordnung für die Grundschulen und Hauptschulen (Volksschulen) in Bayern	Bavyera İlkokul ve Ortaokul (Halkokulları) Yönetmeliği
bpb	Bundeszentrale für politische Bildung	Federasyon Siyaset Eğitimi Merkezi
BdPrä	Bundespräsdident	Federal Cumhurbaşkanı
Bdrat	Bundesrat	Federal Temsilciler Meclisi
BdReg	Bundesregierung	Federal Hükümet

BdTag	Bundestag	Federal Parlamento
BfV	Das Bundesamt für Verfassungsschutz	Anayasayı Koruma Servisi
Bkz	Siehe	Bakınız
BNotO	Bundesnotarordnung	Federal Noterler Yönetmeliği
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung	Fedaral Avukatlık Yönetmeliği
BRD	Bundesrepublik Deutschland	Federal Almanya Cumhuriyeti
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	Federal Anayasa Mahkemesi Kararları
BW	Baden- Württemberg	Baden- Württemberg
CDU	Christlich Demokratische Union	Hristiyan Demokrat Birligi
CeYa	Strafgesetzbuch (StGB)	Alman Ceza Yasası
DDR	Deutsche Demokratiche Republik	Demokratik Almanya Cumhuriyeti
DDr.	Dr. theol. et Dr.; doppelter Doktortitel	Teoloji doktorası yanında ikinci bir doktora, çift doktora
DKP	Deutsche Komünistische Partei	Alman Komünist Partisi
EKD	Evangelische Kirche in Deutschland	Alman Protestan Kilisesi
EyAnMa	Verfassungsgerichte der Länder	Eyalet Anayasa Mahkemesi

EyHü	Landesregierung	Eyalet Hükümeti
FDP	Freie Demokratische Partei	Hür Demokrat Parti
FeAn	Grundgesetz	Federal Anayasa
FeAlCu	Bundesrepublik Deutschland	Federal Almanya Cumhuriyeti
FeAnMa	Das Bundesverfassungsgericht	Federal Anayasa Mahkemesi
FeAnMad		Federal Anayasa Maddesi
FeAnMaYa	Gesetz für Bundesverfassungsgericht	Federal Anayasa Mahkemesi Yasası
FeAvYö	Bundesrechtsanwaltsordnung	Federal Avukatlık Yönetmeliği
FeTeMec	Bundesrat	Federal Temsilciler Meclisi
FeHü	Bundesregierung	Federal Hükümet
FeNoYö	Bundesnotarordnung	Federal Noterlik Yönetmeliği
FePa	Bundesparlament	Federal Parlamento
GG	Grundgesetz	Anayasa
HSYK	Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu	
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands	Alman Komünist Partisi
LaReg	Landesregierung	Eyalet Hükümeti
LBG	Landesbeamtengesetz	Eyalet Memurlar Yasası
LMU	Ludwig-Maximilians-Universität	Ludwig-Maximilian Üniversitesi

Mad	Artikel	Madde
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands	Almanya Milliyetçi Demokrasi Partisi
SchG/BW	Schulgesetz für Baden-Württemberg	Baden Württemberg Okul Yasası
SPD	Sozial Demokratische Partei	Sosyal Demokrat Parti
SRP veya SRPD	Die Sozialistische Reichspartei	Almanya Sosyalist İmparatoluk Partisi
vb	ve benzeri	
WeAn	Weimarer Grundgesetz	Weimar Anayasası
WeAnMa	Weimarer Verfassungsgericht	Weimar Anayasa Mahkemesi
YaSeYa	Richterwahlgesetz	Yargıç Seçim Yasası
ZPO	Zivilprozessordnung	Hukuk Mahkemeleri Yasası

3. GİRİŞ • *EINFÜHRUNG*

Hukuk, bir toplumun iç barışının teminatı ve devamlılığı olup örgütlenmiş yargı tarafından denetlenen toplumsal kuralların bütünüdür. Hukuk, fonksiyonları ile toplumsal yaşamı düzenler, insanların güven içinde ve bir arada yaşamalarının kurallarını belirler. Hukuk böylece, toplum ve birey, birey ve bireyin, birbirleriyle olan ilişkilerini ve aynı zamanda da toplumun ve bireyin iç barışının teminatını sağlayan düzendir. Bir toplumda çatışmalara sebebiyet verebilecek farklı menfaat odakları ve kişilerin olması mümkündür. İşte hukuk, bu kişi ve odaklar arasında olabilecek siyasal ihtilaf ve çatışmalara da, önceden belirlenmiş bir hukuk düzeni ve yargılama usulüne göre, barışçıl ve adaletli çözümler üretir. Bu hususiyetleri ile hukuk ve yargı, bir elmanın iki yarısı gibidir.

Bu çalışma, Alman yargısı ve yargının Alman siyaset kurumu ile ilişkilerini araştırmaktadır. Yargı ve siyaset kavramları, âdeta iki akraba gibi, her daim ilişki içinde olmaları ve tabiatıyla demokratik sistemin de, iki temel kurumu olarak, eylemlerinde yakın ilişkileri ve demokratik boyutları ile ana tema olarak ele alınmaktadır. Bu yüzden yan yana duran bu iki demokratik kurumun ilişkileri, daha yakından incelenmeyi gerektirmektedir. Ancak burada, bu iki kurumun iç içe geçmiş yakın ilişkilerinin bütünü kastedilmemektedir. Daha çok bir kurumun diğer anayasal kurumu belirli alan ve dönemlerde etkileme temayülü ve zaman zaman da büyük siyasal tartışmalara neden olan yetki sınırlarının ihlâli konularını da incelemektedir.

Çalışma ayrıca bu kurumların, toplumsal gelişmeler sürecinde, hangi rolleri üstlendiklerinin yanında, Almanya'da siyaset ve yargıya güven payının hangi düzeyde seyrettiği, sorusuna da, yanıt aramaktadır. Bu "güven payının" kesin olarak ölçülemeyeceği anlaşılır bir durumdur. Çünkü adli kararlara istinaden nesnel araştırmalar (kriterler, geçerli genel hukuksal ilkeler, yani Avrupa'da kabul edilmiş temel ilkeler) ve akabinde tespit edilen sonuçlar, sadece kısmî bir değerlendirme ortaya koyabilir; bu yüzden bu tür bir değerlendirme doğası gereği öznel etkilerden bağımsız olamaz (Wassermann 1972, 17, Lamprecht 1979, 59). Çünkü "*bir yar-*

gıcın faaliyeti", diyor bu hususta Hans Benda, "*katiyen, değerlendirme yapmaksızın kendi kendine işleyen bir makinenin faaliyeti değildir*." (Benda 1977, 187).

Genellikle yargı, demokratik sistem içinde ve devletin üç erkinden biri olarak, kendini devlet ve anayasadan ayrı bir merci olarak ve bununla birlikte siyasi açıdan nötr değerlendirdiği bilinmektedir. Ancak yaşanan tecrübeler göstermiştir ki, yargıçlar verdikleri kesin ve güçlü kararlarla, devletin siyasal ve sosyal gelişmeler süreçlerinde, siyasal yön belirleyici müdahalelerde bulunmuşlardır. Alman yargısının bazı kararları buna örnek teşkil eder. Bu örneklerin bir kısmı, bu çalışmanın belirli yerlerinde konu edilmiştir (bkz. FeAnMa Kararları, Bölüm 6, 7). Fakat burada, konunun daha anlaşılır olması için, belki Türkiye'den de bir örnek vermek faydalı olur. Yakın bir zaman önce Türkiye'de yapılan anayasa değişikliği öncesi, Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu kararlar, yoğun siyasal tartışmalara neden olmuştur. Bu dönemde, edinilen tecrübeler ve siyasal tartışmalar gösterdi ki, yargı kararları netice itibarı ile, tamiri zor olabilecek şekilde, bir "modern devletin" demokratik anlamda yerle bir olmasına zemin oluşturabilmektedir.[1]

Yargıçların siyasal nüfus elde etmek amacı ile, yasaların yorumlanmasında kişisel dünya görüşlerinin kararlara yansıması olasılığı her zaman vardır. Ancak, kendilerine kişisel nüfus ve siyasal güç kullanma olanağı sağlayabilecek yasa tasarılarını desteklemek, demokratik teammüllerin kabul edemeyeceği hususlardandır. Gerçekten de, yargıçların bireysel nüfuz kullanması, demokratik yargı ve siyaset kurumunun çöküşü ile eşde-

[1] Örnek olarak bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2007/45 ve K. 2007/54, Karar Tarihi: 01.05.2007 http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e61eb3f9-957d-4832-9e7f-c2810009e951?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, Erişim Tarihi: 10.12.2014, T.C. Anayasa Mahkemesi 1 Mayıs 2007'de verdiği kararla, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kararını eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde görmek suretiyle 367 iddiasını kabul ederek, cumhurbaşkanlığı için yapılan birinci tur oylamayı iptal etti. 6 Mayıs 2007'de yapılan ikinci yoklamada da toplantı yeter sayısının 367'ye ulaşmaması nedeniyle Türkiye'de 11. Cumhurbaşkanı seçilememişti. Bunun üzerine, toplumun her kesiminde, yoğun siyasal tartışmalar başlar. Özellikle siyasetin sağ kesiminde, yargının tamamen siyasallaştığı düşüncesi hakim olur. Siyasal yaşam keşmekeş bir hal alır. Yargı kurumunun siyasal kararlar verdiği ve siyaset kurumuna müdahale ettiği iddiaları, toplum genelinin tepkisini çekmiş ve toplumun huzurunu kaçırmıştır. Nihayetinde, yasama yargıyı yeniden yapılandırma adına anayasada bir dizi değişiklik yapar. Bu değişiklikler 12 Eylül 2010 tarihinde halkın onayını alarak yürürlüğe girer.

ğerdedir. Ancak bu iki anayasal kurum arasında ki girift ilişkilerin, modern bir devletin çöküşü için yeterli bir argüman değildir. Bu çalışmanın amaçlarında biri de, bu faktörleri Alman anayasası ve toplumsal yaşamı çerçevesinde karşılaştırmak ve analiz etmektir.

Çalışma öncelikle, bir modern devlet tasviri olan "*erkler ayrılığı*" konusunu ele almaktadır. Devlet, iktidar gücünün sınırlanması amacına yönelik olarak, çeşitli anayasal organlara ayrılır. Bunlar yasama (*Legislative*), yürütme (*Exekutive*) ve yargı (*Judikative*) erkleridir. Modern devlet kuramcıları bu erkler ayrılığı ilkelerini, ekseriyetle modern demokrasinin ayrılmaz parçası olarak görmüşlerdir. Hemen belirtmek gerekir ki, yargı ve siyaset kurumlarının, ilişki ve işleyişlerinde demokratik sistemin gereği olan erkler arası yetki sınırlandırılması ve demokrasilerin eylem ve düzenlemeleri göz önüne alınınca, tam olarak ve kesin çizgilerle belirlenmesi mümkün görünmemektedir.

Ana bölümde bu çalışma, yargının yapısını, asıl itibarı ile de yargı erkinin siyasetle yakın ilişkisini inceleyecek ve ayrıca gerekli olduğundan da yürütme erkine değinecektir. Bu araştırma, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yapısı yanında bilhassa yargının, siyasetle ilişkisinin nasıl yürütüldüğünü, yargıya hangi işlevlerin yüklendiği hakkında ek bilgiler de sunmaktadır. Federal Almanya Cumhuriyeti'nde siyaset ve yargının, düzenli ilişkilerinden ve işlevselliğinden, hangi emarelerin sorumlu olduğu da, bu çalışmada ayrıcalıklı bir yere sahiptir.

Gerçekten de, yargıçlık kurumu ve yargıç "*demokratik bir devlette, aristokratik bir vakıadır*" (Wildgans ve Satter 1949, 83). Yargıçlık kurumu ve yargıç, sadece yasalara uyar ve hukukun çizdiği sınırları terk etmez. Adaletin tesisi onun ideali olmalıdır. Avusturyalı hukuk adamı, şair ve dram yazarı, Anton Wildgans (1881-1932), şiirinin bir yerinde, yargıca nasihatler verirken aynı zamanda da onu kibarca uyarırken, üzerine aldığı toplumsal sorumluluğu da hatırlatmaktadır (Wildgans ve Satter 1949, 83).

Bahçıvanın da ihtiyacı var hukuka
kanı ile üzüm bağlarını besleyen gönlü bolun.
O olmazsa küçümsenir kanun
adalet savrulur o dem rüzgâra!
Çocuk! sen de sıcak kanını ada
ve bütün gönlünle, bağlı kal anda[2]

İddialı ve önde gelen bir meslek olan yargıçlık ve yargıç konusunda yazılanlar sınırsız denebilir. Ancak burada konu edildiği bağlamda yargıçlar için, uzmanları tarafından yapılmış bir başka tespite de yer vermek gerekir. Buna göre, yargıçlık mesleğinde en önde tutulması gereken husus, yargıcın verdiği kararla kendini bütünleştirmesi veya yargıcın hedefi ideal karara ulaşmak olmalıdır. Fritz Werner'e göre, mahkeme kararı demek, yargıcın her daim "*...kendi görüşünü beyan etmesi"* ve bu kararı ile de "*...kendini tanımlaması"* demektir. Werner devamla, "*Bir yargıç şahsiyeti ile bütünleştirdiği kararına bütün benliği ile de inanmışsa, ancak o zaman, bu kararın bir değer ifade ettiğini"* dile getirmektedir (Werner ve Betterman 1971, 161).

[2] Den Gärtner braucht das Recht,/ den selbstlos-weisen, der mit seinem Blut den Weinberg düngt. Den ohne dies/ wird das Gesetz zum hohn und die Gerechtigkeit ein eitel Haschen nach dem Wind!/ So gibt auch du dein warmes Blut, du Kind. Und all dein Herz, denn dieses will dein Eid."

4. DEMOKRASİNİN TEMEL İLKELERİ

GRUNDELEMENTE DER DEMOKRATIE

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Madde. 21 "Her şahsın, doğrudan veya serbest seçilmiş kişiler aracılığıyla ülkesinin kamu yönetimine katılma hakkı vardır. Her şahıs ülkesinin kamu hizmetlerinden eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. İktidarın temelini halk iradesi oluşturur; bu irade, gizli ve ya buna denk bir yöntemle yapılacak genel ve eşit oy verme yoluyla muayyen aralıklarla tekrarlanacak dürüst seçimlerle belirlenir."

10 Aralık 1948

Yunanca kökenli bir kavram olan demokrasi, *demos* (halk) ve *kratein* (yönetmek=herrrschen) kelimelerinden teşkil edilmiş olup, *halk yönetimi* anlamına gelmektedir. Parlamenter demokrasi ve başkanlık sistemi şeklinde iki çeşit demokratik yönetim biçimi vardır. İsviçre'nin doğrudan demokrasi örneği dışında bütün parlamenter demokrasiler, temsili yönetim biçimidir (Marschall 2007, 45). Demokratik sistemlerde halk kendini yönetecek kişi ve kurumları, belirli zaman aralıklarında ve seçimlerle belirler. Dolayısıyla doğrudan ve serbest yapılmış seçimler demokrasinin vazgeçilmez temel öğesidir. Temsili demokrasilerde halk, demokratik haklarını seçimlerde öncelikle partiler üzerinden gerçekleştirir. Bunun için toplum, dernekler ve özel girişimlerle uzun vadeli çalışmalar gerçekleştirerek iktidarın kararlarını etkilemeye çalışır (Degenhart 2008, 10).

Demokratik sistemle idare edilen bir çok ülke, halkoylaması ile doğrudan ve yerinde demokrasi araçlarını kullanmaktadır. Bu durumu ifade etmek üzere doktrinde halkoylaması "plebisit", "referandum" gibi değişik kavramlar kullanılır. Referandum, parlamentoda reddedilen bir yasa taslağının, genelde anayasa değişikliklerinde veya önemine binaen başvuru üzerine halk iradesini belirlemek amacıyla doğrudan halkın oyuna baş-

vurma anlamına gelir. Referandum, nüfus bakımından küçük devletlerde uygulanması kolay olduğundan, sıkça başvurulan doğrudan demokrasilerin önemli bir özelliğidir. Çağdaş demokrasilerde egemen güç olan halk, yetkilerini, belirli zaman dilimlerinde temsilcilerine devreder. Devlet çalışmalarına referandumlarla doğrudan katılır. Ama nihayetinde egemenlik yetkisi hep halkın kendisinde saklıdır.

İktidar, halk tarafından seçimlerle belirlenen vekillere (Millet Meclisi), başkan ve cumhurbaşkanına teslim edilir. Halkın iktidarını temsil eden bu kişi ve kurumlar, seçildikleri dönem içinde, önceden belirlenmiş yetki ve sorumluluklar (yasalar) çerçevesinde her türlü kararı verme hakkına sahip olurlar. Halk seçtiği vekillerin, seçildikleri süre zarfında verdikleri karar ve uygulamalardan memnun olmazsa, bir sonraki seçim döneminde tercihini bir başka aday veya karşıt bir başka siyasal görüş için kullanarak yönetimi (iktidarı) değiştirir.

Demokratik sistemlerde devlet kurumlarının görev ve sorumlulukları yasalarla belirlenirken temel hak ve özgürlükler de anayasa ve yasalarla güvence altına alınır. Erkler ayrılığı bölümünde açıklanacağı üzere kişi hak ve hürriyetlerini korumak amacıyla, kamu gücünü yönetenlerin keyfiliğe sapma ihtimaline karşı devlet kurumlarının yetkileri yasalarla sınırlandırılmıştır.

Devletler, halkın egemenliğini, bağımsızlığını, eşitliğini, hukukun üstünlüğünü korumak ve geliştirmek için, özelde anayasa, siyasi partiler ve diğer devlet kuruluşları gibi bir çok idari kuruma gerek duyar. Alman Anayasası 20. maddesinin, 2. Cümlesinde devlet yönetimi halk tarafından ve onun adına *"[...] seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır."* demekdir (FeAnMad 20/2). İlk etapta Alman halkı adına bu gücü anayasal kurumlardan parlamento "*Gesetzgebende Gewalt"*, Fedaral Hükümet "*Vollziehende Gewalt"* ve hükümetin alt birimleri (*Verwaltung*), üçüncü erk olarak da yargı erki "*Rechtsprechende Gewalt*" kullanmaktadır (Degenhart 2008, 10).

4.1. KATILIMCI DEMOKRASİ VE MEŞRUİYET • *PARTIZIPIATION UND LEGITIMATION*

Katılımcı demokrasi (*siyasal yaşama katılım)* demokrasilerin en merkezi kavramlarındandır. Gerçekten de halkın, demokratik aygıtların çalışmalarına katılımı demokratik toplumlarda kaçınılmazdır. Devlet kurumları ile vatandaş arasında iletişimi sağlayan birçok aracı kuruluş vardır. Bunların en önde gelen örnekleri siyasi partiler, kiliseler, sendikalar, spor kulüpleridir. Ayrıca dernek, federasyonlar ve konfederasyonlar da bu gruptan sayılır. Bahsedilen kuruluşların ortak yönü, toplumun çeşitli kesimlerinin belirli bir fikir, siyaset ve ilgi alanında, öngörülen bir süreçte siyasal bir güç olmalarıdır. Ancak bu kuruluşların asıl amacı birincil düzlemde siyaset yapmak değildir (Korte 2004, 117).

Siyasal çalışmalara yoğun katılımın gözlemlendiği dönemler, belirli sürelerde yapılan periyodik seçimlerdir. Katılım sadece seçimlerle sınırlı değildir. Gerçekte de halk dernekler, federasyonlar ve diğer grup çalışmaları ile toplumsal ve siyasal çalışmalara katılmaktadır (Marschall 2007, 64). Toplumun siyasal çalışmalara katılmada gösterdiği ilginin yoğunluğu, siyasal kültür ile doğru orantılıdır.

Bir taraftan demokratik yönetim biçimleri halkın ilgi ve katılımına dayandırılırken, diğer taraftan kendini halkın çoğunluğuna kabul ettirmek durumundadır. Zira demokrasiler ancak kendilerini kurum ve kuruluşları ile ispat ettikten sonra, halkın güvenine sahip olabilir ve böylece meşruiyetini kazanmış olur (Massing 2002, 81). Hukuk devleti ve demokrasi, ilişkilerinde değişkenlik arz etmelerine rağmen, bu ilişki ileri demokrasilerde birbirlerine sıkıca bağlıdır. Gerçekten de vatandaş yasalara riayet eder, devlette bütün alt birimleriyle yasaları uygularsa, o zaman demokratik sistem ve hukuk devleti ilkesi meşruiyetini kazanır. Hukuk normlarının kendini kabul ettirmesi, demokratik hukuk devletinin yerleşmiş olduğu anlamına gelir (Zippelius und Würtenberger 2008, 107).

Demokratik sisteme katılım ve ilgi ne kadar yüksek olursa, demokratik devletin meşruiyeti o kadar güçlü olacaktır. Bu temel ikilem, demokratik yönetimlerin temel sorunudur. Demokrasilerin canlı kalması, vatandaşların hep daha etkin katılımı ile doğru orantılıdır. Aksine katılımın

gitgide zayıflaması demokratik rejime bir problem olarak yansır (Naßmacher 2010, 162). Zira demokratik kültüre saygınlığın bir ifadesi olarak siyasal yaşama geniş ölçekte katılım, demokrasi kültürünün en önemli ölçütüdür. Vatandaşın gönüllü olarak siyasal yaşama katılımı fonksiyonel demokrasinin olmazsa olmazlarındandır. Batı demokrasilerinde gözlemlenen yorgunluk nedeniyle vatandaşların demokratik aygıtlara gitgide zayıflayan katılımı, demokratik sistemlerin geleceği ile ilgili belirsizliklere işaret etmektedir (Massing 2002, 81).

Siyasal bir yönetim biçimi olan demokrasilerin geleceği, toplumun yani katılımcıların demokratik sisteme ve kurumlarına olan güvenine, tutum ve düşüncelerine bağlıdır. Diğer taraftan demokratik sistemin dayandığı normlar, demokratik gelenek ve kurumlar Alman toplumun çoğunluğu tarafından kabul görmektedir (Glaab 2001, 571,572). Fikir özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğü, muhalefet, uzlaşma kültürü gibi normların Alman toplumu tarafından artık içselleştirildiği gözlenmektedir (Hurrelmann 2002, 31). Konu ile alakalı olarak, Deutsche-Shell şirketinin yaptırmış olduğu araştırmaya göre, deneklerin büyük çoğunluğu demokratik yönetim şeklinin alternatifi olmayan iyi bir yönetim biçimi olduğunu açıklar (Schneekloth 2002, 103). Ancak halkın demokrasiye bu olumlu yaklaşımı ekonomik veya sosyal koşullara paralel olarak değişebilmektedir. Çünkü siyaset halkın beklentilerini karşılamada geri kaldığında, halkın parlamento, hükümet, siyasi partiler gibi demokratik kurumlara güveni sarsılmaktadır. Ancak buna rağmen Almanya'da siyasal otoriteye güven zaman zaman sarsılsa da, demokrasiye duyulan güven ve inancın güçlenerek devam ettiği görülmektedir (Glaab 2001, 72).

Almanya'da siyasete katılım bilhassa gençlerde beklenenin altında seyretmektedir. Ancak yapılan araştırmalara göre son yıllarda az da olsa küçük canlanmalar gözlemlenir. Gerçekten de 2002 yılında siyasete ilgi % 20 iken, 2010 yılında % 33 seviyesine çıkmıştır. Deutsche-Shell'in demokratik kurumlara güven konusunda yaptırdığı bir başka araştırma göstermiştir ki, bu kurumlara güvende önemli bir gelişme sağlanamamıştır. Buna göre polise, mahkemelere, orduya, temel haklara ve çevreci gruplara inanç tam iken, hükümete, kiliseye, uluslararası şirketlere ve siyasi partilere olan güvende düşüş kaydedilmiştir (Schneekloth 2002,

105). Buna rağmen şu sonuç da gözden kaçırılmamalıdır. Gençlerin % 77'si herhangi bir imza kampanyasına, % 44'ü de toplumsal bir gösteriye katılacağını ifade etmiştir. Alman mahkemelerine güvenin en üst seviyede olduğunu burada ayrıca belirtmekte yarar var. Zira 5 puan üzerinden değerlendirilen devlet kurumlardan mahkemeler ve polis teşkilatı 3,6 ile en güvenilir kurumların başında gelmektedir (Shell-Deutschland 2010).

Demokratik yaşamda seçmenler, periyodik yapılan seçimlere katılarak yöneticilerini seçme imkânına sahiptir. Seçimlere katılımın düşmesi, siyasi partilere üyeliklerde ve doğrudan çalışmalarda düşüş, kararsız seçmenlerin yüzer oyları gösteriyor ki, demokratik kurumlara ilgi ve halkın siyasal yaşama katılımı düşmektedir. Doktrinde siyasi partilerde üye sayısının düşüş temayülü, partilere doyum olarak açıklanmaktadır. Bu durum Almanya ile sınırlı ve buraya özel bir durum değildir (Rudzio 2006, 185). Burada şunu belirtmek lazım ki, seçimlere katılım ve diğer demokratik çalışmalarda yer almak, seçmenin başta ekonomik şartlarının uygun olmasını ve ilişki kurma yeteneği, tartışmalara açık olma gibi koşullara sahip olmasını gerektirmektedir. Bu koşullara her vatandaş sahip olmadığından ve demokratik yönetimlerde de aktif katılım bir gereklilik olduğundan, halkın büyük bir kısmı yönetimi seçtiklerine bırakarak, özel işlerini takip etmeyi tercih etmektedir (Naßmacher 2010, 163).

4.2. HUKUK DEVLETİ • *RECHTSSTAAT*

Niccolò di Bernado dei Machiavelli 1532 yılında meşhur yapıtı "Prens" te şu satırları özellikle ön plana çıkarmıştı. "Üzerlerinde bir yargıcın olmadığı egemenin eylemleri, insanlar tarafından özellikle başarı olarak değerlendirilir. Egemen, egemenliğini kanıtlamak için hep kazanmalıdır. Bu yolda amaca hizmet eden her vasıta caiz kabul edilir ve herkesin beğenisini de celp eder. Zaten avamla dolu olan dünya gösterişe ve başarıya bakmaktadır." (Machiavelli 1995, P XVIII). Machiavelli'nin bu düşünceleri dünyanın birçok yerinde somut siyasal kuram gibi kabul edilip uygulandı. Aydınlanma çağının düşünürleri, baskı düzeni olarak kabul görmüş bu otoriter düşünceyi (Machiavellist), kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğünü koruma adına, siyasal düşünce ve yaşamdan uzaklaştırmaya çalıştılar. Bu çalışmalar neticede günümüzün "Hukuk Devleti" ve Erkler ayrılığı" dü-

şüncelerinin doğmasına yol açmıştır. Bu düşüncelerin en önde gelen temsilcileri John Locke, Charles de Montesquieu'dür. Immenuel Kant da,[3] devlet gücünün üç ana erke ayrılması konusunu işledi ve düşüncelerini Lock ve Montesquieu'ye dayandırdı. Machiavellist düşünce, iktidardaki prensin akılcı eylemlerini her şeyin önüne koyarken, çağdaş anayasaların öncüsü olan Thomas Hobbes'un akla dayanan sosyal anlaşma öğretisi, rasyonel devlet anlayışının temellerini atmıştır (Naßmacher 2010, 312).

Alman diline mahsus olan *hukuk devleti* (*Rechtsstaat*) kavramı başka dillere tercüme yoluyla girmiş olsa da, ona aynı anlamı yüklemek mümkün değildir (Doehring 1991, 173). Dolayısıyla hukuk devleti (*Rechtsstaat)* kavramının ifade ettiği anlama yakın veya Türkçe'de olduğu gibi benzer kelimeler kullanmaktan başka bir olasılık bulunmamaktadır. Burada *hukuk devleti* derken Alman siyasal sisteminin teorik ve uygulamadaki *Rechtsstaat* kavramı kastedilmektedir.

Almanya'nın 20. yüzyılda yaşamak durumunda kaldığı nasyonal sosyalizm yönetiminden çıkardığı tecrübeler, bu kavramın halihazırdaki anlamını kazanmasında etken nedendir (Andersen 2003, 535). Dünyada bir başka ülke bu tecrübeyi edinmediğinden, bahsedilen kavramı insanlar kendi dillerinde, benzer bir kelime ile ifade eder, ancak aynı anlamı veremez. Anglosakson anlayışındaki *rule of law* (hukukun egemenliği) başka bir gelenekten geldiğinden, (Deninnger 2010, 538) Alman hukuk devleti konsepti *"rechtsstaatskonzeption"* ilkesi ile ancak belirli oranda benzerlik gösterir. Önceleri Fransızcada é*tat constitutionel* (anayasal devlet) ifadesini bulan bu ilke (Doehring 1991, 173), yeni dönemlerde ve yapay olarak geliştirilerek é*tat de droit* (hukuk devleti) şeklinde kullanılmaya baş-

[3] *"Also sind es drei verschiedene Gewalten (potestas legislatoria, executoria, iudiciaria), wodurch der Staat (civitas) seine Autonomie hat, d. i. sich selbst nach Freiheitsgesetzen bildet und erhält. - In ihrer Vereinigung besteht das Heil des Staats (salus rei publicae suprema lex est); worunter man nicht das Wohl der Staatsbürger und ihre Glückseligkeit verstehen muß; denn die kann vielleicht (wie auch Rousseau behauptet) im Naturzustande, oder auch unter einer despotischen Regierung, viel behaglicher und erwünschter ausfallen: sondern den Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien versteht, als nach welchem zu streben uns die Vernunft durch einen kategorischen Imperativ verbindlich macht."* (Kant 1983, 437).

lanmıştır. Ancak bu kavram da Alman hukuk devleti konseptinin sadece bir kısmını ifade etmektedir (Zippelius und Würtenberger 2008, 105).

Bütün çağdaş demokratik yönetimlerin özellikleri arasında en önemli yeri tutan hukuk devleti ilkesi, öncelikle vatandaşın hukuki güvenliğinin sağlanmasını ve devlet gücünün bütün eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlı olmasını ifade eder. Zira hukuk devletinde keyfiliğe yer yoktur (Zippelius und Würtenberger 2008, 107). Çünkü hukuk, devlet gücünün üstündedir. Bu anlamda Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasının 20. maddesinin 3. paragrafı, devletin eylem ve işlemlerinin kesinlikle hukuk ve yasalara dayanması gerektiğini ifade eder.[4] Bu maddede hukuk devleti kavramı doğrudan geçmemekte ise de hukuk devletinin temel ilkeleri olan yasama yürütme ve yargı erklerinin, kayıtsız şartsız hukuk ve yasalara dayandığı (FeAnMad 20/2) ifade edilmiştir.

Hukuk devleti fikri, Nasyonal Sosyalizm döneminden daha eskilere dayanmakla beraber, yukarıda anlamına işaret edildiği şekilde bugünkü anlam ve önemini, Hitler dönemi sonrası kazanmıştır. Gerçekten de 19. yüzyılda da devlet, vatandaşın özgürlüklerini yasalarla koruma altına almıştı. Devlet gücüne karşı bireyin hukukunu korumak ve bireyin güvenliğini sağlanmak adına devlet, yürütme erkini hukuk kurallarına bağlamanın gerekli olduğuna hükmetmiştir (Andersen 2003, 535). Daha sonraları devlet yönetiminde çeşitli tecrübeler göstermiştir ki, vatandaşın hukukunun ayrıca yasama gücü karşısında da korunması gerekmektedir. Bu nedenle, yasama erkinin denetimi de anayasal bir kurum olan anayasa mahkemesine bırakılır (bkz. 5.2). Ancak savaş sonrası yeniden yapılandırılan Federal Almanya Cumhuriyeti, kazandığı tecrübelere dayanarak,

---

[4] FeAnMad 20/3: Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar. Ayrıca FeAnMad 28/1'de Rechtsstaat ismen zikredilmektedir. "Eyaletlerdeki anayasal düzen, bu Anayasada belirlenen cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine uygun olmak zorundadır." (Bu çalışmada geçen Federal Almanya Anayasası maddelerinin Türkçe tercümeleri, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayası, *Bundeszentrale für politische Bildung* (Yayımlayan), Temmuz 2002 tarihli Almanca-Türkçe Metin"den alınmıştır. Ancak bazı maddelerde küçük tercüme düzeltmeleri yapılmış ve bazı anayasa maddeleri de yazar tarafından tercüme edilmiştir).

Unrechtsstaat[5] diyebileceğimiz Weimar döneminin tersine, *Rechtsstaat* fikrini geliştirilerek, anayasada bugün ki yerine oturttu. Böylece devlet, vatandaşı adına kalıcı bir adaletin tesisi için, devletin bütün eylemlerini yargıçların yani hukukun denetimine bıraktı. Zira edinilen tecrübeler gösterdi ki, şeklen hukuk devleti olan bir devlet, hukuksuzluğa engel olmak yerine, Hitler döneminde olduğu gibi ona araç olabilmektedir. Bundan dolayı, parlamento komisyonu ana gündem maddesine, böyle bir hukuk sapkınlığının bir daha olmaması için gerekli anayasal önlemleri alır. Biçimsel hukuk devleti postulatına, maddî hukuk devleti ilkesini de ekleyerek, hukuk devletinin suistimalini engeller. Buna bağlı olarak anayasaya, hem devlet kurum ve kuruluşlarının iş ve eylemlerini ve hem de vatandaşları bağlayıcı tedbirler dahil edilir. Kurucu Kurul (Parlamentarischer Rat) bilinçli olarak, anayasanın ilk kısmına (1-19 maddeleri) temel hak ve özgürlüklerini içeren hakları, yani temel hakları yerleştirir. Federal Almanya Cumhuriyeti, en önemli değer olarak taçlandırdığı *insan haysiyetinin dokunulmazlığını*,[6] Federal Anayasanın 1. maddesi olarak anayasaya yerleştirir (Sontheimer 2003, 338).

Alman Anayasanın 20. maddesinin, 3. paragrafında tanımlanan hukuk devleti, mutlak adaletin tesisi, hukukun salt üstünlüğü için başat ilke olarak kabul edilir. Tüm organları ile hukuk devletinin en öncelikli eylemi, adaletin yerleşmesini sağlamaktır. Onu diğer hukuk devletlerinden ayıran temel özellik, devletin bütün kurum ve kuruluşları, eylem ve işlerinde, hukuk temeline dayanmasıdır. Yani devlet gücünün, üç ana erke (*yasama, yürütme, yargı*) ayrılışı ve bunlar arasında ilişkilerin düzenlenmesini hukuk kurumsallaştırmıştır. Hukuk devleti kavramının biçimsel ve maddî olmak üzere, iki ana özelliğini burada zikretmek gerekir (Sontheimer 2003, 339). Biçimsel anlamda hukuk devleti, iktidar gücünün hukuk ve yasalara dayanması ve bütün iş ve eylemlerinin bağımsız yargı tarafından denetlenmesidir. Buna karşılık maddî anlamda hukuk devleti, iktidar gücü zaten adaleti tesisle yükümlü olduğundan, hukuk düzeni devlet yöne-

---

5 Unrechtsstaat: Kanunsuz devlet, hukuk tanımaz veya ceberrut devlet olarak tanımlanabilir.

6 FeAnMad 1/1: İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır.

timine belirli maddî temel talepleri bizzat karşılama mükellefiyetini yüklemesidir (Krywalski 1979, 5).

Hukuk devletinin önde gelen özellikleri: anayasa, erkler ayrılığı, devletin olmadığı bir özel alanının anayasal düzenlemelerle bireyin maddi ve manevi bütünlüğünün sağlanması; bireyin özel alanına kamu gücü tarafından müdahale edilmesi durumunda, onun subjektif haklarını korumada hukukî güvenliğin sağlanması ve yargının bağımsızlığı; devletin çok özel durumlar dışında geriye dönük yasalar yürürlüğe koymamasıdır. Vatandaşın, kabul edilmiş yasalara güveninin sarsılmaması için, değiştirilmesine gerek duyulan yasaların sadece geleceğe dönük yürürlüğe konması. En önemlisi yasaların dilinin açık ve kesinlik ifade etmesi gerekir. Hukuk devleti aynı zamanda sosyal bir devlettir (FeAnMad 28/1) Sosyal hukuk devleti, zayıfların toplumsal yaşam içinde madden ve manen[7] korunmasını, toplum yaşamının temel ilkelerini güven altına almalı ve bütün bunlar sağlanırken, vatandaşın özgürlünün kısıtlanmaması için gerekli yasal tedbirleri almalıdır (Andersen 2003, 536).

Hukuk devleti olmanın en başat koşulu, gücünü doğal ve akılcı hukuktan alan değişmez hukuk normlarına bağlı yazılı bir anayasanın, devletin temel normu olarak belirlemektir. Bu normlar parlamentoyu bağladığından, parlamento anayasa ile tenakuza düşebilecek yasalar çıkarmamakla yükümlüdür. Hukuk düzeninin gereği olarak erkler ayrılığı ***yürütme***nin (=hükümet=*Exekutive*) görevi, hukuk ve kanunlara bağlı olarak, ***yasama***nın (=parlamento= *Legislative*) anayasaya uygun olarak çıkardığı yasaları, kendi alt kurum ve kuruluşları (*Verwaltung*) ile uygulamaya koymaktır. Çağdaş demokrasilerde yasama ayrıca, parlamento çatısı altında bulunan muhalefet partisi veya partileri ile yürütmenin eylemlerini denetler (Horn 2003, 52). Üçüncü anayasal erk olan ***yargı***nın (=mahkemeler= *Judikative*) sorumluluk ve görev alanı ise, bağımsız mahkeme olması yanında, yürütme ve yasamanın iş ve eylemlerinin anayasaya uygunluğunu denetlemektir (Korte 2004, 46).

Hukuk devleti temel hak ve özgürlükleri korur ve bireyin özel alanına asla girmez. Yasama ve yürütme, çoğu zaman vatandaşın özel alanına

---

[7] FeAnMad 1/1: İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.

girmek istediğinde ve ya girme durumunda kaldığında, temel hakları korumada bağımsız mahkemeler birinci derece önem arz etmektedirler. Dolayısıyla hukuk devletinin gelişmesi ancak temel hakları ve mahkemelerin bağımsızlığını anayasal güvenceye bağlamakla sağlanabilir.

Sonuç olarak hukuk devletini şöyle formüle edebiliriz. Hukuk devleti, yürütme, yasama, yargısıyla anayasaya bağlı ve kişilerin temel haklarına, devletin asla müdahil olmadığı bireyin özel alanın hukukî güvenliğin, sağlamış devlettir. Devlet kendisini hukukun doğrudan yaratıcısı olarak görmek yerine, bilâkis hukukun değişmez normlarına uygun olarak uygulanmasını yönetmeyi en başat görev bilir. Devletin amacı kendini korumak yerine, bir bütünlük içinde vatandaşının refah ve huzurunu sağlamaktır. Toplumsal huzuru devlet ancak rasyonel ve doğal hukuka bağlı ve toplumun kabul ettiği anayasal çerçevede kalarak gerçekleştirebilir (Krywalski 1979, 5).

Demokratik hukuk devleti keyfiliği sınırlar. Her insan doğal olarak doğuştan var olan tâbi haklara sahiptir. Bu haklar devletin önünde ve üstündedir. Bu haklarını devlet ona vermez bilâkis devlet bu tâbi hakları güvence altına alır, başat görevlerinden bilir ve korur (Pötzsch 1997, 24). Demokratik hukuk devleti ilkelerinin başında çoğunluğun yönetimi devraldığı ve demokratik meşruiyetten doğan, biçimsel yetkiyi kullanarak, bireyin dokunulmazlık alanına girilmesini hukuk devleti engeller. Biçimsel olarak edinilmiş demokratik yetkiler, azınlıkta kalmış diğer halk ve kişilerin hatta ulusal azınlıkların hukukunu gasp ettirebilir. Demokratik ilkeler gereği karar mercii olarak çoğunluğun kararı prensibi kabul edilmiş olmasına rağmen, demokrasilerde her bir kişiye eşit saygı ilkesi, bütün diğer ilkelerin önündedir. Demokratik meşruiyet, demokrasinin önceliklerinden olan kişi ve azınlığın dokunulmazlıklarına müdahale etmez. Zira insan haysiyeti yukarıda da belirtildiği gibi, Federal Anayasanın birinci maddesi olarak özellikle anayasanın ilk kısma alınmıştır (Zippelius und Würtenberger 2008, 108). Böylece şu yargıya varmak mümkündür. Demokratik meşruiyetini kazanmış olan anayasa ve hukuk devletinin sınırları, birey, azınlık, azınlıkta kalmış halk grupların temel hak ve hürriyetleri, bilhassa özel dokunulmazlık alanları mevzubahis olduğunda sona ermelidir. Bu gelişmeler sonucu bugünkü işlevselliğine kavuşan

hukuk devleti *"Rechtsstaat"* Almanya'da, daha da gelişerek çağdaş sosyal devlet hüviyetine kavuşmuştur. Sonuç olarak Federal Anayasa'nın da 20. maddesinde, "*Federal Almanya Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir Federal cumhuriyettir*" şeklinde ifadesini buldu. Bir sosyal hukuk devleti olarak Federal Almanya Cumhuriyeti, aşağıdaki çizelgede görüldüğü şekilde toplumsal yaşamı düzenlemektedir.



Çizelge/ Abbildung 1
Hukuk Devleti ve Sosyal Devleti / *Rechtstaat und Sozialstaat*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

4.3. ERKLER AYRILIĞI • *GEWALTENTEILUNG*

> "Yasama veya yürütme ruhsatı aynı kişiye veya aynı idareye bağlanırsa, ortada hürriyet diye bir şey kalmaz. […] Yargılama yetkisi, yasama yetkisi ve yürütme yetkisinden ayrılmazsa, ortada yine hürriyet diye bir şey kalmaz".
>
> **Montesquieu: *XI:6* De l'esprit des lois= Yasaların Ruhu Üzerine**

Siyasal düşünce tarihinde e*rkler ayrılığı* kuramı **Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu** (18 Ocak 1689 – 10 Şubat 1755) adıyla özdeşleşmesine rağmen, bu düşüncenin çıkışını Antik Yunan dönemine dayandırmak olasıdır. Montesquieu, 1748 yılında yayımlanan *Yasaların Ruhu (=De l'esprit des lois)* adlı eserinde erkler ayrılığı konseptini temellendirmiştir. İktidarın üç anayasal organ arasında paylaştırılması ve üç anayasa gücünün birbirini karşılıklı olarak denetlemesi, erkler ayrılığı kuramının özünü teşkil etmektedir. Bu şekilde devlet yönetimi bir elde toplanmadığından ve karşılıklı denetim esas alındığından, yönetim yetkileri, yani iktidar gücü doğrudan suistimale kapalı olacaktır. Erkler ayrılığı sisteminde, iktidar üç anayasal kurum arasında paylaşılmakta ve her bir organ ancak kendine bırakılmış alanda fonksiyon icra etmektedir. Günümüz modern ve fonksiyonel devlet anlayışlarında bu egemenlik aynı zamanda periyodik yapılan seçimlerle, halkın yeniden yönetimi belirlemesini sağlamakta, egemenliği teslim ettiği gücü ayrıca denetlemesi sağlanmaktadır. Böylece modern demokrasilerde egemenlik kayıtsız şartsız ve daima seçmende yani halktadır.

4.3.1. TARİHSEL SÜREÇ • *HISTORISCHER RÜCKBLICK*

4.3.1.1. Eflatun ve Aristoteles • *Platon und Aristoteles*

Eflatun ve Aristoteles'e göre "karma anayasa" ile yönetim en iyi devlet biçimidir (Naßmacher 2010, 311). Devlet gücünün kaynağı, Efla-

tun'un[8] Nomoi'sinde (Platon 1991, 692abc, 693bce) ve Aristoteles'in Politik[9]'inde üç ayrı toplum sınıfına aittir: Halk, aristokrasi ve hükümdar (Aristoteles 1996, 1297b-1298b). Karma anayasanın amacı daha etkin ve adaletli bir yönetim biçimi ortaya koymaktır.

Arkadaşı Sokrates'in tanrıtanımazlık iddiası ile idam edilmesi, Eflatun'u var olan siyasal yapıya karşı şüpheye düşürür. Döneminde şehir devlet, beceriksiz yöneticiler yüzünden gitgide güçsüzleşir. Bu durum onu, gelecekteki bütün felsefe okullarına da öncülük edecek olan *Akademi* adlı siyaset okulunu kurmasına neden olur. Onun ideal devletini ancak mükemmel işleyen bir adalet sistemi sağlayabilirdi. Adaletin hüküm sürdüğü böyle bir şehir devletini, ona göre, ancak onurlu insanlar sağlayabilir. Ona göre bu iki temel ilke (adalet ve onur) birbirlerini tamamlamaktadır. Şehir devlet bir zarar görürse, vatandaş da zarar görür. Vatandaş zarar görmüşse bundan şehir devlet aynı şekilde etkilenir (Kuhn 1986, 15-44). Ona göre, iktidar iki ana unsur arasında bölüşülmelidir. Biri aktif görevler üstlenmiş halk parlamentosu, diğeri yürütmeyi üstlenmiş devlet kurumu. Ancak her iki kurum da hem yetkilerini hem de sorumluluklarını yasalardan almalıdır. Kabul edilen yasalar, devlet organlarının nasıl çalışacağını düzenlerken, bireyin hukuksal güvenliğinin sağlanması bir gerekliliktir (Naßmacher 2010, 336). Ancak ideal devlet, filozof hükümdar tarafından da kabul gören yasaların iktidarını (*Nomokratie*) sağlayan devlet şeklidir. Böylece, iktidarın yani hükümdarın yönetsel keyfi uygulamaları engellenmiş olur. Eflatun'un bu karma anayasa kuramı, Aristoteles tarafından geliştirilerek daha sonraki anayasalara ilham kaynağı olmuştur.

Aristoteles, yirmi yıldan daha fazla Eflatun'un Akademisine devam eder ve onun ölümünden sonra kendi okulunu kurar. Kısa zaman zarfında, Eflatun'un akademisi seviyesine erişir. Ancak o, hocası Eflatun'un siyasete endeksli öğretilerinin aksine, insan varlığının her alanını içine

---

8 Nomoi= Yasalar. Platon şarkta Eflatun olarak tanınmaktadır; bkz. Bayraktarlı, İhsan Yılmaz: İslam Felsefesinin Doğuşunda Eflatun-Aristoteles Felsefesinin Etkisi, TYB Akademi, s. 204.

9 Politik= Politika

alan geniş yelpazede bilimsel çalışmaları başlatır (Naßmacher 2010, 336).

Eflatun'un ideal şehir devletinde, birey devlet, birey birey ilişkileri, adaleti sağlayan yürürlükteki yasa ve kurallara dayandırılırken, Aristoteles, yasaları ve iktidarın çalışmalarını gerçek deneyim ve gözlemlere dayandırmaktadır. İdealizmi, hakikati (*Wirklichkeit*) önceleyen Eflatun'un normatif düşüncelerine karşın Aristoteles düşüncelerini analitik yönteme ve akla dayandırarak bir sonuca ulaşır (Noack 1978, 32). Ancak Aristoteles'in hocasının düşüncelerini eleştirdiği durumlarda dahi, görüşlerini birçok konuda Eflatun'un kavramlarına dayandırdığı görülür (Zippelius 1994, 35).

Aristoteles'e göre bilim, hangi norm daha iyi ve yasalarda hangi ayrıntı nasıl düzenlenmesi gerektiğini en iyi bilendir. Ona göre anayasa, iktidarın devleti nasıl yöneteceğini tanzim eder ve aynı zamanda şehir devletin hedeflerini ve hükümdarın kim olacağını belirler (Weber-Schäfer 1969, 121). Aristoteles'in egemen devlet yapısı yukarıda bahsi geçtiği gibi, üç ana fonksiyonel unsurdan oluşmaktadır. Yasaların belirlediği bu üç ana anaysa organı; hükümdarlık, aristokrasi ve halktır. Böylece, hükümdar yürütme fonksiyonunu, aristokrasi yaşama ve bürokrasi fonksiyonunu icra ederken halk da kendisini temsil eden meclisi seçer. Ancak Aristoteles'in bu kuramında henüz, bu güçlerin birbirlerini denetleme düşüncesi ve iktidar gücünü sınırlama ilkesi mevcut değildir (Horn 2003, 52). Devlet güçlerinin birbirlerini karşılıklı denetleme formülü ancak, Polybios'un karma Roma Anayasa Kuramında olgunlaşır (Horn 2003, 66). Onun bu erkler ayrılığı kuramı, modern erkler ayrılığı kuramının ilk basit örneğidir. O, farklı toplumsal sınıfların iktidarı paylaşmalarının iktidar gücünü azaltacağından, daha iyi bir yönetim sergileneceğini savunmaktadır. Aristoteles'e göre iktidara, üç toplumsal sınıfın dahil edilmesi, şehir devlette ayrıca siyasal istikrarın da teminatıdır (Aristoteles 1996, 1298a, 1299a). Aristoteles, anayasanın korunmasında ve kalıcı olmasını sağlamada, birçok pratik ve basit çözümler de önermektedir. Bunlar var olan faziletli davranışlar ve şehir devlette halihazırda geçerli kurallardı: İktidarın halkla iyi geçinmesi, iktidar süresinin kısa olması; iktidar gücünün erkler arasında bölüşülmesi, yasalara düşmanca tavırlar

konusunda uyanık olunması, alınan vergilerin devlet giderlerine uyarlanmasında sıkça denetimden geçirilmesi, zenginlere ölçülü yüklenilmeli, fakirlere yardım edilmeli, en önemelisi de yolsuzluk ve suistimallere karşı akil insanlardan oluşan bir kurumun oluşturulmasıdır (Aristoteles 1996, 1307b-1308b). Aristoteles anayasanın uzun ömürlü ve kalıcılığını sağlamanın koşulunu, bireyin, yani vatandaşın orta ölçekte veya en azından yeterli malvarlığına sahip olmasına bağlar (Aristoteles 1996, 1296a).

Sparta Anayasası hem Eflatun hem de Aristoteles tarafından, monarşi, oligarşi ve halkın egemen olduğu karma anayasa olarak yorumlandı. Sparta karma anayasasının üç unsuru arasındaki denetimli yönetime dikkat çeken Eflatun ve Aristoteles, âdeta günümüz modern anayasalarındaki denetim ve fren (*check and balances)* sistemine işaret etmişlerdir (Vorländer 2009, 25). Bu kavram modern anayasalarda etkin erkler ayrılığı ve dolaysıyle kurumlar arası güç ve yetkileri karşılıklı denetleme mekanizmasıdır. Yani *yasama, yürütme* ve *yargı*dan her biri gücünü ve meşruiyetini anayasadan almakta, özgün ve bağımsız birer kurum olarak iktidar gücünü paylaşmaktadır. Anayasal birer kurum olan bu devlet erkleri, iktidar gücünü, yetki alanlarında suistimal etmemeleri için karşılıklı denetim mekanizmaları geliştirilmiştir.

4.3.1.2. Polybios

Eflatun ve Aristoteles gibi Polybios da karma anayasa kuramını *(Mischverfassung)* çalışırken, aslında, demokratik çağdaş devlet anlayışının yani *check and balances* uygulamasına işaret eder. Roma Cumhuriyeti'nin yarım yüzyıl gibi kısa bir zaman zarfında dünyaya hükmedecek güce, nasıl ulaştığının sırlarını keşfetmek için, Polybios öncelikle Sparta, Girit, Mantinia, Kartaca gibi geçmiş bütün anayasaları inceler. Paradigmayı değiştirmek ve daha iyi bir anayasa modeli bulmak adına Roma Cumhuriyeti'ne yönelir (Vorländer 2009, 27) O, Roma Cumhuriyeti'nin bu hızlı yükselmesinin nedenini, anayasasının özellikleri ile ilişkilendirir. Roma Anayasa'sı gelişmelere açık, uygulamalarda değişmez ve aynı zamanda devletin güçlü ve zayıf olduğu dönemlerde de yol gösterici bir özelliğe sahipti (Vorländer 2009, 26). Çalışmalarını bu yönde yoğunlaştıran

Yunan asıllı tarihçi Polybios'un ana hedefi, Roma Cumhuriyeti'ni Akdeniz havzasına egemen güç yapan şeyin ne olduğunu tesbit edip, kendi anavatanı Yunanistan'a, örnek göstermekti (Welwei 2002, 28).

Polybios, Roma Cumhuriyeti'nin devlet düzenini (*res publika*) yakından inceler (Rosen 2008, 105).[10] Çalışmalarında, Roma Anayasasının işlevsel ve çağdaş anayasaların ilk örnek olduğuna dair işaretlerin var olduğu çeşitli kaynaklarda konu edilir. Ancak bugünün modern anayasası olarak ifade edeceğimiz bulgulara işraret ettiğine dair genel iddia ve kanılara karşın, Roma Cumhuriyet'inde Polybios'un anlattığı şekilde işlevsel bir anayasadan bahsetmek doğru olmaz (Vorländer 2009, 28). Zira Roma Cumhuriyetinin yönetim sistemi aslında, geleneksel ve çeşitli evrimler sürecinden geçtikten sonra pratik deneyimlere dayanan kurallar ve kurumlardır (*mos maiorum*). Elbette Roma Devleti'nin yasaları vardı, ancak halk meclisinin (*concilia plebis* sonraları *Populus Romanus* vb. kurumların) yapıp yürürlüğe koyduğu yasalar olmasına rağmen, devletin en merkezi ve yetkili kurumu olan Senato[11] *(senatus)* uygulamada hiçbir resmî kurala, yani yasaya tabi değildi. Konunun birinci dereceden kaynağı öncelikle Polybios'tur. Polybios, günümüze sadece fragmanları ulaşan VI. Kitab'ında (Rosen 2008, 106), Roma Cumhuriyeti'nin Karma Anayasasının işlevselliğine genişçe yer vermiştir. Modern anayasalarda yetki ve sınırları belirlenmiş anayasal erkler ile kıyaslanınca, onun erkler arasındaki ilişkiler hakkında yazdıkları hatalı ve noksandı. Zaten Roma Cumhuriyeti'nin daha sonraki dönemlerde zayıflaması, Senatonun pratikte tek hakim güç olması, Plybios'u, Roma Anayasa'sı hakkındaki düşüncelerinden vazgeçirmemişti (Rosen 2008, 109). Zira, sadece elitler-

---

[10] Yunan asıllı ve tarihci olan Polybios M.Ö. 200 yıllarında Arkatya'nın Megapolis kentinde dogdu. Kırk ciltlik tarih kitabını yazmadan önce Yunanistanda, aktif olarak siyasal hayatın içinde idi. M.Ö. 169 yıllarında ülkesinin Roma'ya karşı kaybettiği savaşta, Romalılar tarafından alınan 1000 tutsaktan biri, başka deyimle Roma karşıtı biri olarak Roma'ya getirilir. O, bir kaza sonucu M.Ö. 120' de öldü.

[11] Senato, krallık dönemi sonrası (M.Ö. 753-510), cumhuriyetle birlikte kanun koyucu (*Gesetzgeber*) ve hükümet (Exekutive) fonksiyonunu üstlendi. Roma'nın önemli ve en uzun ömürlü kurumu olan senato, Magistrate (Magistratus=Exekutive) üyeleri bir yıllığına seçilmektedir. Senato'nun üye sayısı tarih sürecinde 300 ile 1000 arasında değişmiştir (Bleicken 1995, 86)

den oluşan Senato, gerçekte Roma Cumhuriyetinin (*res publica)* her şeyi idi. Yukarıda kısaca değinildiği gibi, gücünü yazılı resmî yasalardan almayan Senato'nun otoritesini *(auctoritas)* hiçbir Romalının, özellikle de Polybios hayatta iken, sorgulaması mümkün değildi (Bleiken 1995, 91) Yeni araştırmalar ışığında anlaşılan o ki, Polybios senatonun gücünün farkında olmasına rağmen, Roma Cumhuriyeti Anayasası'na getirdiği olumlu eleştirilere ve kendi erkler ayrımı kuramına ters düşmek istememiştir.

Senatonun bilinen gücüne rağmen, Polybios'un erklerarası ayrımında Monark (*Konsuln*), Senato (A*ristokratie*), sadece danışma niteliği olan halk meclisi (*concilia plebis = Legislative = yasama organı)* ve hükümet *(magistrate= exekutive = yürütme organı)* eşdeğer veya eş yetkili erkler olarak sınıflandırılmaktadır (Rosen 2008, 109,110). Ancak Roma'nın, MÖ. 146'da Korinth ve Kartaca'yı haksız işgali, Roma aristokrasisinin hızlı zenginleşmesinden sonra ahlâki çöküntüsü, fakirleşen çiftçi sınıfı vb. gelişmelerden sonra, Polybios, ana tezini revize etmek durumunda kalmıştır. Düşüncelerinde yaptığı yenilenmeye göre, Roma Anayasası iyi anayasalar yörüngesinden çıkmıştır. Zira artık bu anayasa üç iyi anayasa normuna uymamaktadır. Bir başka görüşe göre ise Polybios, Anakyklosis'in devridaim yapan anayasalar kuramına bağlıydı ve Roma Anayasası'nın sonsuza kadar yaşayacağına asla inanmamıştı (Rosen 2008, 108).

Polybios, devridaim yapan yedi farklı anayasadan söz ederken, bu anayasaların belirli bir ilke ve zaman eksenine bağlı devridaim yaptığını kabul etmektedir. Devlet sistemleri bu sıraya göre yükselir ve yıkılır. Bu durum hep böyle sürüp gider. Polybios, meşru ve iyi olan anayasalar ile karşıtı olarak değerlendirdiği anayasaları ve devridaim yapan yönetim sistemlerini şöyle sıralar: (Riklin 2006, 73).

Monarşi (*Monarchie*) → Tiranlık (T*yrannis*),
Aristokrasi (*Aristokrati*e)→oligarşi (*Oligarschie*),
Demokrasi (Demokratie)→ ohlokrasi (*Ochlokratie*)[12]

Polybios'a göre, iyi yönetim sistemini tiranlığa götüren devridaimi iyi iktidar sisteminde durdurmanın yolu karma anayasadır. Yani iktidar gücünün eşit erkler arasında bölünmesidir (Rosen 2008, 109). Polybios, bahsettiği duruma örnek olarak Sparta ve Roma anayasalarını gösterir. Sparta devletinin dünya gücü olamamasını, Sparta Anayasası'nın kabul edildiği günki gibi kalmasına ve gelişmelere de açık olmamasına bağlar. Buna karşın Roma Anayasası, Roma'yı dünya gücü yapacak gelişim ve değişimlere açık olduğundan, Polybios Roma Anayasasını iyi bir anayasa olarak kabul eder. Yani Polybios'a göre Roma Cumhuriyetini dünya gücü yapan ana faktör, Roma Anayasası'dır (Polybios VI. 48-50). Bu konuda gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus da şudur, Polybios iktidarın güce dayalı başarılarına büyük önem atfetmektedir. Polybios devletin nihai hedefinin dünya hâkimiyetini güvence altına almak olmalıdır derken, Aristoteles insanın mutluluğudur, sonucunu kabul etmektedir.

Sonuç olarak Polybios tarafından temellendirilen üçlü karma anayasa sayesinde, halk ile soylular ve devlet kurumları arasında denge kurularak, adaletli bir yönetim sağlanmış oluyordu. Onun ideal anayasa olarak takdim ettiği Roma Karma Anayasa'sı hakkındaki görüşleri, çeşitli kesimler tarafından eleştirilse de, bir model olarak olumlu etkileri bilinmektedir. İktidar gücünü erkler ayrılığı kuramı ile zayıflatma, sosyal yaşamda denge, devlet kurumlarının denetlenmesi bunlardan bazılarıdır. Cumhuriyetçi düşünce ve onun tarihsel süreç içindeki kazanımları on sekiz yüzyıl üzerinde bir zaman sonra uygulanabilir anayasal model olan erkler ayrılığı

---

[12] Ohlokrati, kavramı Plybios' un siyaset bilimine kazandırdığı bir kavramdır. Polybios ohlokrati ile, hırs ve kendi çıkarını ön planda tutan avam sınıfının iktidarını kastetmektedir. Ancak bu düşünce Antik Yunan'da Eflatun'a ve Aristoteles'e kadar dayanır. Eflatun demokrasinin işlevsel halini kaybetmiş seklinden bahsederken "kötü demokrasi" kavramını kullanmıştır. Daha sonra Aristoteles Politei'sinde kütü demokrasiden bahsederken aynı yönetim sisteminden bahsetti. Polybios'un bu kavramı günümüz sistemlerinde yer almamaktadır.

veya denetimli erklere dayanan demokratik bir yönetim sisteminin kurulmasına öncülük etmiştir.

4.3.1.3. Cicero

Polybios'un karma anayasası, Marcus Tullius Cicero'ya göre de Roma Cumhuriyeti (MÖ106-43) için en iyi devlet şeklidir. Cicero, Roma'yı yeniden yapılandırıp, çöküşten kurtarmanın yolunun iyi yasalardan geçtiğini savunmaktadır. Ancak, bir Roma cumhuriyetçisi olan Cicero'ya, Ceasar ve Oktavian döneminde yer olamayacağından, bir suikastla öldürülür (Riklin 2006, 83). O, iki büyük eseri olan "Devlet Üstüne" *(De re publica)* ve "Yasalar Üzerine"yi *(De legibus)* yaşamının son dönemlerinde Roma'yı kurtarmak için kaleme almıştı. Bu eserlerinden ancak bir kısım fragmanlar günümüze ulaşabilmiştir. Onun temel hedefi, Roma Cumhuriyeti'nin ideal bir devlet olmasını sağlamak ve Roma halkı için en iyi yasaları yapmaktır (Rosen 2008, 120). Onun karma anayasa kuramı, Devlet Üstüne eserinin birinci ve ikinci kitabında öncelikle konu edilmiştir. Polybios'un siyasal düşüncesinin baskın olduğu devlet tanımını Cicero, kitabının ilk kısmına yerleştirmiştir (Riklin 2006, 84). Ona göre, zaten bir karma anayasaya sahip olan Roma Cumhuriyeti'nin yönetiminde, vatandaşların yetenekleri esas alınmış ve meclis üzerinden kararlara katılımları sağlanmıştır. Cicero, sınıflar arası siyasal rekabet yerine, yeteneklerin birbirini tamamlaması temeline dayanan bir yönetimin, vatandaşların temel hak ve hukuk güvenliğini sağlayacağına ve adaletin tesisinde daha etkin olacağına işaret eder (Cicero 1988, 48-52).

"Es ist also der Staat, die 'völkische Sache', die Sache des Volkes (res publica res populi); ein Volk aber ist nicht jede auf irgendeine Weise zusammengescharte Ansammlung von Menschen, sondern die Ansammlung einer Menge, die sich auf Grund der Anerkennung einer Rechtsordnung (iuris consensus) *der Gemeinsamkeit des Nutzens (utilitatis communio) zusammengeschlossen hat"* (Cicero 1988, I:25,39).

Cicero'nun yukarıdaki tanımına göre, devleti kendi iradeleri ile bir araya gelen halk kurar. Ancak bu insanlar tesadüfen halkı oluşturmazlar, bilâkis halk ortak bir hukuk düzeni ve ortak çıkarları tanıyan insan topluluğudur. Bu tanıma göre hukuk ve ortak çıkar halka ait bir *şey*dir. Uzun

bir süreçte, maddî ve manevî koşullara bağlı olarak bu "*şey"*i yaşayarak gerçekleştirmek, hem teoride ve hem de gerçekte bağımsız bir bütünü oluşturur, bu oluşum devlettir (*res public).*

Roma'nın siyasal gerçeklerini göz önünde tutan Cicero'ya göre, en iyi *karma anayasa* Roma Cumhuriyeti Anayasası'dır (Cicero 1988, I:46,70). Eseri *De republica*'nın birinci kitabında, iyi bir devletin nasıl olacağını anlattıktan sonra, ikinci kitabında da Roma Cumhuriyeti'nin kuruluşunu, yükselişini ve yükseliş döneminde devlet gücünün doruğa ulaşmasını anlatmaktadır (Cicero 1988, II:3). O, aynı şekilde, yüksek adaletin tesisi ve devletin bekâsının ancak harmonik bir ortamın oluşturulması ile mümkün olabileceğini vurgulamaktadır. İyi bir yönetimin hedefi, yönetim gücünü korumak değil, adaletin tesisi ve yaşatılmasını sağlamak olmalıdır (Cicero 1988, II: 44, 70). Cicero, devlet gücünün genişletilmesi, zenginliğin artırılması imparatorluğun genişletilmesinin pozitif politikanın gereği olarak ve bir takım adaletsizlikler olmadan gerçekleşmeyeceği tezlerine şiddetle karşı çıkmaktadır (Cicero 1988, III: 5, 33). Ona göre mutlak olan doğal yasalar, insanlar gibi güç odaklarını da bağlar. İktidar gücü ahlâk normlarına uymak mecburiyetindedir. Devlet, hukuk, iktidar gücü ve ahlâk normları bir bütünün parçalarıdır diyen Cicero, aslında Aristoteles'in fikir ve kavramlarını yeniden yorumlamaktadır (Riklin 2006, 87). Karma bir anayasadan hareketle Cicero, ahlâk normlarının kurumları ve kurumları yönetenleri bağladığını vurgulamaktadır (Cicero 1988, IV:3). Cicero *De legibus* eserinin üçüncü kitabında, Roma Cumhuriyeti'nin devlet kurumlarını derinlemesine ve ayrıntılı bir şekilde inceler. Burada Cicero, Eflatun ve Aristoteles gibi, yasaların hakim olması ilkesinin altını çizer. Cicero'ya göre yasalar; yasaları yapan ve yasaların konuşan yüzü olan *magistraten*'in üzerindedir. Ancak Cicero, yasaların üzerinde de halk vardır demektedir (Cicero 1988, III: 2).

Cicero da Polybios gibi devleti aynı şekilde, üç iyi, üç kötü devlet yönetim şekline ve Yunan gerçeğine uygun sıralamasına katılır: Monarşi, aristokrasi, demokrasi ve karşıtları ohlokrasi, oligarşi, tiranlık (Rosen 2008, 123). O aynı zamanda doğal hukuk gereği olarak *devridaim* yapan bu devlet yönetimlerini de eserinin birçok yerinde konu eder (Cicero

1988, I:29,45; II:25,45). Tam da bu tâbi *devridaimi* kestirmek (Cicero 1988, II:25,45) ve devletin gidişatına el koyup, yönetime sımsıkı sarılarak, devleti batmaktan kurtarmak büyük ve akıllı bir devlet adamının en başta gelen görevi olmalı, demektedir (Riklin 2006, 84). Örnek devlet adamının özelliklerini de belirleyen Cicero, yöneticinin vatandaşını sadece korku yerine, hukuksuzluktan utanma hissini de vererek yetiştirmesi gerektiğini belirtmektedir (Cicero 1988, I:3,5,6). Yönetimin en önde gelen hedefi, vatandaşına mutlu bir yaşam hazırlamak için maddî refah, erdemlilik ve saygınlığı (*respekt*) da içinde barındıran bir konsepti gerçekleştirmektir. Ancak bunları yapacak yöneticinin kendisi de, erdem sahibi, çalışkan, ruh zenginliğine sahip, cesur, iyi kalpli ve ölümden korkmayan biri olmalıdır (Cicero 1988, I:5,9). Sadece böyle bir yönetici, Roma'yı bulunduğu yıkımdan kurtarabilir (Rosen 2008, 125).

Cicero, iç savaşlar döneminde Roma Cumhuriyeti'ni kurtarmak için MÖ 49'da yapmış olduğu başarısız barış çalışmalarından edindiği kazanımlara dayanarak, istediği başarıya kısmen de olsa ulaşabilmesi durumunda, hiç olmazsa cumhuriyetin bir kısmının kurtarılabileceğini, daha 44 yılında tespit eder (Bringmann 2002, 117). Çünkü Cicero için, iç savaş, sürgünler, yasaklar ve senatonun yetkilerini kaldıran Ceasar'ın otokratik yönetimi, işleyen eski düzenin yok olması anlamına gelmektedir. Cicero'ya göre, hukuk düzenini, barışı ve bilhassa vatandaşının yaşamını ve özel mülk güvenliğini sağlayamayan bir devlet, devlet olma özelliğini kaybetmiştir (Cicero 1988, I:2,2;15). İç savaşın çıkış nedenlerini Cicero, hukuk düzeninin askıya alınmasına, yaşam ve mülkiyet hakkının korunmamasına bağladığından, iç savaş galibi ve cumhuriyet döneminin son diktatörü **Lucius Cornelius Sulla Felix**'in sürgünlerini, yasa tanımazlığını, keyfiliğini *(Willkürherschaft)* ve Ceasar'ın iç savaşta düşmanlarının mülklerine el koymasını, gelecekte çıkacak iç savaşların atılan tohumları olarak görmektedir (Bringmann 2002, 117).

İç savaş sonrası Gaius Julius Ceasar döneminde cumhuriyetin güçlü organı Senato'nun yetkilerinin Ceasar hükümetine devri ile diktatoryal dönem başlamış oldu. Seçimle gelen Roma Cumhuriyeti'nin en üst kurumu Senato (*Magistraten*) ve Halk Meclisine *(concilia plebis* sonraları *Populus Romanus)* dayanan devlet "*res republica"* askıya alınır

(Bringmann 2002, 118). Ceasar ve Pompeius arasındaki iç savaş (MÖ 49-48) ve sonrasında MÖ 51'de yayımlanan Devlet Üstüne *(De re publica)* eseri, Cicero'da ülkenin kurtuluşu için ikinci defa bir fırsat olabileceği düşüncesini doğurur. Ancak Ceasar'ın diktatoryal yönetimine geçen Roma, çeşitli komplolar sonucu Ceasar'ın da sonunu getirir. Bu dönemden sonra Roma Cumhuriyeti'nin kuruluşundan beri, devletin en uzun ömürlü ve en etkili kurumu *senato* yani *yasama organı* gerçekte bir daha eski fonksiyon ve gücüne erişemez.

4.3.1.4. John Locke

İngiltere ve Amerika'nın kuruluş felsefesi ile[13] (Zippelius 1994, 122) Fransız devrimlerinin temelini oluşturan (Doehring 1991, 161) ve on sekizinci yüzyılın Doğal Hukuk Okulu mensuplarından olan **John Locke** (1632-1704), devlet gücünün erklere ayrılması kuramını, sadece kendi mantık ve muhakeme kabiliyeti ile değil, İngiltere'de o zaman mevcut durumu ve İngiliz siyasal kurumlarının işleyişini göz önünde tutarak tasarlar. Devlet yönetimlerinde yetkinin kötüye kullanılabileceği kaygısı, Polybios'ta da görüldüğü gibi, devlet gücünün erklere ayrılması kuramını getirdi. İngiltere'de ise yönetimin erklere ayrılması kuramı, gerçekte yaşanılan deneyimlere dayanır. İngiltere Kralı II. James'in yasa tanımazlığı ve yargı organlarına müdahalesinden dolayı parlamento kralı, 1688'de halkın tepkisine dayanarak iktidardan uzaklaştırdı. Bu yıllardan sonra Locke "Yönetim Üzerine İki İnceleme" (*Two Treatises of Government)* adlı eserini bu konuya vakfeder. Yönetime ve kurumlara güven ve güvensizlik motifleri üzerine kurulan bu çalışmasında Locke, (Zippelius 1994, 123) önce yönetimi iki ana erke ayırır: Yasama (*Legislative*) ve yürütme (*Exekutive*). Buna göre halk, *yasama* erkini, seçtiği temsilcilere bırakırken, herhangi bir suistimalde bu temsili yetkiyi geri alma hakkına sahipti. Kutsanmış yasama erki altında olan ikinci erk, kralın yetki alanı olan *yü-*

---

[13] Virginia İnsan Hakları Bildirisi *"Bill of Rights of Virginia 1776"* Madde 1: Tüm insanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdırlar. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı hakları vardır; siyasal bir topluluk kurdukları zaman, hiçbir antlaşmayla gelecek nesilleri bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar; yaşama ve özgürlük haklarıyla, mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma imkanı da bunların arasındadır.

rütme erkidir. Yürütme, federatif ve prerogatif (hükümdara mahsus) yetki olarak iki ayrı erke ayrılır. Federatif yetki, yönetimin dış işlerini yürüten organı, prerogatif yetki ise toplumun menfaati konu olunca yasal temele dayanmasa da, kralın kullanabileceği yetkidir (Mols 2006, 180).

John Locke'un siyasal kuramını konu eden tartışmalar, günümüzde de güncelliğini koruyarak devem etmektedir. Onun siyasal yönetimin özellikleri konusundaki tezinin özü, iktidar gücünün, yasalara dayandırılarak kısıtlanması, birey dokunulmazlığının ve özel alanının hukuk zemininde güvence altına alınması kuramı bugün bile önemini korumaktadır. O, Mülkiyet (*Property*) kavramına üst düzey önem atfedip, özel mülkiyeti siyasal görüşünün merkezine oturtmuştur (Locke 1967, II:6,31-87,123). Muhtemel ve tarihsel gelişmelerin neticesinde, doğal olarak siyasal toplumlar oluşur. Bu siyasal toplumlardan her birinin iki ana ilkesi var; *toplumsal anlaşma* ve *hukuk düzeni*. Bunlardan biri yönetim tarafından suistimal edilirse, yönetim doğrudan halkın tepkisini çeker.

Locke'un en önde gelen fikri, ülkesinin belirlenmiş normlar çerçevesinde, barış içinde hür insanların yaşamasının mümkün olduğu bir devlet yapısıdır. Toplum ve birey onun, *toplum sözleşmes*inin iki ana unsurudur (Locke 1967, II:134). Zira insanlık yaratılmış düzenin bir parçası olduğundan korunmalıdır. Ona göre iktidarın gücünün en uç sınırı, "*toplum menfaatının zedeleneceği yerde"*son bulur. Devlet asla vatandaşlarını yok etmek, köleleştirmek veya kasten soymak hakkına sahip değildir. Doğal hukuka aykırı olarak, hiç bir sunî tedbir iyi veya geçerli olamaz. Aksi durumda devlet gücü zaten *doğal hukuk* ile tenakuz göstereceğinden, Tanrı isteği ile uyuşmaz (Locke 1967, II:6,135). Devlet *"Government of laws not of men"*, insana değil hukuka dayanmalıdır. Locke'un *yasama* ve *yürütme* kuramı, Montesquieu'nün konuyla alakalı kuramıyla karşılaştırıldığında, Locke'un devlet kuramının daha az gelişmiş olduğu söylenebilir.

4.3.1.5. Montesquieu

> "Demokrasilerde halk, sanki her istediğini yapıyormuş gibi görünür. Ama siyasal özgürlük her istediğini yapmak demek değildir. Yasaları olan bir devlette ve bir toplumda, özgürlük ancak insanın yapabileceği şeyi yapması, yapmak istemediği şeyleri de yapmaya zorlanmadığında var olur."
>
> **Yasaların Ruhu Üzerine, 1748, 11. Kitap, 3. Bölüm**

Montesquieu, çeşitli devletlerin siyasal kurumlarını inceleyerek, parça parça yaptığı tetkiklerden ayrıntılı ve bütünsel sonuçlar çıkarmaya çalışır. O, İngiltere'ye yaptığı iki yıllık araştırma seyahatinden sonra, siyasal düşüncelerine İngiliz John Locke'un erklerin denetlenmesi ilkesini katar. Günümüz demokrasilerinin vazgeçilmez ilkesi olarak kabul edilen *erkler ayrılığı* ilkesi Montesquieu'nün kuramıdır. Montesquieu'ye göre; *"Siyasal özgürlük ancak, liberal devletlerde mümkündür. Ancak, liberal devletlerde de özgürlük, iktidar gücü suistimal edilmezse vardır. Bir güç, karşısında kendi cinsinden başka bir güce rastlamadıkça dolu dizgin gider. Zira ezeli bir tecrübe ile sabittir ki, güç sahibi herkes onu kötüye kullanmaya meyledebilir. Gücü suistimal, önüne bir engel çıkana kadar devam eder gider. Faziletin bile sınırlanmasının gerekliliğini, kim düşünebilirdi."* (Montesquieu 1951, XI 4). Lord Acton da âdeta Montesquieu'yü desteklercesine "*Güç felakete meylettirir. Mutlak güç ise mutlak felakettir*" demiştir (Eschenburg 1962, 234)[14] Özellikle 20. yüzyıl boyunca yaşananlar Montesquieu'yu haklı çıkarmasına rağmen, yaşanacakları bilemeyen, sadece insanlık tarihinden edindiği intiba ile, faziletin de güç sahibi faziletli insanlar için tehlikeli olacağını söyleyen Montesquieu, faziletin de sınırlanması gerekliliğini söyler. Faziletli insanlara güvenin de suistimali engellemediği tecrübesini tesbit eden Montesquieu, devletin birbirini denetleyen üç ana güce ayrılarak organize

[14] Bu tespit, İngiliz tarihçi Lord Acton'a aittir (1834-1902). Theodor Eschenburg'un Staat und Gesellschaft in Deutschland, s. 234'den naklen.

edilmesi düşüncesini kuramlaştırır (Zippelius 1994, 124). Montesquieu düşüncesine devlet temelinde bağlı kalarak, kendi siyasal gereksinmelerine göre, *erkler ayrılığı* kuramını şekillendirir. Montesquieu'nün insanlar hakkında vardığı kuşkucu düşünce sonucu ortaya koyduğu erkler ayrılığı kuramı, çeşitli devletlerde değişik yorumlarla uygulanır. Dolayısıyla ABD'de uygulanan erkler ayrılığı sistemi, örneğin Almanya ve İngiltere ile aynı özellileri taşımaz (Mols 2006, 181).

Montesquieu'nün erkler ayrılığı kuramında, siyasal yapının aktif iki ana erkinin *yasama ve yürütme* olduğu anlaşılır. Montequieu'de *yargı* erki yasama organı altında periyodik olarak işlev gören, ancak siyaset kurumuna bağlı olmayan bir kurumdur. Montesquieu'nun bu kuramı, iktidar gücünün suistimal edilmesi ihtimalini sınırlandırır, birey dokunulmazlığını anayasal güvence altında tutar ve aynı kurumların birbirlerini denetlemesi ilkesinin zorunlu olduğunu savunur (Doehring 1984, 198). Montesquieu eşitlik ilkesi üzerinden, yasama (*Legislative*), yürütme (*Exekutive*) ve yasamaya bağlı yargı (*Judikative*) olarak devleti temelde üç ana kuruma ayırır. Buna göre, yasama erki, soylular ile halka ait, yürütme ise kralın elindedir. Kral, yasama organı ile belirli oranda yasa yapmaya yetkili olmasına rağmen, yasa teklifi yapma ve yasayı kabul etme konularında herhangi bir yetkisi yoktur. Yürütme, iç, dış ve güvenlik fonksiyonunu icra eder (Riklin 2006, 276). Yargı erki, o zaman sürecinde süreklilik arz etmeyen bir kurum olarak belirlenmişti (Mols 2006, 180). İhtiyaç halinde yasama altında işlev gören yargı erki, kişiler arasında vuku bulan anlaşmazlıklara hakemlik etmek ve suçluları cezalandırmakla görevlidir (Riklin 2006, 273). Aşağıdaki çizelgede Montesquieu'nun erkler ayrılığı kuramı daha açık görülmektedir (Riklin 2006, 276).

Güçler Toplumsal Güçler	**Yasama Legislative**	**Yürütme Exekutive**	**Yargı Judikative**
Halk/Seçmen	Parlamento Halk Kanadı	Parlamento Halk Kanadı	Parlamento Halk Kanadı Halk Mahkemeleri
Soylular	Parlamento Soylular Kanadı	Parlamento Soylular Kanadı	Parlamento Soylular Kanadı Soylular Mahkemeleri
Kral	Kral	Kral ve Bakanlar	--

Çizelge/Abbildung 2
Montesquieu'nün Erkler Ayrılığı Kurama/ *Gewaltenteilung nach Montesquieu*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı. Benzer çizelge için bakınız Alois Riklin, (2006), S: 276

Yasa yapma fonksiyonunu icra eden yasama erkinin, serbest seçimlerle halk tarafından seçilmesi gerekir (Naßmacher 2010, 367). Locke'dan farklı olarak Montesquieu, yürütmeden bağımsız bir yargı kurumunun gerekliliğini ön plana çıkararak önemli bir değişikliğin altını çizer. Mahkemeler bağımsız olmalı, yasalara uygun karar vermeli ve keyfî karar vermemelidirler. Kral yasamanın üstündedir ve veto hakkına sahiptir. Yasama yasaların yürütülmesini denetler. Montesquieu hayatta iken, *yasama, yürütme, yargı* erkleri ayrılığı kuramı Fransa Cumhuriyeti devlet yönetiminde, etkin kurumlar olarak uygulamaya konmuştu. Montesquieu'ün erkler ayrılığı kuramı 19. yüzyılda önemli bir ilke olarak Almanya'nın anayasal hukukunu da etkilemiştir (Naßmacher 2010, 367). Montesquieu kuramının çağdaş demokrasilerde yaygınlaşması ve gelişti-

rilmesinin ana nedeni denebilecek husus, kuramın temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olmasıdır (Becker 2007, 76).

Montesquieu'ye göre yasama ile yürütme bir elde olursa ve yargı erki yasama yürütmeden ayrılmamışsa, özgürlükten söz edilemez (Montesquieu 1951, XI 6). Yasalar ülkenin doğasına uygun olmalıdır. Ülkenin, soğuk sıcak iklimi, topraklarının verimliliği, coğrafi konumu ve büyüklüğü yanında, halkının yaşam tarzı, yani çiftçi, avcı, çoban her biri özgür sınıflar mertebesinde olan halkın durumu da yönetim şeklini etkiler. Bundan dolayı vatandaşın dini, eğilimleri, zenginlikleri, sayıları, ticaretleri, gelenek ve görenekleri anayasal güvence altında olmalıdır (Montesquieu 1951, I 3). Doğal olarak, halkın ruh yapısı ve gelenek görenekleri ile hukuku arasında derin ilişkiler vardır. "*İnsanları çeşitli şeyler etkisi altına alır: iklim, din, yasalar, devletin temel kuralları, tarihsel şahsiyetler, gelenek görenekler. İşte bunlar halkın ruh yapısını oluşturur."* (Montesquieu 1951, XIX 4). Yasama, yasaların yapımında halkın bu haleti ruhiyesini önemsemek zorundadır. Diğer taraftan yürütme, bu temel esaslar ile tenakuza düşerse, doğal ve özgür iradeye karşı gelmiş olur (Montesquieu 1951, XIX 5).

Montesquieu'ye göre devlet şekilleri de, halkın ruh haline, ülkenin büyüklüğüne ve doğasına bağlıdır. Küçük ülkelerde cumhuriyet daha iyi işlerken, büyük ülkeler enerjik rejimlere ihtiyaç duymaktadır. Böyle ülkelerin çoğunda, örneğin Asya devletlerinde, despot rejimler bu yüzden iktidara gelmektedirler (Zippelius 1994, 126).

Montesquieu'nün erkler ayrılığı kuramını içselleştiren günümüz demokrasileri, bu düşünceyi daha da geliştirerek bugünün demokrasilerinin vazgeçilmez anayasal organlarını oluşturmuşlardır. Bu bağlamda Montesquieu'nün erkler ayrılığı ilkesi tam anlamıyla ilk defa yazılı bir anayasa olarak 1787 tarihli Amerikan Anayasası'nda ifadesini bulmuştur (Doehring 1991, 161). Daha sonra on dokuzuncu ve yirminci yüzyıllarda diğer ülkelere de yayılmıştır.

Erkler ayrılığı tartışmalarında, yargı erkine ayrıca değinmekte yarar vardır. Zira yukarıda bahsi geçen siyasal düşüncelerde, yargı erkinin diğer erklerin gölgesinde kaldığı dikkatlerden kaçmamaktadır. Erkler ayrılığı kuramı konusunda Rousseau "Toplumsal Sözleşme" de (*Du Con-*

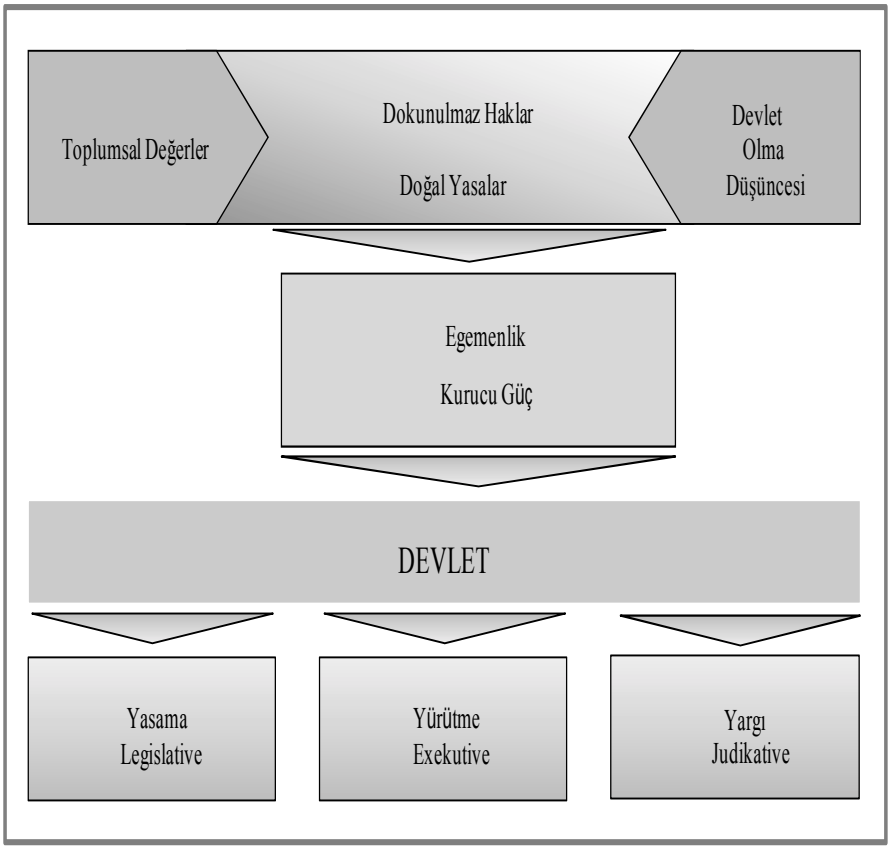
tract Social ou Principes du Droit Politique) hemen hemen yargıyı hiç konu etmemektedir (Becker 2007, 77). Montesquieu ortaçağ yönetim şekillerine has yargı erkinden bahsederken, ona her daim kurumsal kimliğini vermeyerek ve böylece belirli ölçüler içinde, arka plana itmiştir. John Locke, yargıçlar kurumunu tanımakla beraber, yargıyı bir anayasal kurum olarak tanımlamaz. Böylece şu kanıya varmak kaçınılmaz olmaktadır. Erkler ayrılığı düşüncesi ve erkler arası işleyişteki tıkanıklıklar önceki siyasal toplumlarda olduğu gibi bugünkü çağdaş ve olgunlaşmış demokrasilerde de bir şekilde devam etmektedir. Bugün, çoğu demokrasilerde yargı hem yasamayı hem de yürütmeyi, yasama da ayrıca yürütmeyi denetlerken, yargı bağımsızlığının zedelenmemesi için, denetime tâbi değildir. Güven ve kendi yasalarına dayalı çalışan bu kurumda, iç uygulamalar gereği, sadece kendi üst birimlerinin alt birimleri denetlemesi söz konusu olmaktadır (Brodocz 2007, 42). Bu ise bir yerde yargıçlar despotizmine veya yargıçlar oligarşisine yol açmaya müsait bir durumu ifade eder.

Yasama ve yürütmenin keyfi hatta düzeni koruma adına başvurduğu yasadışı tedbirlere karşı, vatandaşların haklarını koruma mercii olan yargı kurumunun gücü, yine halkın bu kuruma karşı güveni ile güçlenir veya zayıflar. Yargı kurumuna karşı toplumun kullanabileceği yapısal bir yaptırım gücü olmadığından, toplum yaptırım gücünü dolaylı olarak, yasama ve yürütme üzerinden kullanmaktadır. Yasama ve yürütme gücüne, periyodik yapılan seçimlerle temsil yetkisi veren seçmen/toplum, aynı zamanda bu güçleri yeniden seçilme veya seçilememe korkusuna istinaden, denetim altında tutar. Burada dikkate mucip en önemli husus yasama ve yürütme, yargı denetimini dikkate almaz veya reddederse, birey kendi hukukunun güvencesi olan yargı erkine sahip çıkar ve yaptırım (*Sanktion*) gücünü kullanır (Brodocz 2007, 42). Ancak bu yaptırım, önemli iki önkoşula bağlıdır. Birincisi yargının, toplum katmanlarında en üst derecede saygınlığa ulaşmış olaması; ikincisi ise, yasama ve yürütme gibi iki güçlü anayasal kurumun da farkında olduğu bu saygınlığın manevî baskısıdır. Tam da bunun için, toplumun yargı hakkındaki olumlu veya olumsuz değerlendirmeleri büyük bir kesim tarafından dile getirilmelidir ki yaptırım etkin olsun. Yargının, yasama ve yürütmeye karşı denetim gücünü ko-

ruması, toplumun/seçmenin seçimlerle elinde tutuğu yaptırım gücüne bağlıdır. Diğer taraftan, yargının denetim gücünü koruması, yükseltmesi madem ki kamunun/halkın güvenine bağlı, o zaman yargı da verdiği yargısal kararlarla güveni kazanmak ve kanıtlamak durumundadır.

Sonuç olarak, iktidar gücünü sınırlamak için kurumlarının ayrılması, belirli işlerin belirli kurumlara verilmesi yeterli değildir. Asıl olan, kurumlar gibi "*iradelerin de ayrılması*"dır. Yani kurumların her birinin kendi görev alanında özerk ve yetkin olması gerekir. Gerçek erkler ayrılığı budur. Yoksa devlet işlerinin kurumlar arasında bölüşülmesi erkler ayrılığı değil, iş taksimidir.

Bu bağlamda *"erkler ayrılığı"* kuramı birçok ciddî eleştiriye maruz kalmıştır. Anayasal düzenle alakalı olarak, buraya kadar konu edilen erkler ayrılığı ve erkler ayrılığı kuramının doğuşu, aşağıda basit bir çizelgede görselleştirilmiştir.



Çizelge/ Abbildung 3
Çağdaş Erkler Ayrılığı ve Çıkışı/ *Genese und Gegenwart der Gewaltenteilung*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

4.3.2. ERKLER AYRILIĞI KURAMINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER • *KRITIK DER GEWALTENTEILUNG*

Şunu baştan belirtmek gerekir ki, sosyal bilimler alanında doğası gereği, hiçbir fikir mükemmel doğmamıştır. Fikirler ancak tarihsel süreçte geliştirilerek, iyileştirerek toplumsal yaşama veya siyasal sisteme kazandırılmıştır. Erkler ayrılığı da bu bağlamda Eflatun, Aristoteles ile başlayan gelişim sürecini Hobbes, Kant ile devam ettirmiştir. Kuram üzerine tartışmalar ve iyileştirmeler durmaksızın devam etmektedir. Kuramın tarihsel gelişimi, değişik yorum ve uygulamaların mukayeseli araştırma-

ları çeşitli bilimsel çalışmalara konu olmaktadır. Erkler ayrılığı kuramına getirilen eleştiriler öncelikli konumuz olan yargı, siyasal kurum ve güçler arası denge olduğundan, bu eleştirilere de kısaca yer vermede yarar var.

İlk bakışta e*rkler ayrılığı* kavramı "*balance of power*" veya Almancası ile "*Gewaltenteilung"*, devlet gücünün gerçekte ve dengeli bir şekilde *yasama, yürütme, yargı* arasında bölünüp, olabilecek suistimallerin engellenebileceği intibaını verebilir. Ancak bu güçler dengesinde asimetrik bir ilişki vardır. Bu çarpık denge gerek tarihî süreçte, gerekse bugünün demokrasilerinde olsun göstermektedir ki devlet gücünün veya bu gücün bir kısmının diğer bir kurumun katılım veya işbirliği olmaksızın uygulanması mümkün değildir. Yani tam bağımsız bir kurumdan söz etmek ne doğrudur ne de mantıklıdır (Özbudun 2005, 170). Devlet işlerinin inkıtaya uğramaması, kurumlar arası işbirliğini ve karşılıklı desteklenmeyi gerektirir. Devlet bütçelerinin yapımı yasama erkinin sorumluluk alanında ve denetimindedir. Örneğin, demokratik ülkelerin hepsinde, devlet bütçesinin bir cüzü olarak yargı organının bütçesi de yasama tarafından yapılır. Almanya'da da yargı bütçesi, yargıçlar aleyhine kısıtlama olmamasına ve genelde diğer devlet memurlarına karşın yüksek ücretlendirilmesine rağmen, meselâ Türkiye gibi başka bir ülkede aynı durum söz konusu olamamaktadır. Her halükârda bu iki ülkenin yargı organının bütçeleri, yeterlilik durumuna bakılmaksızın, yargının malî ayağı yasama veya yürütmenin denetimine tâbidir. Bu durum, yargının bağımsız çalışmasını ve kararlarını etkilemesi söz konusu olmasa bile, yargı organının tam özgür olmadığına kanıt teşkil eder (Brodocz 2007, 42). Almanya'da üst yargının personeli yasama tarafından seçilir ve atanırsa, yargıçların kurumsal ve bireysel malî işleri yasalarla detaylı bir şekilde düzenlense bile, bu kurum ve kişilerin tam özerkliği mevzubahis değildir. Tam özgür bir yargı organı düşüncesine çözüm üretmek için, yargıçlar kendi çevrelerinden etkilenebilecekleri varsayımını da dikkate alarak, aralarında yapacakları seçimle hiç olmazsa yargıç atamalarının gerçekleştirileceği yeni bir sistem üzerine de çalışmalar yapılmaktadır (Doehring 1991, 163). Türk yargı sisteminde yargı mensupları hakkında idari işlemler yapmaya yetkili bir üst kurul olan HSYK üyelerinin seçimi böyledir. Doğrusu, devlet kurumlarının kendi alanlarında tam özgür ve egemen olduğu bir

devlet örneği yoktur (Özbudun 2005, 170). Yargıçların hukukî statüleri ve özlük hakları aşağıda ayrıntılı bir şekilde işlenecektir. Zippelius'a göre, yüksek devlet birimlerinde çalışan müsteşarların, seçilmişler üzerindeki etkisi de azımsanamayacak kadar çoktur. Halkın temsilcileri olan milletvekillerinin büyük çoğunluğunun ve bakanların, müsteşarlar tarafından etkilenmesi, halkın egemenliğinin engelllendiği şeklinde algılanmaktadır (Zippelius 1994, 125).

Erkler ayrılığı kuramı, ancak kendi aralarında çeşitli gruplara bölünmüş iktidar gücünün yeknesak bir bütün gibi birbirlerini karşılıklı olarak etkin bir şekilde denetlemesi ile bir gücün diğer bir güce üstünlük kurma eylem ve niyetinde olmaması halinde amacına ulaşabilir. Bu bağlamda Alman siyasal sisteminde, erkler ayrılığı konseptinin işleyişine bakıldığında, çoğunluğu elde etmiş bir siyasi parti veya ortak hareket eden koalisyon partileri yasama ve yürütme organlarında egemenliği elde eder. Böylece yürütme organının en üst kurumu olan hükümeti kurar. Dolayısıyla yargı da, çoğunluğun kurduğu hükümet tarafından yönetilir (Zippelius 1989, 29). Yasama ve yürütme, kendini denetleyecek organları belirleme yetkisini kullanarak yargı organını, bazı siyasal dengeleri de dikkate alarak personel yapılanmasını ve malî işleri düzenler.

Erkler ayrılığı kuramı temelde ulusal egemenlik tezi ile çelişmektedir. Eğer ulusal egemenlik halka ait ve bölünmez bir bütünlük arzeden kuramsa, o zaman halk adına kullanılmak üzere egemenliğin çeşitli kurumlar arasında bölünmesini açıklamak mümkün olmaz (Mols 2006, 181). Devlet erkleri arasında işbirliği, bu kurumları birbirlerine bağımlı hale getirir. Erkler ayrılığına getirilen en tipik örnek ABD'deki uygulamadır. Birbirini denetleyen kısmî özerk devlet kurumları, halkın egemenliğinden karşılıklı denetim *(check and balance*) ile kurtulmaktadır. Burada, bir taraftan Yüksek Mahkeme (*Supreme Court of the United States)* gücü ve diğer taraftan başkanın veto yetkisi, çoğu zaman devlet işlerinin aksak yürümesine neden olmaktadır. Bu durum ayrıca, meclisin çalışmalarını engellemekte ve dolayısıyla halkın egemenlik hakkını zaman zaman gasp edebilmektedir (Mols 2006, 181). Öte yandan ABD'de sıkı bir şekilde uygulanan erkler ayrılığı sistemi, halk tarafından seçilen ve parlamentoya karşı bağımsız olan başkana, parlamentoyu feshetme hakkı tanımamakta-

dır. Yine aynı şekilde halkın seçtiği parlamentoya da, başkanı görevden alama yetkisi vermemektedir (Doehring 1984, 199).

Erkler ayrılığı kuramına bir eleştiri de Karl Marx'tan gelmiştir. Ancak bu eleştiri, tam da erkler ayrılığı kuramının çıkış nedenlerinden biri olan özel mülkiyet edinme hakkı ile tenakuz halindedir. Zira Marx, özel mülkiyeti reddeden, sınıfsız sosyal bir toplum hedefleyen komünizmde erkler ayrılığı kuramı manasız kalacaktır, demektedir (Eschenburg 1962, 234).

Klâsik erkler ayrılığı kuramı bugün, doğal olarak döneminin gücüne sahip değildir. Klâsik kuram artık çağdaş demokrasilerin kurumsallaşmış bölünmez bir parçasıdır. Ancak çağdaş demokrasiler klasik kurama kendi ülke koşullarına uygun ilave denge unsurları getirerek, iktidar gücünü sınırlama yoluna giderler (Brodocz 2007, 29). Periyodik seçimler ile personel değişimini sağlama, federal sistem ile gücün bölgelere aktarımı, siyasi parti ve dernekler ile siyasal kararlara doğrudan ve dolaylı müdahale, medya ile kamu baskısı oluşturma gibi kurumlarla iktidar gücünün denetimi sağlanır.

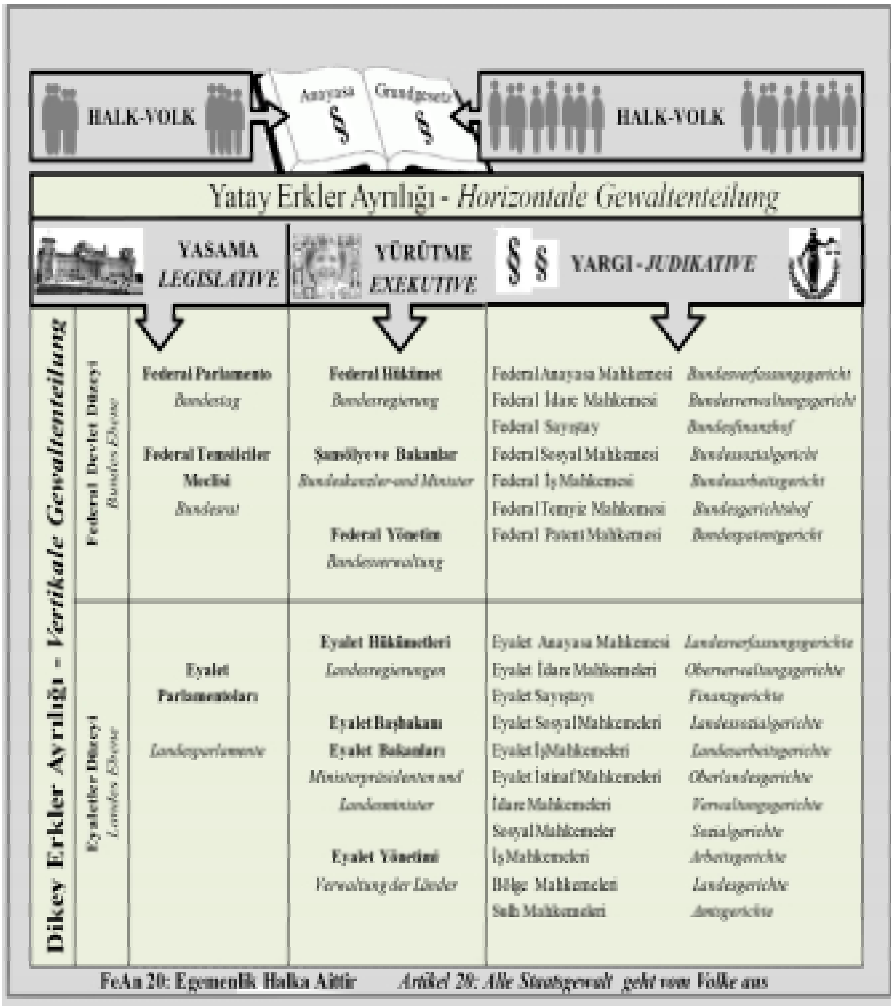
4.3.3. YATAY ERKLER AYRILIĞI • *HORIZONTALE GEWALTENTEILUNG*

Devlet tekelinde olan yönetim yetkisini sınırlamak ve dengelemek adına, iktidar gücünün erklere ayrılmasının, demokrasinin temel düşüncesi olan "*halk egemenliğinin bölünmemesi"* ilkesine ters düştüğü bilinen bir gerçek. Bu muazzam yönetim mekanizmasının yüzde yüz denetim altında tutulması hemen hemen olası değildir. Ancak Eflatun'dan beri tartışılan, devlet gücünün frenlenmesi konusu, şimdilerde karmaşık ancak işlevsel hale getirilerek halkın egemenlik hakkını güvence altında tutmayı ve bireyin iktidar karşısında dokunulmazlığının korunmasını amaçlamaktadır. Bu bağlamda Montesquieu tarafından kuramlaştırılan erkler ayrılığı sisteminde, günümüzde yatay (*horizontal*), dikey (*vertikal*), dönemsel (*temporal*), sosyal ve medya gibi devletten devlete çeşitli değişiklikler gösteren başka baskı unsurları ve denetim aygıtları demokrasiyi daha iyi işletebilmek için devreye sokulmuştur. Bu tedbirler sayesinde, halkın

siyasal kararlara dolaylı veya doğrudan müdahale etme olasılığı sağlanmaya çalışılmaktadır.

Yatay erkler ayrılığı, devlet gücünün klâsik olarak yasama, yürütme ve yargı kurumları arasında fonksiyonel olarak ayrılmasıdır. John Lock, Montesquieu'den beri uygulanan bu sistemde kurumlar aralarında işbirliği öngörürken (Horn 2003, 53), personelin yetki alanları tam olarak birbirinden ayrıdır. Yasamaya seçilmiş bir üye, yürütmede herhangi bir görev üstlenemez. Bağımsız yargı da yürütmenin eylemlerinin anayasa normlarına uygunluğunu denetler (Naßmacher 2010, 166). ABD'nin siyasal sistemi bu uygulamanın başlıca örneğidir.

Alman Anayasası devlet gücünün üçlü sistem olan klâsik erkler ayrılığını Anayasanın 20. maddesi 2. paragrafında kayıt altına alır (Zippelius und Würtenberger 2008, 110). Ancak anayasa, sadece bu üç devlet organından bahsetmemektedir: *Yasama* içinde Federal Parlamento (*Bundestag*) FeAnMad 38-48, Federal Temsilciler Meclisi (*Bundesrat*) FeAnMad/50-53, *yürütme* içinde Federal Hükümet (*Bundesregierung*) FeAnMad/ 62-69, Cumhurbaşkanı (Bundespräsidenten) FeAnMad/63, *yargı* erkine bağlı olarak Federal Anaysa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) FeAnMad/92-104 ve diğer mahkemeler. Bu belirlemeler ile devlet gücü aslında sadece üçe değil daha fazla organlara ayrılmaktadır (Doehring 1984, 200). Aşağıdaki çizelge, temel olarak yatay erkler ayrılığını, ayrıntılı bir şekilde göstermektedir. Bunun yanında dikey erkler ayrılığı ve devletin yönetim örgütlenmesi de fonksiyonlarına göre erkler arasında ayrılmıştır.



Çizelge/ Abbildung 4
Dikey ve Yatay Erkler Ayrılığı/ *Vertikale und horizontale Gewaltenteilung*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

4.3.4. DİKEY ERKLER AYRILIĞI • *VERTIKALE GEWALTENTEILUNG*

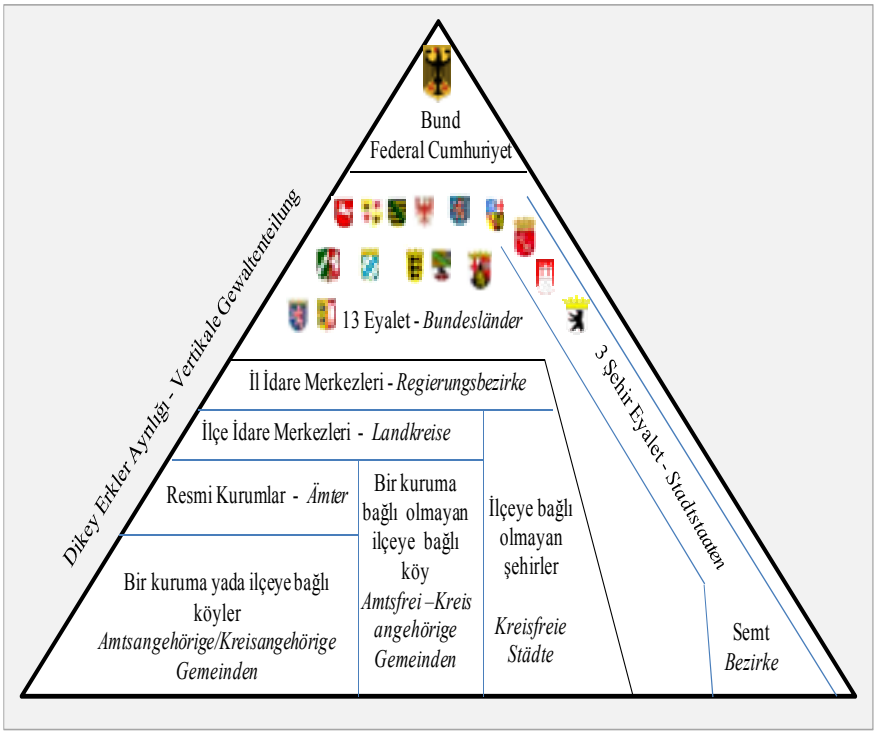
John Locke ve Montesquieu'nün iktidar gücünü yatay erkler ayrılığı marifeti ile sınırlama kuramı yanında, Almanya gibi çağdaş demokrasilerde dikey erkler ayrılığı da (*Vertikale Gewaltenteilung*) iktidar gücünü sınırlamak için siyasal düzenlemenin bir parçası olmuştur. Burada devlet gücü, dikey yani federal (*Federalismus*) ve yerel yönetim (*Subsidiarität*) bölgelerine ayrılmıştır (Rudzio 2006, 303). Federal Almanya Cumhuriyeti bundan dolayı, Fransa veya Türkiye gibi tek hükümetle değil de, on yedi hükümet ile idare edilmektedir. Almanya, Federal Hükümetin yanında on altı eyalet hükümeti, on altı eyalet parlamentosu ve bunların yönetim kadroları (Verwaltung), ayrıca Schleswig-Holstein eyaleti dışında onbeş eyalet anayasa mahkemesi ile geniş bir alanda, (Schmidt 2005, 84) devlet gücü yatay bölünme yanında dikey olarak da örgütlenmiştir.

Federalizmden maksat, devletin bütününün eyalet esasına göre bölgesel yönetim birimlerine ayrılmasıdır. Vatandaşa daha etkili ve yakından hizmet verme amacı ile eyaletlere belirli oranda özerklik (*Autonomie*) verilmiştir. Gerçekten de, federal sistemde bölgesellik gereği, gelenek ve görenekler ve değişik düşünceler siyasal sitemde temsil edilme ve uygulanma imkanı bulur. Çünkü, fiziken uzakta bulunan merkezi hükümet vatandaşın istek ve ihtiyaçlarına, yerinde yönetim kadar hakim olamayacağından, vatandaşın siyasal sistemde birebir temsili de mümkün olmaz (Horn 2003, 53). Federalizmin bu sayılan yararları ancak yerel yönetimler (*Subsidiarität*) ilkesine bağlı olarak gerçekleşebilir. Katolizmin sosyal çalışmalarından türetilen bu ilke, destek ve yardıma ihtiyaç duyan bireyin, öncelikle kendi kendine yeterliliğini test ettikten sonra, devletin ilgili kurumuna yönelmesidir. Bu düşüncenin temelinde toplumun yukarıdan aşağıya örgütlenmesi yerine aşağıdan yukarıya örgütlenmesi yatar. Toplumun en alt kesimlerinde başarılan şey, orada ve onların başarısı olarak kalmalıdır. Yerellik kavramının (*Subsidiarität*) siyasal felsefede yerini bulması için, doğru yorumlanması gerekir. Bu düşünceyi devlet örgütlenmesinde, devlet gücünün denetim ve sınırlandırmasını ilgilendiren sorunlarda kullanmak olasıdır. Devletin alt organlarında yapılması gereken her şey, o birimlerin yönetim ve yetki alanlarına gir-

melidir. Bu düşünce (*Subsidiarität*) siyasal örgütlenmede yerinde demokrasiyi veya doğrudan demokrasinin altyapısını oluştururken, siyasal karar ve yetkileri belirlemede bölgeselliğe (*Föderalisierung*) ve yerelliğe (*Subsidiarität*) dayanmaktadır (Horn 2003, 54). Diğer bir ifadeyle federalizm iktidarın, merkezi devlet ile yarı özerk eyaletler arasında dağılımına dayanan bir siyasal sistemdir. Federalizmde bölgesel idareler, iç işlerinde özerk, statüleri hukuki olarak ortadan kaldırılamayacak veya merkezi otorite tarafından kolayca değiştirilemeyecek olan birimlerdir. Federal devlet örgütlenmesinin ana özelliği, merkezi devletin siyasal ve kurumsal örgütlenmesinde yarı özerk birden çok eyalet, bölge, topluluk esasına dayanır olmasıdır (Naßmacher 2010, 167). Dikey güç dağılımında bölgesel ve yerel yönetimlerin yetki alanları Federal Anayasanın güvencesi altındadır (FeAnMad79/3). Yerel düzeyde yönetimlerin malî kaynakları çoğu zaman yeterli olmadığından siyasal yetki alanları da bu bağlamda bölgesel yönetimlere, bölgesel yönetimlerin yetkileri de merkezi hükümete bağımlılık gösterir.

Almanya aşağıdaki grafikte görüldüğü gibi, yönetim dikey olarak çeşitli kurumlar arasında bölünmüştür. Bu kurumlardan bir kısmı kendilerine tanınmış yetki alanlarında sorumlu olurken, bir başka kurum belli bir bölge veya alanda (eyalet) sorumludur. Buna göre Almanya, üçü şehir eyaletler (*Stadtstaaten*) olmak üzere, on altı eyalete bölünmüştür. Her eyalet kendi sınırları içinde yine belirlenmiş alanlarda yönetim sorumlulukları üstlenmiştir. Federal Hükümet yasalarla belirlenmiş alanlardan olan dış işleri, federal ordu, federal sınırların korunması, federal su yolları, hava yollarının yönetim yetkilerine sahiptir. Ayrıca, posta, demiryolları, federal çalışma dairesi yine federal hükümetin denetimi altındadır (Rudzio 2006, 372). Yerinde yönetimler olan belediyeler yani ilçe ve daha küçük idare merkezleri (*Gemeinde und Kreise= Kommunen*) Anayasanın 28. maddesinde öngörüldüğü üzere serbestçe kendi kendini yöneten idarelerdir. Belediye yönetimlerinin bu denli bağımsız olması Almanya'da 1800'lü yıllarının başına dayanır. Ancak 1945 sonrası işgal güçleri olan Amerikalılar ve İngilizler, kendi işgal bölgelerindeki belediyelere ilişkin olarak kendi sistemlerindekilere benzer düzenlemelerin getirilmesini sağlamışlardır. Bunun sonucunda da İngilizlerin belediyeler ile ilgili yasalarda

getirdikleri yenilikler ve Amerikalıların doğrudan demokrasinin nüveleri olan kendi halk meclisi sistemleriyle, belediye meclisleri siyasal karar mercileri haline gelmiştir. (Rudzio 2006, 391). Çağdaş belediye yasaları bundan dolayı hâlâ işgal güçlerinin getirdiği reformların izlerini taşımaktadır. Yerel yönetimlerin yönetim alanlarında sorunlar da yerel olacağından çözümleri nesneldir. Bu alanlarda siyasi partilerin getireceği siyasal önerilere gerek olmaz.



Çizelge/ Abbildung 5
Dikey Erkler Ayrılığı / *Horizontale Gewaltenteilung*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı. Benzer çizelge için bakınız: David Liuzzo, commons.wikimedia (2006).

4.3.5. DÖNEMSEL SEÇİMLERLE İKTİDAR GÜCÜNÜ SINIRLAMA • *ZEITLICHE GEWALTENTEILUNG*

Bütün demokratik siyasal sistemler temsilidir. Demokrasilerde yöneticiler hep belirli bir dönem için seçilirler. Halkın temsilcileri eğer çoğunluğun düşüncelerini temsilden uzaklaşırsa, bu temsilcilerin yeniden seçilmemeleri imkan dahilinde olmalıdır. Seçim yolu ile temsilcilerin yönetimden uzaklaştırılması belirli bir düzene dayanmalıdır. Bu durum demokratik sistemlerde muhalefetin de en az hükümet kadar önemli olduğunun göstergesidir. Muhalefet ve hükümet arsındaki rekabet ilişkisini, devlet gücünün bu iki kurum arasında ayrılması şeklinde de değerlendirilir. Belirli bir zaman için (yasamaya) seçilmiş olan çoğunluk, yani hükü-

met bütün eylemlerinde muhalefet ile karşı karşıyadır ve ayrıca onun denetimindedir. Başkanlık sistemlerinin aksine, parlamenter demokrasilerde yasamada çoğunluğa sahip yürütmenin çalışabilirliği engellenmemesi gerekir. Yürütmenin yasaları suistimal etmediği müddetçe tek korkusu, bir dönem sonraki seçimlerde eylemlerinin kısıtlanacağı veya seçimi kaybedeceği riskinin olmasıdır (Naßmacher 2010, 169). Seçimlerle devlet gücünün dönemsel sınırlandırılması, aynı zamanda yönetenlerin devlet kademelerinde daimi yerleşmenin önüne set çeker.

4.3.6. SOSYAL ERKLER AYRILIĞI VE DİĞER DENETİM ORGANLARI • *SOZIALE GEWALTENTEILUNG UND ANDERE KONTROLLMECHANISMEN*

Son 20-30 yılın seçim gerçekleri göz önünde bulundurulduğunda, batı demokrasilerinin merkezinde bulunan siyasi partilere ilginin azaldığı gözlemlenir. Geniş bir yelpazede ilgi alanlarını dışa vuran sivil toplum örgütleri (*civil society*), siyasal örgütlenmenin içinde doğrudan yer almış olan siyasal kararlarda etkili olan siyasi partilerin etki alanlarına el atmış bulunmaktadır (Horn 2003, 55). Siyasal karar mekanizmalarında, doğal olarak partiler kadar etkili olamayan siyasal, sendikal, ekonomik vb. sivil toplum örgütleri medyanın da desteği ile siyasal erke karşı verdikleri mücadelede adlarından sık sık söz ettirirler. Bu sivil yapılanma ve çoğulcu (plüralizm) yaklaşım iktidar gücünü doğrudan veya dolaylı olarak etkilemesi nedeni ile demokratik sistemlerin önemli unsuru olarak kabul edilir (Naßmacher 2010, 170).

Devlet gücünün bölünerek sınırlandırılması anlayışı, çağdaş demokrasilerde geliştirilerek ve kapsama alanı genişletilerek, devletin klâsik yapılanması olan yasama, yürütme, yargı alanlarına ve dikey örgütlenmeye ilâveten temporal, sosyal, medya ve sivil toplum örgütleri gibi denetleme mekanizmaları devreye sokmuştur (Horn 2003, 55). Özellikle siyasal bilimcilerin önemle üzerinde durduklar siyasal gücü etkileyen bu toplumsal baskı araçları günümüzde daha da etkili olmaya başlamıştır. Ancak etkisini artırarak büyüyen bu araçların klâsik anayasal organlar olan yasama, yürütme, yargının devlet organlarını resmen denetleyen anayasal bir alt yapıdan söz etmek mümkün değildir. Gerçekte anayasa, etkileri

kendiliğinden yüksek olan bu baskı araçlarına, siyasal iktidarı doğrudan denetleme görevi vermemiştir.

Demokratik baskı araç ve unsurlarından en önemlisi sansürsüz hür medyadır. Çünkü medya, çoğu zaman devlet gücünü denetleyen "*dördüncü güç*" olarak anılır. Klâsik medya araçlarından gazete, dergi ve kitapların yanında çağdaş dünyada radyo, televizyon ve elektronik iletişim araçlarıyla medya, gerçekte iktidarı denetleyen en etkin organlardandır. Ancak insanlar üzerinde etkisi en ileri seviyede olan görsel medyanın, bilgilendirme, açıklama işlevinin yanında çoğu zaman manipulatif ve yönlendirici etkileri de olmaktadır (Horn 2003, 54). Kapsama alanı her geçen gün genişleyen medyanın, Almanya demokratik sistemin meşruluğuna zarar verme ihtimali şimdilik uzak görünmektedir. Demokratik sistemin yara alabileceği bir başka düşünce de iktidar, siyasi partiler, dernekler ve medyanın yakın işbirliğinden doğabilecek sakıncalardır (Westle 1994, 137). Bir taraftan hangi siyasal konular tartışılacak hangileri tartışılmayacak yani gündemi belirlemek medyanın işi derken, diğer taraftan siyasal erkin medyayı kendi amaçları doğrultusunda kullandığı iddia edilmektedir (Naßmacher 2010, 65). Seyirci veya okuyucu, üzerine tartışılması gereken siyasal konular yerine, medya veya siyasetin gündemi belirleme çalışmalarına tanık olmaktadır. Ancak Schönbach'ın yaptığı değerlendirmelere göre, Alman doktrininde var olan görsel medyanın kişi üzerindeki etkisinin tahmin edildiği kadar yüksek olmadığıdır. Zira ona göre bu yaklaşımın, yani görsel araçların yazılı basından daha etkili olduğunu doğrulayan hiç bir ampirik araştırma bulunmamaktadır (Schönbach 1983, 136).

Almanya'da siyasal kararlarda etkili olmak amacıyla 1996 yılına kadar 1538 dernek sicile kaydedilmiştir (von Beyme 1999, 210). Sivil toplum kuruluşlarından dernekler, çoğulcu demokrasilerin ilgi odağındadır. Bundan dolayı sivil toplum demek, çoğulculuk (*plüralizm*) demektir, denilebilir. Demokrasi zaten karşıt görüşlerde organize olmuş siyasi parti, derneklerin vb. kuruluşların siyasal kararları etkileme mücadelesi ile canlı kalmaktadır. Sivil toplum örgütlerinin çokluğu, çeşitliliği siyasal kararları ve iktidarı etkileme açısından olumlu karşılanmalıdır. Halk kavramını bir kurgu (*fiksiyon*) olarak kabul edersek, bu kavramı oluşturan her bire-

yin düşüncesinde başka istek ve ilgi barındığının bilincinde de olmak gerekir. Bir halkın tüm bireylerinin yüzde yüzü bir tek amaç etrafında birleşmesi hemen hemen olanaksızdır. Sivil toplum örgütlerinin çokluğu demokrasinin gelişimini çok olumlu etkilese de, etki alanları doğrudan siyasal yaşamın içinde olan siyasi partiler karşısında sınırlıdır.

4.4. DEMOKRASİLERİN TEMSİL İLKESİ VE SİYASAL PARTİLER • *REPRÄSENTATIVPRINZIP DER DEMOKRATIE UND DIE PARTEIEN*

Demokratik sistemlerde halk egemenlik hakkını yani yasa yapma, yürütme ve yargı sistemini kendi adına fakat kendilerini bağlayıcı siyasal kararlar veren temsilcileri aracılığı kullanır. Batılı demokrasiler, temsili demokrasilerdir (Steffani 1997, 246). Bu yönetim sistemi "*egemenliğin bölünemez ve devredilemez*" ilkesine aykırılığından dolayı eleştirilse de, nüfus ve coğrafyası büyük devletler temsili sistemi tercih etmektedir. Halkın temsilcilerinin çoğu zaman halkın istekleri yerine, parti içi dayanışma gereği belirlenen bir başka kararı meclislerde temsil ettiklerinden, temsili demokrasi, partiler demokrasisi olarak da adlandırılmaktadır. Ancak siyasi partiler doğaları gereği, temsili demokrasinin en önde gelen savunucuları durumundadır. Bundan dolayı, demokrasilerin en olmazsa olmazı niteliğinde olan sivil toplum örgütlerinden siyasi partiler kurumsal olarak doğrudan demokrasiye (*plebiszitäre*) uygulanamaz gerekçesiyle karşı çıkmaktadırlar (Naßmacher 2010, 171). Zira siyasi partilerin varlığı temsili demokrasi ile doğru orantılıdır. Temsil ilkesi, Alman Anayasanın 38. maddesinin, 1. paragrafına dayanmakta ve halkın temsilcileri (milletvekilleri) bütün halkın temsilcisidir ve kimseden emir ve görev almazlar, ilkesini benimsemiştir.[15]

Doğrudan demokrasi, halkın egemenliğinin bizzat ve doğrudan doğruya kullanılmasını öngörmektedir. Dolayısıyla doğrudan demokrasi düzeni, demokrasinin baştan beri amaçladığı ideal anlamına en yakın olan

[15] FeAnMad 38/1: Alman Federal Meclisin milletvekilleri genel, doğrudan, serbest, eşit ve gizli oyla seçilirler. Onlar, bütün halkın temsilcisi olup, kendilerine verilen temsil yetkisi ve talimatlarla bağlı olmayıp yalnız vicdanlarına karşı sorumludurlar.

şeklidir (Steffani 1997, 248). Çoğunluk esasına göre, seçmen olma yetkinliğine ulaşmış halkın oy çokluğu ile bir şehrin, küçük bir ülkenin siyasal bir kararın doğrudan halkın onayına sunulduğu yönetim şekline, doğrudan demokrasi (plebiszitäre) denir. Doğrudan demokrasi, genellikle İsviçre'nin nüfusu az olan bazı Kantonlarında ve ABD'nin bazı eyaletlerinde uygulanmaktadır (Naßmacher 2010, 171).

Diğer demokratik ülkelerde olduğu gibi Almanya'da, siyasi partiler parlamenter demokrasinin en önde gelen ve vazgeçilmez unsurlarındandır. Federal Almanya Cumhuriyeti, seçimler için aday belirleme, parti amaçlarını gösteren bir tüzüğün geliştirilmesi, toplumu bir partinin siyasal görüşleri etrafında toplama, parlamento ve iktidari etkileme gibi temel fonksiyonlarını, belirli sınırlar içinde Anayasa ve Siyasi Partiler Yasası ile düzenlemiştir (Rudzio 2006, 93). Siyasi partiler, Federal Alman Anayasasının 21. maddesi ile anayasaya girmesine rağmen, partiler devlet organı olarak adlandırılmamışlardır. Partiler daha çok, toplum ile devlet arasında aracı kuruluşlar olarak kabul edilir. Anayasanın 21. maddesinin amacı partilerin demokratik karakterlerinin koruması ve devletin partiler devletine dönüşmesini engellemektir (Rudzio 2006, 94). Diğer birçok demokratik ülkede olmayan gelenek, devlet kademelerinde üst düzey bürokrat olmak ancak parti içi kademelerden geçmenin gerekliliğidir. 1942'den 1992 ye kadar sadece üç bürokrat, parti bağlantısı olmadan, devlet bürokrasisinde yer alabilmiştir. Yani Almanya'da siyasi partiler devlet kademelerinde yükselmenin tek yoludur (Rudzio 2006, 96).

Demokrasiler tek partili olamaz. Çünkü tek partili sistemler demokrasi dışı sistemlerin (diktatörlük) özelliklerindendir. 1990'dan önce, Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde (Doğu Almanya), daimi iktidarda olan devlet partisinin amaçları doğrultusunda çalışan göstermelik uydu partilerin varlığına müsahama edilmiştir (Naßmacher 2010, 107). Çağdaş batı demokrasilerinde bölgesel partilerin varlığı da söz konusudur. Örneğin, İngiltere, Fransa, İtalya ve Kanada gibi demokratik ülkelerde, bir kısım partilerin programlarında dinî ve etnik yönelmelere de yer verilmektedir. Çevreyi konu edinmiş partiler her geçen gün siyasal yönetimlerde zaten doğrudan siyasal programlarını uygulama olasılığına kavuşmuş durumdadır. Hatta birçok merkez partisi seçmen kaybetme kaygısı

ile çevreci partiler gibi, çevreye karşı veya seçmenin güncel sorunlarına hassasiyet göstermek zorundadır. Zaten seçmenin merkez partileriyle genel olarak parti bağlantıları zayıflamış durumdadır. İşte tam da bu konuda medyanın demokrasiye katkısı beklenmektedir.

4.5. SEÇİMLER VE SEÇİM SİSTEM • *WAHLEN UND WAHLSYSTEM*

Seçim sistemi kavramı, genelde seçimlerle ilgili olan seçme seçilme yeterliliği, adaylarla ilgili kuralları, oy verme yöntemlerini ve bunların yönetimini ve denetimini kapsar. Ayrıca oyların partiler arasında dağılımında izlenen yöntemleri de seçim sistemi içinde değerlendirilir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa'sının 38. maddesi seçmenin siyasal kararlara katılımının temel unsurlarına işararet eder. Seçimlere katılımın mal varlığı, tahsil veya buna benzer koşullara bağlı olmamasını öngörür. En asgarî koşula sahip olan her vatandaşın eşit değerde oy ile seçme hakkı vardır. Seçim yasaları Anayasanın hakim koşullarına dayanmak zorundadır. Federal Anayasanın 38. maddesinin 2. paragrafı, seçmen yaşının 18 olması koşulunu getirmiştir.[16] Aynı maddenin 3. paragrafı ayrıntıları seçim yasası belirler, demektedir.[17] Yasalara göre, seçmenin oy verme zorunluluğu yoktur. Seçmen üzerinde asla baskı kurulamaz. Seçim sandıkları ve seçmen kabinlerinde gizli oy vermenin koşulları yerine getirilir. Özetle Federasl Anayasanın 38. maddesine göre:

- 18 yaşında ve federal seçim yasasının 13. maddesi gereği seçme hakkını kaybetmemiş her vatandaş seçme hakkına sahiptir.
- Her oy doğrudan adaya verilir
- Seçmen serbest oy verir, gözlem altında tutulamaz, seçime zorlanamaz
- Her oy eşit değerdedir
- Seçmenin kime oy verdiği açıklanamaz

---

[16] FeAnMad 38/2: 18 yaşını bitiren seçme, reşitlik yaşını bitiren seçilme hakkına sahiptir.

[17] FeAnMad 38/ 3: Yasanın ayrıntıları federal yasayla düzenlenir.

Seçmen oyların değerlendirilmesin de iki yöntem uygulanır. Bunlar, çoğunluk sitemi (*Mehrheitswahlrecht*) ve nispî temsil sistemleridir (*Verhältniswahlrecht*). Almanya 1953, 1956, 1985 yıllarında yapılan değişikliklere rağmen, 1949 dan beri temelde aynı kalmış seçim yasalarında, nispî temsil usulünü benimsemiştir (Rudzio 2006, 160). Eyalet perlementoları ve belediyeler temelde aynı sistemi benimsemiş olmalarına rağmen, eyaletten eyalete ve belediyeden belediyeye seçimlerde detayda birçok değişik sistem uygulanmaktadır. İktidarı elde etmede seçim sisteminin önemi ön plana çıkmaktadır. Seçmenin her birinin oyunun değerlendirilmesi mi yoksa siyasal istikrar mı daha önemlidir, sorusunun cevabı, seçim sisteminde yapılan tercihe bağlıdır. Eğer çoğunluk sistemi tercih edilmişse, parlamentoya seçilen partilerin sayısı düşük olacak, daha çok istikrara yatırım yapılmış olacaktır. Çoğunluk sistemi, tek başına hükümet olmak için, parlamentoda gerekli temsili oy çoğunluğu elde etmenin alt yapısıdır. Eğer her oya eşit fırsat vermek adına nispî temsil usulü tercih edilmişse, parlamentoya küçük partilerin de girmesi sağlanmış ve dolayısıyla halkın her alandaki siyasal tercihi parlamentoya yansımış olacaktır (Naßmacher 2010, 173). Bu sistemde bir siyasi partinin tek başına hükümeti kurabilmesi nadirdir. Bu zorluğu aşabilmek için çoğu devletler, seçim sistemlerini belirlenen çeşitli oranlardaki seçim barajı ile destekleme yoluna gitmiştir. Bu baraj 1949'dan beri Almanya'da yüzde beş olarak belirlenmiştir (Korte 2004, 143). O dönemde eğer bir siyasi parti bir eyalette yüzde beşin üzerinde oy almışsa veya bir milletvekili adayını doğrudan seçimle federal meclise gönderebilmişse, yüzde beş barajını aşmış oluyordu. 1953 de yapılan düzenlemelerle, partilerden Federal Almanya'nın tümünde yüzde beş barajını aşma koşulu arandı. Bir milletvekilinin doğrudan federal meclise gönderilmesi ile aşılan yüzde beş barajı, 1956 da yapılan yeni bir düzenlemeyle üç milletvekiline yükseltildi (Korte 2004, 144).

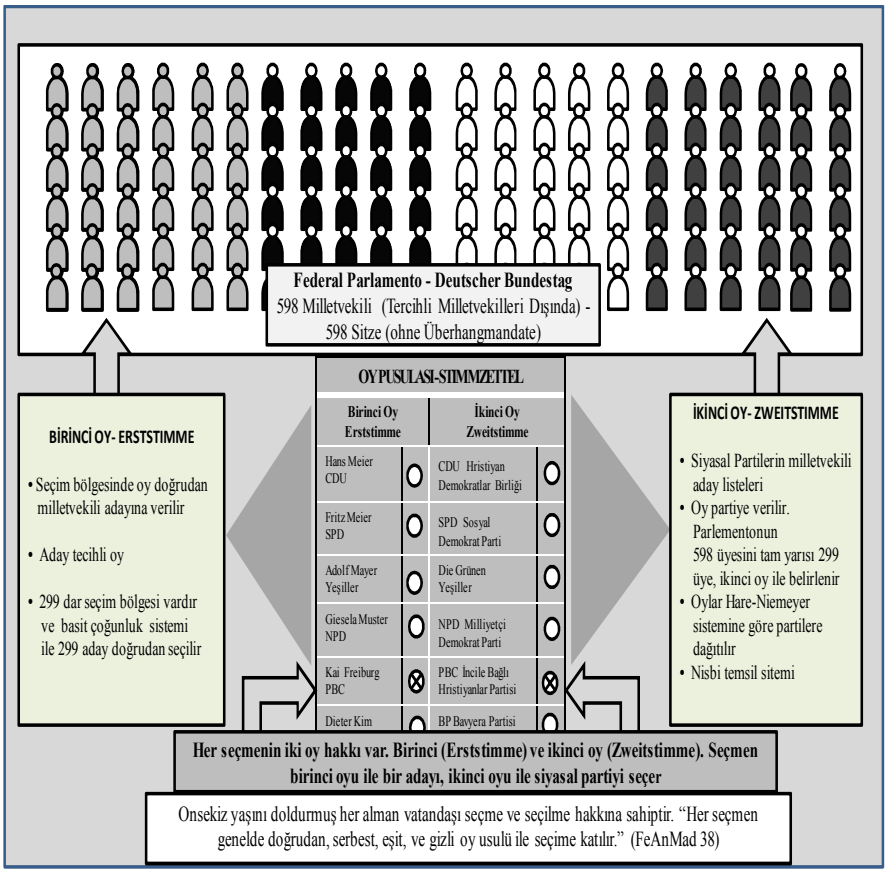
1949 yılında her seçmenin bir oy hakkı vardı. 1953 da yapılan değişiklikle seçmene Alman seçim sistemi, iki oy hakkı tanımdı. Birinci oy doğrudan milletvekili adayına verilmekte (Personenstimme), ikinci oy ise siyasi partiye verilmektedir. Birinci oy ile seçmen, seçim bölgesinin milletvekilini seçerken, ikinci oy ile partiler arası milletvekili dağılımını

belirlemektedir (von Beyme 1999, 94). Tercihle doğrudan seçilen "fazlalık" diyebileceğimiz milletvekilleri (*Überhangmandate*) hariç, 598 milletvekilene sahip Federal Almanya Meclisi'nin 299 olan üye sayısının tam yarısı, çoğunluk sistemi ile 299 dar seçim bölgesinden nispî temsil yöntemi ile seçilmektedir. Diğer yarısı ise parti listelerinden seçilmektedir. Ayrıca, bir siyasi parti orantısal hesaplamalara göre "ikinci oy" (*Zweitstimme*) ile kendi hesabına düşen milletvekili sayısından, şahsa verilmiş tercihli oy ile daha fazla "milletvekilliği" çıkarmışsa, bu "fazlalık" o partiye ilave milletvekilliği kazandırmaktadır. "Fazlalık Milletvekilliği" (*Überhangmandate*) diye adlandırdırılan bu sistemde, mecliste çoğunluğun sağlanmasında önemli bir unsur olarak uygulanmaktadır (Rudzio 2006, 163). Seçimlerde bu sistemin uygulanması, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından 1997 yılında incelendikten sonra anayasaya uygun olduğuna karar verildi (Sontheimer 2003, 258).

1985 yılında seçim yasasında yapılan değişiklikle d'Hont sayım sistemi yerine, Hare/Niemeyer sayım yöntemi tercih edildi (Rudzio 2006, 161). Seçimler Federal Parlamento için dört yılda bir, Bremen, Hamburg, Maklenburg-Vorpommen, Sachsen-Anhalt eyaletleri için dört yılda bir, diğer 12 eyalet meclisi için 5 yılda bir seçim yapılmaktadır (Schmidt 2007, 50).

Seçim sistemi, demokrasilerin en önemli unsuru olan seçmene dayanmakta ve seçimlerle halk kendini temsil edecek milletvekillerini meclise göndermektedir. Yukarıda Almanya seçim sistemi kısaca özetlendi. Bu kısa incelemede görüldüğü gibi, seçim sisteminde olabildiğince adaletli bir yöntem gözetilerek ve seçmen hakları da göz önünde bulundurularak federal parlamento üyeleri seçilir. Bireyler arasında veya devlet ile birey arasında olabilecek anlaşmazlıklarda, tarafsız ve bağımsız yargı üyelerini seçecek olan bu meclistir. Federal Meclis, seçmenin adalet beklediği yüksek yargı üyelerini seçimle belirlemektedir. Yargı, iktidarın eylemlerini, demokrasinin üçüncü gücü olarak, anayasaya uygunluğu açısından inceler. İşte bu çalışmanın temel konusu olan yargıyı incelemeden önce devletin yargıyla ilgili yapısını ve seçim sisteminin burada konu edilmesi, bu nedendendir. Zira adaletle seçilmiş *halk temsilcileri* ancak

adaletle hükmedecek *yargıç*ları seçebilir. Alman seçim sistemini bir defa da görsel olarak aşağıdaki çizimdeki şekilde özetlemek mümkündür.



Çizelge/ Abbildung 6
Seçim Sistemi / *Wahlsystem*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

5. FEDERAL DEVLET ÖRGÜTLENMESİNDE YARGI FONKSİYONU VE SİYASET • *DIE STAATSORGANISATORISCHE FUNKTION DER JUSTIZ UND DIE POLITIK*

5.1. ALMAN ANAYASA HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ • *EIN KURZER RÜCKBLICK AUF DAS DEUTSCHE VERFASSUNGSGESCHICHTE*

Almanya'nın, Weimar Cumhuriyeti ile yaşadığı başarısız ilk demokrasi denemesinden sonra, öncelikle ikinci Dünya Savaşı galibi müttefik güçlerin de ileri görüşlü siyasal kararları neticesinde 1918-1919 yıllarında yapılan hatalara düşülmedi. 1945'ten sonra, ikinci demokrasi denemesinde Almanya'da demokrasi, uluslararası kuruluşlara üyelik ve aynı zamanda Sovyetler Birliği'nin işgal bölgesinde kurulan Demokratik Almanya Cumhuriyeti örneği göz önünde tutulduğundan hızlı ve kalıcı olarak yerleşti. Demokrasinin Almanya'da kök salması sadece bu nedenlere ve ekonomik mucizeye bağlanamaz. 1950'li ve 60'lı yıllarda güdülen sosyal politikalar, ekonomideki hızlı yükselişi, demokrasinin yerleşmesinin bir başka önemli nedenidir. Takip edilen politikaların temelinde "herkese refah" sloganı halkın büyük çoğunluğu için gerçeğe dönüşüyordu. Serbest pazar ekonomisinde yapılan düzenlemeler, sosyal politikaların geliştirilmesi yeni iş alanlarının açılmasını sağlarken bu sayede işsizliğin hızlı düşmesine neden oldu.

Bütün bu düzenlemelerin yanında demokrasinin kökleşmesinde başat neden, 23 Mayıs 1949 da kabul edilen Alman Anayasasıdır (Schmidt 2007, 21). Anayasa yasama, yürütme ve yargının çalışma ve sorumluluk alanlarını belirlemesi yanında, en küçük idarî bölgeye kadar iktidarın yönetim, görev ve sorumluluklarını da belirlemiştir. Vatandaşların yasalara olan güveni ve hukukun sağladığı güvenlik ortamı demokrasinin yerleşmesine katkı sağlamıştır.

5.1.1. PAUL KİLİSESİ ANAYASASI • *PAULKIRCHENVERFASSUNG*

Bugünkü çağdaş Almanya anayasası köklü bir geleneğe dayanır. 1848 de bu günkü anlamda bir anayasa yapmak üzere, Frankfurt kentinde halk temsilcileri bir araya gelir. Paul Kilisesi'nde toplandıklarından bu anayasa aynı adla anılır. Paul Kilisesi Anayasası (Paulskirchenverfassung) halkın egemenliğine dayanmakta, temsili demokrasiyi, iktidar gücünün çeşitli erklere ayrılmasını ve yargısal güvenliği öngörmekteydi. Paul Kilisesi Anayasası temel hak ve hürriyetler bölümü dışında yürürlüğe girme olasılığı bulamadı. Ancak temel haklar konusunda kendinden sonra gelen bütün anayasalara öncülük ve etki etti. Önemli yasaların geleneksel ilham kaynağı oldu. Ayrıca temel hak ve hürriyetlere ait maddeleri dışında kurgulanışı, düzeni ile de liberal anayasaların öncüsü oldu (Lieberich 1985, 420). Sosyal hakları ve sorunları konu etmeyen Paul Kilisesi Anayasasına, temel haklar ve liberalizm öngörüsüne halef anayasalar daima atıfta bulunmuştur. Liberal gelenek, temel hak ve hürriyetlere dayanan bütün anayasaların esinlendiği Paul Kilisesi anayasasının sosyal konulardaki boşluğunu ancak daha sonra yapılacak olan Weimar Anayasası doldurmuştur (Zippelius ve Würtenberger 2008, 5). Paul Kilisesi Anayasası'nın başarısızlığı, Alman milli devletini yeniden derebeylik örgütlenmesine geri döndürmeye meyilli olmasıydı (Lieberich 1985, 419).

5.1.2. 1871 İMPARATORLUK ANAYASASI • *DIE REICHSVERFASSUNG VON 1871*

1871'de yapılan imparatorluk anayasası da, Paul Kilisesi Anayasası gibi, imparator ve parlamento arasında meşrutiyet rejim modelini benimser. Buna göre federal şansölye parlamentoya değil de imparatora karşı sorumludur. Devlet gücü demokratik ilkeler gereği halka dayanması yerine, imparatorluğa üye küçük devletlere bırakılmıştı. Ayrıca temel hak ve hürriyetler konusunda, anayasal bir denetim de söz konusu değildi. Ancak, bu anayasa geleneği silsilesi, çağdaş Alman anayasasına kadar ulaşır ve federal devlet sistemi kendine has hukuki şahsiyetini kazanır. Hukuk devleti, basın özgürlüğü, liberal ceza davaları, zorunlu resmî evlilik yasaları ile bir devletin iş ve eylemlerinde ve temel hak ve özgürlüklerde libe-

ral düşüncenin taleplerini karşılayacak ilkeleri temellendirir. Diğer taraftan imparatorluğun seçim yasası ilkelerinden olan gizli oy verme sistemi yanında seçimlerde sosyal demokratların mağduriyetine neden olan çoğunluk sistemi yine bu dönemin miraslarındandır (Zippelius ve Würtenberger 2008, 6).

1871 İmparatorluk Anayasası devlet gücünü üç ayrı erke ayırmıştı; Federal Temsilciler Meclisi, Federal Parlamento, Şansölye'nin bağlı olduğu Kayser (İmparator). İmparatorluğa üye devletçiklerin temsilcileri ve görev alanları ve kararları yine kayserin denetimi de olan Federal Temsilciler Meclisi (*Bundesrat*), halkın seçtiği temsilcilerinden oluşan meclis İmparatorluk Meclisi idi. Egemenlik meclise ait olmamakla beraber, gizli oy ve doğrudan halkın oyları ile seçilmiş gerçek bir halk meclisi hüviyetine sahipti. Mecliste azınlıkların da temsil edilme imkanı vardı. Buna istinaden, Oberschlesien bölgesinden Polonyalılar, Elsass bölgesinden Fransızlar İmparatorluk Meclisinde temsilciler göndermişlerdi. Yasama yetkileri Kayser, Temsilciler Meclisi ve İmparatorluk Meclisinin uhdesindeydi. Ancak Kayser'in yasa teklif etme ve veto yetkisi yoktu. 1871 Anayasası Purusya Kralının güvenini kazanmış şansölyeye sınırsız yetkiler tanımıştı. İmparatorluk politikalarına yapıcı etkileri bakımından meclislerin her ikisinin de yetkisi, dönemin gerçekleriyle örtüşmüyordu. Yapılması zorunlu reformlar bir türlü gerçekleştirilemiyordu. Anayasanın en büyük noksanlığı, ordu yönetiminin siyasal yönetimin denetiminde olmamasıydı. Şansölye ile üst düzey ordu yönetimi birbirlerine bağımlı ve herikisi de kayserin yönetiminde idiler. Siyasal mekanizma yavaş işliyor, savaş gibi önemli kararların zamanında verilmesi zorlaşıyordu (Lieberich 1985, 426).

Birici Dünya Savaşının, Alman anayasal yaşamından geriye bir şey bırakmadığı bilinen bir gerçek. Prusya üç aşamalı seçim sistemini (1918) kaldırır ve aynı yılın sonlarına doğru anayasada yapılan değişiklikle hükümetin denetimi kayserden alınıp meclise bırakılır. Böylece devletin yönetim biçimi meşrutiyetten, parlamenter monarşiye çevrilmiş olur. 1919 da Weimar'da toplanan Alman Ulusal Meclisinin temel görevi Almanya'yı demokratik cumhuriyet yönetim şekline kavuşturmaktı. Bu karar alınır ve Demokratik Alman İmparatorluğunun anayasasının birinci

maddesi ile egemenlik hakkı halka devredilir.[18] Weimar Anayasası (*Weimarer Verfassung*) küçük devletleri merkezi devlet etrafında toplayarak eyalet sisteminin (*Bundesstaaten*) temellerini atar. Bu düzenlemelerden sonra sınırlar kaldırılır ve eyaletlere yerel özerklik tanınır. Böylece ayaletler ve imparatorluk arasında süregelen siyasal ilişki temelinden değişmiş olur. Eyalet temsilcilerinden oluşan Federal Temsilciler Meclisi'nin (FeTeMec) yasamaya etkisi sınırlı kalınca, doğal olarak imparatorluğn yetki ve yönetim alanı genişler. Fransız örneğinden hareketle hazırlanan anayasaya göre, başkan (*Reichspräsident*) bütün iş ve eylemlerinde şansölye ve bakanlarla işbirliği yapma koşulu getirilir ve FeTeMec'ne sadece danışmanlık görevi bırakılır. Yasamada ise yetkisi sınırlanır.

Weimar anayasasında halk egemenliği en geniş anlamıyla uygulamaya alınır. İsviçre örneğinde olduğu gibi bazı yasalar doğrudan halk oylamasına (*Volksentschied*) sunulur. Ancak ülkenin geniş coğrafyasından dolayı, ses getirecek sonuçlara ulaşmak mümkün olmaz. Uygulamalar halkın sosyal yaşamı derinden sarsar. Ülkenin parçalandığını, parlamentoya giren siyasi partilerin çokluğundan anlamak gerekir. Dolayısıyle parlamentoda çoğunluğun onayını alarak çalışabilecek hükümet çıkarmak imkansızlaşır ve böylece yasama organı artık çalışmaz hale gelir.

5.1.3. WEİMAR CUMHURİYETİ ANAYASASI • *DIE VERFASSUNG VON WEIMARER REPUBLIK*

Weimar Cumhuriyeti Anayasası 14 ağustos 1919 da Weimar şehrinde kabul edilip yürürlüğe konan anayasa birçok yönüyle çağdaş Alman Anayasasını yapanları da etkiler. Alman Anayasasını yapanların ve danışmanlarının birçoğu Weimar dönemini yaşamış, büyük ölçüde pratik ve siyasal tecrübeler kazanmış kişilerdi. Örneğin, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin ilk şansölyesi Konrad Adenauer (1949-1963), o dönemde Köln kentinin 1917'den 1933'e kadar belediye başkanlığını ve aynı zamanda

---

[18] WeAn 1: Egemenlik tümüyle halka aittir.
(Weimar Anayasasının ilgili maddeleri metin içinde açıklanmış olup tekrara düşmemek adına bu maddeler Türkçeye çevirilmemiştir).

1920'den 1933'e kadarda Prusya Temsilciler Meclisi başkanlığını yapmıştı (Marschall 2007, 21).

Weimar yargısının ideolojik yaklaşımları ve siyasal kurumlar ile sıkı ilişkiler içinde olması, cumhuriyetin kısa ömürlü olmasının başat nedeni olarak kabul edilir. Yargının kararlarında ideolojik tutumu, en iyimser görüşe göre, nasyonal sosyalist rejimin iktidara yürümesinin yolunu açmıştır, denilmektedir (Justiz 1989). Bu dönemin yargı erkinin denetim sınırları genişledikçe, yasama ve yürütme erki karşısında yargı, bir cephe açma görevi üstlendi. Anayasa mahkemesi (*Staatsgerichtshof*) anayasanın 48. maddesinin, 2. paragrafına[19] dayanarak devletin bekası için, bir yargı kurumu olan Anayasa Mahkemesi, kendini devleti koruyan biricik siyasal kurum (*Dezision*) yerine koymuştur. Çünkü Yüksek Mahkemenin aldığı çoğu kararlarda içerik veya mantıklı delil getirmek yerine, alınan keyfi kararların kendisi ön plana çıkarılır (Ipsen 1937, 199). Sonuç olarak, yargının siyasallaşması, siyasal kararlar alması, yargıda suistimaller, (Grimm 1953, 51,53, 59) Vorländer'e göre, aksi durumda da Anayasa Mahkemesi, yani yargı, Weimar'ın yıkılışını da, Hitler'in iktidara gelmesini de engelleyemezdi (Vorländer 2009, 76).

Savaş sonrası seçilen yeni Millî Meclis, yorgun halkı ve dağılmış siyasal idareyi bir arada tutmanın ve halkın da benimsediği formülü bulmuştu. Almanlıkta birleşelim *"Einigt in seinen Stämmen"* parolası, açıkça milli birliğe çağrı düşüncesinden başka bir şey değildi. Yeni Anayasa "imparatorluk" kavramını atmayarak, aynı kavramın etrafında bütün Alman eyaletlerini toplar. Ancak Millî Meclisin de kabul ettiği bu anayasa, yeni bir devlet kurmak yerine yeni bir siyasal sistem kurmayı tercih etti. Yeni kurulan imparatorluk hukuksal olarak önceki imparatorluğun devamı değil, sadece aynı kimliğin sahipleri idi (Laufs 2006, 350).

---

[19] WeAn 48/ *2:* Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen. 114, 115 ve diğerleri hep bireyin temel haklarını, 153. madde ise, özel mülkü kapsayan maddelerdir.

Weimer İmparatorluk Anayasası iki ana bölümden oluşur. Birinci bölüm imparatorluğun yapılandırılması ve yönetim alanlarını, ikinci bölüm ise halkın temel hak ve görevlerini belirlemiştir (Vorländer 2009, 72). Anayasa, imparatorluğun örgütlenmesinde eğitim, devlet üst kurumlarının yetki alanlarını belirlemenin yanında, eyaletlerin merkezi devlet ile hukuksal altyapısını ve aynı zamanda yargının örgütlenmesini belirler. Devlet, en üstte başkan (*Reichsprsäsidenten*), Hükümet (*Reichsregierung*), İmparatorluk Temsilciler Meclisi (*Reichsrat*), Parlamento (*Reichstag*) olmak üzere dört ayrı organa bölünür. Anayasanın ikinci bölümünde, liberal anlayışın öngördüğü temel haklar, 1848 Paul Kilisesi anayasasına benzer bir şekilde, yeniden güvence altına alınır. Anayasa birey, toplumsal yaşam, din, dinî müesseseler, eğitim ve okul, ekonomik yaşam alanlarını temel hak ve özgürlükler çerçevesinde devlet eliyle örgütleme yoluna gider. Weimar Anayasasının bu bölümünde düzenlediği temel haklar düşüncesi ile, bugünün Almanya'sının hukuk devleti konseptinin temellerini atar (Vorländer 2009, 73). Yukarıda kısaca değinildiği gibi, anayasa daha birinci maddesi ile devleti temel bir kural etrafında bağımlı hale getirir. Bu kurala göre, "*İmparatorluk bir cumhuriyettir. Devlet gücünü halktan alır*."[20]

Weimar Millî Meclisi, devlet erklerinin birbirini denetlediği klâsik erkler ayrılığı ilkesine sadık kalmakla beraber, Anayasanın 54. maddesi[21] gereği şansölye ile bakanların parlamenter demokrasilerin tanımadığı değişik bir ilkeyi benimser. Bu maddeye göre, şansölye ve bakanlar iş ve eylemlerinde parlamentonun güvenini almak zorundadır. Eğer parlameto bu iki kurumdan biriyle güven sorunu yaşarsa, o kurumdaki kişi görevlerinden istifa etmek zorundadır (Laufs 2006, 350). Anayasanın 53. maddesi[22], hükümetin nasıl kurulacağını düzenler. Buna göre, Başkan (*Reichspräsident*) şansölyeyi belirler ve aynı zamanda şansölyenin teklif

---

[20] WeAn 1/ 1: Das Deutsche Reich ist eine Republik. WeAn 1/ 2: Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.

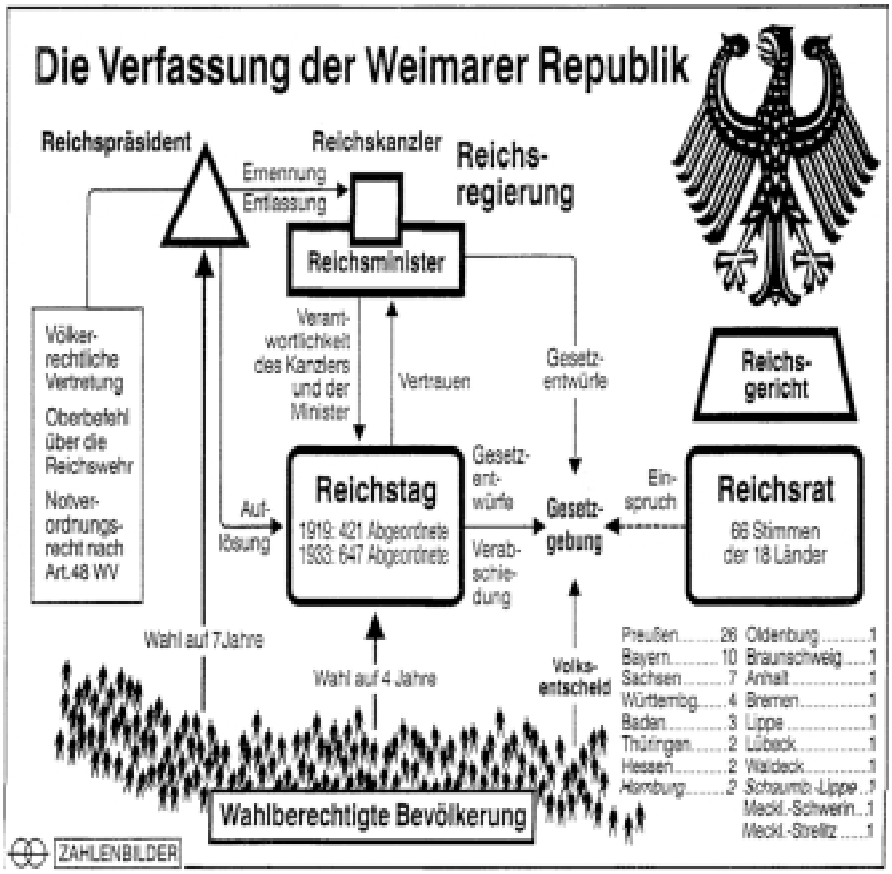
[21] WeAn 54/ 1: Der Reichskanzler und die Reichsminister bedürfen zu ihrer Amtsführung des Vertrauens des Reichstags. Jeder von ihnen muß zurücktreten, wenn ihm der Reichstag durch ausdrücklichen Beschluß sein Vertrauen entzieht.

[22] WeAn 53/ 1: Der Reichskanzler und auf seinen Vorschlag die Reichsminister werden vom Reichspräsidenten ernannt und entlassen.

ettiği bakanları atar. Anayasanın 13. maddesi[23] imparatorluk yasalarının, eyalet yasalarının üstünde olduğunu söyler.

Erich Schmidt Verlag'a ait olan, S. Marschal'dan alıntıladığım aşağıdaki çizelge, Weimar Cumhuriyeti'nin anayasa örgütlenmesini şema olarak göstermektedir (Marschall 2007, 22). Yukarıda Weimar Cumhuriyeti'nin anayasal sistemi ana hatları ile açıklandığından, çizelgenin ayrıca Türkçeleştirilmesine gerek görülmedi.

[23] WeAn 13/ 1: Reichsrecht bricht Landrecht.



Çizelge/ Abbildung 7
Weimar Cumhuriyeti Anayasası / *Die Verfassung der Weimarer Republik*
Kaynak: Marschall, Stefan (2007), S. 22.

Sonuç olarak Weimar Cumhuriyetinin, anayasanın öngördüğü yapısal bozuklukları nedeniyle yıkılmadığı söylenebilir. Anayasayı uygulamayan veya etrafından dolanan siyasal iktidarın eylemlerinin bir sonucu olarak, Weimar Cumhuriyetin çöküşü hazırlandı, denilebilir. Parlamento çatısı altında sağ ve sol cenahtan birçok antidemokratik aşırı siyasi partinin, parlamento ve merkez partilerinin hükümet çalışmalarını engellemelerinden ve savaş sonrası kaybedilen toprakların travmasının toplum üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin de bu bağlamda devletin yıkılmasında önemli rolü oldu (Sontheimer 2003, 14). İstikrarsız olan siyasal ortam ve aşırı

uçları temsil eden siyasi partilerin de engellemeleri sonucu, 1919-1933 yılları arasında tam 20 hükümet kuruldu ve yıkıldı. Bu nedene bağlı ve bu gerçekten hareketle, Weimar Cümhuriyetinin çöküşünü siyasal çalkantılara bağlamak daha rasyonel bir düşünce olur (Marschall 2007, 23). Bilhassa dönemin Almanya Dış İşleri Bakanı Walther Rathenau'ya, kaybedilen savaş sonrası doğal olarak Fransızların Versailles Sarayında dikte ettirip imzalattığı barış antlaşması da bu sonuca hizmet etmiştir. Hatta Rathenau'ya yapılan ve ölümle sonuçlanan suikasti, Weimar Cumhuriyeti'nin yıkılışına sebep olan bir başka neden olarak saymak gerekir. Rathenau, Wirth suikastleri ve buna benzer diğer suikastler; zaten siyasal iktidara olan kin ve nefretten dolayı, yürürlükteki anayasal düzeni bertaraf etmek için planlanan geniş çaplı çalışmaların sadece bir kısmını oluşturur. Zira o dönemlerde aşırı sağın her fırsatta kullandığı kafiyeli slogan[24] veya basın organlarında yayınlanan değişik Yahudilik karşıtı parolalar, toplumda Yahudilik karşıtlığını körükler. Buna komünist ve sol partilere duyulan kin, siyasal krizler, işsizligin, enflasyonun ve diğer sorunların neden olduğu sosyal çalkantılar da eklenince toplum iyice gerilmiş ve toplumda çeşitli cepheler oluşmuştur (Winkler 2005, 173).

1930'dan, Adolf Hitler'in 1933'de şansölye olarak atanmasına kadar iktidarda olan son üç şansölye olağanüstü hal ile imparatorluğu yönetmek durumunda kalır. Zira hiçbiri parlamentoda gerekli çoğunluğa sahip değildi. Hitler'in 1933 de iktidarı ele geçirmesi ile Weimar Cumhuriyeti'nin de fiilî olarak sonu gelmiş olur.

Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi'nin on iki yıllık iktidarı 30 Ocak 1933'den 8 Mayıs 1945'e kadar sürer (Laufs 2006, 379). Weimar Cumhuriyeti'nin hukuk ve demokratik devlet esaslarına dayanan anayasası yürürlükten resmen kaldırılmasa da, Nazi rejimi anayasanın içini yavaş yavaş boşaltır. Devletin Federal yapısı, erkler ayrımı ilkesi, temel haklar yasaları çeşitli zamanlarda iptal edilir (Zippelius ve Würtenberger 2008,

---

[24] Vur, daha şiddetli vur Wirth'e!
kafası parçalansın, indir kellesine!
indir Walter Rathenau'yu
lanet olası yahudi domuzunu!
"Haut immer feste auf den Wirth!/ Haut seinen Schädel, daß es klirrt!/ Knallt ab den Walther Rathenau/ Die gott verfluchte Judensau!"

7). Yine bu dönemde Devlet erklerinden olan, İmparatorluk Temsilciler Meclisi ve Parlamento feshedilir. Başkan Hindenburg'un ölümüne kadar (1934) geriye sadece Devlet Başkanı ve Şansölye kurumları kalmıştır. Hindenburg'tan sonra bu iki kurumda birleştirilir ve Hitler'in eline geçer. Hitler 1938'den sonrada ordu kumandanlığını da gücüne ekler. Gücünün ana güvencesi toplumun her kesiminde ve her konuda terör estiren polis teşkilatıydı. Yargı ve siyasi partiler yasası değiştirilirdikten sonra Nazi partisi Almanya'nın tek siyasi partisi ilan edilir ve devletin bütün kurum ve kuruluşları onun denetimi altına alınır (Lieberich 1985, 446). 1933'te yenilenen devlet memurları yasası gereği sadece nasyonal sosyalizm doktrinlerini içselleştiren kişilerin devlet memuru olabilir, kuralı getirilir. Artık hukuk ile hukuksuzluk iç içe girmiştir. Bundan dolayıdır ki bu dönemin yargı teşkilatı haklı olarak "Hukuksuz Yargı" adı ile anılır (Laufs 2006, 400). Weimar Cumhuriyetinin (Alman İmparatorluğu) döneneminin güçlü adalet bakanı (1921-1923), 20. yüzyılın önemli hukuk filozofu ve temel hakları ile alakalı hala yürürlükte olan yasalara damgasını vuran, Heribert Ostendorf da Hitler dönemi yargısını anlatırken "yasal hukuksuzluk" (*gesetzliches Unrecht*) yada "yasalarüstü Hukuk" (*übergesetzliche Recht*) gibi kavramlar kullanır (Ostendorf, 2010).

5.1.4. FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ ANAYASASI • *ENTSTEHUNG DES GRUNDGESETZES*

20. yüzyılda Almanya iki defa, dünyayı hegemonyal emelleri için savaşa sürükledi (Sontheimer 2003, 13). Her iki savaşın sonunda da Almanya, cumhuriyet rejimini benimseyen devletler kurdu: Weimar Cumhuriyet, Federal Almanya Cumhuriyeti. Kaiser II. Wilhelm ve imparatorluğun siyasal ve askeri kanadı Birinci Dünya Savaşı öncesi imparatorluğun sınırlarını ve egemenlik alanlarını genişletmenin artık zamanı geldiğine inanmışlardı. Dört yıl süren savaştan sonra Almanya, Versailles Sarayında imzalamak zorunda kaldığı barış anlaşmasıyla yeni bir döneme de adım atmış oldu. Kaiser kaybedilen savaşın da baskısı ile yeni bir anayasanın yapılıp uygulanmasını kabul etti. Weimar kentinde hazırlanan bu anayasa, bu kentin ismi ile "Weimar Cumhuriyeti" olarak anılır. Ancak Weimar Anayasası, savaş galipleri tarafından dikte ettirildiği düşüncesi

yaygındı. *"Bu bir yabancı anayasadır. Almanya'ya uygun değil"* gibi görüşler, anayasanın istem dışı kabul ettirildiği inancı toplumda hakimdi. İşte Versailles'in ürünü kabul edilen bu ilk cumhuriyet denemesi "Weimar Cumhuriyeti" devleti, milliyetçi kesimleri devlete karşı hareke-te geçirir. Böylece Versailles antlaşmasını lağvettirme mücadelesi başlar. Ancak devletin uygulamaya aldığı yüzeysel düzenlemeler, bu mücadele-leri engelleyemez. Nasyonal sosyalistlerin iktidarı ellerine geçirmesine kadar (1933) devam eden siyasal çalkantılar, aynı zamanda cumhuriyet rejiminin yani Weimar Cumhuriyet'inin de fiilen sonunu hazırlar. Al-manya ikinci cumhuriyet devletini yine kaybedilen bir savaş neticesinde ve yine dikte yoluyla kurar. Bu ise İkinci Dünya Savaşı sonunda kurulan, Federal Almanya Cumhuriyetidir.

İkinci Dünya Savaşı galibi Müttefik Güçler, bu defasında Alman-ya'nın yayılma siyasetine temelli ve kalıcı bir çözüm üretmek için karar-lıdır. Gelecekte herhangi bir saldırını olmaması için alınması gereken her tedbirin alınmasını kararlaştırlar. Bu bağlamda askeri ve ekonomik ted-birlerin yanında nasyonal sosyalizmin her kalıntısının kazınması ve de-mokratik bir sistemin kuruluşu için şartların oluşturulması karara bağla-nır. Savaş galibi güçlerin anlaşamamaları neticesinde Almanya, doğu sektörü ve batı sektörü konumunda ikiye bölünerek, iki ayrı Almanya kurulur. Bunlar Rusya'nın isteği doğrultusunda doğuda diktatöryel Doğu Almanya (DDR), Amerika Birleşik Devletleri ve diğer batılı güçlerin denetiminde liberal demokratik bir rejimin hakim olduğu Batı Alman-ya'dır (BRD) (Sontheimer 2003, 15).

Nasyonal sosyalistlerin diktatoryal iktidarından sonra, Alman devleti için hukuk devleti düşüncesine yeniden dönme zamanı gelmişti. Hukuk devleti yeniden kurulmalı, hukuk her şeyin üstünde olmalıydı. Yeni kuru-lacak devletin hukuk sisteminde, devlet gücü sınırlanmalı, bireylerin hu-kuksal güvenliği, temel hakların güvence altına alan ilkelerin devletin her kademasinde hakim olması sağlanmalıydı. Kuruluş sürecindeki Alman-ya'nın anayasal sistemi, doğrudan ve bilinçli olarak, Weimar'ın çöküş nedenleri dikkate alınarak, yani çok partili sistemden tek partili sisteme geçme yollarını kapatan, iktidarın gücünü sınırlayan ilkeleri temel kabul etmiştir. Hem müttefik güçler ve hem de Müttefik Güçlerin denetiminde

olan, batı sektöründen demokratik seçimle gelen eyalet temsilcileri (milletvekilleri) Almanya'da gerçek demokrasinin kuruluşunu bir an önce gerçekleştirmek istiyorlardı. Zaten daha sonra hazırlanacak anayasanın ruhunda bunu görmek mümkün olacaktı. Anayasanın, insan temel hak ve dokunulmazlığı maddelerini (FeAnMad 1 - 20), sosyal hukuk devleti ilkesi ve devletin federatif yapısının yeniden inşası (FeAnMad 79/3), gibi insanı ve akabinde devletin federatif yapısını anayasanın değiştirilemez temel maddeleri koşuluna (*Ewigkeitsgarantie*) bağlaması (Vorländer 2009, 80) göz önünde bulundurulduğunda, bu tespiti yapmak mümkündür. Ayrıca Alman Anayasası tespit edilen bu ve diğer temel ilkelerle dayandığı (Lieberich 1985, 462) Weimar Anayasasının temeli olan pozitif hukuku da dışlamış olmaktadır (Naßmacher 2010, 222).

Müttefik Güçlerin her biri, denetimleri altında olan Alman bölgelerinde, kendi istekleri doğrultusunda bir yönetim biçimi öngörüyordu. İngiliz Askeri İdaresi, kendi denetim bölgesinde, yerel yönetimlerin kendi belediye sınırlarında daha özerk bir yönetimin tesisini ve yargının siyasallaşmasını engellemek için tedbir olarak, yargıçların siyasi partilere üye ve diğer her türlü çalışmanın yasaklamasını istemektedir. Buna karşılık Fransız sektöründe Fransızlar, merkeziyetçi bir yönetimden uzaklaşmak istiyordu. Amerikan sektöründe Amerikalılar ise, Bayern, Hessen, Württemberg-Baden eyaletlerini kurmuş ve kendi bölgelerinde her türlü üretim ve ticaret özgürlüğü ortamını yaratmıştı (Eisenhadt 2008, 455). Anayasal bir düzenin kurulması çalışmaları, öncelikle Müttefik Güçlerin çalışmalarına bağlı idi. Müttefik Güçlerin çeşitli dönemlerde yaptıkları çalışmalar henüz bir sonuç vermemişti. Ancak 1 Eylül 1948 de Batılı Güçlerin ortak inisiyatifi ile alınan bir karar gereği, batılı güçlerin denetimindeki sektörlerin eyalet başbakanlarına, üç antlaşma metni sunulur. Birinci metin, 1 Eylül 1949'a kadar sonuçlandırılması kaydıyla, bir anayasa kurucu kurulunun kurulması yetkisini başbakanlara veriyordu. Bu kurul federal bir devlet yönetimi, temel hakları ve demokratik parlamenter sistemi önceleyen bir anayasa hazırlayacaktı. Bu şartlarda hazırlanan bir anayasa, ancak Müttefik Güçlerin onayını alır ve üçte iki çoğunluk esası ile eyalet meclislerinden geçerse, yürürlüğe girebilecekti. İkinci metin sadece askeri yönetimin onayını gerektiriyor ve eyalet başbakanla-

rının, eyalet sınırlarının gözden geçirilmesini istiyordu. Üçüncü metin de Müttefik Güçler ile Alman yönetiminin ön şartlarını belirlemekteydi (Eisenhadt 2008, 487). Sonuç itibarı ile, yürürlüğe giren anayasa daha sonra değişiklik gerektirdiğinde, batılı güçlerin onayını alması önkoşuldu. Kurulacak anayasa kurulu kendisine tevdi edilen görevden saparak, bir başka kurum ve kişiye yetkisine devretme yetkisine sahip değildi.

Müttefik Güçlerin direktifi doğrultusunda, 1 Nisan 1948'de Frankfurt'ta toplanan eyalet hükümet başkanları konferansının kararı ile, yeni bir anayasanın yapılması için bir "*anayasa kurucu kurulu*"nun (*Parlamentarischer Rat*) kurulması için karar alınır. 1 Eylül 1948'de çalışmalarına başlayan Kurucu Kurul'a 65 üye seçilir. Başkanlığına Konrad Adenauer'ın getirildiği kurulda hukukçu üyeler (32) çoğunluktaydı. Kurul üyelerinin hemen hemen hepsi Hitler rejimi tarafından kovuşturulmuş, hapiste kalmış, yurt dışında yaşamış kişilerdi. Kurul öncelikle devlet erkleri arasında dengenin kurulmasında kararlıydı. Alman mantalitesine de uygun ve eski geleneğede sahip yatay erkler ayrılığı yanında dikey erkler ayrılığı ilkesini (Federal devlet sistemi) ve iktidar gücünün istismarını engellemek, Kurucu Kurulunun en önde gelen ilkelerindendi. Kurulun bir diğer önem verdiği hususda cumhurbaşkanlığı seçiminin değiştirilmesi ve yetkilerinin sınırlandırılmasıydı. Bunun ana nedeni Weimar Cumhuriyeti'nin son döneminde, Weimar anayasasının cumhurbaşkanına tanıdığı yetkilerle, Nasyonal sosyalist iktidarın "*parlamenter diktatörü*"nün, diğer "*tek adam*" diktatörlüklerinden (Niclauß 1974, 177) aşağı kalır tarafı olmadığı ve dolayısıyla halkın tecrübe etmiş olmasıydı. Kurucu Kurulunun çalışmalarının her aşaması, Müttefik Güçlerin denetimi altında devam eder. Müttefik Güçler, kendi istekleri doğrultusunda oluşturulan Anayasa Kurucu Kurulunun çalışmalarına sık sık müdahale eder. Nihayet, Müttefik Güçlerin anayasa taslağında görmek istedikleri, devletin federal yapısı konusundaki değişiklikler ve diğer küçük düzenlemeler yapıldıktan sonra, müttefikler ile Kurucu Kurul arasında anlaşma sağlanarak, anayasa taslağı hazırlanmış olur (Eisenhadt 2008, 490). Anayasa taslağı 1949 Mayıs ayında tamamladıktan sonra Kurucu Kurul lağvedilir (Doehring 1984, 55).

Kurucu Kurul'da anayasa taslağı 8 Mayıs 1949'da 12'ye karşı 53 evet oyu ile kabul edilir. Müttefik Güçler'inde 12 Mayıs 1949'da anayasa taslağını, eyalet meclislerinde oylanmak üzere kabul eder. On bir eyalet parlamentosu anayasa taslağını onaylarken, Bavyera eyalet meclisi taslağı reddetmiş, ancak aynı anda aldığı bir kararla federal devlete katılmayı kabul etmişti. Anayasa, 23 Mayıs 1949'da resmî gazetede (*Bundesgesetzblatt*) bir numaralı yayın olarak yayınlanarak, 24 Mayıs 1949'da yürürlüğe girer (Eisenhadt 2008, 490). Anayasanın kabulünden sonra, 14 Ağustos 1949'da Federal Parlamento (*Bundestag*) seçimleri, kısa zaman sonra 12 Eylül 1949'da Federal Alman Cumhurbaşkanını seçmek için ilk defa Federal Birleşik Meclis (Bundesversammlung) toplanır. 20 Eylülde hükümetin kurulmasından sonra federal devletin temel organları kurulmuş olur. Parlamento 7 Eylül 1949'da Bonn[25] kentinde ilk toplantısını yapmak üzere toplanır ve yasama çalışmalarına başlar. Yeni anayasa genelde Weimar anayasasından esinlenmesine rağmen, temelde geniş değişikler getirmiştir. Weimar döneminde, eyalet ve merkezi idare ilişkilerinde eyaletlerin ihmal edilmesi, Hitler iktidarında ise eyalet fonksiyonlarının tamamen kaldırılmasına karşın, yeni anayasa federal sistemi (FeAnMad 72, 74) eyaletler lehine güçlendirir (von Beyme 1999, 41).

Almanya, Müttefik Güçlerin denetiminde olduğundan, kabul edilen anayasanın meşruiyeti konusundaki çeşitli eleştirilerin varlığı bir gerçek. Ancak hakim görüşe göre, Alman devletinin yeniden kuruluşu, egemen Alman halkının, Batı Alman topraklarında, Alman hukuku çerçevesinde hazırlanıp, serbest seçimle belirlenmiş eyalet meclislerinin de onayı ile yürürlüğe konmuştur. Diğer bir görüşe göre de, Müttefik Güçler zaten devletin anayasal çalışmalarını Alman makamlarına devrettiğinden, anayasanın meşruiyeti zedelenmemiştir (Doehring 1984, 56). Bugün dahi anayasanın meşruiyeti tartışma konusudur. Zira bugüne kadar anayasanın, egemen Alman halkının onayına sunulmaması, anayasanın meşruiyetine kuşku duyulmasına neden olmaktadır. Ancak hakim görüşe göre, uzun yılların deneyiminden geçmiş, halkın teveccühünü kazanmış anayasa, meşruiyetini zaten kendiliğinden kazanmıştır denilmektedir (Naßmacher 2010, 223). Di-

[25] Kurucu Kurulunun ucu ucuna bir çoğunlukla aldığı kararla Franfurt kenti yerine Bonn kenti başkent oldu.

ğer taraftan, iki Almanya'nın birleşmesi döneminde, Doğu Almanya Halk Meclisi, çoğunluğa dayanan kararı ile 1990 yılında Batı Alman Cumhuriyeti Anayasası ilkelerini kabul ettiğini ilan ettiğinden, anayasanın meşruiyeti de kabul edilmiş olduğu (Rudzio 2006, 50) tezleri ileri sürülür. Almanya'da bugün demokratik sistem ve anayasanın meşruiyeti, her Federal Alman vatandaşının zihnine yerleşmiş gözükmektedir. Ancak şu gerçeğin altını da çizmek gerekir. Alman anayasasının imarında yerli imza belirgin olmasına rağmen, işgal güçlerinin etkileri azımsanmayacak kadar çoktur (Vorländer 2009, 78).

5.2. FEDERAL ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİ VE KURUMSAL YAPISI • *DAS VERFASSUNGSGERICHT DEUTSCHLANDS UND IHRE STRUKTUR*

Bir devletin temel yasaları anayasa olarak adlandırılır. Anayasalar çoğu zaman yazılı belgeler olmalarına rağmen yazılı olmayan anayasalarda vardır. Bunun en güzel örneği İngiltere'dir. Gerçektede İngiltere'nin, yazılı bir anayasası, mevcut değildir.

5.2.1. KURULUŞ • *ENTSTEHUNG*

Federal Anayasa Mahkemesi (FeAnMa), Federal Almanya siyasal sisteminde en güçlü kurumlarından biri olarak kabul edilir. Mahkeme, 7 Eylül 1951 tarihinde Almanya'nın Kalsruhe kentinde çalışmalarına başlar. Almanya'da anayasal yaşam 19. yüzyılı aşarak, Alman Kutsal Roma İmparatorluğu döneminin, imparatorluk yüksek mahkemesine *(Reichskammergericht 1495, Reichshofrat 1518*) kadar uzanan bir geleneğe sahiptir (Schlaich ve Korioth 2010, 1). Ancak çağdaş anlamda, fonksiyon ve görev alanları açısından, kurumsal bir anayasadan, ancak Federal Almanya Cumhuriyetinin kurulmasından sonra bahsetmek mümkündür (Eisenhadt 2008, 515). 1848 Paul Kilisesi Anayasasında (PaKiAn), özellikle temel hukuk kuralları ve anayasal yargı öngörülür. Temel haklara bu anayasada gerekli yer verilmez. Ayrıca PaKiAn'da bu temel hakları güvence altına alacak bir anayasa mahkemesi de mevcut değildir. Anayasal yargı yetkileri ile donatılmış bir anayasa mahkemesi

(*Reichgerichtshof*) fikri, PaKiAn'sının başarısızlığına bağlı olarak, hayata geçirilemedi (Schlaich ve Korioth 2010, 2). PaKiAn'sı belki zamanın zor koşulları nedeniyle yürürlüğe giremedi, ancak temel hukuk ve anayasal yargı ile ilişkili tezleri, 1850 Bavyera Anayasa Mahkemesinde hakettiği yeri alır (Maurer 2010, 53,71). Alman İmparatorluğu'nun 1871 anayasası, ne temel hakları ne de anayasal yargıya ilişkin düzenlkemeleri ihtiva eder. Anayasal bir kurum (Staatsgerichtshof) tarafından yargı denetimi ancak Weimar Cumhuriyeti döneminden sonra başlar. Ancak 1919 Weimar Anayasası da (WeAn), sadece sınırlı yetkilere sahip bir anayasa mahkemesinin (*Staatsgerichtshof*) kurulmasını düzenler (Schlaich ve Korioth 2010, 2). Weimar Anayasa Mahkemesi (WeAnMa) temel görevi merkezi yönetim ile eyaletler arasında çıkabilecek sorunlarda hakemlik yapmaktı. Anayasal hukukun ve temel hakların uygulanmasında denetim yetkisine sahip değildi. Yasaların uygulanıp uygulanmaması ve anayasal organlar arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde de yetkili değildi (Säcker 2003, 18). Burada şu temel kuralın altını çizmek mümkündür. WeAn'sı temel hakları konusunda yasama yürütme ve yargıya ayrıca bir yükümlülük getirmemektedir. Temel hakları uygulatma konusunda yaptırım yetkisi olmayan bir anayasa mahkemesi yoksa, temel hakların da bir anlamı kalmamış olur.

Ancak PaKiAn'dan tam yüzyıl sonra, Federal Almanya Anayasası'nda PaKiAn'sının izlerini görmek mümkündür. Gerçekten de, temel haklar, FeAn'ın 1. maddesinin, 3. paragrafı ve 20. maddesinin, 3. paragrafında yapılan düzenleme ile anayasal güvence altına alınır. Böylece bütün hukuk normları yanında, hukuksal eylemler de anayasa ile ilişkilendirilmiş olur (Schlaich ve Korioth 2010, 9). Bu durumda Anayasa Mahkemesi; hukuk normları ve hukuki işlem ve eylemleri, yasama ve yürütme organını denetleme yetkisine sahip olmuş olur (Häußler 1994, 159). Kısaca FeAn seleflerinden etkilemiştir diyebiliriz. Anayasa Mahkemesi ayrıca, 1946 yıllarında, İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan eyalet anayasa mahkemeleri ve en önemlisi de son karar mercii olarak 1803 yılında kurulan ABD'nin *Supreme Court* kurumunu örnek alarak kurulmuş olmasıdır (Eisenhadt 2008, 489). Ancak genellikle FeAn'ın, WeAnMa'yı esas olarak aldığı bilinmektedir. Weimar döneminin kötü

tecrübeleri yanında, kurallara bağladığı iyi örnekler, FeAnMa'nın kuruluşunda önemle dikkate alınmıştır. Eyalet anayasa mahkemeleri ve Federal Anayasa Mahkemesi, WeAn'sı örneğinden hareketle, doğrudan Amerikan anayasası ilkelerini temel baz alarak kurulur (Maurer 2010, 70,71).

FeAnMa ve FeAnMaYa'sının köklü bir geçmişe sahip olması yanında, FeAnMa'nın önceki örnekleri ve diğer Avrupa devletleri anayasa mahkemeleri ile kıyaslanmayacak kadar büyük yetkilerle donatıldığını hemen burada belirtmek gerekir (Schlaich ve Korioth 2010, 3). Bir önceki dönem olan Nasyonal Sosyalist İktidarın neler yaptığı ve neler yapılabileceği tecrübesine dayanarak, *Anayasa Kurucu Kurulu* olarak parlamenterler komisyonu, anayasal yargıya geniş yetki ve alan tanır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi yargının en üst denetim mekanizması olarak, anayasanın muhafızı (*Hüter der Verfassung*) unvanına da sahiptir (von Beyme 1999, 405).

FeAnMa kurulduğu yıllarda 1951/52 de doğrudan adalet bakanına bağlı, ayrı bütçesi olmayan ve Federal Yargıtay (*Bundesgerichtshof*) ile eş tutulan bir kurumdu. Kurumsal olarak bakanlığın gözetim ve denetimi altında idi (Häußler 1994, 23). Kuruluş döneminde kendine ait bir yeri olmayan mahkeme, yönetime gerekli memur alımında dahi Bonn'a dalayısıyla merkezi hükümetin onayını almak durumundaydı. FeAnMa, konumunu belirlemek üzere, mahkeme üyeleri arasından bir çalışma ekibi görevlendirir. Konu ile alakalı raporunu kurul, Mart 1952'de mahkeme üyelerine sunar. Rapora göre, FeAnMa'nın herhangi bir federal mahkeme olmadığı, Federal Hükümet, Federal Parlamento ve Temsilciler Meclisi seviyesinde anayasal bir kurum olduğu belirtilir. Mahkeme eğer adı geçen kurumlarla eşdeğerde ise, yönetim olarak özerk olmalı, kendi bütçesini ihtiyaçları gereği kendi yapabilmelidir. Kendi memurlarını kendi görevlendirme yetkisine sahip olmalıdır. Mahkemenin bu raporu 2 hayır oya karşı, 20 evet oyu ile kabul edilir ve rapor usule uygun olarak bakanlık yolu ile değil de doğrudan ilk şansölye olan Konrad Adenauer'a sunulur. Rapora karşı çıkan Willi Geiger ve mahkeme başkanı Hermann Höpker-Aschoff'unda karşı raporları dikkate alınarak, hükümet FeAnMa statüsü ile alakalı kararını açıklar: (Häußler 1994, 26). Buna göre Mahkeme:

- FeAnMa bütçesi ve yönetim olarak adalet bakanına bağlıdır.

- FeAnMa'nın, yönetimde özerklik teklifi, anayasanın öngördüğü devlet yönetiminde her kurumun federal bir bakana bağlı olması ilkesine aykırılık kuşkusu taşımaktadır.
- Parlamentonun FeAnMa bütçesinde dikkate almadığı hususun, mahkeme başkanı tarafından hükümete ve parlamentoya açıklanması durumunda, bütçesinin oluşturulmasında ayrıcalık yapabilir.

Çeşitli hamle ve çalışmalar sonucu FeAnMa 24.10.1952 kendi özel bütçesine ve nihayet Mayıs 1953'te de devlet içindeki özel ve özerk yerini de alır (Häußler 1994, 28). Yargısal ve anayasal bir organ olan FeAnMa, Anayasanın 92. maddesine göre bir anayasal yargı organıdır. Mahkeme diğer anayasal organlar karşısında egemen ve bağımsızdır. Anayasa ve kendi kuruluş yasasına göre (FeAnMaYa § 1), FeAnMa, herhangi bir federal bakana bağlı değildir.

5.2.2. ÖRGÜTLENME ŞEKLİ • *ORGANISATION*

FeAnMa Karlsruhe kentindedir (FeAnMaYa § 1/2). Mahkeme 1962 yılından beri iki senato ve her biri 8'er yargıçla hizmet vermekte (FeAnMaYa § 2/1) ve senatoların sorumluluk alanları da kendi yasalarına göre belirlenmiştir (FeAnMaYa § 14/2). Anayasa Mahkemesi, 1956 yılına kadar her biri 12 yargıçtan, 1956'dan 1962 yılına kadar 10 yargıçtan oluşan iki senatodan oluşuyordu (Schmidt 2007, 225). Birinci Senatonun yetki ve sorumluluk alanına, norm denetimi, anayasanın 1-19 maddelerinden doğan temel hakları düzenleyen anayasal şikayetler girer. Resmî kurumlardan gelen şikayetlerin norm denetimi ve anayasal şikayetler, askerlik hizmetleri, ceza ve para ceza davaları, siyasi partileri yasaklama davaları, hapishane konuları ve seçimlerle ilgili şikayetler İkinci Senatonun görev ve sorumluluk alanına girmektedir. Bu görev ve sorumluluk alanlarının konularına istinaden birinci senatoya *Temel Hukuk Senatosu***,** ikinci senatoya da *Kamu Hukuku Senatosu* denilir. Görev ve sorumluluğun hangi senatoya ait olduğu önceden belli olmayan davalarda, altı yargıçlı bir kurulun kararı aranır. Seçimle gelen her yargıç hangi senatoya seçilmişse o senatoya aittir. İki senato arasında yagıç değişimi yani geçiş yoktur. Yargıçların değiştirilemezliği ve görevden alınamazlığı siyasal sorunların çözümünde sorun yaratmaması için, senato birleşimlerinde

karar alma yetkinliği için altı yargıcın bulunması yeterli görülmüştür (von Beyme 1999, 407).

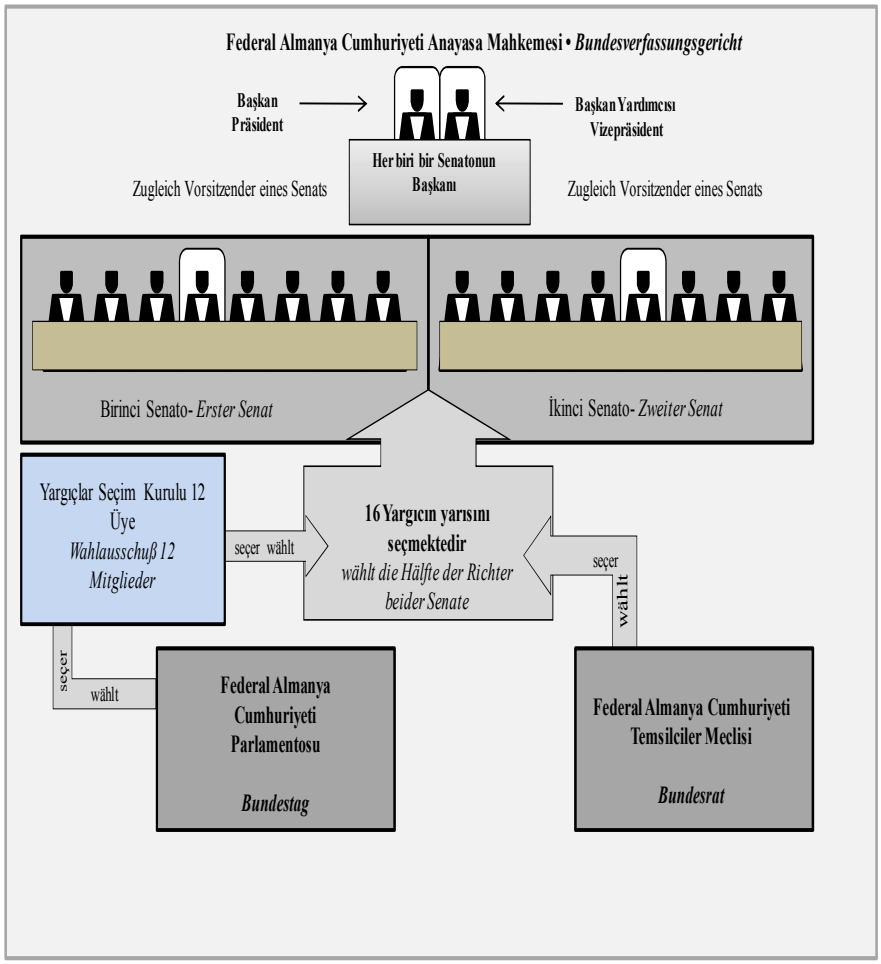
Senatonun birinin başkanlığını FeAnMa başkanı yaparken, diğer senatonun başkanlığını da anayasa mahkemesi başkan yardımcısı üstlenir (FeAnMaYa § 15/1). Anayasanın konu ile ilgili kararlarına göre, bir senatonun kararının diğer senato tarafından yeniden incelemesine izin verilmez (Zippelius ve Würtenberger 2008, 514). FeAnMa'nın kararları önemli kararlar olduğundan, hükümeti, resmî kurumları, parlamentoyu, Eyalet temsilciler meclislerini, mahkemeleri ve devlet dairelerini bağlar. Yasamanın ve siyasal iktidarın kararları da anayasa mahkemesi önüne geleceğinden, mahkemenin siyasal öneminin altı da çizilmeli. Yasama ve yürütmeyi yargının doğrudan etkisi altında bırakmamak için, yasa anayasa mahkemesini başvuru ile harekete geçirmeyi tercih etmiştir (Schmidt 2005, 227). Yasalar, FeAnMa'ya kendiliğinden norm denetimi yapma izin vermez.

5.2.3. YARGIÇ SEÇİMİ • *WAHL DER RICHTER*

Federal Anayasanın 94. maddesi ve 1. paragafına göre, Federal Anayasa Mahkemesi yargıçları yarı yarıya olmak kaydıyla, Alman Parlamento ve Federal Temsilciler Meclisi tarafından, üçte iki oy oranı ile seçilir.[26] Federal Temsilciler Meclisi, yargıçları genel kurul toplantısında doğrudan seçebilirken, Federal Parlamento genel kurulda yapılan seçimle belirlediği 12 kişilik *"Yargıçlar Seçim Kurulu"* üzerinden, yargıçları dolaylı olarak seçmektedir. Yargıçların bir kurul tarafından dolaylı seçimi (FeAnMaYa § 6), bazı hukuk çevreleri tarafinfdan anayasaya aykırı olduğunu ileri sürülürken, karşı görüşte olan geniş kesim ise, 60 yıllık deneyimin, yargıç seçimlerinin böyle olmasında her hangi bir sakınca olmadığını kanıtlar, demektedir (Schlaich ve Korioth 2010, 25).

---

[26] FeAnMad 94/1: Federal Anayasa Mahkemesi, Federal yargıçlar ve diğer üyelerden oluşur. Federal Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısı Federal Meclis, diğer yarısı da Federal Konsey tarafından seçilir. Üyeler, Federal Meclise, Federal Konseye, Federal Hükümete veya bir eyaletin buna benzer organlarına üye olmaz.



Çizelge/ Abbildung 8
Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası' na Yargıç Seçimi / *Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı. Benzer çizelge için bakınız: Eric Hilgendorf, dtv- Atlas Recht, S.144.

FeAnMa yargıçlarının seçiminde yasaların getirdiği ilkeler, muhalefet ve iktidar partilerinin sıkı ve kolektif çalışmasını gerektirir. Yargıçları seçen "*Yargıçlar Seçim Kurulu*" nun Federal Parlamento tarafından seçilmesi dönemlerinde, muhalefet partisi veya partileri fiilen veto koyucu olabilmektedir. Fakat bu durum, her kesimin kabul edeceği yargıçların seçimini sağlaması bakımından olumlu sonuçlar doğurduğunu tecrübeler göstermiştir. İktidar ile muhalefetin beraberce sıkı çalışmalar neticesinde

belirledikleri adayların Anayasa Mahkemesine seçilmesi, Federal Almanya Cumhuriyeti'ne has bir özellik olarak, Federal Hükümet, muhalefet, eyaletler ve diğer muhalif birimleri *"Ortak Çalışmaya Zorlama*" anlamına gelmektedir (Schmidt 2007, 227). Yargıç seçimlerinde yasama erkinin, merkezi idare ile eyaletler arasında ki dengeyi koruma ilkesi, sadece anayasal yargıyı düzenlememekte, aynı zamanda FeAnMa başkanının seçiminde de dikkate alınmaktadır. Buna göre FeAnMa başkanı ve yardımcısı dönüşümlü olarak, bir defa eyaletlerin temsilcileri olan Federal Temsilciler Meclis, bir başka defa da Federal Parlamento tarafından seçilmektedir (Schmidt 2007, 226).

Anayasa Mahkemesi yargıçları 12 yıllığına veya 68 yaşını doldurana kadar seçilir (Zippelius ve Würtenberger 2008, 514). Yargıcın tarafsızlığının etkilenmemesi için yargıçların yeniden seçilmeleri yasa ile engellenmiştir. Yasa, bir yargıcın parlamento ve temsilciler meclisi tarafından yeniden anayasa mahkemesi üyeliğine seçilmesini sağlamak için yanlı kararlar verebileceğini dikkate alarak, yeniden seçilmemesini öngörmüştür (FeAnMaYa § 4/1-3).

Anayasa Mahkemesine seçilecek yargıç adayları 40 yaşını doldurmuş, Federal Parlamentoya seçilebilecek şartlara ve Yargıçlar Yasasına göre (FeAnMaYa § 3/1,3), yargıçlık yapabilme yetkinliğini elde etmiş olmalıdır. Federal mahkemelerden, her iki senatoya 3'er yargıç seçilmesi şarttır. Bu sayı FeAnMaYa'sının 94. maddesine göre en az iki olmalıdır. Ancak FeAnMa'nın kendi yasasıyla bu sayı, üç olarak belirlenmiştir (FeAnMaYa § 2/3). Bu kural ile adaleti sağlamada (*Rechtsfindung*) FeAnMa'nın, uygulama alanından gelen yargıçların tecrübe ve birikimlerinden faydalandırılması hedeflenmiştir.

Yargıçların, Federal Parlamento, Federal Temsilciler Meclisi, Federal veya Eyalet Hükümetleri ve buna benzer bir eyalet organıyla organik bir bağı olmamalıdır. Yargıçlar, hukuk eğitimi veren yüksek okullarda öğretim görevi haricinde, herhangi bir iş ilişkisinde de bulunamazlar (FeAnMaYa § 3/4). Federal Parlamento ve Federal Temsilciler Meclisi'nin FeAnMa'ya etkisi *"Yargıçların Seçimi"* ile sınırlıdır (Hesse 1995, 279).

FeAnMa'ya da bazı eyalet yüksek mahkemelerinde olduğu gibi, hukukçu olmayan yargıçların (*Laienrichter*) seçilmesi tartışılmaktadır. Hu-

kukçu olamayan yargıçlarla çalışma düşüncesiyle, Federal Anayasanın da ruhuna uygun yani demokratik ve siyasal sistem gereği FeAnMa, dolayısıyla yargıda temsil edilmesi hedeflenmektedir (Schlaich ve Korioth 2010, 24).

Federal devlet örgütlenmesinde, doğal olarak devlet yönetimi eyalet ve federal devlet arasında paylaşılır. Schleswig-Holstein eyaleti dışında Federal Almanya Cumhuriyeti ve 15 eyaletin her biri kendi anayasası ve kendi anayasal yargısına sahiptir. Schleswig-Holstein anayasal yargı yetkisini FeAnMa'ya devretti (FeAnMad 99). Eyalet anayasa mahkemeleri de (EyAnMa), Federal Anayasa gibi, sadece bulunduğu eyalet yasalarının norm denetimini yapar. Bu görevi dışında, eyaletten eyalete değişen görev alanları da vardır. Ayrıca Eyalet Anayasa Mahkemeleri, eyaletten eyalete değişik adlarla anılır. Buna göre, Türkçeye sadece *Anayasa Mahkemesi* olarak tercüme edilebilecek *"Staatsgerichtshof, Verfassungsgerichthof ve Verfassungsgericht"* adları kullanılır. Bu mahkemelere norm denetimi için nadiren çağrıda bulunulduğundan, yargıçları da tamzamanlı olarak mahkemelerde çalışmamaktadır. Genellikle uzman yargıçlardan oluşan, EyAnMa'lerinin yargıçları, başka mahkemelerde görev yapmakta ve bir çağrı üzerine, norm denetimi yapmak için EyAnMa'lerinde toplanırlar (Pötzsch 1997, 119).

5.2.4. GÖREV ALANLARI • *TÄTIGKEITSFELDER*

FeAnMa, anayasaya dayalı olarak devletin üç ana erki olan *yasama, yürütme, yargıyı* denetlemede sınırsız yetkiye sahip. FeAnMa alt mahkemelerin kararlarının, yürütmenin eylem ve çalışmalarını, yasama organının yaptığı yasaların anayasaya uygunluğunu, Federal Yönetim ile eyaletler arasında çıkan anlaşmazlıkların bir karara bağlanması alanlarında, yasal ön koşulların yerine getirilmesi kaydıyla ve başvuru ile denetler (Schmidt 2005, 227). Ayrıca anayasanın korunması, cumhurbaşkanının dava edilmesi, siyasi partilerin denetlenmesi veya yasaklanma ve seçimleri denetleme işlemleri yine FeAnMa'nın görev ve denetim alanlarına girer.

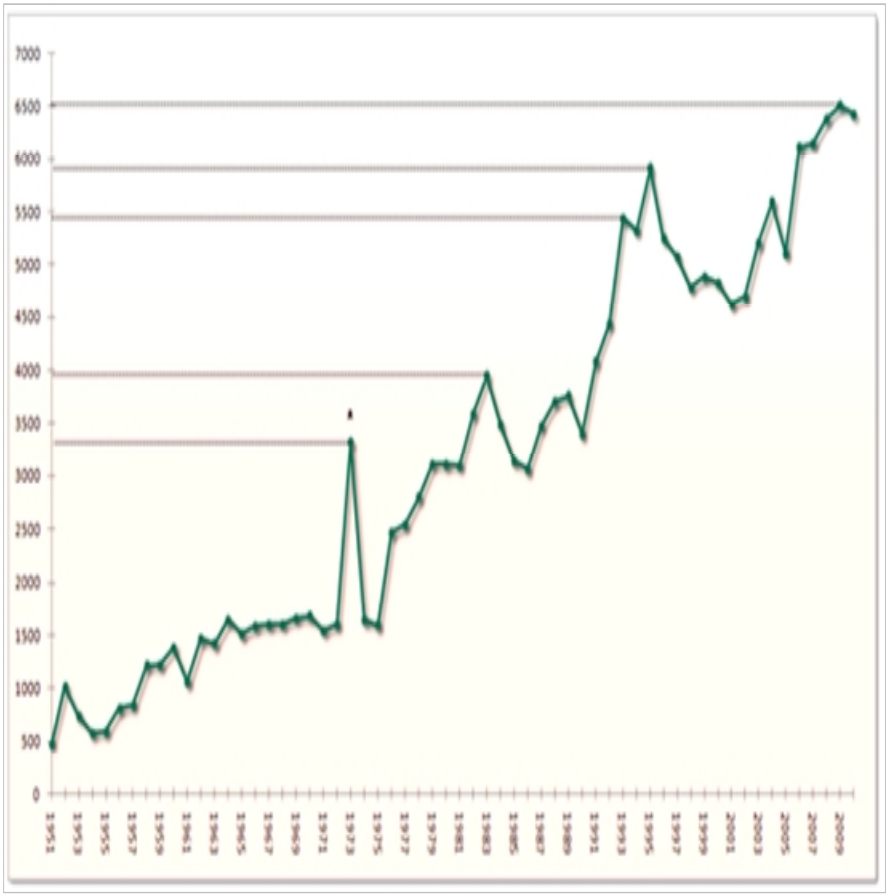
Devlet yasama, yürütme, yargı erkleri ve özellikle de vatandaşın doğrudan muhatap olduğu idare organları, insan temel hak ve hürriyetleri

ile çelişkiye düşebilecek eylemlerden kaçınır. Her vatandaş, bu kurumlardan birinin, anayasanın 1-19 maddelerinde konu edilen haklarının (FeAnMad 1-19) ihmal veya tecavüz edildiği iddiasıyle, FeAn'ın 1. maddesi 3. paragrafına[27] dayanarak, FeAnMa'ya bireysel başvuru hakkını kullanır. Kişinin, zarar verilen, ihmal edilen veya zedelenen hakkı, yönetim zaafiyetinden kaynaklanması, bir mahkeme kararı veya yasama tarafından kabul edilip yürürlüğe konan bir yasa olması veya kişinin haklarını ilgilendiren konu olmasına bakılmaksızın aynı kategoride değerlendirilir. Ancak, Anayasa Mahkemesine başvuru için diğer hukuksal yolların bitirilmiş olması koşulu aranır. Bütün mahkeme aşamaları bitirildikten sonra FeAnMa'ya yapılan başvurunun uygunluğu, üç yargıcın denetiminden geçtikten sonra, işleme konulur. Anayasa Mahkemesi bu ön-inceleme bölümünde, şikayeti kabul eder veya sonuç alınamaz kaydı ile reddeder. Birçok şikayet Anayasa Mahkemesinin bu aşamasında geri çevrilir. FeAnMa'da yığılmaları engellemek, mahkemeyi asılsız ve temelsiz konularla meşgul ettirmemek için, 1986 yılından beri, kabul edilmeyen ve reddedilen şikayetler için, şikayet sahibine para cezası verilir (von Beyme 1999, 412). Meselâ 2010 yılında, her iki senatoya gelen 35 şikayet dosyası, bu dava kanalının kötüye kullanılmasından dolayı, 15.050,00 Euro ile cezalandırılmıştır (Bundesverfassungsgericht 2010).

7 Eylül 1951 den 31 Aralık 2010 tarihine kadar FeAnMa'ya toplam 188.810 şikayette bulunuldu. Bunlardan 182.151'i anayasa ihlâli ile ilgili şikayetler, 8'i siyasi parti kapatma davası ve diğer konulara ilişkindi. Bu davaların 179.528'i (% 96, 46) bir karara bağlandı. Ancak anayasa ihlâli şikayetlerinin, sadece % 2,4'ü yani 4.308 davada olumlu sonuç alındı. Mahkemede bekleyen dava sayısı 2983'tür. Yine bunlardan 2893 başvuruyla en büyük sayıyı anayasa ihlali şikayetleri oluşturmaktadır. Geri kalan sadece 90 dava diğer konular kapsamında kalmaktadır (Bundesverfassungsgericht 2010). Aşağıdaki FeAnMa sayfasından alıntılanan grafikte, yıllara göre mahkeme önüne gelen şikayet dosyalarına bakıldığında, FeAnMa'ya yılda ortalama 5000 şikayet geldiği görülür (Bundesverfassungsgericht 2010).

---

[27] FeAnMad 1/3: Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.



Çizelge/ Abbildung 9
1951'den Günümüze FeAnMa'ya Başvuru Grafiği/ *Verfahrenseingänge beim Bundesverfassungsgericht seit 1951*
Kaynak: http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-3.html

5.2.4.1. Mahkeme Kararlarının Denetimi • *Kontrolle von Gerichtsentscheidungen*

Federal Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına alt mahkemelerin kararlarını denetlemek de girmektedir. Temel haklarının bir devlet kurumu tarafından veya bir mahkeme kararı ile ihlal edildiğini iddia eden kişi, FeAnMa'ya şikayette bulunabilir.[28] Ancak bunun için bütün yargı yollarının tüketilmiş olması gerekir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, temel hakların ihlali nedeniyle mahkemeye başvuran kişinin kendisinin doğrudan etkilenmiş olması ve bizzat şikayette bulunması koşulunu aramaktadır.

Federal Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarını, öncelikle temel hakları düzenleyen anayasanın 1 ila 19. maddelerine uygunluğunu araştırır. FeAnMa'nın *Süper Temyiz Mahkemesi* görevi olmadığından, ihtisas mahkemelerinin kararlarına temyizen bakmaz. Mahkemelerin yasaları kendilerince yorumlamalarına saygı göstermek durumundadır. Ancak FeAnMa yorumların temel haklarla çelişkili kararları veya belirgin yanlış yorumları ve özellikle de davada yanlış bir yasanın uygulanmasını ve keyfilikleri denetler (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 522).

Federal Anayasa Mahkemesinin kararları kesin kararlardır. Eğer bir mahkeme kararı denetim sonunda bozulmuşsa, mahkeme o davayı yeniden görür (Schlaich ve Korioth 2010, 4).

---

[28] FeAnMaYa § 90/1: Temel haklarının bir kamu kurumu tarafından ihlal edildiğini ve ya anayasanın 20/ 4, 33, 38, 101, 103, ve 104. maddelerinden kaynaklanan haklarının zedelendiğini iddia eden herkes, anayasa mahkemesinde anayasa şikayetinde bulunabilir.
(Jedermann kann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben.)

5.2.4.2. Anayasa Organlarının ve Federatif Anlaşmazlıkların Denetimi • *Organstreitigkeiten und Föderative Streitigkeiten*

Anayasal organlar olan Federal Hükümet, Federal Parlamento veya Federal Temsilciler Meclisi, milletvekilleri ve siyasi partilerin karşılıklı olarak aralarındaki anlaşmazlıkların çözümü için Federal Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunurlar. Diğer taraftan merkezî yönetim ve eyalet yönetimleri arasında çıkan anlaşmazlıklar için de, yine şikayet yolu ile FeAnMa'da çözüm yolları aranır (Schlaich ve Korioth 2010, 5). FeAnMa'da şikayet konusu olan, yasamanın çıkardığı bir yasanın, hükümetin bir eyleminin, herhangi bir bakanın bütçe harcamalarının veya yasama tarafından alınan erken seçim karının, anayasaya uygunluk denetimini yapar. Federal Almanya'da bugüne kadar görülmemiş ise de, Federal Alman Cumhurbaşkanına karşı, diğer bir anayasal organ tarafından yapılacak şikayette, FeAnMa'ya tarafından görülür (Marschall 2007, 204). Aynı şekilde demokratik kuruluşlardan olan siyasi partilerin seçimlerle veya partilerin malî işlerinin denetimi ile ilişkili olarak çıkan anlaşmazlıklara çözüm bulmak da FeAnMa'nın görev alanına girer. Zaman zaman eyaletler ve merkezi iktidar anayasal (*Grundgesetz*) uygulamalarda fikir ayrılıklarına düşmektedir. Yine FeAnMa iki organ arasında, bir organın şikayeti üzerine hakemlik yetkisini kullanarak sorunu çözüme ulaştırır (Hesse 1995, 280). Bir eyaletin bir yasayı ihlâl edip etmediğini belirlemek için, Federal Temsilciler Meclisinin konu ile ilişkili kararı alındıktan sonra, anayasanın 84. maddesinin 4. paragrafına dayanarak, FeAnMa'ya şikayette bulunulur.

5.2.4.3. Yasama Faaliyetlerinin Denetimi • *Kontrolle der Gesetzgebungsakten*

Federal Anayasa Mahkemesinin, temel görevi şikayet üzerine yasama organı tarafından yapılan yasaların, anayasaya uygunluğunu denetlemektir (*Normenkontrolle*). Böylece demokratik yönetimlerin *erkler ayrılığı* ilkesi gereği, FeAnMa'nın yasama organını denetleme fonksiyonu ile devlet yönetiminde *devre* tamamlanmış olur. *Yasama*, *yürütme* ve *yargı* erklerinin üçü de anayasaya bağlı organlardır. Eyalet Anayasaları ve Fe-

deral Anayasanın birebir uygulanmasını sağlamak için FeAnMa özel yetkilerle techiz edilmiştir. Yasaların FeAn'ya uygunluk denetimi, FeAnMa'nın önemle üzerinde durduğu yetki alanlarının başında gelir. Anayasal denetimlerin de iki "*ölçü normu*" vardır: Bunlar **somut norm denetimi** (*konkrete Normenkontrolle*) ve **soyut norm denetim**leridir *(abstrakte Normenkontrolle)* (Schlaich und Korioth 2010, 4).

Federal Anayasanın 100. maddesinin, 1. paragrafına göre,[29] bir mahkemede görülen davanın karara bağlanmasında yargıcın uygulanmasını öngördüğü hukuk normunun, FeAn'ya uygunluk durumunun denetimi, **somut norm** denetimidir. Zippelius, adil bir karara ulaşmak için, yargıçların FeAn'ın 20. maddesinin 3. paragrafını[30] ihtimamla uygulamalarının öneminin altını çizmektedir (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 532). Bu kapsamda bir mahkeme, geçerli olup olmaması hükme tesir edecek bir yasayı anayasaya aykırı bulursa, davayı geri bırakır, eyalet anayasasına aykırılık halinde, eyaletin anayasa uyuşmazlıkları için yetkili mahkemeye, Federal Anayasaya aykırılık halinde ise Federal Anayasa Mahkemesine, ilgili konuda karar vermek üzere başvurur. Bu hüküm, eyalet hukukunun bu Anayasaya aykırı olması veya bir eyalet yasasının federal bir yasayla bağdaştırılmaması halinde de uygulanır (FeAnMad 100/ 1). Yasaların norm denetim yetki fonksiyonu ile, FeAnMa kendisine âdeta *yasama* yetkisi de tanımış olmaktadır. Ancak yasamanın yaptığı her yasa, yargıçlar tarafından FeAn ölçü normuna aykırı olduğu kanısıyla reddedilemez. Böyle bir durumun genelde yasalara karşı güvensizlik ortamı doğurması yanında, yasamanın demokratik meşruiyeti ve yaptığı yasalar, bir kısım resmî kurum ve yargı organları tarafından suistimal edilebilir. İşte bunu engellemek için yasaların norm denetimleri sadece FeAnMa uhdesine bırakılmıştır (Degenhart 2008). Ancak

---

[29] FeAnMad 100/1: Bir mahkeme, geçerli olup olmaması hükme tesir edecek bir yasayı anayasaya aykırı bulursa, davayı geri bırakır, eyalet anayasasına aykırılık halinde, eyaletin anayasa uyuşmazlıkları için yetkili mahkemesine, Federal Anayasaya aykırılık halinde ise Federal Anayasa Mahkemesine, ilgili konuda karar vermek üzere başvurur. Bu hüküm, eyalet hukukunun bu Anayasaya aykırı olması veya bir eyalet yasasının federal bir yasayla bağdaştırılmaması halinde de uygulanır.

[30] FeAnMad 20/3:Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar.

somut norm denetimi için mahkeme ve eyalet anayasa mahkemeleri, FeAnMa'ya başvuruda bulunabileceğinden, mahkeme halihazırda görülmekte olan somut bir davada, herhangi bir tenakuz tespit etmişse, FeAnMa'ya somut norm denetimi için (FeAnMad 100/1) başvurur (Degenhart 2008, 302). Mahkemenin, FeAnMa'ya başvuruda bulunduğu normun anayasaya uygunluğundan şüphe duyması yetmez, emin olması gerekmektedir. Alınan karar başvuruda bulunan tarafları bağlar. FeAnMa norm denetimleri konusunda titiz davranmakta ve çağrıları kabulde sıkı denetim uygulamaktadır. Bundan dolayı başvuruların çoğu geri alınmaktadır (Pötzsch 1997, 117).

Eyalet yasasının norm ölçümü söz konusu olursa, bu durumda o eyaletin anayasa mahkemesinin denetimine başvurulur (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 532).

Soyut norm denetiminde (FeAnMad 93/1, 2)[31] FeAnMa; anayasal organlardan Federal Hükümetin, eyalet hükümetleri veya federal milletvekillerinin en az üçte birinin istemi ile federal veya eyalet yasasının FeAn'ya uygunluğunu denetler. Somut bir yasanın, bir sözleşmenin anayasaya uygunluk denetimi için anayasal bir organ tarafından FeAnMa'ya başvurulduğunda, FeAnMa davayı soyut norm denetimi ile karara bağlar. Somut bir yasanın anayasaya uygunluğu dava konusu olduğu için, soyut norm denetiminde karşı taraf yoktur. Böyle bir dava sürecinde başvuru sahibi, başvurusunu geri çekse dahi, FeAnMa davayı sonuçlandırır (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 535). Dava konusu bir yasanın, federal yasanın, eyalet yasasının anayasaya aykırılık iddiası ve denetimi, her hangi bir dava ile ilgili olmaksızın, soyut norm denetimi istendiğinden, bu davaya soyut norm denetimi denmektedir. Başvurunun FeAnMa tarafından denetime alınabilmesi için, başvuru sahipleri arasında yasanın geçerliliği konusunda anlaşmazlılık veya şüphe olması gerekir. Ancak bu durumda FeAnMa dava konusu normu anayasaya uygunluk bakımından denetler (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht

[31] FeAnMad 93/1, 2: [...] Federal Hükümetin, bir eyalet hükümetinin veya Federal Meclis üyelerinin dörtte birinin isteği üzerine, Federal hukuk veya eyalet hukukunun asli veya şekli bakımından bu Anayasaya veya eyalet hukukunun sair federal hukuka uygunluğu konusundaki görüş ayrılıkları veya kuşku halinde;

2008, 536). Bundan dolayıdır ki, bir eyalet hükümeti, anayasaya aykırılık gerekçesi ile, bir başka eyalet yasası hakkında FeAnMa'da iptal davası açabilir (Degenhart 2008, 300).

Parlamento yasa çalışma sürecini tamamladıktan sonra ve fakat yasa yürürlüğe girmeden önce, FeAnMa'ya norm denetimi için başvuru yapılabilir. FeAnMa başvuruya konu olan normun öncelikle FeAn'ya uygunluğunu denetler. FeAnMa dava normunu anayasaya aykırı bulursa, normu FeAnMaYa § 78, 82/1 ve 95/3'e dayanarak iptal eder (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 537).

5.2.4.4. Anayasa Şikayeti[32] • *Verfassungsbeschwerde*

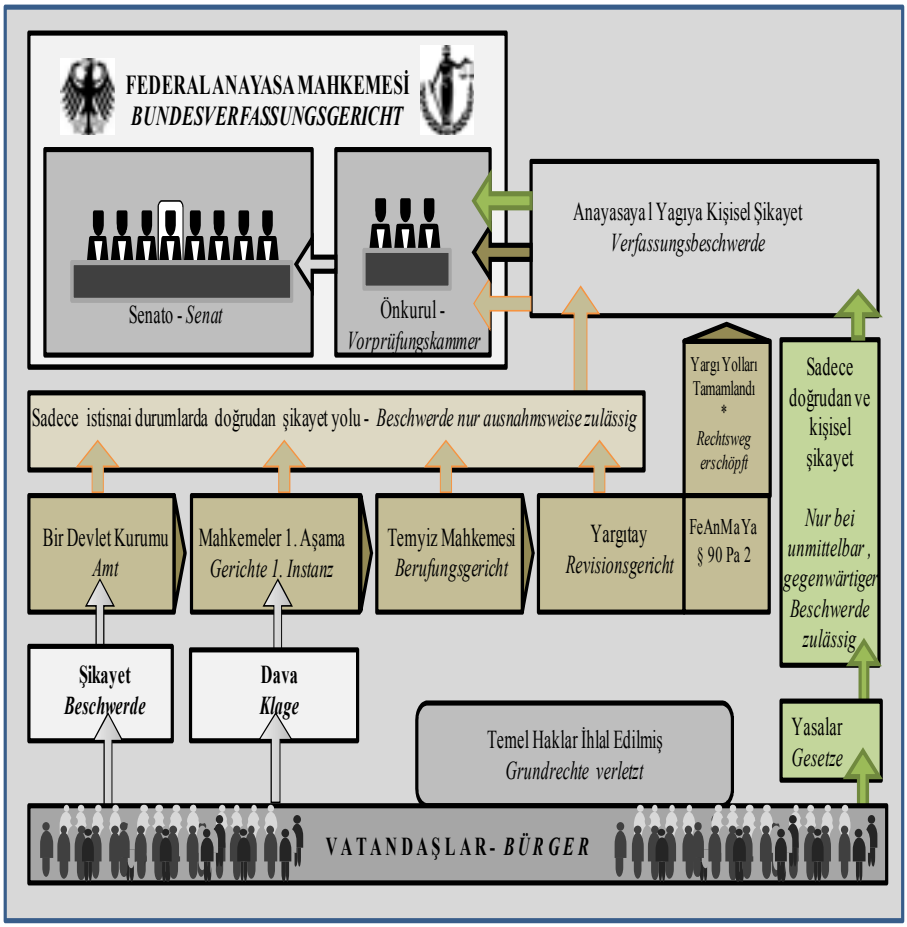
Başlangıçta FeAn'da, bireysel başvuru hakkı öngörülmemişti. Ancak 1969 yılında, FeAn'ın 93. maddesi 2. paragrafı, 4a bendinde yapılan değişiklik ile, anayasaya kişisel başvuru yolu açılır. Böylece her birey ve tüzel kişi, kamu gücünün kullanımından kaynaklanan bir nedenle temel haklarının ihlal edildiği iddiası ile, FeAnMa'ya başvuruda bulunabilir. Ancak bu tür bir şikayet sadece hakkı ihlal edilen kişi tarafından bizzat yapılabilir. FeAnMa'da bir hukuk davası açmak olası değildir. Anayasa şikayeti bir temyiz yolu olmadığı gibi yargı yolunda çıkan hukuka aykırılıkların giderildiği kanun yolu da değildir. Sadece Federal Anayasada belirlenen haklardan herhangi birinin ihlali iddiasıyla başvurulacak ikinci bir kanun yolu şeklinde anlaşılmalıdır (von Beyme 1999, 411). Yabancılar da mesela oturma haklarının veya mültecilik statüsünden kaynaklanan hakların, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile FeAnMa'da şikayette bulunma hakkını kullanabilir (Sontheimer 2003, 346).

FeAn'ın 1 ila 19. maddelerinde belirlenen ve FeAn'ın 93/ 1, 4a, 4b'de ve 20/ 4, 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerinde düzenlenmiş kişi temel hakları, FeAn'ın güvencesi altındadır. Şikayet, sadece temel hakların

---

[32] Almancası "Verfassungsbeschwerde" olan bu kavram, Türk literatürüne başlarda "anayasa şikayeti" daha sonra "bireysel başvuru" şeklinde tercüme edildi. Ancak kavram, kişilerin temel haklarının kamu gücü tarafından ihlâli durumunda kişinin doğrudan anayasa şikayetinde bulunması yolunun açık olduğunu ifade ettiğinden, söz konusu kavramın ***anayasal yargıya kişisel şikayet*** şeklinde tercüme edilmesi daha uygun ve anlaşılır olur. Ancak bugün itibariyle Türkiye'de yaygın olan kullanım şekli "**bireysel başvuru**" veya "a**nayasa şikayeti**"dir.

kamu gücü tarafından ihlâli durumunda yapılır. Kamu gücü (resmî kurumlar) yasama, yürütme ve yargı olabileceği gibi, federal ve eyalet resmî makamları da olabilir (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 540). Kişinin sadece, FeAn'ın 93. maddesinin, 1. paragrafı, 4a ve 4b bendinde belirtilen haklarının ihlal edildiğini mantıklı bir şekilde açıklaması gerekir. Şikayetçi, şikayet konusu olan ihlâlin kendine yapıldığını, doğrudan ve zamanında FeAnMa'ya taşımalıdır. FeAnMaYa § 90/2'ye göre, alt mahkemelerde davanın açılıp, son aşaması da bitirilmiş olmalıdır. Kişisel şikayetler bir aylık bir süre içinde ve yazılı yapılır (Degenhart 2008, 306). Bu yöntemde başvuru sahibinin, kendi hakkının ihlal edildiğini ve şahsi bir zarar gördüğünü açıklaması gerekmektedir. Anayasa şikayetinde bulunan kişinin ayrıca nesnel amacının (*Klarstellungsinteresse)* ne olduğunu açıkça belirtmesi de zorunludur. Aşağıdaki grafikte kişisel başvuru yolları ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir.



Çizelge/ Abbildung 10
Anayasa Şikayeti / *Vervassungsbeschwerde*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

5.2.4.5. Demokrasi ve Hukuk Devletini Koruma • *Demokratie- und Rechtsstaatssicherung*

Demokratik sistemin korunması adına, cumhurbaşkanı, yargıçlar, seçimler, uluslararası antlaşmaların denetlenmesi ve siyasi partilerin yasalara aykırı eylemleri ve yasaklama davaları, FeAnMa'nın görev ve sorumluluk alanına girer (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 546).

Siyasi partilerin anayasaya aykırılıktan dolayı kapatılması hakkında FeAnMa'da dava açmak, Federal Parlamento, Federal Temsilciler Meclisi ve Federal Hükümetin yetki alanındadır. Eyalet hükümetlerinin yetkileri ise sadece kendi yönetim bölgesi olan eyaletteki, bir siyasi partinin faaliyetleri ve partinin eyalet örgütü ile sınırlıdır (FeAnMaYa § 43). FeAnMa, FeAn'ın 21. maddesine dayanarak (FeAnMad 21/ 2)[33] siyasi partinin kapatılma davasını incelemeye alır (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 547). Ayrıca FeAn'ın 18. maddesine aykırı olarak hür ve demokratik düzene karşı mücadele de aynı hükümdedir ve FeAnMa'nın denetimine tâbidir (Sontheimer 2003, 346).

Siyasi Parti kapatma davaları Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, 1950'li yıllarda başlar. Sosyalist İmparatorluk Partisi (SRP= Die Sozialistische Reichspartei), Alman İmparotorluğu'na bağlılığını, imparatorluk topraklarının yeniden geri alınması propagandasını program ve söylemlerinde işlemekteydi. 4 Mayıs 1951 yılında Federal Hükümet, partinin yan kuruluşları ve 19 Kasım'da da SRP aleyhine FeAnMa'da anayasaya aykırılık davası açar. 23 Ekim 1952 yılında sonuçlanan davada mahkeme SRP'nin siyasi yaşamına son verir (von Beyme 1999, 414). Karar gereği partinin malvarlığına el konur, SRP'nin milletvekillikleri düşer ve aynı zamanda partinin yeni bir örgütlenmeye gitmesi de yasaklanır. Dava sürecinin son aşamasına doğru SRP, dava akışının nereye varacağını ve mahkeme kararının hangi yönde olduğunu öngörerek, kapatılma kararını etkilemek için 12 Eylül 1952'de kendi kendini resmen lağveder. Ancak FeAnMa, SRP'nin bu kararını dikkate almaz ve parti için kapatma kararı verir.

Alman Komünist Partisi'nin (KPD=Kommunistische Partei Deutschlands) kapatılması, ikinci dalga parti kapatma dönemi diye algılanır. 23 Kasım 1951'de Federal hükümet KPD'nin söylem ve eylemlerinden dolayı, aleyhinde FeAnMa'da anayasaya aykırılık davası açar. FeAnMa, bu davayı ancak beş yıl içinde bir karara bağlar ve nihayet 17

---

[33] FeAnMad 21/2: Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimini gösteren siyasi partiler, Anayasaya aykırıdırlar. Anayasaya aykırılık hakkında Federal Anayasa Mahkemesi karar verir.

Ağustos 1956 yılında KPD'nin kapatılmasına karar verir. Mahkeme partinin mal varlığına el koyar. Ancak eyalet milletvekillikleri düşürülmez. Zira ilgili eyaletler konu ile alakalı gerekli düzenlemeleri önceden yapmışlardır (von Beyme 1999, 414). Üçüncü dalga parti kapatma davası ise, yeni denebilecek kadar yakın bir tarihte açılır. SPD ve Yeşiller Partisi hükümeti ve ayrıca Federal Temsilciler Meclisi tarafından ayrı ayrı, Almanya Milliyetçi Demokratik Partisi (NPD= Nationaldemokratische Partei Deutschlands) aleyhine, partinin demokratik sistem düşmanlığı gerekçesiyle FeAnMa'da, anayasaya aykırılık davası açılır. Dava, 18.03.2003'de FeAnMa tarafından, yargılama öncesinde ve sürecinde etkin ve yargılamayı etkileyen hatalardan dolayı reddedilir (Schmidt 2005, 231). Zira Anayasayı Koruma Teşkilatı (*Bundesamt für Verfassungsschutz*) ajanlarını, partinin yönetim kadrosuna kadar uzanan bir mahiyette, parti kadrolarına yerleştirmişti. Hatta Teşkilat, bu çalışmaları, dava sürecinde ve daha öncesinde sürdürmüştü. Bir hukuk devletinin temel kurallarına uymayan bu eylem ve filler, davanın reddini hazırlayan ana neden oldu (Schlaich ve Korioth 2010, 186).

Avrupa Birliği Hukukunu ilgilendiren konularda FeAnMa, Avrupa Adalet Divanı'nın otoritesi altındadır (Schlaich ve Korioth 2010, 14,199). Uluslararası Hukuk aynı zamanda, FeAn'ın 25. maddesi gereğince,[34] FeAn'ya eş olarak kabul edilmiş ve norm denetimini yine FeAnMa yapmaktadır.

5.2.4.6. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı • *Wirksamkeit der Entscheidungen des Verfassungsgerichts*

FeAnMa'nın kararları FePa'yu, EyPa'su, tüm mahkemeleri ve diğer anayasal organların hepsi için bağlayıcıdır (FeAnMaYa § 31/1, 2). Hatta FeAnMa'nın denetimi sonucu reddedilen yasa ile ilgili kararı da yasa hükmündedir. Dolayısıyla FeAnMa'nın bu gerekçeli kararı (FeAnMaYa

[34] FeAnMad 25: Devletler hukukunun genel kuralları, federal hukukun ayrılmaz parçasıdır. Bu kurallar, yasalardan üstündür ve Federasyonun topraklarında oturanlar için doğrudan hak ve yükümlülükleri doğururlar.

§ 35/2) resmî gazetede yayımlandıktan sonra, yasa gibi bağlayıcıdır (Säcker 2003, 90).

FeAnMa böyle bir kararı aynı zamanda hangi devlet kurumunun uygulamaya koyacağını da belirleyebilir. Yasa gereği kararın nasıl ve ne şekilde uygulanılacağını da düzenleyebilir (FeAnMaYa § 35). Ancak kararların uygulanmasında FeAnMa'nın kendi olanakları bulunmadığından, devletin diğer kurumlarının işbirliğine gereksinim duyar (Schlaich ve Korioth 2010, 266).

5.2.4.7. Bir Anayasa Organı Olarak Siyasi Yapıda Federal Anayasa Mahkemesi • *Bundesverfassungsgericht als ein Verfassungsorgan im politischen Prozess*

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, her biri egemen anayasal organlar olan Federal Anayasa Yargısı (*Verfassungsgerichtbarkeit*) ve eyalet anayasal yargıları yan yana durmaktadır. Eyaletlerin anayasal yargıları tarafından kişilerin temel hakları ihlal edilmediği müddetçe, Federal Anayasa yargısı eyaletlerin anayasal yargılarına karışmaz. Eyalet parlamentolarının yaptıkları yasaların, anayasal normlara uygunluğunu denetlemek, eyalet anayasa mahkemelerinin görev ve sorumluluğuna girer. Norm denetimi FeAnMa ve eyalet mahkemeleri tarafından re'sen yapılamadığından, bir başka deyişle FeAnMa ve eyalet mahkemelerinin norm denetimi yapabilmeleri için FeAn'da belirlenen mercilerin başvuruda bulunmaları gerektiğinden, görev alanlarının sınırlarını belirlemede sorunlar çıkabilmektedir (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 524).

Federal anayasa Mahkemesi, geniş çaplı norm denetimiyle alakalı olarak yasama ve diğer anayasal organların *mahkeme yasamanın sınırlarını ihlâl ediyor, yetki sınırlarını aşıyor*, ithamı ile karşı karşıya kalmaktadır. Devlet gücünün *yasama, yürütme* ve *yargı* erkleri arasından bölünmesi ilkesine göre, devlet yönetiminde görev ve sorumluluk alanları belirlenmiştir. Buna göre bu anayasal organlar, kendi alanlarında egemendir. Bu organların her biri yine bu organlardan biri olan FeAnMa'nın denetimine tâbidir. Bu durum FeAnMa'yı iktidar gücü yerine de koymaktadır. Zira mahkeme yasamayı, iktidarı, dış politikayı ve yargıyı "*Federal*

Anayasa Mahkemesi Denetimi"ne tâbi tutmaktadır (Schlaich ve Korioth 2010, 280).

Federal Anayasa Mahkemesi'nin siyasal yaşamın her alanına girebileceği yukarıda ifade edildi. O, siyasal anlaşmazlıklarda, siyasi parti davalarında, partilerin tartışma ve anlaşmazlıklarında taraflardan biri aleyhine ve bir diğeri lehine karar verebilir. FeAnMa, zaten bu özelliği ile toplumun tam ortasında, belirlenmiş organlar tarafından çağrı üzerine ve yine görev alanındaki sorunlara anayasanın ona verdiği yetkilere dayanarak en doğru kararı vermek için çaba sarfeder. Verdiği kararların etkinliği yanında hukuka uygunluğu toplum tarafından kabul gördüğünden, anayasal kurumların toplum güveni ile alakalı yapılan kamuoyu araştırmalarına bakıldığında, Anayasa Mahkemesine toplumun güvenin, üst seviyelerde olduğu tespit edilir. Meselâ 1995'te yapılan bir kamuoyu araştırmasında Anayasa Mahkemesi, bütün anayasal organların önünde ve % 79 oranında toplumsal güvene sahiptir (von Beyme 1999, 10 Aufl. s. 69). Bu rakam 2004'de, en yüksek 7 puan üzerinden, 4,94 şeklinde değerlendirilmiştir (Vorländer 2006, 199).

Küresel dünyanın devletlere getirdiği yükümlülüklerden olmak üzere, Alman dış siyasetini ilgilendiren kararlar da FeAnMa'ya norm denetimi yapılmak üzere gelmektedir. Mesela, Federal Ordunun Afganistan'da askeri angajmanı FeAnMa'ya sayısız şikayetin yapılmasına yol açmıştır. Bunun bir sonucu olarak, *Alman Dış Politikası artık Karlsruhe'den mi yönlendiriliyor?* sorusunu akıllara getirmiştir (Piazolo 1995, 183). Ancak son yıllarda, mahkemenin toplum nezdinde ki saygınlığında ki düşüş, belkide bu ağır siyasal yükten kaynaklamış olabilir. Allensbach Enstitüsünün yaptığı kamuoyu araştırmalarına bakıldığında, son 15 yılda, Anayasa Mahkemesinde hızlı bir saygınlık kaybı yaşadığı tespit edilir. Enstitü yöneticileri, bu düşüşün verilen son kararlara bağlı olduğunu düşünmektedir. Enstitünün araştırmasına göre, toplumun % 40'ı FeAnMa'ya güvenmektedir. Önemli olan bir başka husus da, toplumun % 33'ü FeAnMa'nın kararlarının toplumun değer yargıları ile örtüştüğünü belirtirken, toplumun diger % 34'lük bölümü ise mahkemenin toplumun değer yargılarından uzaklaştığını belirtmektedir (Lamprecht 1996, 92).

Federal Anayasa Mahkemesinin kararlarını hiçbir kurum veya kuruluş denetleme hakkına sahip değildir. FeAnMa sahip olduğu gücü, dayandığı yasalardan almaktadır (Marschall 2007, 206). Ancak FeAnMa doğal olarak, hem parlamentonun ve hem de hükümetin yetki alanlarına girmektedir. Federal Mahkeme *yedek yasama organı* (*Ersatzgesetzgeber*) veya paralel hükümet *(Paralellregierung*) savı ile birçok çevrenin eleştirisine hedef olmaktadır. Mahkeme bu sorunun bilincinde olduğundan, yapılan araştırmaların değerlendirilmesi sonucunda, norm denetimlerinde, anayasal yargının kendini sınırlaması denilen *judicial self-restraint* ilkesine uymayı benimser. Ancak bu karar mahkemenin kendi yetki alanını daraltması anlamına gelmez. Mahkeme norm denetlemelerinde sadece "*siyaset yapmak*" tan feragat ettiğini beyan etmektedir (von Beyme 1999, 419).

Federal Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla, günlük yaşamın akışını, siyasal erkin yetki cetvelini de etkileyebiliyor. Pasif bir mahkeme olan FeAnMa verdiği kararlarla, siyasal erkin kararlarını *veto eden* olabilmektedir. 1951'den 2005 yılının sonuna kadar uzanan bir zaman diliminde, FeAnMa norm denetimi için başvuruda bulunulan 417 yasa ve düzenlemeyi, ya hepten ya da kısmen reddetti. FeAnMa siyasal yaşamı sürekli ve kalıcı olarak her zaman etkilemiştir. FeAn'ın koruyucu ve takipçisi olarak FeAnMa, anyasayı geliştirdi böylece anayasal yargı "*ikincil anayasa"* seviyesine yükseldi. Sonuç olarak bu durum dolayısıyla, FeAnMa siyasetin merkezine taşınmakta ve bir diğer siyaset kurgulayıcı olarak fonksiyon icra etmektedir (Schmidt 2007, 226). Federal Anayasa Mahkemesinin çalıştığı alanlar, başvuruya yetkili merci ve kişiler ve bütün bunların anayasal kaynağı aşağıdaki çizelgede kabaca görselleştirilmiştir.

FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

Dava Türü *Art des Verfahrens*	**Yasal Düzenleme** *Gesetzliche Grundlage*	**Başvuru Yetkilisi** *Antragsberechtigte*
Anayasal Yargıya Kişisel Şikayetler *Verfassungsbeschwerden*	FeAn 93/1/ nr. 4a ,b FaAnMaYa § 13/ 8a, § 90	**Her Kişi** *Jedermann*
Somut Norm Denetimleri *Die konkrete Normenkontrolle*	FeAn 100/ 1 FeAnMaYa § 13/ nr. 11, § 80	**Bütün Mahkemeler** *Alle Gericht*
Soyut Norm Denetimleri *Die abstrakte Normenkontrolle*	FeAn 93/ 1/nr.2, 2a FaMaYa § 13/ nr. 6, 6a, § 76	**Federal Hükümet, EyHü, FePa** *Bund-Landes Regierungen, Bundestag*
Federal Anlaşmazlıklar *Föderale Streitigkeiten*	FeAn 93/ 1/ nr. 3, 4 FeAnMaYa §13/ nr.7,8 § 68,71,72	**Federal Hükümet, Eyalet Hükümeti** *Bund-und Landesregierung*
Seçimleri Denetleme *Wahlprüfungsverfahren*	FaAn 41/ 2	**Etkilenen Milletvekili, Parti Grubu** *Betroffene Abgeordnete, Fraktion*
Parti Kapatma Davaları *Parteienverbot*	FeAn 21/ 2/ nr .2 FeAnMaYa § 33/ 2; § 43	**FePa., FeHük.,FeTemMec.,** *BdTag, BdReg., BdRat,*
Yüce Divan *Präsidentenanklage*	FeAn 61	**Federal Parlamento, Federal Temsilciler Meclis** *Bundestag, Bundesrat*
Anayasal Organlar Arası Anlaşmazlık *Organstreitverfahren*	FeAn 93/1/ nr. 1 FeAnMaYa § 4, 13/ nr. 5, § 63	**Cumhurbaşkanı, FePa., FeTemMec, FeHü., Parti** BdPrä., Bdtag, Bdrat, BdReg, Pateien
Yargıçlara Dava *Klage gegen Richter und Bundesrichter*	FeAn 98/ 2, 5; 93/ 1/ nr. 5 FeAnMaYa § 13/ nr. 9; § 58	**Federal Parlamento, FeTemMec.** *Bundestag, Landesparlamente*
Yerel Yönetimlerin Anayasal Şikayetleri *Kommunalverfassungsbeschwerde*	FeAn 93/ 1/ 4b FeAnMaYa § 91	**Yerel Yönetimler** *Gemeinden, Gemeindeverbände*

Çizelge/ Abbildung 11
Anayasa Yargısı / *Verfassungsprozessrecht*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

5.3. FEDERAL DEVLET ÖRGÜTLENMESİNDE YASAMA YETKİSİ • *GESETZGEBUNGSKOMPETENZEN ZWISCHEN BUND UND LÄNDER*

Federal Parlamento olsun, eyalet parlamentoları olsun, yasama yetkilerini kullanırken ve yasa yaparken, yasanın hem biçimsel ve hem de maddî bakımdan, Federal Anayasa'ya uygunluğuna hassasiyet gösterirler. Yasanın, Federal Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimine gitmesi durumunda, anayasaya her hangi bir aykırılık nedeniyle reddedilmemesi için özel dikkat sarfedilir. Dolayısıyla parlamentoların yasa yapma yetkileri ve yetki alanlarının da burada kısaca konu edilmesi gerekir. Zira FeAnMa, anayasa gereği (*Grundgesetz*), anayasanın koruyucusu ve gelişmelere bağlı olarak da geliştiricisidir. Ayrıca FeAnMa yasa yorumları ile siyasal erkin, yasama alanına girdiğinden, maddî hukukun da büyük ölçüde belirleyicisi veya yönlendiricisi olabilmektedir (Marschall 2007, 206). Federal Anayasa Mahkemesi, yasaları iki aşamalı bir denetleme programına tabi tutar.

1. Mahkeme denetime gelen yasayı, herşeyden önce ***biçimsel denetler.*** Biçimsel olarak denetlemede mahkeme, yasanın parlamentoların (Federal/Eyalet) yetki hukukuna uygunluğunu ve yasalaşma sürecinde, biçimsel şartlarının anayasaya uygunluğuna bakar.
2. Mahkemenin denetiminin ikinci aşaması olan ***maddî denetim***de ise, yasanın içerik olarak anayasa uygunluğu denetlenir.

Yasaların biçimsel ve maddî denetleme sonucu olarak yasama yetki alanları (*Gesetzgebungszuständigkeit*) ve yasa koyucunun anayasaya uygun yasa yapma süreci *(Gesetzgebungsverfahren*), terkibi oluşur (Hendler 2003, 56). Yasamanın yaptığı yasaları biçimsel ve maddî olarak denetlemek, FeAnMa'nın temel yetki alanlarındandır. Aşağıda bu alanlar metodik olarak işlenmektedir.

Yasa yapma yetkisi federal bir cumhuriyet olan Federal Almanya Cumhuriyeti'nde (FeAlCu), hem federal ve hem de sınırlı olarak da eyalet parlamentolarının yetki alanındadır. Federal Parlamento'nun (FePa) yaptığı yasalara "*Federal Yasalar",* eyalet parlamentolarında yapılan yasalarda *"Eyalet Yasaları"* denir. Federal yasalar FeAlCu'nin genelinde

bağlayıcı iken, eyalet yasaları ise sadece eyaletin kendi sınırları içinde bağlayıcıdır. Eğer uygulamada bu yasalar arasında karşıtlık tespit edilirse, Federal Anayasanın 31. maddesi gereği federal yasa, eyalet yasasının üstünde olduğundan, federal yasa geçerlidir.[35] FePa ve eyalet parlamentolarının herbiri yasa yapma yetkisine sahip olmalarından dolayı, her birimin yasa yapmada, karşılıklı yetki sınırlarını veya alanlarını belirleyen kuralları FeAn koymuştur. Bu kuralların ana hatlarını, FeAn'ın 70. maddesinin, 1. paragrafı belirlemiştir.[36] Buna göre eyalet kendi sınırları içinde yasa koymaya tam yetkilidir. FePa ancak anayasanın kendisine belirli konularda tanıdığı, yasa yapma yetkisine sahiptir (Hayer ve Liening 2005, 10). Ayrıca FeAn, 76. ila 78. maddelerinde yer alan bölümünde bu anayasal kurumların yetki alanları yanında, hangi yasanın hangi organın yetkisine bırakıldığını da belirlemiştir (bkz. Çizelge 12). Anayasaya uygun yasa yapmanın temel ilkesi, bu maddelerde belirlenen yasa koyma şartlarının yerine getirilmesine bağlıdır (Degenhart 2008, 72). Bir takım yasaların bütün ülke çapında birbirine uygun olması gerektiğinden, belirlenen konu ve alanlarda yasama yetkisi, FePa'ya bırakılmıştır. Kısaca, FeAn'ın belirlediği şekilde, FePa ve eyalet parlamentolarına belirlenen alanlarda yasama yetkisi tanınmıştır (Hayer ve Liening 2005, 11).

5.3.1. SADECE FEDERAL PARLAMENTO'NUN YASAMA YETKİSİNE BIRAKILAN ALANLAR • *AUSSCHLIEßLICHE GESETZGEBUNG DES BUNDES*

Federal Anayasa'nın 73. maddesi, Parlamentonun yetki alanının ne olduğunu ve koşullarını, 71. maddesinde ise FePa'nun yasama yetki alanına giren konuları açıkça belirlemiştir. Dış işleri ile ilgili konuların hepsi, vatandaşlıkla ilgili konular, mali işler ve para, posta ve telekomünikasyon, savunma ve sivil savunma, gümrük ve dış ticaret, havacılık FePa'nun yetki alanına bırakılmıştır. FeAn'ın 71. maddesi, yukarıdaki alanların birinde, eyalet parlamentosuna açıkça yetki vermemişse, bu alanda

---

35 FeAnMad 31: Federal hukuk, eyalet hukukunu bozar.

36 FeAnMad 70/1: Eyaletler, bu Anayasanın Federasyona yasama yetkisi tanımadığı sürece, yasama yetkisine sahiptirler.

eyalet parlamentolarının yasa yapma yetkisi yoktur.[37] (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 460).

5.3.2. YASAMA YETKİSİ FEDERAL PARLAMENTO TARAFINDAN ÜSTLENİLEN ALANLAR • *KONKURRIERENDE GESETZGEBUNG DES BUNDES*

Eyalet ve FePa'nun yanyana, yarışan yasama yetkileri çerçevesinde, hangi parlamentonun, hangi şartlar altında, hangi konuda yasama yetkisine sahip olduğunu FeAn'ın 72. maddesi belirler. Federal devlet yapısı ile ilgili 2006 yılında yapılan reform niteliğindeki anayasa değişikliği ile FePa ve eyalet parlamentolarının yasama yetki alanlarında önemli değişiklikler yapıldı. FePa'nun yetki alanında olan çerçeve yasama yetki (*Rahmengesetzgebung*) alanı tamamen kaldırıldı (Stein ve Frank 2010, 119). FeAn'ın 75. maddesinde düzenlenen konular da artık yarışan yasama yetkisi *(die konkurrierende Gesetzgebung)* çerçevesinde değerlendirilmeye başlandı. Böylece, eyaletler lehine yapılan anayasal değişiklikler, FeAn'ın 70. maddesi 1. paragrafı altına yerleştirildi. FeAn'ın, önceki 74. maddesinde bulunan toplantı hukuku ve ceza infaz hukuku, eyaletlerin yasama yetkisine bırakıldı (J. Ipsen 2010, 149).

Olduğu gibi bırakılan FeAn'ın 72. maddesinin, 1. paragrafına göre, yarışan yasama konuları hem federal ve hem de eyalet parlamentolarının yetki alanlarına girmektedir. Eğer FePa, bir konuda bir defa yasa yapmışsa, o konuda eyaletler artık her hangi bir yasama yetkisi kullanamamaktadır. Yapılan anayasa değişikliklerinden sonra yarışan yasama, üç ana kategoride değerlendiriir (*Trias konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeiten):* Çekirdek yetki alanı *(Kernkompetenz),* İhtiyaç yetki alanı (*Bedarfskompetenz*) ve sapma yetki alanı (*Abweichungskompetenz*) (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 460).

Federal Anayasa'nın hem 72. maddesinin 2. paragrafında ve hem de 72. maddesinin 3. paragrafında olmayan, fakat 74. maddesinde belirlenen

---

[37] FeAnMad 71: Federasyonun inhisari yasama alanına giren konularda eyaletlerin, ancak federal bir yasanın kendilerine açıkça izin vermesi halinde ve o yasanın öngördüğü ölçüde yasama yetkileri vardır.

hususlar, çekirdek yasama yetki alanının konusudur. Medeni hukuk, ceza hukuku ve infaz hukuku, mahkemeler, dernek ve toplantı hukuku, tapu kadastro ve doktorluk ve diğer sıhhı mesleklere kabul, konuları çekirdek yasama yetki alanına girmektedir (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 461).

İhtiyaç yetki alanına ise yine FeAn'ın 72. maddesinin 2. paragrafında söz edilen ancak yine aynı madde ile sınırlanan, fakat FeAn'ın 74. maddesinde sıralan bütün konular, ihtiyaç yasama yetki alanının uhdesindedir. Yabancılar hukuku, bir kısım sınırlamalar ile ekonomi, bilimsel araştırmaları teşvik, devlet yönetimi konuları, *ihtiyaç yasama yetki* alanınına aittir.

Federal Anayasa'nın 72. maddesinin 3. paragrafında belirtilen konularda, eyalet parlamentoları, ihtiyaç halinde Federal Yasalardan sapma gösterebilir ve kendi yasalarını yapabilirler. Bu sapmaya, FeAn'ın aynı maddesinde, parantez içine alınmış hususlar kesinlikle dahil değildir. Avcılık konuları, çevre koruma, çevre bakım, yüksek okullara kabul, bu madde altında değerlendirilir (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 463).

5.3.3. TEAMÜLEN FEDERAL PARLAMENTO'NUN YASAMA YETKİSİNE BIRAKILAN ALANLAR • *UNGESCHRIEBENE GESETZGEBUNGSZUSTÄNDIGKEIT DES* BUNDES

FeAn'ın 70. maddesinde parlamentoların yetki alanları açıkça belirlenmesine rağmen, FePa'nun yetki alanına girmesi gereken, fakat kanunlarda ve anayasada belirlenmemiş herhangi bir konu ve alan, FePa'nun yetkisindedir. Yetki alanının hangi parlamentoya ait olduğu belirlenmemiş birçok konu, FeAnMa kararı ile FePa'ya bırakılmış alanlarla alakalı davaların sayısı azımsanmayacak kadar çoktur (J. Ipsen 2010, 161). Diğer taraftan Fedaral yasama organı olan FePa, tarihsel ve geleneksel hukuk alanlarını, kendi yetki alanının içinde olduğunu değerlendirmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durum dar bir alan için geçerlidir. Yetki alanı işin tabiatına aykırı olmamalı ve konu ile ilintili olmalıdır. Örneğin, milli semboller, hükümet ve parlamento merkezi gibi konular (Hayer ve Liening 2005, 13).

5.3.4. SADECE EYALET PARLAMENTOLARININ YASAMA YETKİSİNE BIRAKILAN ALANLAR • *AUSSCHLIEßLICHE GESETZGEBUNG DER LÄNDER*

Federal Parlamento ve Eyalet parlamentoları arasında yetki alanlarını FeAn'ın 70. maddesi belirler (Degenhart 2008, 56). FeAn'ın yetki alanını açıkça belirlemediği bütün alanlar, eyaletlerin yasama yetki alanında olmasına rağmen, uygulamada yasama yetkisi ağırlıkla FePa'nun yetki alanına girer (Maurer 2010, 534). Bunlar polis hukuku, ceza infaz hukuku, toplantı hukuku, anayasa hukuku, memur maaşları, medya hukuku, yüksek okullar, okul ve meslek eğitimi, devlet kilise hukuku, tatil günleri hukuku, imar hukuku, yönetim ve yerel yönetimler hukuku gibi alanlardır (Maurer 2010, 535).

Aşağıdaki çizelge, parlamentoların yasa yapmada yetki alanlarını göstermektedir. Federal Parlamento gibi, sadece eyalet parlamentolarının yetkili olduğu yasa yapma alanları yanında, aşağıdaki Çizelge 11'de gösterildiği gibi ve diğer birçok ortak alanda da anayasanın belirlemesi doğrultusunda rekabet sahalarının ortaya çıkması olasıdır.



Çizelge Abbildung 12
Yasama Yetkisi / Gesetzgebungskompetenzen
Tasarım: İhsan Yılmaz Hazırlatarak

5.4. YASA NEDİR? • *WAS IST GESETZ?*[38]

Yasa temel olarak, hukuk sistematiği içinde özellikle yasama organı ve başka devlet organları tarafından belirlenmiş hukuk normlarıdır. Yasalara mevzuat da denilmektedir. Yasa (*Gesetz*) aynı zamanda hukuk kavramı ile de paralel anlamda da kullanılır. Ancak yasa hukukun ve hukuk kaynaklarının sadece bir öğesidir. Yasalar kapsayıcı, açık ve bağlayıcıdır. Bu hususiyetlerinden dolayı yasalar, yargıçlara yorum için dar bir alan bırakır (Kübler 1969, 379).

Nesnel anlamda hukuk, devlet güvencesi altında olan insani davranışları düzenleyen normların bütünüdür. Geleneklere dayanan (*Gewohnheitsrecht*) hukuk normları, yerini çağdaş dünyada artık devletlerin belirlediği, pozitif hukuk normlarınına bıraktı. Hukuk ile ahlak kuralları her zaman aynı sonuca işaret etmez, yani aynı anlamda kullanılmazlar. Toplumlarda ahlaka dayanan bir kural, aynı toplumun bireyleri tarafından zamanla değişik yorumlar neticesinde ayrışmalara gittiğinden, devlet yapacağı yasal bir düzenleme ile hukuksal norm getirebilmektedir. Gebeliğin doğal doğumdan önce bitirilmesi, konuya en güzel örneği teşkil eder. Gebeliği önceden bitirmeyi toplum ahlaken uygun bulmazken, yasal düzenleme ile devlet tam tersi bir karar alarak hukuk normunu değiştirebilmektedir. Dolayısıyla, toplumlarda hukuk düzeninin en önemli hukuk kaynağı yasalardır, demek mümkündür (Hilgendorf 2003, 11).

Biçimsel anlamda yasa, yasama organının anayasaya uygun bir şekilde yaptığı ve yürürlüğe koyduğu kararlardır. **Maddî anlamda yasa**

---

[38] Franz Kafka Dava (*Prozess*) adlı romanına tuhaf diyebileceğimiz bir hikaye ekledi. Yüzeysel bakıldığında yasa kavramını en güzel bir şekilde anlatmaktadır. Hikaye çeşitli şekilde yorumlanabilir. Ancak bu hikaye, başka bir anlam aranmadan, yorumlanmadan şeklen olduğu gibi bırakılırsa, uygulamada *yasa* veya *hukuk* kavramı ("Gesetz" kavramı hukuk diye de tercüme edilmektedir) işte budur denilebilir. Ancak Kafka'nın burada vermek istediği mesajı da görmezlikten gelmemek gerekir. Ona göre hukuk, ancak bir idealdir. Johann Braun'a göre hikayenin gerçek anlamı, yasa denen kapının önünde bilinçsizce bekleyen kişinin aslında ideal olana ulaşmak istemesidir. Fakat o, idealine ulaşmak için, ömrünü de *kanun yolu*'nda tüketmiştir (Braun 2007, 3). 1917 yılında *Die Tür zum Gesetz* adıyla yayımlanan hikayenin tamamı Almanca ve Türkçe tercümesi ile EK bölümündedir.

ise, genelde bağlayıcı olan, ancak geçerliliğini yasama organı dışında da kazanmış olabilen hukuk normlarıdır. Bunlar, yönetim kararları, bir kurumun tüzüğü veya geleneksel hukuk olabilir. Biçimsel yasaların çoğu aynı zamanda maddî yasalardır. Devlet bütçesi yasama organı kararı olmasına rağmen ve sadece bir hesap işi olduğundan dolayı geneli bağlamayacağından, biçimsel bir yasadır (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 458). Yasama organı tarafından yapılmadıkları için tüzükler ve yönetmelikler maddî yasalardır. Federal Anayasa da maddî yasalar içinde değerlendirilir (Hilgendorf 2003, 11).

Geniş kitleleri igilendiren **kararname**lerde (*Rechtsverordnungen*) önemli hukuk normlarıdır. Hükümetin kararı olan kararnameler toplumun büyük kesimine hitap eder. FeAn'ın 80. maddesinin, 1. paragrafına göre Federal Hükümet, Federal Bakan ve eyalet hükümetleri kararname çıkarma yetkisine sahiptir (Hilgendorf 2003, 12). Ancak kararnameler, yasaların yerine geçemez, yasaları değiştiremez ve yasaları tamamlayıcı özellikleri yoktur. Federal Anayasa, kararnamelerin yasal dayanağının kesinlikle belirtilmesini, kararnamenin geçerliği ile ilişkilendirmektedir. Buna göre, yasal kaynağı belirtilmemiş veya sadece genel olarak belirtilmişse, kararname geçersizdir (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 479).

Yasama, **tüzük** (*Satzung*) düzenleme yetkisini, devlet yönetiminde olan resmî tüzel kişilere devredebilir. Belediyeler ve çeşitli meslek odalarının tüzükleri hukukî şahsiyetlerdir (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 482). Ancak bu tüzükler temelde yasalara dayanmalıdır.

Geleneksel Hukuk (*Gewohnheitsrecht*) uzun zaman sürecinde toplumda yerleşmiş kurallardır. En eski hukuk kaynağıdır. Geleneksel hukuk normu çoğu zaman yazılı hukuk normuna dönüştürülür. Böylece yazılı hukuk normu, genelde geleneksel hukuk normunun yerini alır. Anlaşma öncesi varılan sözleşmeden doğan hukuksal sorumluluk, iş hukuku gibi alanlar hâlâ geleneksel hukuk normlarına dayandırılmaktadır (Hilgendorf 2003, 13). Diğer bütün yasaların uygulamada bağlayıcılığı varken, geleneksel hukukun bağlayıcılığı sadece vicdani baskıdır (Maurer 2010, 514).

Mahkeme kararları, asıl itibarı ile hukuk normlarına kaynaklık etmez. Ancak uzun zaman sürecinde ve belirli konularda yargıçlar hep aynı kararı vermişlerse, bu durumda bir **yargıç hukuku**ndan *(Richterrecht)* bahsedilir. FeAn'ın 97. maddesinin, 1. paragrafına göre mahkemeler kararlarını bağımsız verir. Ancak mahkemeler, yani yargıçlar bir başka mahkemenin verdiği karar örneğinden hareketle, aynı kararı verebilir. Sadece FeAnMa'nın kararları bunun dışında kalmaktadır. Çünkü, FeAnMa'nın kararları bütün mahkemeleri, devlet yönetimini ve yasamayı bağlamaktadır.

Tâbi hukuku *(überpositives Recht, Naturrecht),* hukuk normu olarak görmek, tartışmalı bir konudur. Ancak batı kültür havsası toplumlarının çoğu tarafından kabul gören, hukuksal dayanakları vardır. Bunlar, *"suç yoksa ceza da yoktur", "anlaşmalara uymak*" gibi toplumda kabul görmüş kurallardır. Bireyin en tâbi haklarından olan "temel hakları" (insan haysiyetinin korunması, eşitlik, özgürlük…), FeAn'ın 1ila 19. maddelerine alınarak pozitif hukuka dönüştürülmüştür (Hilgendorf 2003, 13).

Yasaların çatışması durumunda, **Avrupa Birliği Hukuku**'nun (AvBiHu) bütün hukuk normlarının üstünde önceliği vardır. AvBiHu, Federal Anayasa karşısında bir üst yasal norm olarak kabul edilmekle beraber, FeAn temel haklar konusunda AvBiHu'na sınırlar (*Schranken*) koymaktadır. Anayasanın temel hakları ilgilendiren 1ila 19. maddelerinin belirlemiş olduğu hakların, AvBiHu tarafından güvence altına alınması gerekir. Bundan dolayıdır ki FeAnMa, temel hakları düzenleyen bir ***"standart temel haklar"*** kataloğununun, Avrupa Birliği düzeyinde kabulünü ve uygulanmasını talep etmektedir (Degenhart 2008, 53,89).

Federal Anayasa'nın 23. maddesinin, 1. paragrafı, devletin egemenlik haklarını ancak yine FeAn'ın 79. maddesinin, 2. ve 3. paragraflarının[39] işaret ettiği, temel hakların devlet güvencesi altına alan 1ila 20. maddelerine uygunluğu şartı ile, FePa'nun ve aynı zamanda FeTeMec'nin üçte iki çoğunluğunun kabul oyu ile AvBiHu'na devredilebilir.

---

[39] FeAnMad 79/2: Böyle bir yasa, Federal Meclis üyelerinin üçte ikisinin onayına ve Federal Konsey oylarının üçte ikisine bağlıdır. FeAnMad 79/3: Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20'nci maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır.

5.5. YASA YAPMA SÜRECİ • *GESETZGEBUNGSVERFAHREN*

Federal Anayasa, sadece Federal Parlamento ve eyalet parlamentolarına yasama yetkisi tanır. FeAn'ın, 76-78. maddeleri de yasaların nasıl yapılacağını düzenler (Degenhart 2008, 72). Federal Parlamento ve eyalet parlamentolarının yasa yapmada, hangi alanlarda yetkili oldukları yukarıda (bkz. 3.3) işlendi. Federal Parlamento olsun, eyalet parlamentoları olsun, anayasanın kendilerine tanıdığı yetki alanında yasa koymak, değiştirmek ve kaldırmak görev ve yetkisine sahiptir. Yasaların yapılmasında FeAn'ın belirlediği biçimsel ilkeler, yasa yapma sürecinde takip edilir. FeAn'ın 76. maddesinin öngördüğü şekilde, yasa teklifi yapmaya FeHü, FePa, FeTeMec'lisi[40] yanında eyalet hükümetleri de, FeTeMec üzerinden federal yasa teklifi yapma yetkisine sahiptir (Korte 2004, 67).

Biçimsel olarak sadece FePa'nun, FeHü'in ve FeTeMec'nin parlamentoya sunabileceği öneriye *yasa tasarısı* (*Gesetzesinitiative*), FePa, yani milletvekilleri tarafından yapılan öneriye *yasa teklifi* (*Gesetzesvorlage*) denilir (FeAnMad 76/ 1). Kabaca yasa tasarısı ve yasa teklifi, beş ana süreçten geçtikten sonra yasalaşır. 1. Yasa tasarısı veya teklifi 2. FePa'da görüşülüp bir karara bağlanması, 3. FeTeMec'nin onayı, veya tersi durumda teklifin yeniden ele alınması, 4. Cumhurbaşkanının onaylaması, 5. Yasanın resmî gazetede yayımlanması. Bu 5 ana süreç ve kanun yolu için Çizelge 13'e bakınız (Maurer 2010, 541).

Yasaların çoğu, FeHü'lerin teklifi olarak FePa'ya gelir ve yasalaşır. Zira hükümetin, doğal olarak hem parlamentonun siyasal desteğini ve hem de bakanlık bürokrasisinin teknik ve personel desteğini alması mümkün olmaktadır. Biçimsel olarak ancak bir hükümet kararı ile, yasa teklifi yapılabilir. Yani düşünülen yasa tasarısı, sadece ilgili bakanın çalışma ve onayı ile değil de, kabine üyelerinin çoğunluğunun desteği ile, parlamentoya getirilir ve böylece FeHü'in yasa tasarısı doğrudan FePa'ya verilir. Teklif hükümetten geçtikten sonra, önce FeTeMec'e götürülür. Burada görüşülen yasa tasarısı, bir raporla yeniden hükümete geri iade edilir. Hükümet, FeTeMec'nin olumlu veya olumsuz düşüncelerini ve

---

[40] FeAnMad 76/1: Yasa tasarıları Federal Meclise, Federal Hükümet, Federal Meclis üyelerince veya Federal Konsey tarafından sunulur.

hükümetin kaşı görüşünü de içeren yasa teklifini, FePa'ya sunar. Görsel bilgi için bkz. Çizelge 13 (Maurer 2010, 543).

Federal Hükümet gibi, Federal Temsilciler Meclisi de yasa teklifi verme yetkisine sahiptir. Tek ön koşulu meclisin çoğunluğunun böyle bir yasa teklifini desteklemesidir. Ayrıca, FeTeMec üzerinden bütün eyalet hükümetleri de yasa teklifi yapma hakları vardır. Böyle bir durumda eyalet hükümetlerinden birinin, bir dilekçe eşliğinde teklif ettiği yasa metnini yasama kurumuna iletmesi yeterlidir. Yasa tekliflerinin hazırlanması karışık ve uzun hazırlıklar gerektirdiğinden, teklifin ağırlıkla eyalet bakanlık personeline hazırlatılması tercih edilir. Ancak FeTeMec'nin tasarısı doğrudan FePa yerine önce hükümetin görüşü alınmak üzere FeHü'e iletilmektedir. Hükümet bu tasarıyı altı hafta içinde, değerlendirdikten sonra, hükümetin konu ile ilgili görüşlerini de ilave edip, görüşülmek üzere FePa'ya teslim etmek zorundadır (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 469).

Yasa teklifinin milletvekillerinin teklifi olarak parlamentoya gelebilmesi için, teklifin parlamentonun resmî milletvekili sayısının en az % 5'i tarafından imzalanıp desteklenmesi gerekir. Belirli şartlarda ve fakat zor olmasına rağmen, bir tek milletvekilinin getirdiği yasa teklifinin de yasalaşma olasılığı vardır (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 468). Bu şekilde yapılan yasa teklifleri, hükümet tekliflerinin tersine daha zordur ve yasalaşma olasılığı da zayıftır. Bilhassa muhalefet milletvekillerinin yasa çalışmaları, arkasında siyasal desteği olan ve bakanlık bürokrasisinden de teknik destek alabilen hükümet teklifleri kadar kolay yasalaşamamaktadır (Maurer 2010, 544).

Bir yasa tasarı veya teklifi, sadece FePa'nun onayından geçmişse, *federal yasa* hüviyetine kavuşabilir (FeAnMad 77/1). Bir teklifin yasalaşmasına kadar üç oturumda tartışılması gerekir. Teklif, gerekli olduğu durumlarda, birinci ve ikinci oturumun arasında veya ikinci ve üçüncü oturum arasında, bir veya birden fazla Federal Parlamento kuruluna düzenlenmek üzere gönderilebilmektedir. Ancak bu kurullarda yasa tasarısının ana fikrine dokunulmaması gerekir. Federal Parlamento, Federal Hükümetin veya Federal Temsilciler Meclisinin yasa tasarısını veya teklifini kökünden değiştirebilme yetkisine sahiptir. FePa yasa teklifi metni-

ni belirlediği şekilde yasalaştırır. Yasa, ancak FeTeMec'den geçip Federal Cumhurbaşkanı'nın onayını da aldıktan sonra resmî gazetede (*Bundesgesetzblatt*) yayımlanarak yürürlüğe girer. Bkz. Çizelge 13 (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 469).

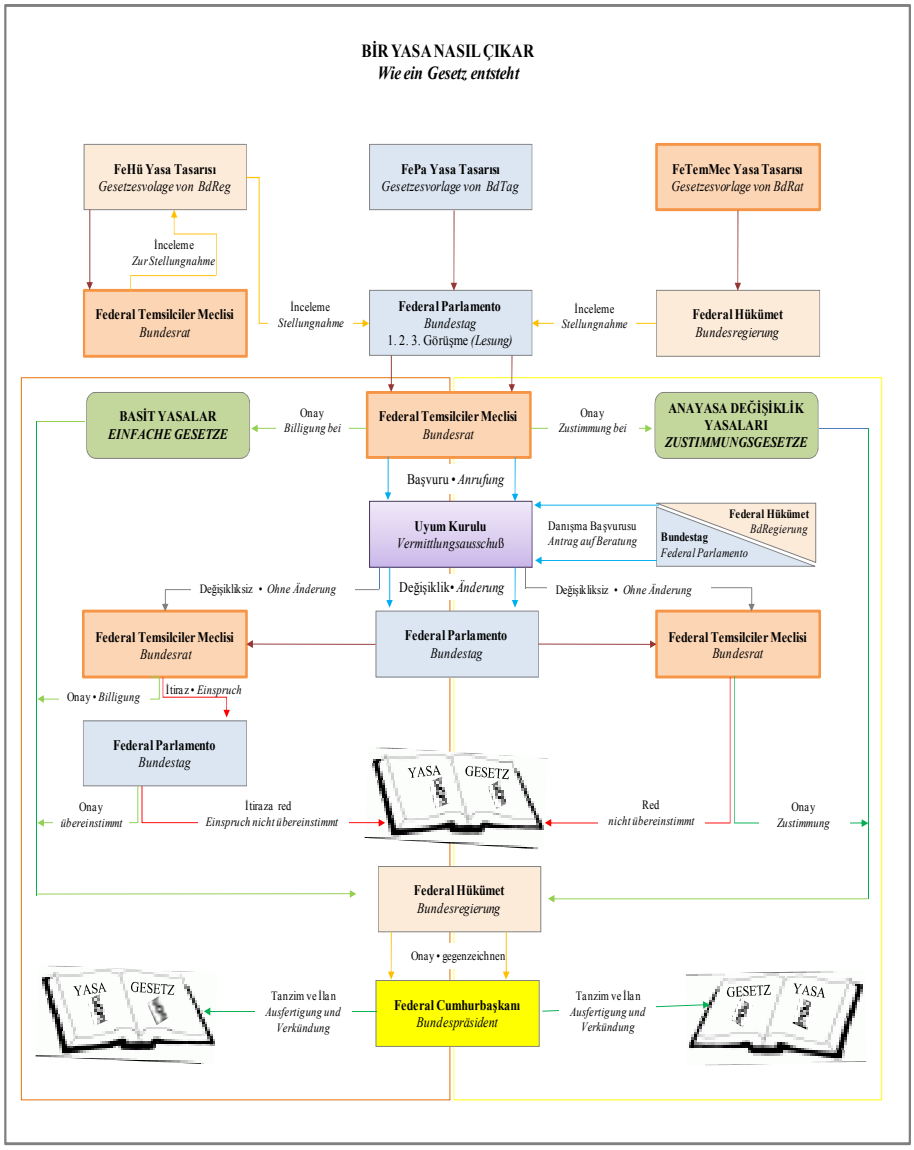
Federal Anayasa iki tür yasa tanımı yapmaktadır. 1. Basit Yasalar (*Einfache oder Einspruchgesetze*), 2. Onay Yasaları (*Zustimmungsgesetze*). Onay yasaları, FeTeMec'nin onayı ile anayasa değişikliği gerektiren yasalardır. Bu yasaların yürürlüğe girebilmesi için, yasa teklifinin FePa'nun üçte iki çoğunluğunun oyunu alması yanında, FeTeMec'nin de aynı şekilde üçte iki çoğunluğunun onayını alması gerekir (Maurer 2010, 546). Diğer taraftan eyaletlerin mali işlerini konu eden ve teklif edilen yasanın uygulama alanı eyaletler olduğundan yine aynı şekilde her iki meclisin de onayının alınması gerekir. Eğer FeAn herhangi bir konuda FeTeMec'nin açıkça onayını istememişse, bu konular dışında kalan diğer yasa teklifleri, basit yasalar hükmündedir. FeTeMec, bu yasalara karşı itirazda bulunabilir. Ancak FePa yeni bir oylamada, üyelerin çoğunluğunun oyları ile bu itirazı reddedebilir (Pötzsch 1997, 75).

Yasa tekliflerinin meclislerde görüşülmesi sürecinde, FePa, FeTeMec veya FeHü arasında görüş ayrılığı çıkarsa, 32 milletvekilinden oluşan bir uyum kurulunun (*Vermittlungsausschuss*) yardımına başvurulur (Bkz. Çizelge 13). Bu kurul, her eyaletten bir üye almak kaydı ile16 üyesi FePa'dan ve 16 üyesi de FeTeMec'inden olmak üzere teşekkül ettirilir (Maurer 2010, 550). Yasa teklifini temelden değiştirmemek kaydıyla, kurulun başarısı çalışmalarının her iki meclis tarafından kabulü ile ölçülür. Kurul tarafından düzenlenen bu yasa teklifi, FeTeMec tarafından reddedilirse yasa teklifi yasalaşamayacağından, diğer organlar yasanın çıkarılabilmesi için uzlaşma yolunu tercih etmektedirler.

Federal Anayasa'nın 82. maddesinin, 1. paragrafına göre bir yasanının yürürlüğe girebilmesi için, Federal Cumhurbaşkanı'nın onayını alması gerekir. Federal Cumhurbaşkanı yasayı onaylama aşamasında, yasada FeAn'a aykırılık tespit etmişse, ancak o zaman yasayı geri iade edebilir, ya da anayasal denetime gönderir (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 473). Siyasal ve ekonomik sorumluluk diğer anayasal organların yetki alanında olduğundan, Federal Cumhurbaşkanı'nın siya-

sal, ekonomik veya diğer nedenlerden dolayı yasayı reddetmesi olanaklı değildir (Maurer 2010, 553).

Parlamentoda kabul edilen yasaların yasalaşması için, FeAn'ın 82. maddesinin, 1. paragrafı gereği, resmî gazetede yayınlanmasını şarttır. gazetede yayınlanmayan metin anayasanın öngördüğü gibi, sadece anayasaya aykırı olmakla kalmaz; yasa olma özelliğini haiz bile değildir (Maurer 2010, 559). Yasa koymanın son süreci olan yasanın resmî gazetede yayınlanması da tamamlandıktan sonra, yasa yürürlüğe girer. Bir yasanın ilk tekliften, son adım olan resmîgazetede yayımlanması süreci detaylı bir şekilde anlatıldı. Ancak bu anlatılanların daha iyi anlaşılması için "bir yasa nasıl çıkar" *(Wie ein Gesetz entsteht)* adıyla, bir yasa teklifinin yasa olarak yürürlüğe girmesi sürecini, aşağıdaki çizelge görselleştirmiştir.



Çizelge/ Abbildung 13

Federal Düzeyde Yasa Yapım Süreci / *Gesetzgebungsverfahren des Bundes*

Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

Benzer çizelge için bakınız: Christian Heyer; Stephan Liening, Gesetzgebung, (2005), S. 47.

6. ALMAN HUKUK SİSTEMİ •
DIE DEUTSCHE RECHTSORDNUNG

Diğer hukuk sistemlerine kıyasla, Alman hukuk sistemi federal devlet yapısından da kaynaklanan nedenlerden dolayı çok daha geniş ve parçalıdır. Avrupa Birliği normları da buna ilave edilince bu sistem daha da genişlemektedir. Geçerli olduğu alanda, Alman hukuk sistemi bireye üst derecede hukukî güvenlik, sosyal adalet ve refah güvencesi sağlamaktadır. Uzun zamandan beri yapılan yasalar ve çıkarılan yönetmeliklerin, tüzüklerin vs. çokluğu, hukuk normlarını anlamaya önemli derecede engel teşkil etmektedir. Detaylı vergi yasaları ve sosyal yasalar, belli bir soruna çözüm arayan uzmanları bile zorlamaktadır. Bu karmaşık hukuk sistemi, bir taraftan toplumun refahını, toplumsal barışı temin etmeye çalışır ve yaşamın her alanını en ince detaya kadar düzenlerken, diğer taraftan kişisel özgürlüğünü de olumsuz yönde etkileyebilmektedir (Hilgendorf 2003, 83).

Alman hukuku, **kamu hukuku ve özel hukuk** olarak iki ana bölüme ayrılır. Özel hukuk (*Privatrecht*), vatandaşlar arasındaki hukuksal ilişkileri, kamu hukuku ise resmî kurumların hukukunu düzenler. Özel hukuk alanına, medeni hukuk, yani günlük yaşamın her alanı girer. **Özel hukuk**; alış veriş, kira, borç, evlenme, boşanma, miras gibi alanların hukuksal alt yapısını düzenler. Ticaret, patent, telif hukuku ve iş hukuku da (devlet memurları hariç) özel hukukun alanına girer. *Bürgerliches Gesetzbuch (=BGB, Özel hukuk kitabı)* özel hukuk kapsamındaki tüm düzenlemeleri bünyesinde barındırır. **Kamu hukuku** *(öffentliches Recht)*, özel hukukun yanında, ikinci büyük alandır. Özel hukuk dışında kalan bütün alanları kapsar. Kamu hukuku, resmî kurumların karşılıklı hukuksal ilişkilerini ve vatandaş ile devlet kurumları arasındaki ilişkileri düzenler (N. Horn 2007, 30). Devlet, bütün kurum ve kuruluşları ile kamu hukukunun merkezindedir. Kamu hukukuna, Federal Anayasa, eyalet anayasaları, seçim hukuku, vatandaşlık hukuku, anayasal organların içtüzükleri, idare hukuku, çevre hukuku, yabancılar hukuku, yerel idareler, polis, memur, yapı ve iskân ile vergi hukuku girer. Örneğin federal hükümet ile eyaletler

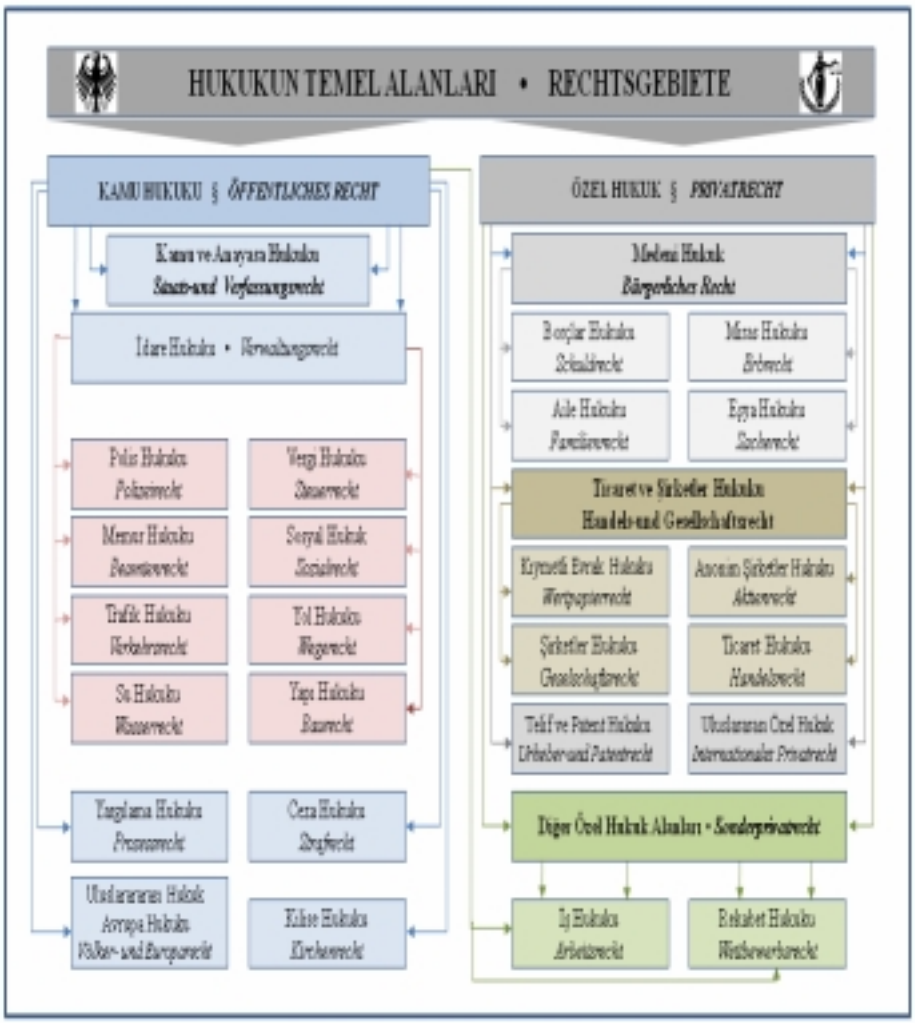
arasındaki hukukun alt yapısını düzenler. Bu ana alana, yargı ve ceza hukuku ile uluslararası hukuk da girer (Robbers 2006, 21).

Kamu hukuku ile özel hukuku ayırt eden en önemli özellik, izlenen yargı yoludur. Mahkemeleri, özel hukuk ve kamu hukuku mahkemeleri şeklinde düzenlemek ve sorumluluk alanlarını sınırlama çalışmaları yapmak, hem teorisyenlerin (hukuk biliminin) hem de uygulayıcıların önünde, halledilmesi gereken bir görev olarak durmaktadır.

İki hukuk alanını ayıran özellikleri göz önüne alındığında, basitçe özel hukuk *kişileri*, kamu hukuku da *kamu*yu ilgilendiren konuları kapsar, deriz (Braun 2007, 152). Önceki yüzyılların aksine, batı toplumlarında devlet, artık siyasi parti, sendika ve diğer siyasal örgütlenmeler eli ile yönetilmektedir. Siyasallaşmış toplumlarda tabii olarak, devlet ile toplum iç içe geçmiş olduğundan, kamu hukuku ve özel hukuk alanlarını kesin çizgilerle belirlemek çok kolay olmamaktadır (Braun 2007, 155).

Diğer taraftan hukuk **maddî hukuk** *(Das materielle Recht)* ve **biçimsel hukuk** *(Das formelle Recht)* olarak da sınıflandırılır. Maddî hukuk var olan bir sorunun, *hukuku* ilgilendiren yönünü düzenler. Biçimsel hukuk ise, anlaşmazlık durumunda, *talep edilenin* nasıl alınacağını belirler (Robbers 2006, 22). Anlaşma sonucu satılan bir malın satış bedelini alıcı ödemiyorsa, alacaklının talebi maddî hukukun konusu iken *(Bürgerliches Gesetzbuch § 433= BGB),* alacaklının mahkeme önünde talebini nasıl alacağını ise biçimsel hukuk düzenler (*Zivilprozessordnung = ZPO).* İdari yargı hukuku ve ceza usul hukuku biçimsel hukukun konusunu oluştururken, medenî hukuk ve maddi ceza hukuku (*Bürgerliches Gesetzbuch, Strafgesetzbuch*) maddî hukukun konusudur (Hilgendorf 2003, 81). Öne çıkan önemli hukuk alanları,[41] Gerhard Robers, Fritz Bauer ve Horst Pötzsch'ün verilerine dayanılarak, aşağıdaki çizelgede görselleştirilmiştir.

[41] Hukuk alanlarının (*Rechtsbereiche*) belirlenmesinde, kaynakçada eserleri genişçe verilmiş yazarların eserlerinin tümünden faydalanıldığından, sayfa numarası vermek olanaklı değil.



Çizelge/ Abbildung 14
Hukukun Temel Alanları / Rechtsgebiete
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktutan

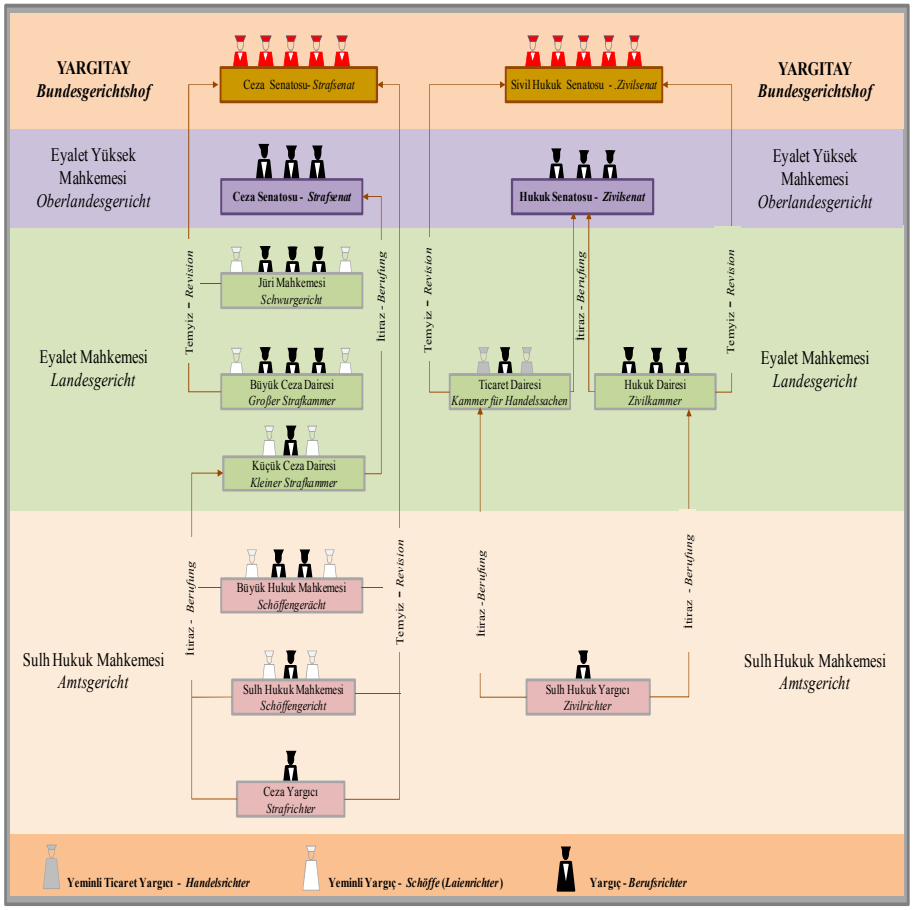
6.1. YARGI VE YARGININ YAPISI • *JUSTIZ UND IHR AUFBAU*

Yargı, egemen devlet adına fonksiyon icra eden ve her çeşit anlaşmazlığın hukuksal çözümü için müracaat edilen ve yine devlet adına hukuku, anayasal verilere göre yorumlayan örgütlü mahkemeler düzenidir. Federal Almanya Cumhuriyeti'nde yargı, gücünü sadece yasalardan alan bağımsız yargıçlar tarafından yürütülür (Hilgendorf 2003, 85).

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde yargı, hiyerarşik olarak sınıflandırılmış ve mahkemeler derecelendirilmiştir. Kanun yolu takip edilerek, her çeşit anlaşmazlık bir üst mahkemeye götürülebilir. Mahkemenin vermiş olduğu bir karar, itiraz hakkı kullanılarak, bir üst mahkemenin denetimine götürülebilir (*Instanz*). Birinci derecede itiraz edilen karar, ikinci derecedeki mahkeme tarafından içeriği ve hukuksallığı bakımından yeniden incelenir. Bir mahkemenin ikinci aşamasında aldığı karar da bir üst mahkemede yeniden incelenerek değiştirilebilir. Üçüncü aşamaya kadar getirilmiş bir karar ise, temyiz aşamasındadır ve temyiz incelemesinde davanın sadece hukuksal yönü, yani hukuk teknikleri ve hukuk yollarının doğruluğu denetlenir. Davanın gelebileceği en son merhale olan (Federal Mahkemeler = *Gerichtshöfe*) Anayasa Mahkemesi, FeAn'ın 95. maddesinin 1. ve 2. paragrafına[42] dayanarak verdiği kararla yasaların standart yorumlanması ilkesinden ayrılmadan, bağlayıcı son kararı verir (R. Zippelius 2008, 15). Birinci aşamadan son aşamaya kadar hangi mahkemenin, hangi tür davalara bakacağı, kanun yolu ve itiraz süresi gibi konular, **muhakeme usul yasaları**nda *(Prozessordnung)* detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Aşağıdaki çizelge mahkemelerde takip edilen yasa yollarını göstermektedir:

---

[42] FeAnMad 95/3: Yargı içtihatlarının birleştirilmesini sağlamak üzere birinci fıkrada sayılan mahkemelerden bir Ortak Daire kurulacaktır. Konunun ayrıntılarını federal bir yasayla düzenlenir.



Çizelge / Abbildung 15
Yargılamada Usul Aşamaları / *Aufbau der ordentlichen Gerichtbarkeit*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı. Benzer çizelge için bakınız: http://ruessmann.jura.uni-sb.de/rw20/wiwieinf/wiwi13.gif

Yargı yönetimi, mahkemelerin derecelerine göre yargıçları görevlendirir. Bazen tek yargıçlı bir mahkeme karar verirken, bazen uzman bir yargıcın yanında uzman olmayan fahri bir yargıçla (*Laienrichter* veya *Schöffe*)[43] ve bazen de birden fazla uzman yargıçtan oluşan mahkeme karar vermektedir. FeAn'ın 97. maddesi, yargıç bağımsızlığını güvence

43 Fahri yargıçlar (*Laienrichter*) konusu daha sonra ki bölümlerede işlenecektir.

altına almıştır.[44] Özel bazı durumlar dışında, mahkemelerde duruşmalar topluma açıktır.

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde yargı beş ana bölüme ayrılır (bkz. Çizelge 16). Bunların bir bölümü **düzenli mahkemeler**, diğer bölümü ise **özel mahkemeler**dir. Düzenli ve özel mahkemeler arasında bugün sadece tarihsel bir isim faklılığı vardır. Bu adlandırmalar, mahkemelere derece farklılığı getirmez. Önceleri, düzenli mahkemeler sınıfında olan hukuk, sulh hukuk ve ceza mahkemelerinde bağımsız ve tarafsız yargıçlar görev yaparken, özel mahkemelerde, idare ve vergi mahkemelerinde atanmış devlet memurları görev yapıyordu (Pötzsch 1997, 108). Bugün düzenli mahkemeler, sulh hukuk mahkemeleri (*Zivilgerichte*), ceza mahkemeleri (*Strafgerichte*); özel mahkemeler ve idare mahkemeleri (*Vewaltungsgerichte*), iş mahkemeleri (*Arbeitsgerichte*), sosyal mahkemeler (*Sozialgerichte*), vergi mahkemeleri (*Finanzgerichte*) olarak beş ana alanda, yargılama işlevini yerine getirmektedir.

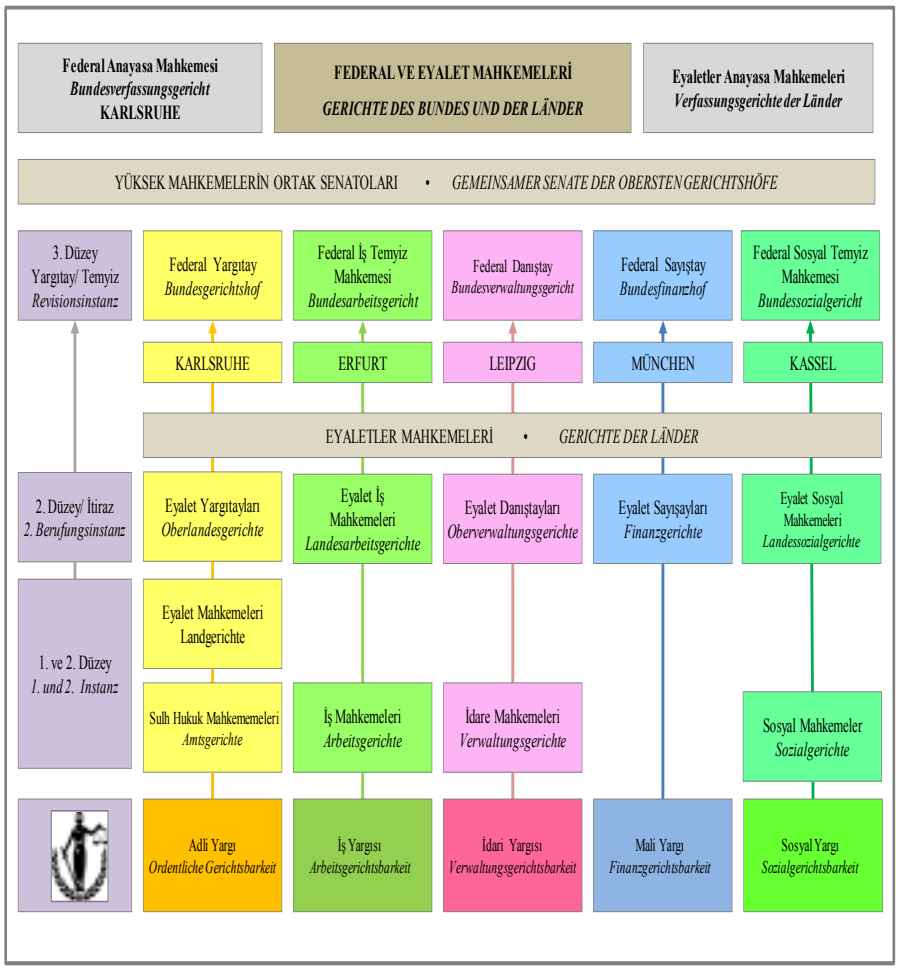
Sivil mahkemeler vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıklara, idare mahkemeleri vatandaş ile resmî kurumlar arasındaki anlaşmazlıklara, iş mahkemeleri işveren-işçi arasındaki uyuşmazlıklara, sosyal mahkemeler sosyal güvenlikle alakalı konulara, vergi mahkemeleri ise vatandaş ile vergi daireleri arasındaki uyuşmazlıklara bakmaktadır.

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, FeAnMa dışında kalan bütün mahkemeler, FeHü'in veya eyalet hükümetinin o bölgedeki ilgili kurumu, daha doğrusu Adalet Bakanlığı tarafından yönetilir. Yargıç atamaları, yargıçların terfi işlemleri, yargıç tayinleri, yargı çalışanlarının sicil işlemleri, yargıya gerekli bütün taşınabilir eşyaların ve taşınmazların tedariki, yargıçlar üst kurulunun teşekkülü gibi işlerin yanı sıra, yargının bütününü düzenlemek Adalet Bakanlığının yönetimi ve yetki alanına girer (Wittreck 2006, 16).

Mahkemelerde, yargıç ve fahri yargıçların yanı sıra, mahkeme katipleri, avukat ve savcılar görev yapar. Aşağıdaki çizelge kabaca, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yargı organları hakkında doğrudan ve kısaca görsel bilgi sunmaktadır.

---

[44] FeAnMad 97/1: Yargıçlar bağımsızdırlar ve ancak yasaya bağlıdırlar.



Çizelge/ Abbildung 16
Federal Mahkemeler, Eyalet Mahkemeleri ve Yasa Yolları / *Rechtswege und Rechtsmittel- Gerichte des Bundes und der Länder.*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

6.1.1. YARGIÇ • *DER RICHTER*

> İyi bir kanundan, dindar ve alçak gönüllü bir hâkim daha iyidir. Zira o, her daim adaletin tesisi için hukukun kurallarını uygular. Adaletsiz ve kötü bir hâkimin olduğu yerde, iyi kanunlar bir şey ifade etmez. Çünkü o, aynı kanunları evirir çevirir ve kendi kanaati olan adaletsiz kararı verir.
>
> **Olaus Petri: Yargıca Nasihat**[45]

Almanya'da yargıçlık mesleğini icra edebilmek için ilk olarak (genellikle dört yıl süren) lisans düzeyinde hukuk eğitimi aldıktan sonra, yapılan birinci devlet sınavını kazanmak gerekir. Bundan sonra iki buçuk yıl mahkeme ve mahkeme yönetim alanlarında yapılan stajdan sonra, ikinci devlet sınavını da kazanan aday, fiilen yargıç olma imkânını elde eder. Federal düzeyde ömür buyu yargıç olabilmek için ise, yargıç adayının, Adalet Bakanı tarafından Cumhurbaşkanı'na önerilmesi gerekir. Eyalet düzeyinde yargıçlar, eyaletin en üst düzey yönetimi tarafından önerilir. Yargıçlar göreve başlamadan önce, AlYaYa § 38'e göre, halka açık bir oturumda aşağıdaki yemini yaptıktan sonra, yargıçlık görevine başlar.[46]

"Tanrı'nın yardımı ile, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'na sadık kalacağıma, yasaları olduğu gibi uygulayacağıma ve en iyi vicdani

---

45 *"Ein frommer und bescheidene Richter ist besser als ein gute Gesetze, denn er das Rechtallemalnach Bewandtniss der Sache zu mäßigen weiß; wo aber ein boshafter und unge rechter Richter vorhanden, da helfen die guten Gesetze nichts, maßen er dieselben verdrehet und damit nach eigenem Gutdünken Unrecht tut."* Wagner, Albrecht. Der Richter, C. F. Müller, Karlsruhe: 1959. Aus den Richterregeln (1500 yıllarında), Yargıç Albrecht Wagner'in kitabının giriş sayfası.

46 AlYaYa § 38'e göre yargıçların yapacağı yeminin aslı: "Ich schwöre, das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen, so wahr mir Gott helfe.

hislerimle, şahısların görünüşlerini dikkate almadan karar vereceğime, sadece gerçeğe ve adalete hizmet edeceğime yemin ederim."

Yemin metninin "*Tanrı'nın yardımı ile*" kısmının söylenmesi zorunlu değildir. Yargıçlar, hem bireysel hem de nesnel olarak bağımsızdır. Yasalar dışında, hiçbir kişi ve kurumdan emir almazlar. Yargıç, isteği dışında görev yaptığı yerden bir başka yere atanamaz veya görevden alınamaz (Bauer ve Walter 1987, 123). Kurumsal veya nesnel bağımsızlık, yargılamanın bağımsız mahkemeler tarafından yapılmasıdır. Yargıçların hür iradeleri ile karar verebilmeleri için, mahkemelere kurumsal bağımsızlık sağlanması gerekir. Başka bir ifadeyle, yargıçların hür iradeleri ile karar vermeleri, sadece mahkemelerin doğrudan kurumsal bağımsızlığı ile mümkündür (Lansnicker 1996, 93). FeAn'ın amir 97. maddesinin 2. paragrafına göre, yargıçların bağımsızlığı, onların işten atılmama, görevden alınmama ve tayin edilmeme güvencesini sağlar.

Yargıçlık mesleğinin sağlıklı bir biçimde icra edilebilmesinin bir başka koşulu da yargıçların kendileri ile barışık olmasıdır. Buna iç huzurun sağlanması da denilebilir. FeAn bu konuyu da kanun yolu ile güvence altına almıştır. FeAn'ın 92, 97, 101. maddeleri ve 20. maddesinin, 3. paragrafı, bu hususları düzenler. Yargıçların nesnel ve bireysel bağımsızlıklarının yanı sıra, yukarıda belirtilen Anayasa maddelerinde yargıç kararlarının, nesnelliğin ve tarafsızlığın bir meslek karakteri olduğunun altını çizer ve yargıçlık görevinin sorumluluklarını da düzenler (Lansnicker 1996, 97).

Yargıçlar veya genel olarak mahkemeler kendiliğinden harekete geçemezler. Yargıda, "*davacı yoksa yargıç da yoktur"* temel kuralı geçerlidir (Bauer ve Walter 1987, 127). Sikayetçinin verdiği bir dilekçe ile (veya ceza davalarında savcının dava açmasıyla) mahkeme bir karar vermek için harekete geçer. Örneğin, bir yargıç, basında gördüğü bir rüşvet haberi üzerine, harekete geçip bir ceza davası açamaz. Yargıç, savcının konuyla alakalı dava açmasını beklemek zorunda olduğu gibi, savcıya bir dava açmak konusunda yönlendirmede bulunamaz ya da baskı yapamaz.

Anayasanın 103. maddesinin, 1. paragrafı gereği, her davalı ve davacı, mahkeme önünde sözlü olarak dinlenilme hakkına sahiptir.[47] Muhakemeler genellikle herkese açık ve sözlü yapılır. Yargıçların günlük işleri mahkeme katipleri tarafından yürütülür.

Yargı-toplum bağlamında yargıcın fonksiyonu FeAn'ın birçok yerinde öne çıkmaktadır. Kişisel özgürlüğün güvencesi yargıçtır (FeAnMad 104/2, 3). Mesken dokunulmazlığı (FeAnMad 13/2), bireyin mahkemede dinlenilme hakkı (FeAnMad 103/1) gibi konular Anayasa tarafından düzenlenmiştir. Örneğin, her şahsın mahkeme önünde dinlenmesi hususunun hakkıyla anlaşılmadığından bahisle Federal Anayasa Mahkemesi, konu ile alakalı olarak önüne gelen davaları kabul etmiştir. Sanıklar çoğu zaman yasalarda öngörülen mahkeme önünde dinlenilme hakkını kullanmamakta, mahkemeler de bu hakkın kullanılmasını sağlamak konusunda dikkatli davranmamaktadır. Zira sanıklar kendileri genellikle bir müdafi tarafından temsil edildiklerinden çoğu zaman mahkemeye gelip dinlenilme konusunu ihmal etmektedir. Bununla ilgili yasalar da dikkate alınmaksızın, sanığın mahkemede dinlenmesinin anayasal bir emir olduğu mahkemelerce kolayca gözden kaçırılmaktadır (Wagner 1959, 128).

Asıl itibarı ile devlet organları içinde, yargının yani yargıcın gücü, gücünü doğrudan halktan alan yasama gücünün üstündedir. Demokrasinin en önde gelen kurumu dahi, kendisinin yanlış, noksan yapabileceği olasılığından hareketle, yaptığı yasaları yargının denetimine vermektedir. Denetleme yetkisi ve görevini yargıçlardan oluşan bir yargıçlar kuruluna, yani Anayasa Mahkemesi'ne vermektedir. Bunun ötesinde en alt düzeyde bir yargıç veya yargıçlar jürisi bile, bir bireyin özgürlüğü, mülkü gibi konulara; bir bireyin tutuklanmasına, borçlarını ödemesine, bir konutun boşaltılmasına sadece yasalara dayanarak karar verebilir (Wagner 1959, 4). Yargıçlık görevi aynı zamanda ve tâbii olarak siyasal bir görevdir. O, siyasal otoritenin vermiş olduğu kararları feshedebilmekte ve yasalara yaptığı yorumlarla yasa koyucunun yerini alabilmektedir. Yargıcın siyasal alanda etkin olması, ona herhangi bir siyasi parti politikasına yakın durma hakkını vermez. Kendini günlük siyasetten soyutlamamış ve siyasi

---

[47] FeAnMad 103/1: Herkes, mahkemede, yasal usule göre dinlenmek hakkına sahiptir.

bir partinin desteği olmadan adaletin tesisinin mümkün olamayacağını düşünen bir yargıç da, bir siyasi partinin politikalarına yakınlığından veya kendi siyasal görüşünün aksine *yasama*nın temel kurallarına aykırı karar veren yargıç da, görev sorumluluğuna aykırı davranışlar içindedir (Wagner 1959, 18). Siyasal çalışmalara katılma konusunda dahi yasal bir engel olmamasına rağmen, önemli ölçüde siyasetten uzak duran ve siyasal açıklamalar yapmayan bir yargıç, toplumun güvenini kazanır ve yargının bağımsızlığını korur (Lansnicker 1996, 239).

Bir yargıç, AlYaYa § 4'de belirlenen iş alanları dışında görev alırsa, yasa gereği yargıçlık görevini bırakmak zorundadır. Aynı yasa yargıca, örneğin yasama alanı olan yerel parlamentolarda bir görev üstlenmeyi yasaklamaktadır. Bir yargıcın görev alabileceği alanları yasa dört ana alanla sınırlamıştır: 1. Yargı yönetimi kadroları, 2. Yasa gereği, bir yargıcın veya mahkemenin görev alanında olan işler, 3. Bilimsel araştırmalar veya resmî bir yüksekokulda öğretim, 4. Federal Devlet Personel Yasası'nın 104. maddesinin, 2. paragrafına uygun düşen, meslek dernekleri veya buna benzer işlerin yönetim kadrolarında, yargıçlar görev üstlenebilir.

Kısaca söylenebilir ki yargıçlar, uygun olan toplumsal kuruluşlara, siyasi partilere, sendikalara üye olabilir ve bunların organizasyonlarında çalışabilirler. FeAn'ın 9. ve 21. maddeleri gereği, yargıçların siyasal kuruluşlarda aktif olarak çalışmaları önünde en küçük bir sınırlama bulunmamaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi 1984 yılında verdiği bir kararla, yargıçlara sendikal çalışmaın önünü açmış, güncel hukuksal sorunlar hakkında açıklamalar yapabileceklerine hükmetmiştir. Yasalarda da buna karşı herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıçların sadece, yasama ve yürütmenin geniş siyasal alanlarından biri ile somut bağlantısı olan bir görevi üstlenmesi, AlYaYa'nın 4. maddesi gereği yasaktır. Bir yargıcın, hem yargı alanında hem de yasama alanında çalışması mümkün değildir. Yargıç, bir dilekçeyle seçim çalışmaları yapmak üzere seçim gününden tam iki ay önce gerekli izni alır ancak bu süre zarfında maaş almaz. Seçildikten sonra milletvekilliğini veya bir eyalet parlamentosu, Federal Parlamento veya bunlardan birinin herhangi bir kurumunda ve hükümetlerde yer almayı kabul etmişse; bir mahkeme kararına gerek olmaksızın, AlYaYa'nın 36.

maddesinin 2. paragrafı uyarınca yargıçlık görev ve sorumlulukları kendiliğinden sona erer.

6.1.2. FAHRİ YARGIÇ • *DER LAIENRICHTER ODER DER SCHÖFFE*

Fahri Yargıç (*Laienrichter*), hukukçu olması zorunlu olmayan, halkın arasından seçilmiş yargıçlardır. *Laie,* Yunancada halktan biri olan ve belirli bir konuda bilgili olmayan amatör anlamında kullanılır. Kilise veya dini alanda, ruhban sınıfından olmayan kişi anlamındadır. Burada da, hukukçu olamayan yargıca *Laie,* fahri yargıç (*yeminli*) denmektedir. Görevlendirilmeleri mahkemeden mahkemeye değişir. Hukuk mahkemelerinde de görev almakla birlikte daha çok ceza, iş ve sosyal mahkemelerde görevlendirilirler. Fahri yargıçlar diyebileceğimiz bu yargıçlar Alman hukukunda, uzman yargıçlar yanında ve eşit oy hakkına sahip olarak, mahkemelerde karar verirler.[48] AlYaYa'nın birinci maddesi *"Yargı erki, uzman yargıç ve fahri (yeminli) yargıçlar tarafından yürütülür"* demektedir. Hukukçuların da fahri yargıç olmaları olasıdır (Lieber 1996, 1).

150 yıldan daha fazla bir süreden beri Almanya'da, uzman yargıçlarla beraber fahri yargıçlar da mahkemelerde görev yapmaktadır. Genellikle ceza mahkemelerinde görevlendirilirler. Fahri yargıç, eğer ceza mahkemelerinde görevlendirilmişse *Schöffe* olarak anılmakta ve bu mahkemeler de bundan dolayı, Jüri Mahkemeleri (*Schöffengeicht)* olarak adlandırılmaktadır. Almancası ile *Schöffe* veya *Laienrichter* diye adlandırılan fahri yargıçların sayısı 61.000'e ulaşır. Ancak bu sayıyı 100.000'e kadar çıkaranlar da vardır (Lieber 1996, 1). Yani mesleği yargıçlık olanlardan tam on kat fazladır. Uzman yargıç ve fahri yargıç bir kişi hakkında suçlu veya suçsuzdur diye bir karara ortak imza atarken, fahri yargıç, uzman yargıçtan bağımsız olarak aksi yönde bir karar da verebilmektedir. Onlar, mahkeme heyetinde sayıca fazla olduklarında, uzman yargıcın onaylamadığı bir kararı oy çokluğu ile mahkeme kararı olarak da alabilmektedirler. Bu derece önemli bir görevi ifa eden bu kurum, Alman toplumu tarafından yeterince bilinmemektedir. Ayrıca, Rusya dahil birçok Avrupa ülkesinde

---

[48] Fahri yargıç biçimsel olarak, Osmanlı Devleti döneminin kadılık kurumuna benzetilebilinir. Laienrichter kurumunun işleyişi belirli kural ve yasalara bağlanması ile kurumsallık kazanmış, kadılık ise bu anlamda kurumsal değildi.

yaygın olan bu muhakeme sistemi, geri kalan dünya ülkeleri tarafından hiç bilinmemekte, dahası bilimsel araştırma konusu bile yapılmamaktadır. Bu tür bir yargılamanın temel amacı, mahkemelerin de demokratik bir hüviyet kazanmasıdır. Mahkeme jürisinde yer alan fahri yargıç, kanunlara bakmadan ve davalının dosya içeriğini bilmeden duruşma esnasında edindiği intibalara dayanarak meslekten yargıca eşdeğer bir oy ile karar mekanizmasında etkin olmaktadır. *Yargı* ve yargılama usulü de demokratik sistemin, yani devletin üç erkinden biri olduğuna göre, bireyin oyu ile, bir sanığın suçlu veya suçsuz olması kararının verilmesi, bireyin mahkemelerde de etkin olması, toplumun en doğal hakkıdır. Kısaca fahri yargıçlar, toplum ve yargı arasında bir anlamda aracılık ve toplumu temsil görevi üstlendiklerinden, toplumun yargıya güveni de artmaktadır (Brusten 1999, 74).

Ceza yargılaması yapılan bir sulh mahkemesinde, (bu mahkemelere jüri mahkemeleri*[Schöffengericht]* de denilmektedir) uzman bir yargıcın yanında iki de fahri yargıç ile yargılama yapılır. Devletin siyasal örgütlenmesinde fahri yargıç, yargının siyasal karakterli bir mensubudur. Yargı mensubu olarak o, adaletin, doğruluğun ve yasaların savunucusu mertebesindedir (Staude-Meier 2004, 30). Fahri yargıçlar, mahkeme dosyalarının içeriğini bilmezler. Mahkeme dosyalarının bu yargıçlar tarafından da tetkik edilmesi şimdilik tartışmalı konular arasındadır. Dosya içeriğinin fahri yargıç tarafından bilinmesi, onun adaletli bir kararın altını imzalamasında, yarar mı yoksa zarar mı getirir tam olarak bilinmemektedir. Dosya içeriğinin bilinmesi durumunda fahri yargıcın vicdani kanaatine göre değil de, aynen uzman yargıç gibi, dosyaya bağlı kalarak kararını verme tehlikesi olasıdır. Diğer taraftan eğer bir fahri yargıcın dosyaya erişimi yasaklanıyorsa, en azından ceza davalarının ana oturumlarından önce, dosya içeriğini tanıtan bir brifingin mahkeme heyetine verilmesinin kaçınılmaz bir husus olduğu da, bir başka tez olarak çeşitli hukuk çevreleri tarafından dile getirilmektedir (Vultejus 1999, 63).

Yaşı 25-69 arasında her Alman vatandaşı fahri yargıç olabilir. Muhakeme Usul Yasaları'nın (*Gerichtsverfassungsrecht=GVG*) 32-35. maddeleriyle, kimlerin fahri yargıç olup olamayacağını yasa ile düzenlemiştir. Buna göre, altı aydan fazla hapis cezası almış kişiler, devlet memuru

olma şartlarını taşımayanlar, memuriyete engel olan bir suçtan kovuşturma geçirenler, mahkeme kararı ile malına haciz konanlar fahri yargıç olamazlar. Ayrıca, Cumhurbaşkanı, milletvekilleri, polis memurları gibi birçok devlet memuruna ve papazlara, dini dernek üyelerine de fahri yargıçlık için çağrıda bulunulmamaktadır (Brusten 1999, 75).

Fahri yargıcın (*Laienrichter*) mahkeme başkanı olarak görev yaptığı tek eyalet, Baden Württemberg eyaletidir. Bu konuda, Baden-Württemberg eski bir geleneği hâlâ yaşatmak istemektedir. Baden ve Württemberg, en baştan beri yargılamayı hiçbir zaman akademik eğitimli hukukçulara bırakmamışlardır. Önceki konumları itibarıyla, her iki eyalette halkın içinden gelen, halka yakın, biçimselliğe önem vermeyen yargıçların, yargılamasını tercih etmişlerdir. Baden- Württemberg'de 6000'e yakın fahri yargıç görev yapmaktadır. Genelde fahri yargıçlar kısa zamanlı görevlendirilmelerine karşın, Baden-Württemberg eyaletinde tam tersi olarak, fahri yargıçların sayısal olarak daha büyük bir kısmı, uzun zamanlı görevlendirilir (Wagner 1959, 190).

6.1.3. SAVCI • *DER STAATSANWALT*

Devlet adına ve yararına davalar açan, kamu haklarını ve hukukunu yerine getirmek üzere yargıç katında sanıkları devlet (kamu) adına kovuşturmak için görevlendirilen kişi savcıdır (*Staatsanwalt*). Kamusal iddia makamının teşekkülünde hiyerarşik bir düzen mevcuttur. Bu görevi icra eden savcılıkların bir üst kurumu başsavcılıktır. Eyalet Adalet Bakanı ise bu savcılıkların en üst amiri konumundadır. (Zuberbier 1991, 17).

Savcılıkların başlıca görevi ceza davalarının takibidir. Savcılığın görev alanlarını genelde, kovuşturma (Ceza Yasası = CeYa § 160), resmî bir dava açma (CeYa § 170), ceza davalarını yürütme (CeYa § 451) şeklinde belirlemek olasıdır. Ancak savcılığın görev alanı sadece bunlar ile sınırlı değildir. Ceza davalarının failinin, zorunlu olarak yine bir savcı tarafından dava edilmesi gerekir. Devletin para cezalarının takibi, gerektiğinde dava açma da yine savcılığın günlük görevleri arasındadır (Heghmanns 2010, 1).

Savcılar da, yargıç ve avukatlara eşdeğer bir eğitimden geçer. Avukat serbest meslek, yargıç yasaların koruyucusu olarak bağımsız bir statüde

iken, savcı devlet memurudur (Bauer ve Walter 1987, 125). Savcı sözlü veya yazılı olarak siyasal otoriteden talimat alır.

6.1.4. AVUKAT • *DER ANWALT*

Vekaleti doğrultusunda vatandaşın hukukunu mahkemelerde ve yönetimde arayan hukuk adamı **avukat**tır. Avukat da, yargıç gibi aynı hukuk eğitimini almıştır. Alman hukuk sistemi tek tip avukatlık sistemi tanır. Mahkemelerde avukatlık yapacak kişiler için, ilgili mahkemeye kayıtlı olma zorunluluğu vardır. Aynı eğitimi alsa da ticarî kurumlarda çalışanların hukuk danışmanı veya vekil sıfatı ile mahkemelerde, çalıştığı kurumu avukat olarak temsilen görev alması yasaktır. Bazı mahkemelerde, davalılar kendilerini avukat ile temsil ettirmek zorundadırlar.

6.2. YARGIÇ VE YARGIÇLAR YASASI • *RICHTER UND RICHTERGESETZ*

Federal Parlamento, Federal Anayasa'nın 98. maddesinin, 2. paragrafına dayanarak, yargıçlık mesleğine özgü, Alman Yargıçlar Yasası'nı 1961 yılında düzenleyerek yürürlüğe koymuştur. Alman Yargıçlar Yasası (AlYaYa), *(Deutsches Richtergesetz=DRiG)* yargıçlık mesleğinin hukuksal altyapısını düzenler. Yasa, yargıçların sorumlulukları gibi, haklarını da düzenler. AlYaYa'nın 39. maddesi yargıçların kendi işlerinde, iş çevreleri dışında ve siyasal çalışmalarında, yargıya güveni ve yargı bağımsızlığını tehlikeye sokacak eylem ve davranışlardan kaçınmaları konularını da düzenler.[49]

Federal Parlamento, Federal Anayasanın 98. maddesinin, 1. ve 3. paragrafında tanımlanan yargıçlık mesleğini düz devlet memurluğundan çıkararak yargıçlara kamu hizmetlisi olarak özel bir statü tanır.[50]

---

[49] AlYaYa § 39: **Wahrung und der Unabhängigkeit**. Der Richter hat sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird.

[50] FeAnMad 98/1: Federal yargıçların hukuki statüsü özel bir federal yasayla düzenlenir.

FeAlCu'nin federal devlet yapısı ve FeAn'ın da 98. maddesinin 3. paragrafı gereği, eyaletler de kendi yargıçlar yasalarını yapar. Eyaletlerin yargıçlar yasası, federal yasaya göre bazı farklılıklar gösterir (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 47). Anayasanın yukarıda adı geçen maddesi gereği eyaletlerde, yargıçların hukuksal durumlarını özel eyalet yasaları düzenler. Eyaletler, FeAn'ın 74. maddesinin 2. paragrafı gereği, yargıçların statü haklarını ve görevlerini belirlerken, federal yasalar da maaş, meslekte terfi, emeklilik haklarını düzenler (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 442). Eyaletler düzeyinde AlYaYa geçerli olmakla beraber, yasaya ilave yapma ihtiyacı gerektiren durumlarda eyalet, FeAn'ın 125a maddesinin, 1. paragrafına dayanarak ek yasa yapabilir.

Orta Çağ'ın sonlarına doğru Roma Hukuku'nun iktibası ile yargıçlık mesleği de Almanya'da gelişme sürecine girer (Laufs 2006, 68). Demokratik olmayan yönetim dönemlerinde yargıçlar, devlet tarafından atanan memurlardı. Zaten yönetici olan kişi de en üst yargıç gibi, yargılamanın her anına ve yargıya müdahale edebiliyordu.

Çağdaş devletlerde yargıçlık anlayışı, John Locke ve Montesquieu'nün düşüncelerine dayanır. Locke, (bkz. Bölüm 4.3.1.3.) yukarıda da genişçe anlatıldığı gibi, vatandaşın devlet gücü karşısında korunması için, devlet gücünün egemen güçler arasında bölünerek sınırlandırılmasını ister. Ona göre, yasama erki ile yargı erkinin birbirinden ayrı olması gerekir. O aynı zamanda, çağdaş erkler ayrılığında var olan, bağımsız bir yargı erkine işaret etmiş ve bu düşüncesiyle, Montesquieu'nün daha da geliştirdiği erkler ayrılığı teorisine öncülük etmiştir (bkz. 4.3.1.4.).

18. yüzyılın sonlarından itibaren derebeyler artık mahkemelerin kararlarını değiştirmekten veya tamamen yürürlükten kaldırmaktan vazgeçer. Böylece mahkemelerin nesnel bağımsızlığı da başlamış olur. Yine de 19. yüzyılın ortalarına kadar Prusya'da, mahkemenin verdiği bazı ağır cezaların infazında yöneticilerin izni aranıyordu. Yargıçların görevden

---

FeAnMad 98/3: Eyaletlerdeki yargıçların hukuki statüleri, 74'üncü maddenin birinci fıkrasının yirmiyedi numaralı bendi aksini öngörmediği müddetçe özel eyalet yasalarıyla düzenlenir.

alınmalarına engel olabilecek herhangi bir yasal engel olmadığından, serbestçe karar vermeleri olanaklı değildi. Yargıçlar bireysel bağımsızlıklarına ancak, Bavyera Anayasası 26.05.1818 yılında yapıldıktan sonra kavuşmuştur. Bundan sonra, Baden (1818), Württemberg (1819), Hessen (1820) eyaletlerinde, sırası ile yapılan Anayasalarda bu kurala uyulur. Yargının nesnel bağımsızlığı *(sachliche Unabhängigkeit)*, bireysel bağımsızlık *(persönliche Unabhängigkeit)* olmadan kusurlu sayılır. Prusya, anayasaya koyduğu "*Yargı gücü bağımsız ve yasalardan başka hiçbir otoritenin egemenliğinde olmayan mahkemeler tarafından yürütülür*." kuralı günümüz anayasalarına kadar ulaşır. Frankfurt İmparatorluk Anayasası (1848), Prusya Anayasası'nın da (1850) 85. maddesi olan bu yasa, Weimar Cumhuriyeti Anayasası'nın 104. maddesi olmuştu. Weimar Anayasası'nda, yargıçların bireysel bağımsızlıkları sadece düzenli mahkeme yargıçları ile sınırlandırılmışken, FeAn'ın 97. maddesi[51] ile yargıç bağımsızlığı, bütün mahkeme yargıçlarını kapsayacak şekilde düzenlemiştir (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 48).

İkinci Dünya Savaşı sonrası belirli bir dönem dışında, yargıçların siyasal çalışmalar içinde olmaları hiç bir zaman yasak olmadı. Savaş sonrası, İngiliz işgal bölgesinin eyalet yüksek mahkemesi (*Oberlandesgericht*) başkanı tarafından yargıç, savcı hatta bütün Adalet Bakanlığı çalışanlarına siyasi partilere üye olmak ve onları desteklemek yasaklanmıştı. Ancak Federal Anayasa'nın kabulünden sonra, yargıçların siyasal çalışmaları önünde bulunan bütün yasal engeller kaldırılır. Ancak bugün, Alman Yargıçlar Birliği' nin (AlYaBi) çeşitli nedenlerle yaptığı toplantılarda, yargıçların bir siyasi partiye üye olmalarına yasak getirilmesi yönündeki sesler gitgide çoğalmaktadır (Lansnicker 1996, 130).

6.2.1. GÖZETİM KURULU • *DIENSTAUFSICHT*

Yargıçlar, bağımsız olmalarına rağmen, bir üst kurul olan **Gözetim Kurulu'**nun ***(Dienstaufsicht)*** denetimi altındadırlar. Kurulun görev alanı, tam olarak yasama ile yargı alanın birleştiği bir noktada durmaktadır. İşte bu durum bir taraftan, Anayasa'nın yargıçlar için öngördüğü bağım-

[51] FeAnMad 97/1: Yargıçlar bağımsızdırlar ve ancak yasaya bağlıdırlar.

sızlık postulatı ve diğer taraftan yargıçların görevlerinin hakkıyla yerine getirip getirmediğinin denetimi arasındaki ince sınır olarak anayasaya uygunluk açısından çözümlenmesi gereken bir sorun olarak beklemektedir. Yargıç bağımsızlığı ve Gözetim Kurulu arasındaki hukuksal gerginlik, Gözetim Kurulu'nun gerekliliğini de sorgulatmaktadır. Buna rağmen, bugüne kadar kimse kurulun feshedilmesi için bir teklif yapmamıştır. Diğer taraftan bu anayasal sorunun çözümlenmesinde dikkate alınması gereken önemli bir husus da, Almanya'da görev yapan 20.000 civarında yargıcın, herhangi bir üst kurul olmadan, mahkeme bağımsızlığının korunmasında gereken hukuksal güvencenin nasıl sağlanacağıdır. Buna ilaveten, AlYaYa'nın 26. maddesi, her yargıcın böyle bir kurulun gözetiminde olması gerektiğini vurgular (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 434). Sadece Anayasa Mahkemesi yargıçları herhangi bir kurulun gözetiminde değildir. Yasa gereği (AlYaYa Mad 2) sadece uzman yargıçlar Gözetim Kurulu'nun denetimi altındadır. Fahri yargıçlar bu yasaya tâbi değildir.

Yargıçlar Gözetim Kurulu'nun en üst yetkilisi kurulun bulunduğu eyaletin Adalet Bakanı'dır ve hiyerarşik sıralamada mahkeme başkanı en alt düzeyde yer alır. Kurul yargıçları denetler ve doğabilecek yanlışları düzeltir. Yanlışlara müdahale ve daha sonra yaptırım, ancak yapılacak bir disiplin soruşturmasından sonra olasıdır. Böyle bir soruşturmanın sonucunda, yapılacak yasal işlemler, sırasıyla: 1. Disiplin cezaları, 2. Tazminat, 3. Cezaî yaptırımlar, 4. Yargıç hakkında dava açma, şeklinde sıralanır (Lansnicker 1996, 133, 137).

6.2.2. YARGICIN HUKUK EĞİTİMİ • *DIE JURISTISCHE AUSBILDUNG ZUM RICHTER*

AlYaYa 5. maddesi ve devamında, yargıçlık mesleğine sahip olmanın koşullarını düzenler. Yasa, federal düzeyde yani bütün eyaletlerde yargıç olmayı aynı koşullara bağlar. Eyaletler yargıç yetiştirme konusunda sıkı eğitim politikaları gütmektedir. Federal düzey ile eyalet düzeyinde yargıç yetiştirmede fark yoktur. Yasa bu şekli ile yürürlüğe girene kadar eyaletler arası yargıç eğitiminde aranan şartlar değişiklikler göstermekteydi. Yine bu yasadan önce yargıçlıktan beklenilen yeterlilikler de, mahkeme-

den mahkemeye tek tip değildi. Örneğin, yasanın önceki haline göre bir kişi, iş mahkemesi ve sosyal mahkemelerde beş yıllık bir çalıma süresi sonunda, devlet hukuk sınavını kazanmamış olsa da, birinci dereceden asîl yargıç olarak çalışabiliyordu (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 128).

Alman Yargıçlar Yasası, yargıç olabilmenin temel ilkelerini tespit ettikten sonra, kişiyi yargıçlığa götüren yüksek öğrenimin şartlarının tespit edilmesi ve sınav yönetmenliğinin, eyaletler tarafından denetlenmesi ve düzenlenmesi gerekir, demektedir. Ancak bu hususta yasanın 120. maddesi, bazı istisnaların pratik çözümler üretilmesini sağlayabileceğinden hareketle, bu istisnaların dikkate alınması gerektiğini öngörür.[52] Örneğin, yasanın 120. maddesi, Federal Patent Mahkemeleri'nde hukuk eğitimi almamış kişilerin de teknik donanımlarından dolayı yargıçlık yapabilmelerine olanak verir.

Yargıçlık yeterliliğini kazanmak için, federal düzeyde AlYaYa § 5 ve 5/1 paragrafının düzenlediği şekliyle, iki aşamalı bir hukuk eğitimi öngörülür. Birinci aşamasında herhangi bir Alman üniversitesinde, hukuk eğitimi tamamlamış olmak ve bu eğitimin sonunda yapılan sınavda (*1. Staatsexamen*) başarılı olmaktır. Eğitimin ikinci aşaması için belirlenen koşullara göre yargıçlık stajını da (*Referendariat*) başarı ile tamamlamak gerekmektedir. Bu başarının da, ikinci bir devlet sınavı (2. Staatsexamen) ile belgelenmesi şarttır (Wittreck 2006, 467). Hukuk öğreniminde hangi derslerin alınacağını da AlYaYa § 5a, 5/2. paragrafında açıkça belirler. Sonuç olarak, dönemsel ve sınırlı hukuk eğitimi veren başka fakültelerde alınan hukuk eğitimi, yargıçlık yeterliliği kazanmak için geçerli sayılmaz (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 133). Yani, sadece hukuk fakültelerinin verdiği hukuk eğitiminden sonra, stajını yapmış hukukçulardan (*Volljurist*) yargıç seçilir.

Federal Almanya'da, yargıçlık eğitimi sisteminin federal düzeyde aynı olması, bu konuda eğitim sisteminin karakteristik bir özelliği olmuştur. Yargıçlık yeterliliğini kazanmış olmak, aynı zamanda savcı (AlYaYa § 122) ve kendi yönetmelikleri gereği noter (FeNoYö § 5), avukat

---

[52] AlYaYa § 120: Zum Richteramt bei dem Bundespatentgericht ist auch befähigt, wer die Voraussetzungen des § 65 Abs. 2 des Patentgesetzes erfüllt. § 19 Abs. 1 Nr. 1 gilt entsprechend.

(FeAvYö § 4) meslekleri için de gerekli yeterliliği kazanmış olması anlamına gelir (Thomas 1986, 34). Hukuk fakültesinde yargıçlık eğitimi için koşul olan temel alanları, AlYaYa'nın 5a maddesi belirler. Yasa (AlYaYa 5a Studium) yargıç adaylarının alması gereken hukuk eğitimi alanlarını aşağıdaki şekilde belirler (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995).

Medeni Hukuk, sadece genel olarak değil, yazılmamış (geleneksel) doğal hukuku ve onun diğer alanlarını, borçlar hukuku, iş hukuku, eşya hukukunu tam olarak ve ayrıca aile hukuku, miras hukuku, ticaret ve şirketler hukuku ve bu bağlamda kıymetli evrak hukukunun genel hatlarıyla,

Ceza Hukuku'nun geneli, ayrıca ceza hukuku müfredatının özel bölümü,

Kamu Hukuku, devlet teorileri ilgili alan dahil olmak kaydıyla kamu hukuku, anayasa hukuku, idare ve idare usul hukuku tam olarak, uluslararası ve Avrupa hukukunu genel hatları ile, polis, yönetmelik, yerel yönetimler, imar ve planlama hukuku genel olarak,

Usul Hukuku, muhakeme usul hukuku yanında ceza hukuku, idare hukuku, haciz, iflas, iş mahkemeleri usul hukukları, ayrıca düşünsel, tarihsel, ve toplumsal temelleri ile ***hukuk sistematiği***, yargıçlık eğitiminde başlıca alanlar olarak tespit edilmiştir.

Federal yasa çerçevesinde, bunların hepsine ilave olarak artık, ***Avrupa Birliği Hukuku***'nun da zorunlu dersler arasına alınması öngörülmüştür. Yukarıda genel hatları ile belirlenmiş ders alanları kataloğu, üniversiteler tarafından, eğitim planlarına uyarlanmıştır. Ancak hukuk eğitiminde, öğrencilere geniş çaplı bilgi yüklenmesi yerine, mantıklı düşünce yeteneği ve teolojik tartışmayı uygulamalı ki, hukuk öğrencisi ileride karşısına çıkacak bilinmeyen hukuksal alanlarda da çözümler üretebilsin. Dolayısıyla hukuk fakültelerinde öğretim görevlisine, didaktik eğitimin uygulanmasında büyük sorumluluk düşmektedir (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 148).

Eğitim sürecinde öğrencinin (*Student*), uygun aday olup olmadığının anlaşılması ve eğitimin devamı için çeşitli sınavlar yapılır. Ayrıca bu

süreçte ve sömestre aralarında, üç aylık bir staj da öngörülmüştür. Staj konusunun ayrıntılarını eyalet yasaları belirlemektedir.

Hukuk eğitiminin ikinci önemli aşamasında ve birinci devlet sınavından sonra yargıç adayları, iki buçuk yıllık bir staj eğitimi almak zorundadır. Stajın genel alanları, AlYaYa'nın 5b paragrafında belirlenmiştir. Buna göre aşağıdaki dört koşulun yerine getirilmesi gerekir.

- Düzenli bir mahkemede medeni hukuk, 6- 10 ay,
- Bir savcı yanında veya mahkemede ceza hukuku, 4- 9 ay,
- Herhangi bir yönetim alanında, 5-9 ay,
- Bir avukatın yanında, 3-6 ay,

Bu alanlarda zorunlu olarak staj yapıldıktan sonra aday, eyaletlerin belirleme yetkisinde olan seçmeli alanlar arasından kendi staj alanlarını seçer (Thomas 1986, 116). Bu staj alanları; ticaret, iş, devlet idaresinde bir birim, sendika, yabancı bir avukat yanında çalışma gibi olabilir. Hazırlık döneminde en fazla 7 ayrı alanda staj yapılır. Her alanda en az 3 ay staj yapmak zorunludur. Sadece sınavlarda en iyi notu almış adayların yargıç olabileceğini de burada belirtmekte yarar vardır. Bütün bu düzenlemeler bakanlık bürokratları tarafından denetlenmekte ve yürütülmektedir. Yargıçlar daha sonra "yargıçlar kurulu" tarafından daha üst mahkemelerde seçimle görevlendirilir (Robbers 2006, 34).

6.2.3. YARGIÇLAR SEÇİM KURULU • *RICHTERWAHLAUSSCHUSS*

Yargıçlar Seçim Yasasının (YaSeYa) 1. maddesine uygun olarak, Yargıçlar Seçim Kurulu (*Richterwahlausschuss)* ve yetkili federal bakan, federal düzeydeki yüksek mahkeme üyelerini seçer. Daha sonra, Yargıtaylara (*Gerichtshöfe*) seçilen bu üst yargı üyelerini Federal Cumhurbaşkanı onaylar. Kurul üyelerinin milletvekili olması zorunlu değildir. Kurul gizli oylama ve çoğunluk usulü ile Federal Yargıtay, (*Bundesgerichtshof*), Federal Danıştay (*Bundesverwaltungsgericht*), Federal Sayıştay (*Bundesfinanzhof*), Federal Sosyal Temyiz Mahkemesi (*Bundessozialgericht*) ve Federal İş Temyiz Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht*) üyelerini belirler (Bundestag 2011). Her biri değişik alanda görev yapan Yargıtay Mahkemeleri, YaSeYa'nın 1. maddesi-

nin, 2. paragrafı gereği, hangi alanın yargıçlarını seçiyorsa, o alandan sorumlu federal bakan, o seçimlere katılır ve katkı sağlar.

Yargıçlar Seçim Yasası'nın 2. 3. ve 4. maddeleri gereği, Yargıçlar Seçim Kurulu, 11 yetkili[53] eyalet bakanı ve aynı sayıda Federal Parlamento tarafından seçilmiş üyeden oluşturulur. Yargıçların, doğrudan Yargıçlar Seçim Kurulu'nda olmaları, YaSeYa'nın 2. ve 3. maddeleri gereği uygun değildir. Ancak FePa yargıçlardan da üye seçebilir. Yine aynı yasanın 12. ve 13. maddelerine göre yargıç seçimi, çoğunluk usulüne göre ve gizli oylama ile yapılır. Aynı yasanın 1. ve 9. maddeleri gereği, federal bakan Yargıçlar Seçim Kurulu'nun başkanlığını yürütür, ancak bakanın yargıç seçimlerinde oy hakkı yoktur.[54] Bakan, seçim sonuçlarını kabul etme veya reddetme yetkisine sahiptir. Seçim sonuçlarını değerlendirmede, seçilen yargıcın uygun olup olmadığına şahsî kanaatine göre karar verir. Yasa, karar verme süresinde herhangi bir sınırlama getirmez. Kurulun en önde gelen görevi, kimin federal yargıç olacağının tespitini yapmaktır. Bakan, teklif edilen adayı araştırır ve konu ile alakalı bir dosya hazırlar. Kimin federal yargıç olacağı kararı, sadece ilgili bakanın yetki alanındadır. Ancak teklif edilip de yargıçlığa atanmayan yargıçlara dışlanmışlık hissi yaşattırmamak için, onlar bir sonraki seçime kadar listede kalır (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 1030).

Federal Almanya'da yargıç seçim sisteminde, sadece federal düzeyde farklılıklar görülmemektedir. Yargıç seçim usulleri konusunda eyaletler de kendi aralarında birçok farklılıklar gösterir (Fürst 1992, 59). Ayrıca her eyalet, kendi Yargıçlar Seçim Kurulu'na değişik işlevler yüklemiştir. Birçok eyalet, yargıç görevlendirme yetkisini sadece yürütme erkine bırakırken, bazı eyaletler geleneksel olarak Yargıçlar Seçim Kurulu üzerinden yargıç tayinlerini gerçekleştirir. Bu tür geleneksel yargıç görevlendirme usulünün, demokratik ilkelere birebir uygun olduğunu savunanların yanında; birçok önemli nedenden dolayı, yargıç görevlendirmelerinin sadece hükümete bırakılmasının doğru olmayacağını, yargıçları seçen bir

---

[53] Sadece 11 eyalette Yargıçlar Seçim Kurulu görev yapmaktadır. Diğer 5 eyalette kurul bulunmamaktadır.

[54] YaSeYa § 9: Der zuständige Bundesminister oder sein Vertreter in der Bundesregierung führt den Vorsitz. Er hat kein Stimmrecht.

kurulun ihdas edilmesinin daha uygun olacağını savunanlar da vardır. Onlara göre, hükümetin yargıçları ataması, Anayasa'nın öngördüğü yargıçlık kurumunun tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesine aykırı düşmektedir. Anayasa, tam bağımsız bir yargının güvencesinin sağlanması gerektiğini vazetmektedir (FeAnMad 97). Hal böyle olunca, Anayasa gereği yargıçların bağımsız bir kurul tarafından seçilmesi de kaçınılmaz görünmektedir (Fürst 1992, 60). Buna karşın demokratik sistem gereği, asıl egemen güç olan halkın veya onun seçtiği vekillerin yargıçları seçmesinin bir gereklilik olduğu ifade edilmektedir. Anayasanın öngördüğü bağımsızlık ve tarafsızlık hususu, yargıcın seçilmesinden sonra devreye girmesi gereken en temel ilkedir. Bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi yargıcın siyasal görüşü ile ilişkilendirilemez. Her yargıç adayının bir siyasal görüşü olacağına göre, bu iddiadan hareketle doğru bir sonuca varılamaz. Zira iktidar hangi siyasi partinin uhdesinde olursa olsun, hükümetin göstereceği aday nihayetinde bir siyasal görüş sahibidir. Zaten FeAnMa, bu yönde 15.03.1984'de verdiği bir kararda, yargıçların mesleklerini icra ederken dahi siyasal çalışmalar yapabileceğine hükmetmiştir (bkz. Bölüm 6.2.5).

Milletvekili ve yargıçlardan oluşan *karışık seçim kurulları*nın, sadece milletvekillerinden oluşturulmuş *yargıçlar seçim kurulları*ndan daha işlevsel olduğu iddia edilir. Zira Alman Yargıçlar Yasası'nın da öngördüğü şekilde yargıçlar seçim kuruluna uzman olan üyelerin seçilmesi; uzmanlığı gerektiren konularda tecrübe ve bilgi sahibi olan kişilerin kurul üyesi olmasını sağlamak bakımından isabetli olacaktır. Ancak karışık kurullarda sayısal çoğunluğa sahip yargıçların, parlamentonun temsilcilerinin iradelerine karşı herhangi bir atamayı veya kararı veto etmeleri mümkündür. Fakat diğer taraftan onların da bu kurulu çalışmaz hale getirmeleri anayasaya uygun olmayacaktır (Fürst 1992, 61). Demokratik sistemin üç erki olan yasama, yürütme ve yargının da temsil edildiği Yargıçlar Seçim Kurulları'ndan ikisi, Hamburg ve Bremen eyaletleri tarafından oluşturulan kurullardır. Yargıçlar, federal mahkeme yargıçlarını seçme kurullarındaki görevleri dışında, ayrıca ve sadece eyalet yargıçlarını seçen kurullarda da görev alırlar (Thomas 1986, 69).

Eyaletler, FeAn'ın 98. maddesinin, 4. paragrafına dayanarak kendi gereksinimleri olan yargıçları, eyalet Adalet Bakanı ve yargıç seçme ku-

rulu ile beraber belirler. Eyalet yargıç seçim kurulları, işlevsellikleri ve etkileri bakımından üç ana grupta toplanır:

1. Yargıçları sadece ilk görevlendirmede katkı sağlayan seçim kurulları,
2. Hem görevlendirmede ve hem de daha sonra terfi aşamasında katkı sağlayan kurullar,
3. Bir yargıcın görevlendirilmesi aşamasında, ilgili bakan ile başkanlık konseyinin adaylar üzerinde anlaşmazlığı durumunda devreye giren kurullar (*Konfliktausschuss*) (Thomas 1986, 69).

Baden-Württemberg Eyaleti örneğinde de yargıçlar, bir seçim kurulu tarafından seçilir. Yargıçlar Seçim Kurulu; sekiz yargıç, altı eyalet milletvekili ve bir avukattan oluşmaktadır. Kurul, yargıç seçiminde üçte iki çoğunluk usulüne göre seçimini yapar. Bakan veya onun temsilcisi, federal seçimlerde olduğu gibi, yine seçim kurulunun başkanıdır ve oy hakkı yoktur. Burada sadece bir değişik uygulama göze çarpar. Bakan ve kurul herhangi bir görevlendirme, tayin veya terfi işleminde anlaşma sağlayamazsa, çözüm için fonksiyonel çalışan bir tahkim kurulu (*Konfliktausschuss*) devreye sokulur. Kurul, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar alır (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 290). Reinland-Pfalz Eyaleti de aynı şekilde, sorunlu yargıç atamalarında, oluşturulan bir tahkim kurulunu göreve çağırır.

Yargıçlar seçim kurullarının kararları yargı denetimi dışında değildir. Kurulun kararlarının gizli oylama ile olması ve itiraz konusunun kurul tarafından gerekçelendirilmiş olması, mahkemelerin bu kararı denetlemesine bir engel teşkil etmez. Gerektiğinde mahkeme, kurula verilen yetkilerin kullanımında noksan veya yanlış uygulamaların olmaması için seçim öncesi veya sonrası denetim yapar (Thomas 1986, 66).

6.2.4. YARGIÇ ATAMALARI • *REKRUTIEREN DER RICHTER*

Yargıçlar, federal düzeyde görev yapacak yargıçları seçmeye yetkili, aynı zamanda parlamentoya karşı da sorumlu ve bir yürütme erki mensubu olan bakan tarafından belirlenir ve atanır. Bu düzenleme hali hazırda; Bavyera, Macklenburg-Vorpommen, Aşağı Saksonya, Saksonya-Anhalt Eyaletleri'nde ve aynı zamanda federal düzeyde alt mahkeme yargıçları-

nın seçiminde de geçerlidir. Halk temsilcileri, yani parlamento, sadece Federal Anayasa Mahkemesi yargıçlarını seçer (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 286). Buna göre, FeAnMa'nın iki senatosunun her birinin yarısı FePa, diğer yarısı FeTeMec tarafından seçilir (bkz. 5.2.3. ve Çizelge 8).

Federal Anayasa'nın 116. maddesinin ruhuna uygun, hür demokratik devlet sistemini içselleştirmiş, anayasaya bağlı ve yargıçlık yeterlilik koşullarını (AlYaYa § 5-7) da yerine getirmiş her Alman vatandaşı, yargıç olabilir. Mülteci ve sürgün Alman halkı mensubu, Alman olmanın belirli özelliklerinden olan Alman dili, Alman kökeni ve kültürü mensubu olduğu onaylanmış kişiler, Alman vatandaşlığına kabul edilir ve yargıçlık yeterlilik koşullarını yerine getirmiş sayılır. Avrupa Birliği'ne mensup olsa dahi diğer ülke vatandaşları, Almanya'da yargıç olamazlar (Räntsch-Schmidt ve Räntsch-Schmid 1995, 300). Yargıç adayının, AlYaYa'nın 5. 6. ve 7. maddelerinde belirlenen yargıçlık yeterliliği için aranan koşulları yerine getirmiş olması gerekir. Seçilmiş yargıcın yargıçlığa atamasının yapılmasından önce, yargıçlık yeterlilik koşulları atama anında sağlanmamışsa, yasa gereği (AlYaYa § 19/1) atama yapılmaz.

Alman Yargıçlar Yasası, yargıçların nasıl atanacağını ve görevlendirmenin yasal koşullarını düzenler. Bu düzenlemenin kim tarafından uygulamaya konacağı yasanın konusu değildir. Yasa, göreve çağırma veya tayin (*Berufung*) ile görevlendirme veya atama (*Ernennug*) kavramlarını açıklamadan, ayrı ayrı kullanmaktadır. Yasaya göre yargıç tayinlerinde tayin, eylemlerin hepsi olarak kabul edilirken, atama ise bir resmî formalite, yani idari işlem olarak kabul edilmektedir (Fürst 1992, 136). FeAn federal düzeyde yargıç seçimlerinin (FeAnMad 95/2) bir *Yargıçlar Seçim Kurulu* kanalı ile yapılmasını öngörürken, eyaletler için böyle bir koşul getirmemektedir (FeAnMad 98/4).

Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen ve Schleswig-Holstein, Thüringen, Brandenburg eyaletlerinde yargıç tayin işleri, eyaletlerin kendi Yargıç Seçim Kurulları tarafından gerçekleştirilir. Baden-Württemberg (*Konfliktausschuss*) ve Reinland-Pfalz (*Schiedsausschuss*) eyaletlerinde ise Yargıçlar Seçim Kurulu yerine, tahkim kurulu olarak adlandırılan bir kurul devreye girmektedir. Ancak Bayern, Niedersachsen, Nordrein-Westfalen ve

Saarland eyaletlerinde yargıç tayin işleri hükümetin işi olarak düzenlenmiştir**.** Mecklenburg-Vorpommen, Sachsen ve Sachsen-Anhalt Eyalet Anayasaları, bir yargıçlar seçim kurulu öngörmekle beraber, henüz fiilen böyle bir kurul yaşama geçirilmemiştir (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 287).

Eyaletlerin Yargıç Seçim Kurullarının üye özellikleri ve fonksiyonlarını burada kısaca özetlemekte yarar vardır. **Baden-Württemberg** Eyaleti "Yargıçlar Seçim Kurulu" başlığı altında (bkz. Bölüm 6.1.5), konu örnek olarak verildiğinden burada tekrar edilmeyecektir.

Reinland-Pfalz eyaletinde, eyalet anayasası gereği[55] yargıçlar, Yargıçlar Seçim Kurulu ve yetkili eyalet bakanının ortak kararı ile atanır. On bir üyeden oluşan kurul, eyalet parlamentosu tarafından belirlenir. Bunlardan sekizi parlamentoda çoğunluk usulüne göre seçilen eyalet milletvekili olup, iki yargıç ve bir avukat ise barolar tarafından önerilen bir listeden seçilen üyelerden teşekkül eder. Kurul başkanlığını kurul üyesi olan ilgili bakan yürütür, ancak bakan kurulda oy hakkına sahip değildir (Wittreck 2006, 397). Sonuç itibarıyla seçilmiş yargıç adayının atanması, bakanın yetki alanına girer.

Berlin'de yüksek mahkeme başkanları dışında, bütün yargıçlar Yargıçlar Seçim Kurulu tarafından belirlenir. Berlin Yargıçlar Seçim Kurulu, on dört üyeden oluşur. Sekiz üye, Berlin Eyalet Parlamentosu tarafından üçte iki çoğunluk usulüne göre, milletvekilleri arasından seçilir. Bir üye baro tarafından önerilen avukatlar listesinden ve beş üye de yargıçlar arasından seçilir. Ancak yargıçlardan ikisi fiilen yargıda görev yapan; idari yargı ve iş ve sosyal güvenlik yargısı alanından gelenler arasından seçilir (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 287). Kurul sadece ilk görevlendirme ve terfi işlerini düzenler.

Brandenburg Yargıçlar Seçim Kurulu on iki üyeden oluşmaktadır. Üyelerin sekizi milletvekili adayları arasından olmak üzere ~~hepsi~~ eyalet parlamentosu tarafından seçilir. Daimi üye olarak iki yargıç ve ilgili alana bağlı olarak bir yargıç ve bir de avukat, zorunlu olarak yargıç ve avukat-

---

[55] Reinland-Pfalz Anayasası, 102: Der Ministerpräsident ernennt und entlässt die Beamten und Richter des Landes, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

~~lar~~ gruplarının önerisi ile kurul üyeliğine seçilir. Burada da bakan kurulun başkanlığını yürütür ancak oy hakkına sahip değildir (Wittreck 2006, 398). Yargıçlar Seçim Kurulu ve yetkili bakan, yargıç görevlendirme, terfi ve tayin işlemlerini beraberce yürütür. Brandenburg Eyaleti'nde, Yargıçlar Seçim Kurulu bir sonraki Yargıçlar Seçim Kurulu'nun, yeni seçilen eyalet parlamentosu tarafından yeniden bir yargıç seçim kurulu oluşturmasına kadar görev yapar (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 288).

Bremen Yargıçlar Seçim Kurulu on bir üyeden oluşur. Bu kurulun üç üyesi yargıçlar arasından ve yargıçlardan oluşan bir konsey tarafından, üç üyesi Senato üyelerinden, diğer beş üyesi de halkın seçtiği vekillerden oluşur (Wittreck 2006, 399). Bremen Yargıçlar Seçim Kurulu, devletin 3 anayasal erkinin de temsil edildiği yegane kuruldur. Kurul, erkler ayrılığı ilkesine uygun olarak, üyelerini yasama, yürütme ve yargı mensuplarının temsilcilerinden oluşturur. Kurula yargıç görevlendirme yetkisi tanınmasına rağmen, yargıçların terfi işleri kurulun yetkisi dışında bırakılmıştır (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 288). Kurul, yargıçları süresiz, yani ömür boyu atar. Kurul, kararlarını seçimle ve basit çoğunlukla verir (Fürst 1992, 138).

Hamburg Eyaleti, Anayasasının 63. maddesine göre yargıç seçimlerini gerçekleştirir. Hamburg Yargıçlar Seçim Kurulu on dört üyeden oluşur. Bu kurul, altı üyesi doğrudan halk tarafından, üç üye Senato tarafından, yargıçlar konseyinin seçtiği üç yargıç ve avukat odalarının önerdiği bir listeden ve halkın seçtiği iki avukattan oluşturulur. Kurul, en az on üye ile toplanır ve ilk atama ve terfi konularında yetkilidir. Hamburg Senatosu'nun belirlediği bir Senatör, kurulun başkanlığını yürütür (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 288). Kurul, salt çoğunluk sistemine dayanan gizli oylama ile karar alır ve yargıçları ömür boyu görev yapmak üzere seçer (Fürst 1992, 138).

Hessen Eyaleti, Yargıçlar Seçim Kurulu'nun on üç üyesini anayasasının 127. maddesinin 3. paragrafına dayanarak seçer. Kurul, beş yargı alanının her birinden bir yargıç (Alanlar için bkz. Çizelge 16), Eyalet Parlamentosu tarafından seçilen yedi milletvekili, iki baronun verdiği bir

üyeden oluşur.[56] Kurul, en az dokuz üye ile toplanır. Kurulun yetki alanına yargıçların ilk görevlendirme ve ataması girerken yargıç terfileri yetki alanının dışında bırakılmıştır. Bir yargıcın işi bırakması durumunda, bu kurulun görüşüne başvurulur (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 288). Kurul, kararlarını basit çoğunluk ile alır. Yargıçlar ömür boyu atanır (Fürst 1992, 139).

Schleswig-Holstein Eyaleti Yargıçlar Seçim Kurulu, sekiz eyalet milletvekili, iki yargıç, bir avukat ve seçim yapılacak yargı kolundan gelen ve geçici olarak görev yapan bir yargıç olmak üzere on iki üyeden oluşur. Örneğin iş ve sosyal güvenlik mahkemelerinden birine bir yargıç atanacağı veya bir başka yere tayin veya terfi ettirileceği zaman, eyalet parlamentosunun dört milletvekili ve işveren ve işçi kuruluşlarından birer üye Yargıçlar Seçim Kurulu'na katılarak karar alma sürecine dahil olur. Kurulun milletvekili üyelerinin yarısının ve sürekli iki yargıç üyeden birinin kadın olması zorunludur. Kurul üyelerinin hepsi eyalet parlamentosu tarafından seçilir. Milletvekili üyeleri, parlamento tarafından doğrudan; yargı üyeleri kendi mensupları tarafından ve diğer üyeler de ilgili dernekler (sendika, işverenler sendikası, avukatlar odası) tarafından parlamentoya sunulan listelerden seçilir. Üye sayısının bir fazlası ile karar verme yetkisine sahip olan kurula, eyaletin ilgili bakanı başkanlık eder. Kurulun görev süresi, Eyalet Parlamentosu ile aynıdır. Yani seçimler ile yeni parlamento oluşturulduğunda, yeni Yargıçlar Seçim Kurulu da seçilir. Yargıçlar Seçim Kurulu ve eyalet bakanı, yargıçları görevlendirme, atama, bir başka yere tayin ve terfi işlemlerine beraber karar verir (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 289).

Thüringen Eyaleti Yargıçlar Seçim Kurulu, sekizi milletvekili olmak üzere on iki üyeden oluşur. Yargıçların ilk atamalarını, eyalet Adalet Bakanı Yargıçlar Seçim Kurulu'nun olurunu alarak yapar. Üst Eyalet Mahkemesi, Üst İdare Mahkemesi ve Eyalet İş Mahkemesi başkanları; ayrıca Thüringen Eyaleti, baro başkanı kurulun üyeleridir. Eğer eyalet sosyal mahkemelerine veya vergi mahkemelerine yargıç ataması yapılacaksa, Eyalet iş mahkemesi başkanı, görevini o alanla ilgili mahkeme

[56] Her iki baronun başkanlarından biri, her yıl dönüşümlü bir biçimde bu kurulun bir üyesi olarak görev yapar.

başkanına devreder. Milletvekili üyeler, parlamentonun üçte iki çoğunluğunun oyunu alarak seçilir. Kurulda her siyasi partiden temsilci bulunur. Parlamento üyeleri bir sonraki eyalet seçimleri ile yeniden oluşturulacak Yargıçlar Seçim Kurulu'nun seçimine kadar görevlerine devam eder. Oy hakkına sahip olmayan Adalet Bakanı, kurulun başkanlığını yürütür. İhtiyaç durumunda bakan, kurulu toplar veya kurul üyelerinin üçte bir oyu ile bakan, kurulu toplantıya çağırır (Schmidt-Räntsch ve Schmid-Räntsch 1995, 289).

6.2.5. YARGIÇLARIN SİYASAL ÇALIŞMALARI VE TARAFSIZLIK • *DIE POLITISCHE TÄTIGKEIT EINES RICHTERS UND SEINE OBJEKTIVITÄT*

Alman Yargıçlar Yasası'nın 39. maddesi, "yargıçlar görevleri içinde ve dışında veya siyasal çalışmalar yaparken, yargıçlık mesleğinin bağımsızlığına ve mesleğe güvenin sarsılmamasına özen göstermek durumundadır[57]." demektedir. Anayasanın öngördüğü şekilde yargıç, yasal tartışmalarda ve sorunlara çözüm üretmede yansız karar vermek suretiyle nesnel ve akılcı hukuk ortamının yaratılmasına ve toplumsal barışa katkı sağlamış olur. Yargıçların Alman toplumunda edindiği yasal ve toplumsal statü, onları toplumun veya siyasal tartışmaların dışında tutmaz. Her vatandaş gibi yargıçların da siyasal çalışmalar yapmalarının önünde, yasal bir sınırlama yoktur.

Federel Anayasa'nın 20. maddesi,[58] "*Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır*" demektedir. Anayasanın 97. maddesi[59] ise yargıçların sadece yasalara bağlı olmasını emreder. Belirlenmiş bu normlar çerçevesinde, anayasal düzenin sağlanması için yasama, yürütme ve yargı erklerine ayrı ayrı fonksiyonlar yüklenmiştir. Yasama (*Legislative*), normların dış çerçevesini çizer, çizilen çerçeve

---

57 AlYaYa § 39: Wahrung der Unabhängigkeit. Der Richter hat sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird.

58 FeAnMad 20/3: Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar.

59 FeAnMad 97/1: Yargıçlar bağımsızdırlar ve ancak yasaya bağlıdırlar.

içinde yargı normları yorumlar ve uygulamayı denetler. Yasamanın belirlediği hukuk normlarına, yargı uymak durumundadır. Yasamanın anayasaya uygun olarak yaptığı yasalar, öncelikli ve uyulması gereken normlardır (Rüthers 1997, 436, 474). Anayasa Mahkemesi'nce verilen hükümler, tabiatı gereği devleti ve toplumun genelini bağlayan kararlardır. Federal Anayasa Mahkemesi, federal milletvekillerinin en az üçte birinin veya muhalefetin istemi üzerine yasaların anayasaya uygunluğunu denetler ve yorum yaparak bir hüküm tesis eder (Pötzsch 1997, 118). Siyasal tartışmalara konu olan sorunlar, parlamentoda her zaman oydaşma ile sonuçlanmadığından, böyle durumlarda Federal Anayasa Mahkemesi'nden norm denetimi yapmak üzere istemde bulunulur. Federal Anayasa Mahkemesi, yürütmenin ya da muhalefetin talebi doğrultusunda karar verebileceği gibi, her iki tarafın isteğine uymayan bir karar da verebilir. Mahkeme, başvuruda bulunulan bir sorun hakkında, o sorunun siyasal bir sorun olduğu gerekçesiyle karar vermekten imtina edemez.

Çoğu zaman gerek iktidar gerekse muhalefet, kamuoyunun tepkisini çekebilecek birçok siyasal konuyu Federal Anayasa Mahkemesi'ne götürmek suretiyle sahip oldukları toplumsal desteği tehlikeye atmaktan kaçınma yoluna gitmektedir. Zira toplumun güvenini en üst seviyede kazanmış FeAnMa'nın vereceği kararın (Marschall 2007, 125), toplum tarafından daha olumlu karşılanacağı bilinmektedir. Federal Alman Ordusu'nun, NATO bölgesi dışında, örneğin Afganistan'da görevlendirilmesi buna bir örnektir. Kararları bireysel olarak eleştirilse de Federal Mahkeme, kararlarını anayasal çerçeve dışına taşırmadan, siyasal yelpazenin her kanadının kabul edebileceği yönde vermektedir. Ancak mahkeme kararlarına getirilen eleştiriler, hangi düzeyde olursa olsun, FeAnMa'nın kararları toplumun ezici çoğunluğu tarafından yansız, partiler üstü olarak algılanmaktadır. Mahkeme, özellikle siyasal değerler ve hukuksal yorumlar konusunda verdiği kararlarla, kurumlar arası dengeyi gözetmektedir (Pötzsch 1997, 118).

Alt mahkeme yargıçlarının da siyasal konular ve kararların dışında kalması mümkün değildir. Yargıçlar da vatandaştır ve FeAn'a göre, yargıçlar da her vatandaş gibi siyasal çalışmalar içinde olabilir. Anayasa bu konuda yargıçlara, herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Hatta FeAnMa,

15.03.1984 yılında konu ile alakalı olarak aldığı kararla, yargıç ve devlet memurlarının siyasal çalışmalar yapabileceklerine ve sendika ve derneklere üye olabileceklerine hükmetmiştir (Lansnicker 1996, 239). FeAn, çeşitli bağlamlarda *siyasal* ve *siyaset* kavramlarını kullanır. FeAn: "*Hiç kimse [....] inancından dolayı, dini ve siyasal görüşünden dolayı kayırılamaz veya haksızlığa uğratılamaz."* (FeAnMad 3/3).[60] *"Siyasi partiler halkın siyasal iradesinin oluşumuna katkı sağlarlar."* (FeAnMad 21/1).[61] Örneğin bir yargıcın, kararını, meslek dışı siyasal çalışmaları sebebiyle tarafsızlıktan uzaklaşarak kendi siyasal görüşüne göre vermesi düşünülemez. Federal Anayasa ve Reinland-Pfalz Eyaleti Anayasası, diğer eyalet anayasalarından farklı olarak yargıçların siyasal çalışmalar yapmasına açık ve güçlü bir şekilde güvence verir. Reinland- Pfalz Anayasası'nın 127. maddesi[62] çerçevesinde, kamu çalışanlarının tümünün bir derneğe üye olma hakları ve siyasal faaliyette bulunmaları güvence altına alınmıştır.

Yargıçların siyasal faaliyetlerinin bir sorun olması, verdikleri kararların tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerinin sınırlarını zorlaması ile doğru orantılıdır. Ancak "Yargıcın siyasal faaliyeti, yargının hedefi olan *objektif karar* vermeyi engeller mi?", sorusuna yalnızca açık bir biçimde taraflı kararların verilmesi durumunda olumlu cevap verilebilir. Aksi takdirde somut bir davada, yargıcın siyasal düşüncesinin etkisi ile yargılamanın hedeflediği *adil* kararı vermediğini kanıtlamak mümkün değildir. Yargıçlarının kararlarının *adil* veya *siyasal* nitelikte olup olmadığını kanıtlamak için önceden belirlenmiş açık ve net ölçütler bulunmamaktadır. Dolayısıyla yargıcın kendi siyasal görüşünden etkilenerek veya bir siyasi partiye mensup olması sebebiyle *yanlış* bir karar verdiğinin açık bir biçimde kanıtlanması gerekir. FeAn'ın 97. maddesi yargının yürütmeden bağımsız olduğunu belirtmekte ve yargı üzerinde yürütmenin herhangi bir denetiminin olmasını yasaklamaktadır. Ancak olgular, bu *kuramsal* ifadeden

---

60 FeAnMad 3/3: [...] inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla hiç kimse mağdur edilemez ve hiç kimseye imtiyaz tanınamaz.

61 FeAnMad 21/1: Siyasi partiler, halkın siyasi iradesinin oluşumuna katılırlar.

62 Reinlad-Pfalz Eyalet Anayasası 127: Alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes sind Diener des ganzen Volkes, nicht einer Partei. Die Freiheit der politischen Betätigung und die Vereinigungsfreiheit werden ihnen gewährleistet.

biraz daha farklıdır. Anayasanın bu bağlayıcı emri ile yürütmenin kendi siyasal hedeflerine ulaşmak için yargıyı kullanması engellenmektedir.

Almanya, federal devlet yapısının fonksiyonları gereği, yürütme (*Exekutive*) ve yargı (*Judikative*) erklerinin birbirinden tamamıyla bağımsız olması mümkün değildir. Devletin işleyişi, bu organların iç içe olmalarını ve beraber *(die Verzahnung der staatlichen Organe*) çalışmalarını zorunlu kılmaktadır. Bireysel özgürlük konusunda, titiz yargıçlar bir yana bırakılırsa, yönetmelik düzenlemelerinin de etkisiyle yürütme, her an yargı üzerinde etkili olabilmektedir (Schütz 2005, 190). Ayrıca yürütme organı yargıyı engellemek isterse Yargıç Gözetim Kurulu'na (*Richterdienstaufsicht*) çağrıda bulunma imkanına da sahiptir. Yasaların yürütmeye tanıdığı bu imkânın, yargıçlık mesleğinin bağımsızlığı önünde bir engel olduğu düşünülebilir (AlYaYa § 26/ 3). Bunun anlamı bir devlet organının, yönetimden kaynaklanan nedenlerden ötürü diğer bir devlet organı ile yakın ilişki içinde (*verzahnt*) çalışmak durumunda kaldığından, yargının bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi ihlal edilebilmesidir. Bireysel bağımsızlığı içselleştirmiş bir yargıç, aynı zamanda hukuka, gerçeğe, adalete ve yasalara uymayı kendisi için tek yol olarak belirlemiş, terfi etmeyi de önemsemeyen bir yargıçsa, herhangi bir siyasal gücün ve telkinin etkisi altında kalmaz. Fakat Yargıç Gözetim Kurulu (*Dienstaufsicht*) tarafından alınan yönetimsel önlemlerin, yükselme düşkünü yargıçlar için son derece önemli olabileceği tabiidir.

Diğer taraftan da bir *Veto-Gücü* (Wagschal 2006, 560) olarak yargının da (*Judikative*), yasama ve yürütme üzerinde etkisi önemlidir. Demokratik siyasal yapı içinde, yargının merkezî bir güç olduğu yadsınamaz bir gerçektir (A. Brodocz 2009, 13). Erkler ayrımı ilkesi bağlamında, yargı erki önceleri (bkz. Çizelge 2), siyasal bir fonksiyonu olmayan, demokratik sistemin diğer iki erki olan yasama ve yürütmeden bağımsız ve onların etki alanları dışında konumlandırılmış bağımsız bir güç olarak tasarlanmıştı (Vorländer 2003, 61). Yargının fonksiyonel ve etkin çalışabilmesi için tüm siyasal kurumlar ve yürütme (Exekutive) ve yasama (*Legislative*) biçimsel ve maddî olarak *demokrasinin iskeleti* olan anayasaya bağlı kalmalıdır.

Bir anayasanın normal kanunlarla aynı usul ve esaslar çerçevesinde değiştirilebilmesi halinde, yasama ve yürütme, yargının anayasal konumunu kolayca değiştirebilecek ve bu suretle yargının siyasallaşması söz konusu olacaktır. Halbuki sert anayasanın söz konusu olduğu demokratik sistemlerde anayasa, basit yasalardan üstündür ve yasaların anayasaya uygunluğu kesinlikle Anayasa Mahkemesi'nce denetlenmelidir (A. Brodocz 2009, 13).

Yargının diğer demokratik güçleri engelleyici ve sınırlayıcı özelliği nedeniyle diğer demokratik sistemlerin yargılarında olduğu gibi, Almanya'da da yargı, bir "*Veto-Güç*" olarak nitelenmektedir. Yargının aldığı bir kararın hem *yasama* hem de *yürütme* tarafından uygulanması zorunlu olduğundan bu kurumların gücü, ilgili yasanın veya anayasanın yasama ve yürütmenin istemleri doğrultusunda değiştirilmesine kadar sınırlanmış olmaktadır. Norm denetimi yapan Anayasa Mahkemesi, denetlediği yasa ile yasamanın işlemlerini dolaylı olarak veto etmektedir. Anayasa Mahkemesi, norm denetiminde yasayı, hükümet ve yasamanın beklentisi doğrultusunda değil de karşıt bir yönde yorumlayabilir. Siyasal gücün işlemlerini iptal etmek, doğrudan *Veto-Gücü* olmak anlamına gelmektedir. Diğer taraftan siyasal güç de çoğu zaman Anayasa Mahkemesi üyelerinin düşüncelerini peşinen kabul ederek yasaları bu cihette ve onların görüşleri doğrultusunda yapmak suretiyle mahkemenin vetosunu aşmaya çalışabilir. Her iki durumda da Anayasa Mahkemesi ilk rolü aldığından doğrudan Veto-Gücü olmanın yanısıra hükümetin üçüncü ortağı bir başka deyişle "*uzman yasama*"(A. Brodocz 2009, 15) rolünü üstlenmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, gerçek anlamda anayasayı koruyucu rolünü yerine getirirken geniş çevrelerin "*Yedek Parlamento*" (*Ersatzgesetzgeber*) ithamı ile de karşı karşıya kalmaktadır (Scholz 2001, 13). Scholz tarafından mahkemeye atfedilen bu rolle norm denetimi, yani anayasayı koruyuculuğu yetkisi üzerinde yetkilere soyunması kast edilmektedir. Scholz'e göre Anayasa Mahkemesi'nin hukuk kalitesini belirlemesi, gerçekte ona "*yedek parlamento*" kimliği vermektedir. Bir diğer husus da giderek artan bir sayıda diğer alt mahkemelerin kararlarının Anayasa Mahkemesi tarafından revize edilmesi, ona âdeta bir "*Süper Temyiz Mahkeme-*

si" niteliği kazandırmaktadır. Hukukun kendi doğal ortamına çekilmesini düşünenlerin sayısı gitgide artmaktadır. Böyle bir hukuk mücadelesinde "*toplumun çöküşü*" *"Anayasayı, koruyucularından kim koruyacak?", "Devler Savaşı", "Bir sosyal yardım kurulu olarak Anayasa Mahkemesi", "Anayasa Mahkemesi, anayasayı koruyucu mu? Yoksa dönüştürücü mü?", "Anayasa Mahkemesi'nin fonksiyonu: Demokrasi içinde oligarşi", "Karlsruhe Cumhuriyeti", "Anayasayı koruyucu mu, yoksa yedek yasama mı?"* gibi düşünceler ve fikirler çevresinde yapılan eleştirilere karşı, Anayasa Mahkemesi üyelerinin birçoğu çeşitli ortamda beyan ettikleri görüşlerinde ve yaptıkları yayınlarda, aksi yönde fikir beyan etmektedirler (Scholz 2001, 14).

Yargının siyasallaşması ve yargıçların siyasal hakları konuları, toplumda gitgide daha çok ve daha sesli bir biçimde dile getirilmektedir. Bu konuları araştıran bilimsel çalışmalarda da önemli ölçüde artış gözlemlenmektedir. Bu durumda çeşitli kesimlerden siyasal bilincin oluşturulması (Wassermann 1970, 21) veya *yargının reforme edilmesi gerekir* (Westphalen 1975, 12) şeklindeki istekler de gelmektedir. Bunlar henüz küçük bir azınlığı temsil eden; Rudolf Wassermann, Rudolf Wiethölter, Theo Rasehorn gibi Almanya'nın önde gelen isimleridir (Westphalen 1971, 161).

Burada sorulması gereken soru, yargıçların siyasal faaliyetlerinde nelerin serbest olduğu ve nelerin yapılmaması gerektiği sorusudur. AlYaYa'nın 39. maddesine göre yargıçlardan istenilen, "*yargı bağımsızlığına güven*"in sarsılmamasıdır. Soyut bir kavram olan "*yargı bağımsızlığı*"ından açık bir şekilde ilkelerin ne olduğu anlaşılmamaktadır. Yasanın tam olarak ne istediğinin açıkça yorumlanması gerekir. Bu yasanın yargı çevrelerinde yapılan çeşitli yorumları, yasanın ruhuna uygun bir şekilde açıkça yorumlanması isteğinden başka bir şey değildir (Thomas 1986, 137). Yorumların çeşitliliği ve toplumun genelinde tartışılan bir konu olması nedeni ile bugün itibarıyla hiç kimse bu hususta kesin bir karar verememektedir. Toplumsal ortam öyle kırılgan bir hal almıştır ki, yargı fonksiyonunun bir birimi olarak yargıçlık, anayasal organ, vatandaşlık, devlet organları çatışmalarının odağında bulunmaktadır (Ouart 1990, 22). Eğer yargıç bağımsızlığına güven sarsılırsa yasanın (AlYaYa § 39) yar-

gıçlığa tanıdığı sınır aşılmış olur. Buna karşın Almanya'da yargıçların katıldığı siyasal çalışmalar nedeniyle toplum gözünde yargı bağımsızlığına güvenin zedelendiğini tespit etmek mümkün görünmemektedir.

Yargıçların siyasi partilerde faaliyet göstermelerinin, yargı bağımsızlığına zarar vereceği tartışmaları uzun zamandan beri yapılagelmektedir. Bu sorun bugün henüz aşılmamış olsa da, konu ile ilgili tartışmalar yatışmış gibi görünmektedir. Ancak burada şunu belirtmek doğru olur ki, Alman yakın tarihinde, yargının tamamen siyasallaşması ve dolayısıyla yargının sahip olduğu kötü imaj bir tarafa bırakılacak olursa, Alman hukuk geleneğinde yargıçlar siyasal çalışmalara hep katılmışlardır (Ouart 1990, 190). Bu geleneğin Hitler döneminin kötü örneği belleklerde taze iken ilgililer arasında bitmeyen tartışmaların yapılması doğaldı. Unutulmaya başlanan o dönemden sonra bugün oluşmuş olan sakin ortamın bu geleneğin devam ettirilme isteğinden kaynaklandığı açıktır.

Sonuç olarak, yargıçlar ve savcılarla ilgili olarak "Alman Yargıçlar Birliği" (*Der Deutsche Richterbund*), AlYaYa'na dayanarak bu meslek grupları için, toplum önünde nelerin konuşulup konuşulmayacağını belirlemiştir. Bunları kısaca şöyle sıralamak mümkündür:

1. Yargı mensuplarının kendi kararlarını eleştirmesi yasaktır.

2. Henüz kesinleşmemiş yargı kararları hakkında değerlendirme yapılamamalı ve kendi değer yargıları beyan edilmemelidir. Bu tür açıklamalar, toplum nezdinde yargıya olan güveni zedeler.

3. Yargıçlar, savcılar ve mensubu oldukları dernekler toplumda tartışılan siyasal ve hukuksal konularda çalışmalar yürütebilir.

4. Yargıcın yasalara karşı olduğunu beyan etmesi yasaktır.

5. Meslek dışı çalışmalarda meslek unvanını kullanmakta sakınca yoktur (Ouart 1990, 14).

6.2.6. ALMAN TOPLUMUNDA YARGI ALGISI • *DAS RECHTSVERSTÄNDNIS BZW. RECHTSGEFÜHL DER DEUTSCHEN BEVÖLKERUNG GEGENÜBER DER PRAKTIZIERENDEN JUSTIZ*

Yargı kurumu ve yargıç imgesi, Alman toplumunda doğal olarak çeşitlilik arz etmektedir. Özellikle Federal Anayasa Mahkemesi'nin meşruluğunun toplumun çoğunluğu tarafından büyük oranda kabul gördüğü gözlemlenir (Vorländer 2006, 199). Ancak 6 Aralık 1977 tarihinde *INFAS-Institut*'ün toplumun yargıya bakışına ilişkin yaptırdığı araştırmalarda farklı bir tablo ortaya çıkmıştır. Katılımcıların % 81'i yargılamanın uzun sürdüğünü, % 73'ü hukukçuların dillerini anlamadığını, % 69'u mahkeme salonlarının ürkütücü bir havasının olduğunu, % 48'i adaletli kararların verildiğinden şüphe duyduğunu, % 47'si toplumun alt sınıflarından gelenlerin daha kötü muamele gördüğünü, % 48'i yargının insanlara yukarıdan baktığını, % 28'i ise güvenilir avukat bulunmadığını belirtmişlerdir (Wassermann 1979, 14).

Yargı imgesini, yargıçların görev içi ve dışı faktörler belirler. Bugün Almanya'da yargının en önde gelen mensuplarından yargıçlar, toplumun değer yargılarına birebir uyum sağlamada çekingenlik göstermemektedir. İlk nesil yargıçlar veya diğer devlet mensupları, koyu renkli takım elbise ile toplum önüne ve duruşmalara çıkarken bugünün genç yargıcı en doğal giysisi, yani kot pantolonu ile duruşmalara katılmaktadır (J. Wagner 1982, 9). Yeni nesil yargıç, yargıç cübbesinin özellikle yeni nesil üzerinde olumsuz etkiler oluşturacağı düşüncesi ile duruşmaya cübbesiz girmeyi tercih etmektedir. Ayrıca resmî kıyafetin devlet ile birey arasında yakınlaşmayı engelleyen bir faktör olduğu ve dolayısıyla gerçeği bulmanın (*Rechtsfindung*) önünde bir manî olabileceği düşüncesinin, toplumda ve yargıçlar arasında yavaş da olsa kabul gördüğü gözlenmektedir (Kusserow 1982, 179). Bu düşünce çerçevesinde artık birçok mahkemede yargıç, duruşma öncesi, jüri üyelerini sanığa ismen tanıtmaktadır. Yargının toplumda kazandığı olumlu imgenin nedenlerinden bir diğeri ise yargıcın, görev alanı olan duruşma salonunun dışında da faaliyetlerine devam etmesi, yani toplumdaki bireylerden biri gibi davranmasıdır. Örneğin Berlin'de ev işgallerinin yaşandığı bir dönemde, bir yargıcın, "*top-*

lumsal sorunların çözümünün sadece ceza yargısına bırakılamayacağını" ifade ederek ev sahipleri ile işgalciler arasında arabuluculuk yapması, bu imgenin oluşmasının ana nedenlerinden biridir (J. Wagner 1982, 10). Başka bir örnekte ise 12 Ocak 1987 tarihinde Amerikan üssü önünde oturma eylemi yapan halka destek vermek amacıyla onlarla beraber hareket eden bir yargıç grubunun da bulunması gösterilebilir. Halk ile bütünleşme olarak algılanan bu yargıç eylemi, halkın olumlu tepkisini alırken yargıç imgesini de aynı oranda güçlendirmiştir. Ancak daha sonra bu yargıçlar, bu eylemlerinden dolayı suçlanmış ve dava edilmişler, ancak dava teknik nedenlere bağlı olarak düşmüştür (Kühnert 1987).

Yukarıdaki örnekler çoğaltılabilir. Bu münferit olaylar, uzun bir süreçten sonra yargının Alman toplumunda hak ettiği yeri hangi koşullarda aldığını gösteren bir kaç örnektir. Birey, cübbesini çıkarmış bir yargıç ile kendini özdeşleştirmekte, resmî kıyafet gibi algıladığı koyu renkli takım elbiseli-kravatlı bir yargıca, içgüdüsel olarak kendini daha uzak hissetmektedir. Kot pantolonlu veya günlük giysiler içindeki bir yargıca, benzer giysiler içinde olan bir genç sanık, doğal olarak kendini daha yakın hisseder. Yargıç için aslolan gerçeğe ulaşmak (*Wahrheitsfindung*) ise aradaki engellerin kaldırılması için gereken yapılmalıdır. Bütün bu yapılan bilinçli ve tâbi davranış biçimleri, toplumdaki bireyler ile mahkeme arasında sıcak bir atmosferin oluşmasına temel hazırladığı kadar Alman halkının yargıya karşı tutumunu da olumlu yönde ve açıkça etkilemektedir (Lansnicker 1996, 57).

80'li yılların gerçekleri, o dönemde yargıçların bu tür eylemlere katılmaması, yani sıradan bir kişi gibi davranmaması gerektiği yönündeydi. Bu süreçte sağlanan gelişmeler, devletin geleneksel tutumu ve halkın genelinin davranış biçimine yakın duran yargıçlar, bugünün yargısının toplum nezdinde ulaştığı olumlu ortamın öncü nedenleridir (Rasehorn 1989, 67). Ancak yargı mensuplarının bu dönüşümü, yargının geleneklere toptan sırt çevirdiği anlamına gelmez. Yenilikçi yargıçların sayısı şimdilik % 15 iken geleneklere bağlı yargıçların oranı % 85 ile ağırlığını korumaktadır. Takip ettikleri çalışma tarzları ve metotları dikkate alınınca, yenilikçi yargıçların üzerinde geleneksellik etkisinin devam ettiği anlaşılmaktadır. Theo Rasehorn'a göre, iki buçuk asırlık geleneğin, devrime

kapalı bir toplumda, kısa bir zaman sürecinde ortadan kalkması mümkün değildir (Rasehorn 1989, 67).

Anayasa ve yasalar, yargıçlara siyasal çalışmalarında herhangi bir engel koymamasına rağmen, toplum bir yargıcı tarafsız ve bağımsız yasalar ile gerçeklik arasında bir aracı olarak görmek istemektedir. Zaten yargı kuramı bir yargıcı "*Yasaların konuşan ağzı*" olarak tanımlamaktadır. O, öğrendiği bilim ve edindiği tecrübelerden hareketle yasaların ne anlatmak istediğini söyler. En iyi yargıç, "*siyasal olmayan*" yargıçtır denilir. Özellikle FeAnMa yargıçları, yargıçların *siyasallık* özelliklerinden kurtulmaları için mücadele etmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin ilk başkanı Höpker-Aschoff, yargıçlar "*yasaların hizmetçisi*"dir derken aynı konuyu vurgulamak istemiştir (Lansnicker 1996, 39, 43).

Geleneksel yargıçlık düşüncesine göre yargıçlar olağanüstü durumlarda dahi yargıçlık gelenek ve etiğine uygun olarak siyasal fikirlerini dışa vururken sert söylemlerden kaçınmayı tercih etmelidir. Zira toplum, Rothmann'a göre, yargıçtan her durumda ve her daim, özellikle de dinî alanlarda "*örnek davranış"* bekler (Rothmann 1987, 317). Siyasal ve toplumsal değer yargıları hakkında yargıcın fikir beyan etmemesi daha doğru olur, kanısı yaygın bir düşüncedir. O, sorunları çözen bir kişilik olarak belleklerde kalmalıdır. Yargıç, toplumun değer yargılarına sahip çıkmalı, elitist davranış ve tutum içinde davacılara yukarıdan bakmamalıdır (Blunck 1988, 95). Wassermann'a göre yargıç, yargılamanın da tıpkı çöp toplamak veya sokakları temizlemek gibi "*toplumsal bir hizmet"* olduğu bilincinde olmalıdır (Wassermann 1974, 40).

Sonuç olarak yargı mensuplarının, siyasal yaşamda aktif olarak yer alsın veya almasın yargılama sürecinde, dört temel kurala uymaları gerektiğinin altını çizen FeAnMa'nın eski üyelerinden Rothmann (Rothmann 1987, 320), bu maddeleri şöyle sıralamaktadır:

1. Genel yasalar,
2. Özel hizmet yasaları,
3. Uzman meslektaşların, yazılı olmayan genel ilke ve teamüller hakkında bir yargıç ve savcının nasıl davranacağı ile alakalı görüşleri,

4. Son olarak da yargıç ve savcının yaşadığı toplumun yerleşik değer yargıları, standart ahlâk ilkeleri.

Rothmann'a göre ancak bu şekilde toplumun yargı algısı ve yargıç imgesi olumlu yönde etkilenecek, yargıçların siyasal çalışmaların içinde olmasından dolayı yargı bağımsızlığına duyulan güven sarsılmayacaktır.

6.3. YARGIYI ETKİLEYEN FAKTÖRLER • *DIE WESENTLICHE BEINFLUSSENDE FAKTOREN BEI DER RECHTSPRECHUNG*

> Güç sahibi, yasa koyar,
> yasa koyan, haklı çıkar,
> haklı olan güçlü olur.[63]

Peter Stauffer "Hukuk, Güç ve Toplum" adlı kitapta (*Recht, Macht und Gesellschaft. Justiz und Politik*) "Yargıcı Etkileme" (*Beeinflussung des Richters*) adlı makalesinde şu kısa hikayeye de yer verir.

"Köylünün biri kısa bir zaman sonra mahkemede yapılacak duruşmasından dolayı endişelidir. Avukatına sorar: "Acaba yargıca mahkeme öncesi bir miktar pastırma göndersem yargıcı etkileyebilir miyim?" Avukatı, "Allah aşkına, hayır", diye onu uyarır. "böyle yapacak olursanız davayı kesinlikle kaybedersiniz!". İki hafta sonra yapılan duruşma sonrası, mahkeme binasından sevinçle çıkmakta olan köylü, "Gerçekten de pastırma işe yaradı" der. Avukatı dehşet içinde "Sakın yargıca bir hediye göndermiş olmayasınız?" diye bağırır. Köylü soruyu,"Elbette gönderdim", diye cevaplar. "Fakat paketin üstüne, "gönderen" olarak karşı tarafın adresini yazdım." (Stauffer 1995, Önsöz).

Bu hikayede yargıçların da bir şekilde etkilenebileceği gerçeğinin altı çizilmektedir. Bir yargıç ancak gerçek anlamda bağımsızlığını elde et-

---

[63] Wer Macht hat, macht Recht,/ wer Recht macht, hat recht,/ wer recht hat, hat Macht. Hukuk Filozofu Marcel A. Niggli gücü böyle anlatmaktadır. Bu mısralar, Hans Baumgartner ve René Schumacher'in, "Recht, Macht und Gesellschaft: Justiz und Politik" kitabının önsözünden alıntılanmıştır. Tercüme bu çalışmanın yazarına aittir.

mişse iç ve dış etkilerden korunabilir. Yargıç, duruşma öncesi kendi kendine bir karara varmışsa duruşma ve muhakeme bir törenden başka bir şey ifade etmez. Yargı müzakereleri, kanıtların değerlendirilmesi, yasanın tatbiki, özellikle de yargıcın takdir yetkisinin kullanılması sırasında yargıç, hiçbir etki altında kalmamalıdır. Kaçınılması güç olan tecrübe, zihniyet, dünya ve yaşama bakış tarzı gibi etkilerin yanında, aniden oluşan etkiler de söz konusudur. Bunlar sempati, iş arkadaşlarının görüşü, kararın yaratacağı sonuç şeklinde sıralanabilir (Stauffer 1995, 62). Yargıçların en çok etkilendiği faktörlerin başında medya, toplumun değer yargılarından olan din, gelenekler, yüksek mahkemelerin kararları gelmektedir.

6.3.1. MEDYANIN ETKİSİ •
EINFLUSS DER MEDIEN AUF DAS GERICHTSVERFAHREN

Demokrasilerde dördüncü güç olarak da adlandırılan medya, siyasal sistemin de sosyolojik bir parçasıdır. Medyanın başlıca görevi, toplum ile siyasal sistem arasında iletişimi sağlamak ve çeşitli fikirler etrafında kamuoyu oluşmasına katkı vermektir. Siyasi partileri, iktidarı ve yargıyı da içine alan bütün konularda eleştirilerle kamuoyunu olup bitenlerden haberdar etmek ve dolayısıyla bu kurumlar üzerinde toplumun denetimini sağlamak da yine medyanın görevlerindendir (Rudzio 2006, 395). Adından da anlaşılacağı gibi medya, devlet-toplum arasında aracılık rolü üstlenmektedir.[64] Genel anlamda bugünkü medya, haberleri yaymak için kullanılan araçtır. Bugün geleneksel medya araçları olan gazete, dergi, radyo ve televizyonun yanında internet tabanlı medya araçları da büyük önem kazanmıştır.

Bugün Federal Almanya Cumhuriyeti'nde medya anayasal güvence altındadır. Federal Anayasa 5. maddesinde, fikirlerin serbestçe açıklanmasını ve basın hürriyetini birer temel hak olarak düzenlemiştir.[65] İşte bu

---

64 Medya kavramı Latince kökenlidir ve orta (Medium) anlamındadır.

65 FeAnMad 5/1: Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engel uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır. Basın özgürlüğü ile radyo ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü güvence altındadır. Sansür uygulanamaz.

derecede öneme sahip olan medyanın, doğal olarak yargı üzerinde de etkisi azımsanmayacak kadar çoktur. Bu sebeple yargı ve yargıçlar, medyanın eleştirilerini ve dolayısıyla toplumda oluşan düşünceleri de dikkate almak durumunda kalmaktadır. Yargıçlar, özellikle yargı alanında yayın yapan dergilerin mahkeme kararlarını eleştirmesinden çekinmektedirler. Bilhassa bir üniversite profesörünün bir dergide bir kararı eleştirme ihtimali, mahkeme kararlarını doğrudan etkileyebilmektedir (Rasehorn 1989, 137).

Ancak mahkemelerin baştan beri toplumsal saygınlık kazanmalarına, medyanın önemli derecede destek verdiği bilinmektedir. Her şeyden önce basın, mahkeme kararlarına yeterince yer vererek, yargı kararlarının topluma ulaşmasını sağlamıştır. Medya ile mahkeme ilişkileri zaten Federal Almanya'nın kuruluşundan beri sağlam bir zeminde seyretmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrası, işgal döneminde gazetecilerin ilgi alanları ile, yargı mensuplarının ilgi alanları çoğunlukla örtüştüğünden; Bonn'dan[66] gelen baskılara karşı koymada basın; mahkemelerin adeta koruyucu gücü hüviyetine bürünmüştü. Savaş sonrası mahkemelerin yeniden düzenlenmesi döneminde yargı, siyasal sistem içinde önemli bir güce sahip değildi. Yargının ihtiyaçları, merkezi otorite tarafından bütçe verilmeyerek ve başka nedenler öne sürülerek karşılanmıyordu (Häußler 1994, 24). Yargının bu tür sorunlarının basın sayesinde geniş kitleler ile paylaşılması, basın ile yargı arasında sıkı bir dayanışmanın kurulmasına neden olmuştu (Lamprecht 1992, 287).

Federal Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan ve yargıçların belirlenmesinden sonra, yargı ve basın ilişkileri normal seviyesinde seyretmeye başlar. Basın, bir anayasal organ olarak FeAnMa'nın bütün kararlarını yayınlarında konu edindikçe, toplumun dikkati de bu yöne çekilmiş olur. Bu durum aynı zamanda, yargıçların belli ölçüde, basında çıkan değerlendirme, makale ve diğer yayınlardan etkilenmesine de neden olur. Aynı şekilde avukat, savcı ve fahri yargıçlar da basının etkisi altında kalır (Keplinger ve Zerback 2009, 217). Yargı mensuplarının etki altında kaldığını kanıtlayacak somut deliller bulunmamasına rağmen, bu teoriyi doğrulayacak ampirik araştırmalara göre, etkilenme olasılıklarının yüksek

[66] Federal Almanya Cumhuriyeti'nin o dönem ki başşehri Bonn'du.

olduğu, araştırmalara iştirak eden yargıç, savcı, avukat ve ilgili bakanlık çalışanları tarafından doğrulanmaktadır. Veriler, kamuoyu araştırmalarının sonuçlarının yanı sıra Mainz Üniversitesi Gazetecilik Bölümü Profesörü Rudolf Gerhardt'ın, en doğru bilgiyi verdiğine inandığı, çoğu kendisi tarafından da tanınan yargı mensuplarıyla yaptırdığı birer saatlik 25 söyleşiye dayanmaktadır (Gerhardt 1990, 20). Kamuoyu araştırmalarını yapanların katılımcılara yönelttikleri soruların yanıtlarına bakıldığında, özellikle ceza davalarında, yargı çalışanları ve hukukçuların medyanın etkisini doğruladıkları gözlemlenmektedir (Keplinger ve Zerback 2009, 217). 413 yargıç ve savcının katılımıyla yapılan araştırmada; medyada yargı ile ilgili çıkan bir habere ilişkin olarak, yargıç ve savcıların % 64'ünün bu haberi kabul ettikleri, bu habere % 49'unun kızgın olduğu ve % 15'inin de haber karşısında şaşkınlığa uğradığı sonucuna ulaşılmıştır.[67] Yargı mensuplarının hissiyatını ölçmek için sorulan *"Kararlarla ilgili olumsuz bir haber okuduğunuzda, ilk reaksiyonunuz ne oldu?* sorusuna verilen cevap skalası göstermektedir ki, önemli sayıda yargıç ve savcı, verilen bir mahkeme kararı hakkında "M*edya karar hakkında ne yazar*?" tedirginliğini yaşamaktadır (Keplinger ve Zerback 2009, 228).

Mainz Johannes Gutenberg Üniversitesi Ampirik İletişim Bilimleri Enstitüsü *(Institut für Publizistik*) Profesörü Dr. Hans Mathias Kepplinger ve Münih İletişim Bilimleri ve Medya Araştırmaları Enstitüsü Asistanı (*Institut für Kommunikationswissenschaft und Medienforschung der LMU München*) Tomas Zerback'ın yaptıkları çalışmada, "*Medyada sizin baktığınız davalar konu edilince ne yapıyorsunuz?"* sorusunu, 692 yargıç ve savcının % 47'si, yapılan haberlerin kendileri üzerinde hiçbir etkisi olmadığı, % 40'ı "*Benim davamı konu eden makaleleri daha çok okuyorum*" şeklinde cevaplandırır. Bu araştırmada yargıç ve savcıların % 20'si ise genellikle daha önceden takip etmedikleri medyayı takip etmeye başladıklarını belirtmişlerdir. Bu durum yargı mensuplarının medyayı daha ilgili takip ettikleri savını desteklemektedir. Ancak aynı araştırmanın verilerine göre yayınların, suçun tespiti ve gerçeğe ulaşmada (*Wahrheitsfindung*), yargıç ve savcılar üzerinde önemli bir etkisinin ol-

[67] Değerlendirmelerin yüzdelerinin toplamının 100'ün üzerinde olmasının nedeni, sorulara birden fazla yanıtın verilebilmesidir.

madığı belirlenmiştir (Keplinger ve Zerback 2009, 235). Yani görülmekte olan bir dava sürecinde, yargıç ve savcılara yöneltilen sorulara alınan yanıtlardan çıkartılan sonuçlara göre; basının mahkemelerin gerçeğe ulaşması önünde ne engelleyici ne de teşvik edici bir unsur olduğu sonucuna ulaşılır.

Ancak yayınların, suçlulara verilen cezaların alt veya üst sınırdan belirlenmesinde ve erteleme kararlarının verilmesinde etkili olduğu kuvvetle muhtemeldir. Gerhardt'a göre eğer önemli ceza davalarının avukatları, konu ile alakalı takip etmekte olduğu bütün yayınların yayında hiç okumadıkları bulvar gazetelerini bile konuya ilişkin ne yazdığını merak ederek okuyorsa bunun sebebi, medyanın yargı üzerindeki etkisinin yadsınamaz olmasıdır (Gerhardt 1990, 24).

Rudolf Gerhardt'ın kamuoyu araştırmalarında, "*Yayınlarla yargıyı etkileme*" konusu hakkında gazetecilerin görüşleri de sorulmuştur. Buna göre gazetecilerin çoğunluğu, yapılan yayınların mahkemeleri etkileme olasılığının bulunduğunu, ancak kendilerinin böyle bir hedeflerinin olmadığını ifade etmişlerdir. Gerhardt'a göre, bu ifadelerin doğru veya yanlış ya da bir alçakgönüllülük ifadesi olup olmadığını belirlemek mümkün değildir. Ancak gündemde olan ceza davalarını takip edenler, gazeteciler bir duruşmayı mahkeme salonunda takip ettikleri zaman, dava taraflarının ses tonlarının, cümle yapılarının ve yargıçların kavram seçimlerinin değişime uğradığına şahit olmuşlardır. Gazeteciler böyle davalarda, "*Taraflar bizim haber ve makalelelerimize yeterince 'saldırgan' başlıklar sağladıklarından, yapacağımız çalışmaları kolaylaştırmaktadır"*, şeklinde ifadelere yer vermektedir. Hatta çoğu zaman mahkemeler karar metinlerinde, "*Bu dava kamuoyunda büyük ilgi uyandırdı, ancak biz hukuk ve yasa çerçevesinde karar verdik."* (Gerhardt 1990, 30) şeklindeki, bir mahkeme kararında olmaması gereken ifadelere yer vermektedir.

Rudolf Gerhardt, araştırmasında, toplumun bildiği birçok örnek davaya, basının mahkemeler üzerindeki etkileri bağlamında ayrıntılı bir şekilde yer vermiştir. Çalışmaya ve yukarıdaki başlıkla ilgisine binaen bu davalara burada ancak kısaca yer verilecektir. Rudolf Gerhardt'tan seçilen aşağıdaki üç örnek davaya kısaca bakılacak olursa (Gerhardt 1990, 32-41):

Barschel Olayı (1987): 1987 Schleswig-Holstein eyalet seçimleri öncesi, 1950 yılından beri iktidarda olan Hristiyan Demokrat Partisinin (CDU) adayı Uwe Barschel ile aynı zamanda Eyalet Başbakanı ve Sosyal Demokrat Partisi (SPD) adayı Björn Engholm arasında şahıslara kadar indirgenmiş şiddetli bir mücadele vardı. Barschel'in seçimlere altı hafta kala İsviçre'nin Cenevre kentinde bir otelde ilaç alarak intihar ettiği, Stern dergisi tarafından dünyaya duyurulur. Alman basınının ileri gelen dergilerinden Der Spiegel daha sonra Springer Grup'un gazetelerinden Welt, Bild, Bild am Sonntag ve Frankfurter Allgemeine Zeitung, Uwe Barschel'in kirli işlerini sorgusuz sualsiz ve kesintisiz uzun bir zaman sürecinde haberlerine konu yapar. Basının bombardımanları gölgesinde denebilecek yayınlar arasında yapılan ceza soruşturmaları diğer taraftan araştırma komisyonu çalışmaları, Barschel konusunu bir sonuca ulaştırmada başarı sağlayamaz.

Berlinli Doktorlar Davası (1984-1986): Gece nöbeti olan bir kadın doktorun, iki erkek meslektaşı tarafından tecavüze uğraması davasında, mahkeme üç ay süren bir yargılama sonucu her iki doktoru 27'şer ay hapis cezasına mahkum eder. Dava döneminde hem yerel basın hem de ulusal basın tarafından her iki doktor, tecavüzcü olarak nitelendirilmiş ve her türlü aşağılamaya maruz bırakılmıştır. Nihayetinde ilk derece mahkemesinin kararı, Federal Yargıtay (*Bundesgerichtshof*) tarafından kanıtların değerlendirmesinde yapılan yanlışlık nedeni ile bozulur. Berlin Eyalet Mahkemesinde yeniden görülen dava sonucunda her iki doktor da suçsuz bulunarak serbest bırakılır. Kararın doğruluğu ve yanlışlığını tartışmak burada konu olmamakla birlikte basının mahkeme üzerindeki güçlü etkisi açıkça görülmektedir.

Vampir Davası (1979): Dava, Sachsenhausen'da "*Sachsenhausen Vampiri*" olarak basın tarafından topluma ve mahkemeye lanse edilir. "*Sachsenhausen Vampiri 22 yaşında bir liseli*", "*Alman öğrenci kız kanı içiyor*" gibi başlıklar atılırken aynı zamanda da suçlanan kişinin nasıl bir kokteyl yaptığı da sanığın ağzından yayınlarda yer bulur. Basına göre o içkisini; kızlardan emilmiş bir kaşık kan, bir kaşık Sherry ve bir kaşık çayı karıştırarak hazırlamaktadır. Bazen de sadece insan kanını tercih etmektedir. Zira 1 metre 68 santimetre boyundaki bu sanık, insan kanının

boy uzatacağını bir yerde okumuştur. Bu haber de birçok resim de kullanılmıştır. Ancak sanığın uzun süren duruşmalar sonunda suçsuz olduğu anlaşılır. Yayınlara karşı açılan davalarda, gazete yönetimi yargıç önüne çıkarılır, Axel Springer Verlag bu sanığa, 15.000 Alman Markı tazminat ödemeye mahkum edilir.

Mahkemelerin özellikle de ceza davalarının üzerinde hissedilen medya etkisi bilinmekle birlikte, basının dava sürecinde etkili olma temayülünün demokratik gerçeklerden kaynaklandığı söylenmektedir. Diğer taraftan konunun bir başka uzmanı olan, Prof. Dr. Winfried Hassemer,[68] basının dönemin ceza davaları üzerindeki etkisini "*korkunç*" olarak niteler (Hassemer 1990, 62).

6.3.2. TOPLUMSAL ETKİLER:DİN VE DİĞER FAKTÖRLER• *BEEINFLUSSSUNG DURCH DAS SOZIALE UMFELD: RELIGION UND WEITERE FAKTOREN*

Dini değerler (Hristiyanlık) Alman kültürünün temel unsurlarındandır (N. Horn 2007, 65). Anayasada da birebir karşılığını bulan bu dini değerler, toplum gibi yargıçların da doğal değerleridir. Toplumun değer yargılarının ve geleneklerinin yargıçlar tarafından dikkate alınmasına anayasanın 2. maddesi işaret ederek, dini değerlerin anayasal güvence altında olduğuna dikkat çeker[69] (bkz. 4.1.8). Mahkeme kararlarının dini değerlere dayandırılmasını ve dini değerlerle gerekçelendirilmesini çağdaş hukuk kabul etmez. Ancak mahkeme kararlarını bir dava sürecinde din faktörünün ne ölçüde etkilediğini tespit etmek mümkün değildir. Gerçek olan sadece, Hristiyan dininin yansımalarının, Federal Almanya Anayasası'nın ruhunda ve metninde açıkça tespit edilebilmesidir (Wittreck 2010, 11). Durum anayasada böyle olunca, yasamanın anayasa normlarına uygun yaptığı yasalar da toplumun inanç ve gelenekleri ile ahenk içinde olacaktır. Anayasanın giriş cümlesi, insana ve bu sırada yargıca, her

---

[68] Dr. Winfried Hassemer, Frankfurt Johann Wolfgang Goethe-Üniversitesi'nde hukuk teorisi, hukuk sosyolojisi ve ceza hukuku profesörüdür.

[69] FeAnMad 2/1: Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.

şeyden önce tanrıya karşı sorumluluğunu hatırlatmaktadır.[70] Bu anlamda Wittreck'e göre, devlet dolayısıyla anayasa, ne kendini tanrıdan soyutlamakta ne de kendini tanrının yerine koymaktadır. Nihayetinde devleti (Federal Almanya Cumhuriyetini) de tanrıya karşı sorumlu ve geleneklere bağlı insanlar kurmuştu (Wittreck 2010, 16). Avrupa kültürüne bugünkü şeklini veren en önemli faktörlerin başında gelen Hristiyanlık, tâbii olarak hukuk ve siyasal sistem tarafından da önemle dikkate alınmaktadır. Bundan dolayıdır ki FeAn, toplumun dini inançlarını açık bir şekilde anayasal güvence altına almıştır (FeAnMad 4 /2).[71] 18. yüzyılın Aydınlanma dönemi ve sonrasında din arka plana itilmesine rağmen hukuk dahil her alanda ve her zaman etkileyici ve belirleyici bir faktör olarak varlığını korumuştur. FeAn'ın "*insan onuru*", "*sosyal*" devlet, "*mülkiyet*" gibi kavramları hep bu dini düşünceye dayanır (Wittreck 2010, 17). Hangi açıdan bakılırsa bakılsın din, temel ahlak değerlerinin çıkış noktası ve anayasanın genel ilkelerinin temelidir. Buna dayanarak Hristiyanlık düşüncesi, hukuksal değerlendirmeleri temelden etkilemiştir diyebiliriz (N. Horn 2007, 67).

Uzun bir tarihsel süreçte, toplumların geniş kesimlerinin üzerinde uzlaştığı ve yaşattığı gelenekler, o toplumun kültürel değerleridir. Kısa ve dönemsel dünya görüşleri, özellikle de toplumun geniş kesimlerinde kabul görmeyen çağdışı veya dayatmacı ideolojiler, kültür anlamı taşımazlar. Alman hukuk tarihinde "*Nasyonal Sosyalist*" dönem işte böyle bir döneme güzel örnek teşkil eder. Toplumun geneli tarafından kabul görmeyen bu tür ideoloji ve düşünceler, insanlığı felakete sürükleyen savaşlara neden olmuş ve tarih sahnesinden silinmiştir. Aydınlanma dönemi sonrası sekülerleşen devletler, dini kurumları devlet yapısından uzaklaştırdılar. Bu bağlamda, Weimar Anayasası'nda etkisizleştirilen (*Neutral*) din (Robbers 1995, 62), İkinci Dünya Savaşı sonrası Federal Almanya Anayasasında yeniden etkin rol üstlendi (N. Horn 2007, 66).

"Toplumun her alanını etkileyen dini değerler (Hristiyanlık), nasıl olur da devletin denetimini toptan üstlenmeden, işleyen düzeni kabul

---

[70] FeAn'ın başlangıç cümlesi (Präambel): "Tanrı ve insanlar karşısındaki sorumluluğunun bilincinde olan, […]. "

[71] FeAnMad 4/2: Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.

eder?" Theo Mayer-Maly[72] Roma dönemi Hristiyanlığının, din ve devlet ilişkisi bağlamında kendine bu soruyu sorarken, aslında bir paragraf önce bu soruyu, Paulus'un Timotheus'a yazdığı I. Mektubu ile yanıtlar: "Devlet hukuku Hristiyanlık tarafından sorgulanmadı: Kayser'in hakkı kaysere. Gerçekte kölelik tasvip edilmez ama köleler sahiplerine sadakatle hizmet etmelidir." Mayer-Maly, batı kültürünü ve böylece hukuksal gelişmeleri etkileyen başlıca etmenin Hristiyanlık olduğunu çalışmasında temellendirir. Ona göre siyasal sistemde, devlet ve dinin ahenk içinde olması doğal bir olgudan başka bir şey değildir. Zaten çatışma kültüründen uzak olan Hristiyanlık, hukuk ve dolayısıyla yasaların temel kaynağı olacağından, yargıçlar toplumun temel yargı değerleri ile uyuşmayan başka bir kaynak aramazlar (Mayer-Maly 1988, 93). Diğer taraftan anayasa dolayısıyla yasalar yargıçlara zaten geniş yorum özgürlüğü bırakmadığından, yargıçlar toplumsal geleneklere yabancı kararlar verememektedir.

Yargıçların, gerçek ya da gerçeğe en yakın kararı vermesinde (*Wahrheitsfindung*) bugün dinin doğrudan bir etkisinden söz edilemez. Fakat toplumda yerleşik değerler siyasal kararları etkileyebileceği gibi, bu değerlerin yargıç kararlarını da etkilemesi doğaldır. Öte yandan, birçok bilim adamına göre; dünyaya din perspektifinden bakan görüş çağdaş bilimlerin (*Naturwissenschaften*) gerçekleri ile örtüşmediğinden, din yerini bu bilimlere terk etmektedir (N. Horn 2007, 56); dolayısıyla bilimin dini ilkelerden etkilenmesi söz konusu değildir. Örneğin FeAnMa, Ludin kararında[73] toplumun değer yargılarını öne alarak, dini inançları güvence altına alan FeAn'ın 4. maddesinin 1. ve 2. paragrafları[74] ve her vatandaşın yeteneğine ve uzmanlığına uygun bir kamu işine girebilme hakkının güvencesini veren FeAn'ın 33. maddesinin, 2. paragrafına[75] dayanarak değil de, bu konuda yasal bir boşluğun olduğuna dikkat çekerek, dava konusunun eyalet parlamentolarının yetki alanında olduğuna

---

72 Prof. Dr. DDr. Theo Mayer-Maly, Salzburg Üniversitesi hukuk tarihi profesörü. Maly 2007 yılında hayatını kaybetmiştir.

73 Karar aşağıda işleneceğineden, burada sadece örnek olarak anıldı.

74 FeAnMad 4/1, 2: Din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulamaz. Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.

75 FeAnMad 33/2: Her Alman, ehliyet ve mesleki yeteneğine göre, eşit olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

hükmetmiştir. Burada hukuk kurallarının uygulanmasında dinin olumlu ya da olumsuz bir etkisinin olmadığı gözlemlenmektedir.

Bir başka husus da yargılama sürecinde sanığın *milliyet*inin, mahkeme kararlarında herhangi bir etkisinin olup olmadığıdır. *Milliyet*in, Alman yargı kararlarında herhangi bir etkisinin olup olmadığını tespit etmek, işin doğası gereği mümkün değildir. İltica davaları sonucunda verilen kararlarda, siyasetin müdahalesinin olup olmadığı ya da iltica davalarının doğal sanıkları olan değişik milletlere mensup (Alman olmayan) kişilerin uyruklarının verilen karara etki edip etmediği tespit edilemez. Birçok yargı mensubunun devam eden bir davaya ilişkin veya verilmiş mahkeme kararları ile ilgili makale ve kitapları konuya örnek teşkil eder. Örneğin yayınlanan bir kitapta, Berlin İdare Mahkemesi yargıcı; aslen Türk vatandaşı Cemal Altun'un iltica davasında, sanığın lehine olan temel anayasal ilkelere rağmen, meslektaşının sanık aleyhine verdiği kararla yasaları çiğnediğini ileri sürer. Hatta bu kararın, Berlin eyalet yargısının İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra verdiği en seviyesiz mahkeme kararı olduğu bile ileri sürülmüştür. Aynı kitabın bir başka kısmında da, bir başka yargıç, *konu iltica olunca temel hakların ırzına geçilmektedir*, demektedir (Ouart 1990, 185 ve Dipnot 1). Berlin yargısının bu kararının, yukarıda kısaca değinildiği gibi milliyetle mi yoksa siyasetle mi ilgili olduğunu anlamak mümkün değildir. Ama her iki durumda da yargıya bir müdahalenin söz konusu olduğu veya yargıcın doğrudan kendi siyasal düşüncelerinin etkisinde kaldığı aşikârdır.

6.3.3. ÜST MAHKEMELERİN ETKİLERİ • *EINFLUSS DER OBERGERICHTLICHEN RECHTSPRECHUNG*

Yargıçlar şüphesiz kararlarını yasalara dayandırır. Fakat bir taraftan yüksek mahkemeler diğer taraftan da Gözetim Kurulu (*Dienstaufsicht*) yargıçlara, yasaları serbestçe yorumlama hususunda geniş bir alan bırakmamıştır. Mahkemelerin sadece yasaların uygulayıcıları değil de hukukun geliştiricisi olmaları, ancak nesnel (*sachliche Unabhängigkeit*) ve bireysel (*persönliche Unabhängigkeit*) bağımsızlığa sahip yargıçların hür iradeleri ile yasaları yorumlamalarına bağlıdır (E. Schmidt 1965, 183). Yargıçların nesnel bağımsızlığını FeAn'ın 97. maddesinin 1. paragrafı,

bireysel bağımsızlıklarını ise aynı maddenin 2. paragrafı güvence altına alır. Yargıç, yargılama yetkisini kullanırken emir ve talimat almaksızın sadece yasaları uygular (Räntsch- Schmidt 1984, 16). Aynı şekilde, FeAn'ın bireysel bağımsızlığını da güvence altına aldığı yargıç, kendi rızası olmadan ne tayin edilebilmekte ne de görevinden alınabilmektedir.

Anayasal güvenceye sahip yargıçların terfi işleri, Gözetim Kurulu'nun yetkisi dahilinde olduğundan yargıçların bağımsız karar vermeleri konusunda çeşitli kuşkular dile getirilmektedir. Ayrıca yargıcın karar verirken, üst mahkemelerin kendisinin verdiği kararı bozacağı endişesi, onun bireysel bağımsızlığının zedelendiği kuşkusunu uyandırır. Bu nedenlere bağlı olarak yargıçlar, üst mahkemelerin karar düzeltmesine, hukukçuların ve özellikle de Gözetim Kurulu'nun eleştirilerine hedef olmamak için onların tasvip edebileceği kararları vermeye özen gösterirken; nesnel ve bireysel bağımsızlıklarına gölge düşürebilecek kararlar verebilmektedir

Doğal olarak bir diğer denetim düzeyi olan temyiz aşaması yargıçların en çok korktukları aşamadır (Rasehorn 1989, 136). Bütün bunlar yargıçların kararlarını yüksek mahkemelerin, Gözetim Kurulu'nun ve diğer ilgili kişilerin belirli ölçüde de olsa etkilediğine işaret etmektedir. Dolayısıyla, nesnel ve bireysel bağımsızlığı güvence altında olan bir yargıç, aslında kendi kararlarına yapılacak eleştirilere karşı koyabilme gücüne de sahip olur. Zira o, ne bir başka yere tayin, ne de görevden el çektirilme korkusu taşır. Böylece yargıç, eleştirilme korkusunun verdiği tedirginliği üzerinden atmış ve kararlarını özgürce vermiş olur.

Gözetim Kurulu'nun (*Dienstaufsicht über Richter*) yargı mensuplarının kararlarının denetimi, AlYaYa § 26/ 2 ile sınırlandırılmış olmasına rağmen, bir yargısal idari kurumu olan Gözetim Kurulu'nun işleyişi ve yargı üzerindeki yetkileri çerçevesinde, yargıç bağımsızlığını etkilemesi doğaldır (bkz. 4.1.3.).

6.4. GERİLİM DÖNEMLERİNDE HUKUK VE SİYASET ARASINA SIKIŞMIŞ YARGIÇ - ÖRNEK OLAYLAR • *DIE RICHTER ZWISCHEN RECHT UND POLITISCHER MACHT WÄHREND DER SPANUNGSZEITRÄUME – FALLBEISPIELE*

Yasama erkinin genel sınırlarını çizdiği soyut yasalar, yaşamda somut bir olay hakkında kararı hukukçuların ve dolayısıyla yargıçların yorumuna bırakır. İşte yargıçların en başat görevi, bu soyut ve genel yasaya bağlı kalarak, somut delillerin de yardımı ile gerçeği bulmak (*Rechtsfindung*) olup gerçek icat etmek değildir. Yargıç, yasaların belirlediği sınırlı yorum alanında yine yasalarla belirlenmiş yorumlama ilkelerine dayanarak karar alır. Yargıcın gerçeği bulmada uyguladığı biçimsel ilkelerinin doğruluğu (*formelle Richtigkeit*), kararların maddî olarak doğrulanmasında *(materielle Richtigkeit)* ancak belirli bir düzeye kadar güvence verir. Bu durum aynı zamanda yargıcın keyfi karar vermesine sınırlama getirir (Hirsch 2002, 19).

Yargı, kendi sınırlı yetki alanı içinde kalarak, hukuk ve toplumun değer yargıları zıddına kendi icat ettiği gerçeklerle değil de, sadece maddî adalet düşüncesinin yerleşmesi için çalışır. Yasama ve yürütmenin yanında üçüncü erk olarak daha özel bir statüye sahip olan yargı, gerilim dönemlerinde veya siyasal tartışmaların yükseldiği dönemlerde ve önemli toplumsal davalarda aynı hassasiyeti gösterir. Hemen İkinci Dünya Savaşı sonrasından başlamak üzere siyasi parti kapatma davaları ve yine son döneme ait iki dini içerikli dava hakkında FeAnMa'nın kararları ve dava süreci aşağıda örnek olarak kısaca konu edilmektedir.

6.4.1. PARTİ KAPATMA DAVALARI: *KP, SRPD VE NPD* • *PARTEIVERBOTE: KPD, SRP UND NPD*

6.4.1.1. Kuramsal Temeller • *Theoretische Grundlagen*

Federal Anayasanın 21. maddesinin 2. paragrafının devletin eline tutuşturduğu en keskin kılıç, iç düşmanlara karşı, demokrasinin korunması için parti kapatma olanağıdır (Steinbeis ve Detjen 2009, 157). Kılıcı keskin devletin, siyasi parti kapatma davalarını, Federal Almanya Cumhuri-

yeti İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra üç ayrı dönemde yaşamıştır: Birinci süreçte aşırı sağcı Sosyalist İmparatorluk Partisi (*Sozialistische Reichspartei= SRP*) 1952, ikincisi 1956 yılında Alman Komünist Partisi (*Kommunistische Partei Deutschlands= KPD*) ve son olarak da 2001-2003 yıllarında, Alman Milliyetçi Demokratik Partisi (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands= NPD* veya *resmî kısaltması ile SRPD*). İlk iki parti görülen davalar sonucu kapatıldı ve mal varlıklarına el kondu. Ancak üçüncü dalga parti kapatma davası, FeAnMa'nın davayı durdurma kararı ile, davayı açan hükümetin aleyhine sonuçlandı (Rudzio 2006, 98).

Weimar Cumhuriyeti anayasal düzenlemeleri, sistemin yani demokratik düzenin yıkılmasına uygunluk arz ediyordu. Zira Weimar Anayasasının her ilkesi, parlamentonun üçte iki çoğunluk usulü ile değiştirilebiliyor, hatta bu çerçevede temel hak ve hürriyetleri düzenleyen maddeler dahi yürürlükten kaldırılabiliyordu. Bu yüzdendir ki, Federal Almanya Cumhuriyeti, bu tehlikeli düzenlemenin sonuçlarını yaşayan Weimar Cumhuriyeti dönemini bir daha ebediyen tekrarlamamak için, savaş sonrası yapılan anayasada (*Grundgesetz*) gerekli önlemleri alır. Ayrıca Weimar Anayasasına karşıt bir haleti ruhiye ile (*Anti-Weimar-Atmosphäre*) (Scherb 1987, 189) **Kurucu Kurul** (*Parlamentarischer Rat*) tarafından hazırlanan anayasa, özellikle demokrasiyi koruyan bir anayasa metni ortaya koyarak, Weimar Anayasasının yanlışlıklarına düşmedi. Kurul, Weimar Anayasasını dikkate alarak reaksiyoner bir anayasa yapar. Kurucu Kurul, Federal Anayasanın ilk bölümüne (FeAnMad 1-20) kişi temel hak ve hürriyetlerini değiştirilemez maddeler (*Ewigkeitsklausel*) olarak yerleştirir (FeAnMad 79/3)[76]. Hür demokratik düzenin korunmasını sağlamak için Anayasanın 21. maddesinin 2. paragrafı demokrasi düşmanı siyasi partilerin kapatıl-

[76] FeAnMad 79/3: Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya sasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20'nci maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır.
(Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.)

masını öngörür. Ayrıca FeAnMaYa § 13, Nr. 2 ve § 43 ve davamındaki maddelerle bu konuda davayı görme yetkisini FeAnMa'ya bırakır.

Bir siyasi partinin anayasal düzen, yani demokratik düzen karşıtlığı iddiası FeHü, FePa ve FeTeMec tarafından yapılan şikayet üzerine, FeAnMa tarafından dava yoluyla denetlenir ve gerekirse davalı parti kapatılır (Pötzsch 1997, 118). Eyalet hükümetleri de sadece kendi eyalet sınırları içinde faaliyet gösteren bir siyasi parti aleyhine, anayasal düzene karşı olduğuna kanaat getirirse, FaAnMa'da kapatma davası açabilir. Ancak yukarıda adları sayılan kurumların, bir siyasi partinin anayasal düzene karşıtlığı kanaati taşısalar bile FeAnMa'da, o parti aleyhine dava açma yükümlülükleri yoktur. Dava açmak, bu siyasal kurumların takdirine bırakılmıştır. Demokratik kültürün gereği olarak ve bir kapatma davasını engellemek için başvuru sahipleri, öncelikle anayasaya aykırılığı tespit edilmiş siyasi partiye, siyasal mülahazalarla demokratik sınırların ne olduğunu gösterir. Bu durumda, başvuru sahipleri aynı zamanda hür demokratik sistemi koruma ve kollama görevlerini de yerine getirmiş olur. Zira siyasi partiler demokratik kültürün vazgeçilmez unsurlarıdır (Säcker 2003, 71). Eğer başvuru konusu kanıtlanmışsa, FeAnMa anayasaya aykırılığı karara bağlar. Mahkeme siyasi partiyi ve devamı sayılabilecek ek veya yedek örgütlerin kurulmasını yasaklar (FeAnMaYa § 46). FeAnMa yasaklama kararını ancak, ilgili senatonun üçte iki oy çokluğu ile verir. Yasaklama, partinin gençlik kolları veya bağımsız çalışan bir başka birimi ile sınırlandırılabilir. Mahkeme; başvuru sahibi federal makam veya eyalet hükümetine, kamu yararına çalışan kuruluşlara verilmek üzere partinin mal varlığınına el koyar (FeAnMaYa § 46). Diğer taraftan bir siyasi partinin anayasal karşıtlığı FeAnMa tarafından tespit edilmişse, partinin hem eyalet düzeyinde hem de federal düzeyde milletvekillikleri de düşer (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 547).

Federal Anayasanın 21. maddesinin, 2. paragrafı hükmüne göre, parti kapatma davaları, *"organizeli anayasal düşmanlık*" lara karşı anayasal düzenin korunmasını amaçlayan önlemlerdir (*der präventive Verfassungsschutz)*. Bir siyasi parti hakkında FeAnMa tarafından kapatma kararı verilmedikçe, parti anayasaya uygun kabul edilir. Kapatılan partinin (eski) üyeleri, o partinin üyesi olmaktan veya kapatılan partiyi

desteklemekten dolayı zarara uğratılmaz (Schlaich ve Korioth 2010, 185). Yasalara aykırı davranmayan ve yüksek mahkeme tarafından henüz yasaklanmamış bir partinin yöneticisine, kamuya ait radyo kurumları tarafından "*partinin anayasal karşıtlığı*" savı ile, siyasi parti propagandaları yapılan zamanlarda parti propagandası yapmasına mani çıkarılmaz (Zippelius ve Würtenberger, Deutsches Staatsrecht 2008, 103). Ancak partinin anayasal karşıtlığı siyasal ortamlarda tartışılır ve medya yolu ile toplumun dikkati bu yöne çekilir.

6.4.1.2. Almanya Sosyalist İmparatorluk Partisi (SRPD) • *Sozialistische Reichspartei Deutschlands SRPD*

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde ilk parti kapatma davası, NSDAP'ın (*Milliyetçi Sosyalist Alman İşçi Partisi*) devamı olduğu iddiası ile Almanya Sosyalist İmparatorluk Partisi (SRP=SRPD) aleyhine açılmış olan ve FeAnMa'nın, 23 Ekim 1952 yılında partiyi kapatma kararı ile sonuçlanan davadır.

19 Kasım 1951 yılında Federal Hükümet'in FeAnMa'da SRP'nin anayasal karşıtlığını tespit davasında Mahkeme, NSDAP ile somut bağlantısı olduğuna hükmetmiş ve partiyi kapatmıştır. Partinin bütün milletvekili üyelikleri de bu kararla aynı şekilde düşürülmüştür. FeAnMa kararıyla partinin tüm mal varlığına el konur ve yeniden örgütlenmesi yasaklanır. Anayasa Mahkemesinin bu kararından önce SRP, FeAn tarafından temelli kapatılmayı engellemek için aldığı bir kararla kendini fesih eder. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararını etkilemek için yapılan bu manevrayı FeAnMa kabul etmez. Böylece sadece üç yıl gibi kısa bir süreçte siyasal faaliyette bulunan bir siyasi parti, kapatılan ilk siyasi parti olarak Federal Alman Siyasal Tarihi'nde yerini alır (Säcker 2003, 102).

Savaş sonrası kurulan Federal Almanya Cumhuriyeti'nin ilk siyasi partilerinden SRP, inanmış nasyonal sosyalistlerin (NSDAP) toplandığı parti hüviyetindedir. Parti üyeleri açıkça NSDAP'ın devamı olduklarını, Führer ilkelerine uygun milliyetçi, antisemitist ideolojilerini beyan etmekteydiler. 6 Mayıs 1951'de, Aşağı Saksonya eyaletinde % 11 oy oranı ile sekiz siyasi parti arasından dördüncü parti olarak eyalet parlamentosunda temsil edildiği görülünce, Federal Hükümet zaman kaybetmeden,

FeAnMa'da kapatma davası açacağını duyurur. Ancak o dönemde toplumun çoğunluğu tarafından, hükümetin bu kararının desteklenmediği gözlemlenir. Allensbach Enstitüsü'nün araştırmaları sonucu toplumun % 19'u partinin yaptığı siyasetten değil de, işgal güçlerine karşı güttüğü cesaretli çıkışlardan dolayı, takibata uğradığına inanmaktadır. Katılımcıların % 32'i SRP'nin yasaklanmasına karşı iken, % 23'ü hükümetin tutumunun doğru olduğunu beyan eder. Zira özgür bir Almanya'yı ve onun itibarını düşünenler, bu yasaklamanın arkasında Amerikan işgal güçlerinin olduğunu ispat etmek için işgal güçleri Yüksek Komiseri John McCloy'nin Adanauer'e yönelttiği açıklamalara dikkat çeker. Gerçekten de McCloy, hükümetin SRP ile ilgili kararın arkasında durmasını ve kararlılıkla uygulanmasını Adenauer'den istemektedir (Steinbeis ve Detjen 2009, 159).

Diğer taraftan bakıldığında SRP, kapatılma kararından çok daha önce zaten siyasal bir mevtaya dönmüştü. Parti, medyanın bombardımanı, işgal güçlerinin ve devlet kurumlarının baskısı altında bölünmüş ve içten içe dağılmıştı. Partinin kalan kısmı 1952 yılında kendini feshedip yeniden yapılanmayı denemişse de belirgin bir başarı sağlayamamıştı (Steinbeis ve Detjen 2009, 160). Nihayet Federal Anayasa Mahkemesi kararında, SRP ile NSDAP arasında *fizyolojik benzerlikler, partinin ta baştan beri hür demokrat düzene zarar verdiği ve ortadan kaldırmayı hedeflediği* gerekçesi ile kapatıldığını açıklar (Steinbeis ve Detjen 2009, 159). SRP temsilcisi ifadesinde; *hür ve demokratik nitelikte değişik düzenlerin olabileceğini* savunur. Buna karşın mahkeme, *demokrasinin totaliter düşünce ve rejimlerin tersine; eşitlik, insan onuru ve özgürlük ilkeleri üzerine kurulduğunu* ve totaliter rejimlerin bu kavramları reddettiğini gerekçeli karar metninde belirtir (Säcker 2003, 102). Ayrıca mahkeme, SRP de parti içi demokrasinin olmadığını, partide *Führer* ilkelerine uygun, üstten aşağıya bir yapılanmanın hakim olduğunu kararında gerekçelendirir.

Sonuç olarak SRP'nin kapatılması hem Alman kamuoyunda ve hem de uluslararası çevrelerde kabul görür. Tek sorun, üyelikleri düşen SRP milletvekillikleridir. Bazıları başka partilerden parlamentoya girmiş, fakat sonradan SRP grubuna geçmiş, bazıları SRP'den seçilmiş fakat par-

tiden ayrılmıştır. Bu karardan en çok etkilenen ve zarar gören Hristiyan Demokrat Parti'liler, kararın hükümetteki Sosyal Demokrat Parti'nin yararına olduğunu ve derhal erken seçime gidilmesi gerektiğini savunur. Ancak Federal Anayasa Mahkemesinin kararı, bilimsel çevrelerin onayını almıştır. Bu çevrelerde, kararın Nasyonal Sosyalizm ile hesaplaşma olduğunu, demokrasiye ve kurumlarına güven tazeleme, totalitarizm karşıtlığının genişlemesi veya SRP ve NSDAP'ın akrabalığı konusunda şüphelerin bertaraf edildiği gibi görüşler hakimdir (Flemming 2005, 32).

6.4.1.3. Alman Komünist Partisi (KPD) • *Kommunistische Partei Deutschlands KPD*

Siyasi parti kapatma davalarının ikinci dalgası, Federal Hükümetin 23 Kasım 1951 yılında FeAnMa'ya KPD'nin anayasal düzene aykırılığının tespiti için başvurusu ile devam eder. SRP davası gibi bu dava da yine kapatma kararı ile ancak beş yıl sonra sonuçlanır. KPD'nin kapatılması davası siyasal çevreler de geniş tartışmalara konu olur. SRP'nin kapatılması birçok çevre tarafından olumlu karşılanırken; KPD'nin, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılması kararı, farklı kesimlerin farklı eleştirilerine hedef olur (Steinbeis ve Detjen 2009, 157).

SRP davası gibi KPD'nin de anayasal düzene aykırılık teşkil ettiğine dair hükümetin FeAnMa'ya başvurusu, yürütmenin Hür Demokratik Parti *(Freie Demokratische Partei= FDP)* ile sıkı işbirliği neticesinde, 22 Kasım 1951 tarihinde, yani aşırı sağ parti SRP'nin kapatılması için FeAnMa'da açılan davadan tam üç gün sonra yapılır. Zira FDP başvuruları desteklemeyi, *devletin totaliter düşünce sahibi her gruba ve siyasi partiye, sağdan veya soldan eşit davranması* koşuluna bağlamıştı. Kapatma davası için başvuruların yapıldığı dönemde, zaten SRP bir siyasi parti olarak bitme noktasındayken; KPD geleneksel bir siyasi parti ve önemli bir siyasal güç olarak kabul edilmekteydi. Zira KPD önceki dönemin geleneksel bir siyasi partisi olması yanında, zaten 14 Ağustos 1949 yılında, ilk Federal Parlamento seçimlerinde % 5,7 oranında oy alarak, parlamentoya 15 üye ile girmişti (Dingeldey 1971, 55). İkinci Dünya Savaşı akabinde CDU, SPD ve liberal parti FDP'nin yanında KPD de siyasal faaliyetlerine, işgal güçleri tarafından onay verilen partilerden

biriydi. Partinin üye sayısı 324.000 ile 78.000 arasında değişmekteydi. Partinin, çeşitli eyalet seçimlerinde oy oranı, örneğin Kuzey Ren Westfalya Eyaleti'nde % 14 ve 1952 yılında Baden-Württemberg Eyaleti'nde % 4,4 seviyesindeydi. Oy oranının sürekli düşmesinin nedeni olarak; partinin doğrudan Moskova odaklı siyasal tutumu gösterilmekteydi. Parti ülkenin yeniden silahlanmasına, Batı Almanya'nın, Batı Avrupa ülkeleri ile işbirliğine karşı çıkmakta, Sovyet Rusya modeli bir birleşik Almanya toplumu kurulması için faaliyet göstermekteydi (Flemming 2005, 34).

Batı Almanya'da siyasal faaliyet gösteren KPD'nin, toplumun ezici kesimi tarafından düşman olarak algılanan Doğu Almanya ve Sovyet Rusya sistemi benzeri veya aynısı bir sistemin temsilciliğini yapması, toplumun geneli tarafından gitgide dışlanmasını beraberinde getirmiştir. Hatta iki Almanya'nın birleşmesinin, kendini geleneksel Alman toplumunun gerçek ve biricik devleti kabul eden, Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde (DDR) olması fikrini savunması, partiyi tam tersi bir düşüncenin temsilcileri önünde, yani Batı Almanya'da sürekli seçmen ve üye kaybına sürüklemiştir.

Almanya Komünist Partisi (KPD), kapatılan SRP gibi yukarıdan aşağıya değil de; olması gerektiği gibi aşağıdan yukarı örgütlenmiş bir siyasi partidir. Ancak komünist partilerin geleneğine uygun olarak, KPD'de de bir parti içi demokrasi yerine, Marksist-Leninist merkeziyetçi bir sistem hakimdi (Flemming 2005, 35).

Komünizm ile mücadele, Batı Almanya'nın bu ilk dönemlerinde soğuk savaşın bir gereğidir. Konu ile alakalı olarak, ceza yasalarında değişiklikler yapılır ve bu yasaların uygulanması için değişik ceza mahkemeleri görevlendirilir. Böylece yasaların, dolayısıyla yargının hedefine bu dönemlerde öncelikle aşırı sağ uçlar girmekte iken, daha sonra sağdan ve soldan tüm totaliter yapılanmalar girer. Devletin genel olarak totalitarizmle mücadelesi, soğuk savaş döneminin koşulları gereği, antikomünist bir çehreye bürünür (Steinbeis ve Detjen 2009, 161). Devletin karşısına aldığı KPD zaten Adenauer politikalarını bir rejim sorunu yapmış; bu düşman rejimini devirmek için saldırgan, devrimci düşünce ve metodu kendine siyasal bir hedef olarak belirlemiştir. KPD'nin Adenauer'in şah-

sında sürdürdüğü batı karşıtı mücadele aslında toptan kapitalizme veya hür demokratik sisteme karşı verilir.

Chrustschow'un 1956 yılında, 20. Sovyetler Birliği Komünist Partisi kongresinde, Batı Avrupa komünist partilerine iktidara ulaşmada parlamenter rejimlerin koşullarına uyulması önerisi üzerine; Batı Avrupa komünist partileri, aralarında vardıkları bir konsensüsle kendilerini iktidara taşıyacak yeni bir yol haritası çizer. KPD de bu öneriyi siyasal bir hedef olarak benimser ve bu bağlamda önceki hedeflerinden biri olan "*Adenauer rejimini, marksist mücadele metotları ile iktidardan uzaklaştırma*" görüşünü parti programından çıkarır ve partinin anayasal düzene saygılı olacağını, anayasanın öngördüğü temel hak ve özgürlükleri de partinin temel siyasal görüşü olarak beyan eder. Parti ayrıca, mücadelesini despotik keyfiliğe ve anayasal düzene aykırılıklara karşı sürdüreceğini de deklare eder. Ancak Partinin aldığı bu geniş ve önemli siyasal karar değişiklikleri, FeAnMa'nın 1956 yılında aldığı kapatma kararında dikkate alınmaz. Böylece KPD ekonomik ve sosyal hedefleri değil de diktatörlük düşünceleri ve Marksist- Leninist saldıgan bir parti olması yüzünden kapatılmış olur (Rudzio 2006, 98). Ancak her şeye rağmen, KPD'nin siyasal düşüncelerinde yapmış olduğu bu temel değişiklikler, 60'lı yıllarda kurulan Alman Komünist Partisi (*Deutsche Kommunistische Partei*= DKP) programında aynı şekilde yer bulur (Steinbeis ve Detjen 2009, 162).

İki kapatma davası arasında önemli nüanslar bulunmaktadır. Her şeyden önce parti kapatma şikayeti yetkisine sahip olan siyasal iktidarın, siyasal rakiplerini yasal yollardan bertaraf ettiği düşüncesi önemli bir ihtimaldir. İşte tam da bu konuda SRP'ye göre çok daha uzun zaman alan KPD davasında FeAnMa yargıçlarının, davada siyasal iktidarın çıkar niyetinin olup olmadığına dair kanaatleri net değildir. Bu nedenle mahkeme başkanı Josef Wintrich, Kasım 1954'de Alman Şansölyesi Adenauer'ı arayarak, hükümetin hala KPD'nin yasaklanması davasının devamını isteyip istemediğini sorar. Adenauer'ın yanıtı, "evet" tir (Staritz 1986, 1746). FeAnMa yargıçlarının bu uzun dava sürecinde, hukuksal bir karara varma konusunda zorlandıkları açıktır. KPD davasında süreç uzadıkça uzar. Kanıtların değerlendirmesi üzerinden bir yıl geçmesine rağ-

men, mahkemenin hâlâ bir karara varamaması üzerine; Federal Hükümet'in parlamentoya sunduğu Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nda değişiklik yapma teklifi kabul edilir. Kabul edilen yasaya göre, parti kapatma davalarında yetki, Birinci Senato'dan alınıp, İkinci Senato'ya devredilir. 31 Ağustos 1956'ya kadar, bütün davalar yasanın kapsamına alınır (Brünneck 1978, 118). Ancak Birinci Senato, bu sürenin bitiminden kısa bir zaman önce kapatma kararını verir. Federal Anayasa Mahkemesi, 17.08.1956 tarihli kararı ile KPD'ye, tüm örgütleri dahil siyasal faaliyetlerden men yasağı getirir. Yukarıda da kısaca bahsedildiği gibi, yargıçlar bütün dava sürecinde siyasal iktidarın oportünist tutumundan emin değildir. Bundan dolayıdır ki, Federal Anayasa Mahkemesi başkanı Wintrich, kararı duyururken, *KPD'nin kapatılması hakkında dava açmanın sorumluluğu hükümete aittir. Senato davanın sadece yasalara uygunluğunu denetlemiştir*, diyerek çekincelerini de açıklamıştır (Flemming 2005, 37).

Dava sürecinde KPD, bu davanın Anayasaya aykırılığı hakkında sayısız başvuruda bulunur ve davanın durdurulmasını ister. Başvuru dilekçelerinde, partinin yeni yol haritasını, hedef değişikliğini beyan eder (Flemming 2005, 37). Hatta, yasaklamanın düşünce özgürlüğüne darbe vurduğu gerekçesi ile, 11.02.1957 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurarak, karara itiraz eder. Ancak, Komisyon 20 Haziran 1957'de verdiği kararda, *partinin yok etmek istediği haklara ve değerlere dayanarak, hak isteyemeyeceğini* karara bağlar (Brünneck 1978, 119).

Federal Anayasa Mahkemesi'nin KPD'yi kapatma davası 308 sayfalık gerekçeli kararı ile tarihinin en uzun ve evsaflı kararıdır. Kapatma kararından önce mahkemenin, 425 KPD üyesine ve 35.000 soruşturma ile parti organizasyonlarına karşı açılan dava dosyasına bakması gerekiyordu (Steinbeis ve Detjen 2009, 161). Partiye karşı getirilen suçlamaların başında, KPD'nin hür ve demokratik sistem için önemli bir tehlike oluşturduğu bulunmaktadır. Soğuk savaş döneminin koşulları da göz önünde tutulduğunda, Batı Almanya için Sovyetler Birliği bir *saldırgan*, ABD ise bir *koruyucu* idi. Komünizm karşıtlığı, Almanya'da köklü bir gelenekselliğe sahip olduğundan, FeAnMa'nın KPD'nin kapatılması kararı, hem siyasal iktidar ve hem de halkın geniş kesimlerinde taraftar bulurken (Dingeldey 1971, 58), diğer belirli bir kesimin de eleştirilerine hedef olur.

KPD'nin kapatılması davasında, genellikle şu üç neden hep tekrarlanır.

1. Federal Almanya Cumhuriyeti henüz çok yeni bir demokrasi olduğundan korunması gerekir,

2. Weimar Cumhuriyeti döneminden alınan dersler ışığında "*özgürlük düşmanlarına, özgürlük yok*" ilkesini uygulamak gerekir,

3. Coğrafi koşullar gereği ve komünist bloğun komşusu olmak, özel önlemlerin alınmasını gerektirir (Dingeldey 1971, 57).

Sonuç olarak, 17.09.1956'da KPD'nin kapatılmasına karar verilir ve hayır kurumlarına verilmek üzere partinin mal varlığına el konur. KPD'nin devamı sayılabilecek, bir partinin kurulması da yasaklanır. Yüce Mahkemenin kararı kısaca şöyle açıklanmıştır.

1. KPD anayasaya aykırıdır,

2. KPD kapatılmıştır,

3. KPD'nin devamı olacak bir partinin kurulması veya var olan parti örgütlerini devam ettirmesi yasaktır.

KPD davası sadece bir parti kapatma davası olarak kalmaz. Söz konusu dava öncesi ve dava sonrası 1961 yılına kadar bu partide çalışmak, çok sayıda ceza davasının açılmasına neden olmuştur. Ancak 1961 yılında, FeAnMa'nın aldığı bir karar gereği bu tür ceza soruşturmalarının anayasaya aykırılığı belirlenir. Bu konuda *Dingeldey*'in dikkat çektiği bir başka ayrıntı da SRP'nin kapatılma kararından sonra partiye yakın kişiler aleyhine hiçbir zaman ceza davası açılmamışken, KPD'ye yakın duranlar aleyhine sayısız davanın açılmış olmasıdır. SRP'nin birçok üyesi, Nasyonal Sosyalizm döneminin taraftarı olmalarına rağmen Federal Almanya Cumhuriyeti'nde engelsiz çalışabilirken; KPD'nin üyelerinin bir çoğu ayrıca totaliter Hitler rejimine karşı mücadele vermiş olmalarına rağmen, KPD'liler bugünün özgür ve demokrat bir döneminde soruşturma geçirmektedirler. Bu davalar sonucunda; 14 vatan hainliği davasında 3 mahkumiyet, 15.000 vatana ihanet davasından 1650 mahkumiyet, 23.000 devleti tahkir etme ve zarar verme davasından 800 mahkumiyet kararı çıkmıştır (Dingeldey 1971, 66-70).

1950'li yıllarda, toplumun geniş kesimlerinde kabul gören KPD'nin kapatılması kararında, siyasal iktidarın çıkarının olduğu şüphesinin gitgi-

de ağırlık kazanmasından dolayı (Brünneck 1978, 326), 1968 yılında yapılan yargı reformu ile ceza yasalarında değişikliklere gidilir. Bu durum KPD'nin devamı niteliğindeki Alman Komünist Partisi'nin *(Deutsche Kommunistische Partei* =DKP) kurulması sonucunu da beraberinde getirir (Flemming 2005, 38).

Kapatılan ilk siyasi parti olan SRP'nin aksine KPD'nin yasaklanması bilimsel çevreler tarafından hala tartışma konusu olmaktan çıkmamıştır. KPD'nin kapatılmasının DDR ile yeniden bütünleşmeyi zorlaştıracağını savunanlar ağırlıktadır. Diğer taraftan kapatma davasının hukuksallığı değil, iktidarın kapatma davasındaki çıkarları (oportünizm) siyasal çevrelerde daha çok tartışılır. Bu çevreler KPD'nin kapatılmasını, sağ siyasal kanadın kapatılan sağcı partisi SRP ile ilişkilendirmek suretiyle, yargının bu kararı komünizm karşıtlığının dolayısıyla siyasal tutumunun bir delilidir, şeklinde eleştirmektedir (Brünneck 1978, 127; Frei 1996, 345).

6.4.1.4. Bir Siyasi Parti Kapatma Denemesi (NPD- Halk Birliği) • *Der Verbotsversuch einer politischen Partei (NPD- Volksunion)*

Federal Almanya Cumhuriyeti, üçüncü defa siyasi parti kapatma davasını **NPD** ile yaşar. Almanya Milliyetçi Demokrasi Partisi *(Nationaldemokratische Partei Deutschlands= NPD, Die Volksunion)*. 28 Kasım 1964'de kurulan milliyetçi, halkçı ideolojileri savunan siyasi bir partidir. Parti programı, Nazi döneminin iktidar partisi olan, NSDAP'ın programına yakındır. Federal Almanya'nın küçük partiler grubunda olan NPD zaman zaman % 5 seçim barajını aşarak, bazı eyaletlerin parlamentolarına üye vemiştir. 1 Ocak 2011'den beri aynı şekilde aşırı sağcı bir diğer parti olan DVU (*Die Volksunion= DVU =Halkbirliği*) ile birleşir. Ancak Volksunion ile birleşme hukuken geçerlilik kazanmadığından, NPD kısaltması yanına, *DieVolksunion* eklenir (*NPD- Volksunion).*

Federal Hükümet, Federal Parlamento ve Federal Danışma Meclisi özdeş başvuru metinleri ile NPD'nin anayasaya aykırılığını tespit davası için 2001 yılında, Federal Anayasa Mahkemesine başvurur. Federal Anayasa Mahkemesi, 01.10.2001'de NPD'nin anayasaya aykırılık davasını (FeAnMaYa § 45) görüşmeye başlar. Ancak mahkeme davanın

aslına bakmadan önce, mahkeme raportörü ile Almanya İçişleri Bakanlığı görevlileri arasında geçen bir telefon görüşmesinde (16.01.2002), şahit olarak mahkemeye davet edilen Wolfgang Frenze'nin bir Anayasa Koruma Servisi'nin BfV (*Bundesverfassungsschutz*) muhbiri olduğu ortaya çıkar. Bakanlık görevlisi mahkemeye, başka Anayasayı Koruma Servisi muhbirlerinin de partininin üst kademelerinde aktif çalıştığını ayrıca ifşa eder (Az. BvB 1/01, BVerfGE, 22.01.2002)[77]. Bunun üzerine, duruşma günleri daha önce belirlenen davanın görülmesi, FeAnMa tarafından 22.01.2002 tarihinde iptal edilir. Bu gelişmeler üzerine, davalı NPD de şikayetin gerekçelerinin ve dayandığı esasların hukuk devletinin temel ilkelerine aykırı olduğu iddiası ile davanın durdurulması ister. Mahkeme, sürecinin durdurulup durdurulmaması konusunda 18 Mart 2003'de yaptığı oylama sonucu, üçe iki oy çokluğu (FeAnMaYa § 15/4) ve usul gerekçesi ile davanın durdurulmasına karar verir. Böylece Federal Mahkeme, NPD'nin anayasaya aykırılığını esastan görüşmeden davayı durdurmuş olur.

Davacıların (FeHü, FePa, FeTeMec), NPD ile ilgili anayasaya aykırılık iddialarının kanıtları, partinin çeşitli kademelerinde görev yapan muhbirlerin ifadelerine dayandırılmıştır. Hatta şikayet sahipleri davaya gerekçe olması ve ispat için, NPD'nin eyalet örgüt yönetimlerinde Anayasayı Koruma Servisi muhbirlerinin olduğunu da açıkça dilekçelerine ilave ederler. Doğal olarak, NPD böyle bir durumda ve bu koşullar altında bir kapatma davasının hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğundan davanın sürdürülemeyeceğini ileri sürer ve akabinde dava FeAnMa tarafından düşürülür (Hillgruber ve Goos 2004, 251).

Hukuk devleti ilkelerine aykırılık veya dava dosyasında noksanlıkların olması davanın durdurulmasını gerektirir. Yasalar, yeni bir davanın açılmasına bir sınırlama getirmemekle beraber, sadece takip edilecek yasal yol bir önkoşul olarak belirlenir. Bu durumda, yani FeAnMa'da yeni bir dava açmak için yasa gereği (FeAnMaYa § 41) bir mahkemeden, FeAnMa'nın kısa zaman önce düşürmüş olduğu kapatma davasında

---

[77] Az = Aktenzeichen = Dosya Nr., BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts = Federal Anayasa Mahkemesi Kararları.

değerlendirdiği olaylarla ilgili bir mahkumiyet kararının verilmiş olması gerekir (Hillgruber ve Goos 2004, 261).

Siyasal iktidarın NPD'yi kapatma denemesi, böylece 2003 yılında sonuçsuz kalmış olur. İlk bakışta, partinin anayasal demokratik düzene aykırılıkları konusunda kimsenin şüphesi yoktur. Zira eski bir asker olan NPD başkanı, bu tür açıklamalara konuşmalarında çekinmeden açıkça yer vermektedir. 2004 yılında Saksonya seçimlerinde sağlanan başarıdan sonra, haftalık bir gazeteye *"Hedefimiz, halkın on beş yıl önce DDR'yi hallettiği gibi, BRD'yi de halletmektir."*[78] şeklinde bir demeç vererek, kendisinin ve partisinin düşüncelerine dikkat çekmek ister. Söyleşinin bir başka kısmında da halihazırda var olan yasalara uyarak seçim sandığı üzerinden halkın iktidarının sağlanacağını da ayrıca beyan eder. Udo Voigt konuşmasının devamında, DDR ve BRD'nin birer uydu devlet olarak kurulduğunu; DDR'nin 1989 yılından sonra, sisteme karşı ayaklanan halk tarafından iki Almanya'nın birleşmesi sürecinde ortadan kaldırıldığı gibi, BRD'nin de aynı şekilde fakat demokratik yollardan tarihe gömüleceği şeklinde fikirlerini seçmene iletme gayesini güder. O her defasında, halkın seçimle iktidara gelmesini söz konusu ederken, demokrasi yerine "*Alman halkının bağımsızlığı"* (*Selbstbestimmung*) kavramını kullanır. Partinin, halkın gerçek bağımsızlığına kavuşmasına kadar (Başarılı Saksonya seçimlerini göz önünde tutarak) demokratik mücadelesini sürdüreceğine dair kararlılığına işaret eder (Schwarz 2004, 3).

Milliyetçi değerleri ön plana çıkaran kışkırtıcı, anayasal düzene aykırı söylemlerle NPD, sadece parti üyelerini muhafaza etmeyi, kendine hedef olarak seçmiştir. Diğer taraftan büyümeyi sağlamak için aynı yönde siyaset yapan DVU ile yapılan birleşme, sağlam temellere oturmamış sadece başarıya endeksli bir birliktelik olarak gözükür. Görünen odur ki NPD'nin, seçmenlerini parti şemsiyesi altında tutabilmek için takip ettiği politikaları terk edip daha uyumlu siyasal bir yola sapması olası gibi görünmemektedir. Siyasal ağırlığı hemen hemen olmayan küçük bir partinin, kapatma davası ile uzun yıllar halkın gündemine oturtularak nasıl büyütüldüğü, genel olarak parti kapatma davalarına karşı olanlar ve NPD

---

[78] DDR= Deutsche Demokratische Republik = Demokratik Almanya Cumhuriyeti; BRD= Bundesrepublik Deutschland= Batı Almanya Cumhuriyeti

davasına özgü olarak kapatma davasını eleştirenler tarafından sıkça dile getirilir. Kapatma davasının partinin büyümesine neden olduğunu parti başkanı Udo Voigt de yukarıda konu edilen aynı söyleşide onaylamaktadır. *"Kapatma davası partimizin, toplum nezdinde yerleşik diğer siyasi partilerin gerçek alternatifi olmasını sağladı."* (Schwarz 2004, 3). Udo Voigt aynı söyleşide kapatma davasına kadar, uzun yıllardan beri seçim bürolarının böyle çok sayıda ziyaretçisi olmadığını da dile getirir.

Parti kapatma davaları ile ilgili siyasal tartışmalar ve konuyla alakalı bilimsel araştırmalar, NPD davasından sonra artarak devam eder. FeAn'ın 21. maddesi, hem demokrasiyi ve hem de siyasi iradenin oluşumuna katkı sağlayan siyasi partileri korumaktadır.[79] Anayasal sistemin bu koruyucu özelliği siyasi partilerin kapatılmasını zorlaştırmaktadır. Zira yasama ve yürütmeden birinin veya NPD davasında olduğu gibi anayasal organların (FeHü, FePa, FeTeMec) hepsi birden bir siyasi parti aleyhinde FeAnMa'da anayasaya aykırılık tespiti davası açabilmektedir. Ancak bir siyasi parti sadece anayasanın 21. maddesindeki düzenlemeler çerçevesinde ve FeAnMa tarafından kapatılabilmektedir.

Siyasi partilerin *hür demokratik düzen* karşıtlığına müsamaha göstermek, hukuk ilkelerini çiğnemek anlamına gelir. Dolayısıyla, FeAnMaYa gereği, Federal Anayasa Mahkemesi yapacağı soruşturmalarda, arama ve siyasi parti araçlarına el koyma işlemlerinde, (FeAnMaYa § 38, 47) hep anayasayı koruma hedefini gözetir (Seifert 1975, 491). Weimar Cumhuriyeti dönemi siyasi partilerinin, Alman demokrasisine maliyeti göz önünde tutulunca, FeAn'ın 21. maddesinin işlevselliğinin ne kadar önem arz ettiği anlaşılır. Weimar Anayasası siyasi partilerle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer vermemişti. Siyasi partilerle ilgili FeAn'ın 21. maddesine benzer her hangi bir madde de bu anayasada yoktu. Bir siyasi partiyi ka-

---

[79] FeAnMad 21/1: Siyasi partiler, halkın siyasi iradesinin oluşumuna katılırlar. Kurulmaları serbesttir. İç düzenlerinin demokratik ilkelere uygun olması şarttır. Maddi kaynakları ve harcamaları ile malvarlıkları hakkında kamu önünde hesap vermek zorundadırlar.
FeAnMad 21/2: Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimini gösteren siyasi partiler,Anayasaya aykırıdırlar. Anayasaya aykırılık hakkında Federal Anayasa Mahkemesi karar verir.

patmak için, yasal düzenlemeler mevcut olmasına rağmen; bu yasalar etkin olarak uygulanmıyordu (K. Stein 1999, 50, 200). Weimar Cumhuriyeti'nin sonu düşünüldüğünde, FeAn'ın 21. maddesi anayasayı korumak için gerekli ve önemli bir tedbir olarak kabul edilir.

Diğer taraftan aynı madde siyasi partilerin korunması ve bağımsız bir şekilde siyasal faaliyet göstermelerinin güvencesi durumundadır. Her şeyden önce FeAnMaYa'nın 43. maddesinin öngördüğü koşullar ve bir siyasi partinin anayasaya aykırılığı konusunda davacı olabilecek anayasal kurumlar (FePa, FeHü, FeTeMec) ve tüm bunların yanında bir siyasi partiye kapatma davası açmanın yasal koşulları; siyasi partilere karşı kolayca kapatma davası açılayamayacağını, edinilen tecrübeler göstermektedir. Topluma siyasal yön ve yöntem belirlemede ve toplumun siyasal hedeflerine ulaşmasında etkili olan ve demokrasinin olmazsa olmaz unsurlarından birini teşkil eden siyasi partiler, serbest ve güven içinde hitap ettiği toplumsal kitlenin düşüncelerini temsil eder *(Willensbildung)*. FeAn'ın 21. maddesinin 1. paragrafı, siyasi partilere bu özellikleri ile yasal güvence sağlar. Aynı madde güçsüz siyasi partileri, parlamentonun güçlü partilerinin ve doğrudan iktidarın oportünist (J. Ipsen 2002, 867) saldırılarından korur (FeAnMa'da parti kapatma davası açılması). Demokratik sistemin en başat oluşumlarından olan siyasi partiler, devletin resmî kurumlarından sayılmamakla beraber, bu resmî kurumlara adeta denk kurumlardır. Siyasi partilerin bir başka özelliği de onların anayasal sistemin işlerliğini ve korunmasını savunurken, aslında doğrudan kendilerini savundukları gerçeğidir.

6.4.2. FEANMA'NİN OKULLARDA HAÇ ASMA İLE İLGİLİ KARARI• *ANBRINGEN VON KREUZEN IN KLASSENRÄUMEN (KRUZIFIX- STREIT)*

Federal Almanya Cumhuriyeti, dine ve dini cemaatlere karşı anayasal düzenlemelerini hoşgörü üzerine kurgulamıştır (N. Horn 2007, 66). Norbert Horn bu tespitini yaptığı cümlesinde "*dini cemaatler*" kavramı ile "*sadece kiliseleri kastediyorum*" der ve *kiliseler* kelimesini parantez içinde gösterir. Almanya, FeAn'ın 4. maddesi ile, din ve dinin bütün kurumlarını anayasal güvence altına alır. Dinin bir temel hak olduğunu,

FeAn'ın değiştirilemez maddeleri olan 1 ila 20. maddelerinde sayar. Anayasa 33. maddesinin 2. ve 3. paragrafı, inançlardan ve inançlara uzak olmaktan dolayı hiç kimsenin zarara uğratılamayacağını hükme bağlar. Anayasa devlet ile din ve kurumları arasında katı bir ayrıma yer vermez. Genel olarak din ve devlet işlerinin ayrılması, devletin din ile ilişkisini kesmesi veya dini reddetmesi veya tamamen dinsiz bir kimliğe bürünmesi anlamını taşımaz. Alman hukuk sistemi her iki kurumu, daha çok kendi alanlarında bağımsız düzenlemelere tabi tutar. Yasalar, her iki bağımsız alanın birbirleri ile ortak çalışma yapmalarını mümkün ve uygun görür. Anayasa, temel haklar grubunda kategorize ettiği din özgürlüğünü, özellikle bireyin temel hakları bölümünde güvence altına alır. Din özgürlüğüne bu açıdan bakıldığında, okullarda haç sembolünün veya memurlara başörtüsünün yasaklanması, anayasanın belirlediği din özgürlüğü düzenlemesi ile çelişir. Bir tarafta bir temel hak olarak anayasal güvence altında olan din özgürlüğü, diğer tarafta ise bir dinin sembolü olan haç, hukukun önünde çözümlenmesi gereken bir sorun olarak durmaktadır.

Devlet okullarında inanç gereği okul duası (*Schulgebet*), sınıflara haç asılması gibi konular, en çok tartışılan konular olarak süregelmektedir. FeAnMa, okul duasının devlet okullarında da okunmasında yasal bir sakınca olmadığını ve inançsız öğrencilerin bu duruma katlanmaları gerektiğini daha önce karara bağlamıştı (BVerfGE 52, 223). Horn'a göre; Anayasa Mahkemesi, bu kararında toplumun bir kısmının anlayış göstemesini beklerken, burada konu edilen okullarda sınıflara haç asılmaması kararında ise toplumun çoğunluğunun anlayış göstermesini (*Toleranz*) beklemektedir (N. Horn 2007, 66).

Sınıflara Hristiyan dininin sembollerinden olan haç asma geleneğinin, bu dinin mensubu olmayan öğrenci ve ebeveynler tarafından kaldırılması istenirse ne olacağı hakkında, FeAnMa'nın 2. Senatosu, 5'e 3 çoğunlukla, 10.08.1995 tarihinde ilgili yasayı yorumlayarak karar verir (Kruzifx-Beschluss. BVerfGe 93, 1, Dosya No.: 1 BvR 1604/97). Eğitim ve öğretimden sorumlu Bavyera Devlet Bakanlığı, 21 Haziran 1983'te, Bavyera Eğitim ve Öğretim Yasasına (*Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen*= BayEUG) dayanarak aldığı bir kararla; İlkokul, Ortaokul (Halkokulları) Yönetmeliğini *(Schulordnung für die*

Grundschulen und Hauptschulen (Volksschulen) in Bayern = BayVSO) değiştirerek, okul sınıflarının her birine bir haç asılmasına karar verir[80] (Hufen 1998, 161). Bu yasa değişikliği, 1995 yılına kadar Bavyera'da yürürlükte kalmıştır.

Yasaya itiraz bir veli grubunun, 1991 yılında, okul çağına gelmiş çocuklarının okula başlaması ile başlar. Henüz reşit olmayan öğrenci ve onların velileri tarafından Federal Anayasa Mahkemesine, sınıflara haç asılmasının yasaklanması için başvurulur. Veliler çocuklarını filozof Rudolf Steiner[81] düşüncesi istikametinde yetiştirmektedir. Çocukları okul çağına gelen velilerden biri, büyük kızının gittiği okul idaresine, sınıfta bulunan figürlü haçın kaldırılması için başvuruda bulunur. Veli, sınıflara asılmış, çoğu sınıflarda 80x60 santimetre boyutunda ve doğrudan yazı tahtası üstünde, her an göz önünde bulunan, İsa'nın ölüm anını simgeleyen bir erkek vücudunun, çocuk eğitimi üzerinde olumsuz etkisini ve ayrıca bu durumun kendi dünya görüşlerine de karşıtlığını öne sürer. Velilerin haçın kaldırılması için verdikleri mücadele karşısında, yasal sorumlulukları olan okul idaresinin, haçın küçültülüp ve kapı üstüne asılması, böylece doğrudan görülmemesi teklifi de veliler tarafından reddedilir. Bu mücadeleler sürecinde, aynı velilerin okul çağına gelen diğer çocuklarının da aynı sorunla karşılaşması, tartışmaların daha da alevlenmesine neden olur. Okul değiştirmek de soruna çözüm getirmediğinden, 1991 yılında veliler kalıcı bir çözüme ulaşmak için kendileri ve çocukları adına, ilgili mahkemeye başvurur. Sonuç itibarı ile mahkemeler yürürlükte olan yasalara (BayVSO 13/ 1) dayanarak velilerin isteklerini reddeder. Dava bu şekli ile temel bir hakkın, Bavyera Eyaleti tarafından ihlal edildiği gerekçesi ile FeAnMa'ya taşınır (Hufen 1998, 161).

---

[80] BayVSO 13/1: "Die Schule unterstützt die Erziehungsberechtigten bei der religiösen Erziehung der Kinder. Schulgebet, Schulgottesdienst und Schulandacht sind Möglichkeiten diser Unterstützung. In jedem Klassenzimmer ist ein Kreuz anzubringen. Lehrer und Schüler sind verpflichtet, die religiösen Empfindungen aller zu achten."

[81] 1861-1925. Antropozofi (Anthroposophie) Felsefesinin kurucusu kabul edilir. O, her hakikat yolunun doğu mistizmine dayandırılamayacağını savunur, antropozofiyi bir ruhsal gelişim yolu olarak tanımlar.

Mahkeme, yukarıda kısaca bahsedildiği gibi Bavyera Eyaletinin 1983 yılında, her sınıfa bir haç kararının, FeAn'ın din özgürlüğünü düzenleyen 4. maddesinin, 1. paragrafına aykırılığına ve İlkokul, Ortaokul (Halkokulları) Yönetmeliğinin *(Schulordnung für die Grundschulen und Hauptschulen (Volksschulen) in Bayern* = BayVSO) 13. maddesinin 1 ile 3. paragraflarının, FeAn'ın 4. maddesinin, 1. paragrafı ile uyumsuzluğuna karar verir.[82] (Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 1604/97 1997). Federal Anayasa Mahkemesinin kararına göre, çoğulcu bir toplumda devlet, dini konularda ancak tarafsızlığını koruyarak barışı sağlayabilir. Mahkeme, kararında kilise orijinli ansiklopediye dayanarak *haç*ın ne olduğuna da yer verir. Bu karar çerçevesinde Mahkeme, *haçı*, "sadece batı Hristiyan kültürünün bir sembolü değil, aynı zamanda Hristiyan dininin bir sembolü" olarak da tanımlamaktadır. (Leibinger 2007, 129). Buna göre devletin, okullarda dini bir simge asılması koşulunu getirmesi, kendi tarafsızlık ilkesi ile uyuşmamaktadır. Mahkeme bu kararında, iki hususun altını çizer: Dini alanlarda devletin tarafsız kalması ve din özgürlüğü güvencesinin sağlanması.

Mahkemenin *Kruzifix* Kararı çok geniş çevrelerce tartışılmıştır ve hala bilimsel tartışmaların odağı olmaya devam etmektedir. Hufen, FeAnMa'nın hiç bir kararı bu çapta bir tartışmaya neden olmamıştı, demektedir. Bu kararından sonra, mahkemenin itibarını zedeleyen eleştiriler, kabul edilebilirlik sınırlarının ötesine taşar. Ona göre, toplum nezdinde bu karar, hem siyasal hem de hukuksal olarak çok hassas bir alandır (Hufen 1998, 162).

---

[82] Dosya No.: 1 BvR 1604/97, Karar: 1. Die Anbringung eines Kreuzes oder Kruzifixes in den Unterrichtsräumen einer staatlichen Pflichtschute, die keine Bekenntnisschule ist, verstößt gegen Art.4 1 GG. 2. § 13 1 3 BayVSO ist mit Art.4 1 GG unvereinbar und nichtig.

6.4.3. LUDİN ÖRNEKLEMESİNDE FEANMA'NIN BAŞÖRTÜSÜ KARARI • *DAS KOPFTUCHURTEIL DES VERFASSUNGSGEICHTS IM FALL LUDIN*

Federal Anayasa Mahkemesinin İslam dini mensubu -Alman vatandaşı[83]- Fereshta Ludin hakkında verdiği ve toplumun geniş kesimlerinde sürekli tartışılan kararında, Mahkeme yargıçlarının toplumun değer yargılarını ön planda tuttukları gözlemlenir. Zira Federal Anayasa Mahkemesi bu kararında, FeAn'ın din özgürlüğünü düzenleyen 4. maddesine göre, davacının haklılığına hükmederken, konu ile alakalı yasal boşluğun doldurulmasının, eyalet parlamentolarının görevi olduğuna işaret eder. Yani Mahkeme, "*yasa ile düzenlenmeyen bir konuda bile kişilerin hak taleplerinin geri çevrilmesi mümkün değildir*", demektedir (FeAnMa, Dosya No.: 2 BvR 1436/02).[84]

Baden-Württemberg Eyaletinin, bir devlet okulunda devlet memuru statüsünde başörtülü bir öğretmen olarak çalışmasına izin vermediği F. Ludin, Federal Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapar. F. Ludin'in mesleki yeterlilik konusunda herhangi bir sorunun olmadığı, ancak Eyalet Memurlar Yasası 1. maddesi gereği (*Landesbeamtengesetz*= LBG), başörtülü bir öğretmenin "*birey tüm varlığı ile, anayasanın belirlediği hür demokratik düzenin bütün koşullarını tanımak ve onlara uymak zorundadır*." ilkesine karşıtlığı nedeni ile Stuttgart Eğitim Müdürlüğü (*Oberschulamt*) tarafından öğretmenliğe kabulü onaylanmaz. Yasama, memurların giyim kuşamlarının nasıl olacağı konusunda herhangi bir

---

[83] Basında olsun, bilimsel çalışmalarda olsun Fereshta Ludin, sadece bir davalı olmasına rağmen muhtemelen davaya katagorik bir kalite biçmek için: "Afganistan orjinli Alman vatandaşı." "16 yıldan beri Alman vatandaşı olan F. Ludin," ve buna benzer şekilde tanıtıldı. Ancak davayı sade bir anayasal dava olarak kabul edenlerin sayısı da az değildi ve davacıyı gerçek ismini vermeden, müstear bir adla "İslam dini mensubu Alman vatandaşı" olarak tanıttılar (Degenhart 2008, 12).

[84] FeAnMa'nın 2 BvR 1436/021 dosya nolu karar metninden: Ein Verbot für Lehrkräfte, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, findet im geltenden Recht des Landes Baden-Württemberg keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage. 2. Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel kann für den Gesetzgeber Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein.

yasa da yapmış değildir. Gerçekten de Baden-Württemberg Eyalet yasaması da memurların kılık kıyafetlerini düzenleyen böyle bir yasaya gerek görmez (Degenhart 2008, 14, 16).

Fereshta Ludin, bütün yasal yolları tükettikten sonra BW Eyaletinin kamu hizmetine girme hakkına (FeAnMad 33/2) ve din özgürlüğüne engel olduğu (FeAnMad 4, 1, 2)[85] nedenleri ile FeAnMa'ya başvurur. Mahkeme, 24 Eylül 2003 tarihinde aldığı kararda, *"kamu kurumlarında çalışma ile başörtüsünün hiçbir ilgisi bulunmamakta ve başörtüsü takmak anayasanın güvence verdiği din özgürlüğü altında değerlendirilir."* hükmünü verir. Ancak mahkeme din özgürlüğüne vurgu yaparken, okullarda dini bağlamda tarafsızlığın da korunmasının gerekliliğine dikkat çeker.[86] Sorunun aşılmasında, her eyaletin kendine özgü düzenlemeler yapabileceğini, var olan toplumsal inançları, eğitim geleneklerini de dikkate alarak orta yolun bulunmasını tavsiye eder. Önerdiği gibi yüksek mahkemenin kendisi de basın yolu ile duyurduğu kararında orta yolu tercih etmiş görünür. Zira kararın bir yerinde giysileri kastederek aynen şu cümlelere yer verir. *"Giysinin okul öğrencilerini etkilemesi olasıdır ve ayrıca bu durum, öğrenci velileri ile okullar arasında anlaşmazlıklara neden olabileceğinden eğitim ve öğretimde aksamalar olacaktır. İşte dini motif taşıyan öğretmen giysisi de böyle bir etki yapabilir. Ancak bütün bunlar soyut çekincelerdir."* Diğer taraftan mahkeme, başörtüsünün dini inançlar gereği takılabildiği gibi, kişinin geldiği ülke geleneklerinden kaynaklanan nedenlerden takılabileceği veya radikal İslamın bir sembolü olarak da görülebileceğini karara ilave eder. Feminist kadın grupları, çeşitli dernekler ve diğer birçok kişinin ileri sürdüğü gibi başörtüsünün bulunduğu toplum tarafından baskı aracı olarak kullanıldığı savının gerçeği

---

[85] FeAnMad 33/2: Her Alman, ehliyet ve mesleki yeteneğine göre, eşit olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.
FeAnMad 33/3: Medeni ve siyasal haklardan yararlanma, kamu hizmetlerine alınma, kamu hizmetlerinde kazanılan haklar, ilgilinin dini inancına bağlı değildir. Hiç kimse, bir mezhebin üyesi olduğu veya olmadığı için veya felsefi görüşü yüzünden mağdur edilemez.

[86] Bei dem zu findenden Mittelweg dürfen auch Schultraditionen, konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung und ihre mehr oder weniger starke religiöse Verwurzelung berücksichtigt werden.
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.html

yansıtmadığını, genç Müslüman kadınların dahi başörtüsünü istekleri doğrultusunda taktıklarını, konu ile ilişkili kamuoyu araştırmalarının belgelediğini de karara not düşer. Kararda mahkeme*, "[...]soyut bir tehlikeyi önleme amacı gerekçe gösterilerek okullarda başörtüsü takmayı yasaklamaya, yürürlükteki BW eyaleti yasaları yeterli değildir*." tespitini yaptıktan sonra *"şu ana kadar yasalarda olmayan böyle bir düzenlemeyi BW Anayasası'nın öngördüğü şekilde [...] yasalaştırma hakkı vardır*." demektedir.

Mahkeme kararına hukuksal açıdan bakanların hemen hepsi, başörtüsünün dini bir ilke olduğuna, din özgürlüğü altında değerlendirilmesinin gerekliliğine dikkat çeker (BverfGE 108, 202). Konuya siyasal açıdan ve Avrupa kültürü geleneğinden bakan eleştirmenler ise başörtüsünün, ya bir baskı unsuru olduğunu veya siyasal bir simge olduğunu iddia eder. Burada gözden kaçırılan temel husus FeAnMa'nın her iki gerekçesinde de bireysel bir tercih olan başörtüsünün, temel haklar çerçevesinde değerlendirilmemesidir (FeAnMad 1-20).

Diğer taraftan FeAn'ın 33. maddesinin 3. Paragrafında yer alan hüküm, *"Kimse bir inanca ait olma veya olmama veya dünya görüşünden dolayı zarara uğratılamaz*" hiçbir yoruma mahal vermeyecek kadar açıktır. Sonuç olarak Mahkemenin eyaletlere bıraktığı yasal boşluğu doldurma önerisinin, dinin söz konusu olduğu herhangi bir davada yine sorun olarak mahkemenin önüne gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Zira hukukun temel ilkesine göre normlar hiyerarşisinde alttaki normun üstteki norma aykırı olması mümkün değildir. Anayasanın din ile ilgili hükmü (FeAnMad 4/1, 2) ve devlet kademelerinde memur olarak çalışılmasında (FeAnMad 33/2) getirdiği hükümlerin yanında, FeAn'ın temel hakları düzenleyen 1. maddesinden 20. maddesine kadar olan değiştirilemez ilkesel maddeleri açıktır.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararı nasıl yorumlanırsa yorumlansın, nihayetinde Mahkeme, F. Ludin'in bireysel başvurusunu kabul eder ve onun dini özgürlüğünün engellendiğini gerekçeli kararıyla hükme bağlar. Başörtülü olarak da tarafsız olunabilineceğini, başörtüsünün devlet görevini yerine getirme konusunda, doğrudan bir engel olmadığını ve ayrıca devletin bütün eylemlerinde her dini gruba ve düşünceye eşit dur-

ması gerektiğini gerekçeli kararında belirtir. Ancak mahkeme, devlet okullarında tarafsız (*Neutralität*) kalmanın tam olarak ne olduğunu da yorumlamış olsaydı, sorun tamamen aşılmış olabilirdi. Burada tarafsız kalmaktan Avrupa merkezli Hristiyan kültürü kastediliyorsa, ki öyle anlaşılmış olmalı, o zaman eşitlik ilkesi çiğneneceğinden tarafsızlıktan bahsetmek olası değildir.[87] Bunca öğretmen var ki, isimleri Christian, Christiane, Maria, Lukas, Matheus, David vb.[88] her bir isim, öğrenciler üzerinde dini etki yapıyor eleştirisi yapılmadığına göre, devlet aynı şekilde başörtüsü konusunda da tarafsız kalma ilkesine uymalıdır.

Ayrıca mahkemenin hukuksal gelişmeleri de yeterince göz önüne almadığını, daha sonraki gelişmeler ortaya koymaktadır. İslam dinini seçen bir başka öğretmen için ve yine BW Eyaletinde İdare Mahkemesi, başörtülü bir öğretmenin, mesleğini bu kıyafetle yapabileceğine dair karar vermiştir. Mahkeme diğer nedenlerin yanında kararında, Baden-Württemberg Eyaleti'nin de örtülü rahibelerin çeşitli devlet okullarında öğretmenlik yapmalarına izin verdiğine; eşitlik ilkesi gereği, Alman Doris Graber'in de devlet memuru olarak başörtüsü ile öğretmenliğine devam edebileceğine ve temyiz yolunun da kapalı olduğuna karar vermişti. Mahkeme kararında, okul huzurunun da zedelenmesinin, sadece soyut bir tehlike olduğunu kararına ilave etmişti. Gerçekten de hem okul idaresi hem de veli ve öğrenciler arasında hiçbir huzursuzluk belirtisine rastlanılmadığı belirtilmektedir (Ehrenstein 2006).

İdare Mahkemesinin Graber davasında temyiz yolunun kapalı olduğuna hükmettiğine yukarıda kısaca değinildi. Zira Mahkeme, FeAnMa'nın eşitlik ilkesi hakkında, bir kararının var olduğuna dikkat çekmiş, bununla ilgili yasa gereği, temyiz yolunun kapalı olduğuna hükmetmişti.

---

87 FeAnMad 3: Bütün insanlar yasa önünde eşittirler.
İnsan Hakları Beyannamesi Madde 1: Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Madde 2: Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayrım gözetilmeksizin, bu Bildirgede belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahiptir.

88 Almanya'da demografik yapının gelişimi takip edildiğinde, halihazırda sayıları çok olmayan göçmen kökenli ailelerin çocuklarına Muhammed, Jesus vb. isimler verdiği; bu kişilerin gelecekte daha da çoğalarak devlet kademelerinde memur olarak çalışacakları aşikârdır.

Ancak Kültür Bakanı ve hükümet konuya değişik açılardan yorumlar getirir. Federal Eğitim ve Araştırma Bakanı Anette Schawan, *"başörtüsü siyasal İslamın ve kültürel ayrımcılığın, aynı zamanda da baskı altındaki kadınların bir sembolüdür."*derken, Kültür Bakanı Helmut Rau, mahkemenin gerekçeli kararında, öne sürdüğü rahibe kıyafetlerinin başörtüsü ile karşılaştırılamayacağını, rahibe kıyafetlerinin meslek kıyafeti olduğunu ve Hristiyan batının yasal ve kültürel değerlerinden olduğunu belirtir (Leibinger 2007, 126).

Sonuç olarak FeAnMa'nın başörtüsü kararı, toplumun konu ile doğrudan ilgisi olmayan geniş kesimleri ve hasbelkader belirli üne kavuşmuş ancak konuya aslında tamamen yabancı olan ve kendi özel nedenlerinden dolayı başörtüsüne karşı çıkan kişiler tarafından olumlu karşılanmıştı. Konuyu nesnel bir olgu olarak değerlendiren bilim adamları ve anayasanın din özgürlüğü ilkesinin etkin bir şekilde dikkate alınmadığını savunan kesim, sorunun halledilmesini eyaletlere devreden mahkeme kararının olumsuzluğuna vurgu yapar. İkinci grubun tespitlerinin yerinde olduğunu, yukarıda kısaca bahsedilen Doris Graber davası, zaten 2006 yılında ortaya çıkardı. Ludin davasının hemen sonrasında 16 eyaletin hemen hepsi hızla FeAnMa'nın konu ile ilgili iki kararından biri olan yasa boşluğunu doldurmak için, yeni yasalar veya yasalarda değişiklikler yaparlar (Trier 2010).

Anayasa Mahkemesi kararından sonra başörtüsü ile ilişkili olarak yasa yapan eyaletler sırası ile şunlardır: Baden-Württemberg (01.04.2004/14.02.2006), Niedersachsen (29.04.2004), Saarland (23.06.2004), Hessen (18.10.2004), Bayern (23.11.2004), Berlin (27.01.2005), Bremen (28.06.2005), Nordrhein-Westfalen (13.06.2006).

Bir yasa çıkarmayı tasarlayan eyaletler: Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein.

Yasa çıkarmak için herhangi bir hazırlık içinde olmayan eyaletler: Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen.

Birçok eyalet, FeAnMa'nın kararını adeta yalanlarcasına ve devletin tarafsızlık ilkesini açıkça çiğneyerek konuya yeni normlar getirir. İlk önce BW eyaleti ve sonra Bavyera Eyaleti memurların giyim esaslarına

düzenlemeler getirir. Bu eyaletleri takip eden diğer eyaletler de benzer yasa tasarılarını parlamentolarından geçirerek yürürlüğe koyar. Örneğin Bavyera Eyalet Parlamentosu böyle bir yasayı, 11 Kasım 2004 tarihinde parlamentodan geçirip 1 Ocak 2005'de Eğitim ve Öğretim Yasası'nın 59. maddesine, 2. paragraf olarak ilave edip yürürlüğe koymuştur (*Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen*= BayEUG § 59/ 2, 3).[89] Yasanın konu ile ilişkili kısmına göre, yani FeAnMa'nın tarafsızlık vurgusuna karşı, yürürlüğe konmuş yasanın son kısmı aynen şu şekildedir. *"[...] anayasanın belirlediği temel değer ve eğitim hedeflerine ve Batılı Hristiyan eğitim ve kültürel değerleri ile uyuşmayan... dünya görüşünü ve dini inancı sembolize eden giysi ve sair eşyayı taşımak yasaktır.*" 09.04.2004 tarihinde Baden-Württemberg zaten, bu konuda eyaletlerin öncüsü olarak böyle bir yasayı, Eyalet Okul Yasasına ilave etmişti (*Schulgesetz für Baden-Württemberg* =SchG § 38/ 2). Bu tür yasa değişikliklerini Alman basını *"Mahkemeler okullarda Hristiyanlık sembollerine izin veriyor*" anlamında cümlelerle okurlarına duyurur (Lau 2007). Böylece FeAnMa kararının birçok yerinde vurgulanan tarafsızlık (*Neutralität*), eyalet parlamentoları tarafından açıkça görmezlikten gelinmiş ve çiğnenmiştir.

Başörtüsü kendi başına bir anlam ve sembol taşımazken, kişinin onu tercih etmesi ve kullanmasıyla dini bir anlam ifade eder (bkz. BVerfGE 93, 1:19 f.) İşte FeAnMa'nın karara bağladığı bu nokta ile devletin eylem alanlarından olan okullarda koruması gereken tarafsızlık ilkesinin çatıştığı noktada karar vermek, gerçekte inanılmaz bir sanatçılık eforu gerektirir. Mahkemenin hüküm verirken dikkate alması gereken diğer bir önemli husus da başka bir dinin sembolü hakkında verilen karara; Hristiyanlık geleneğinden gelen değer yargılarını benimsemiş demokratik bir toplu-

---

[89] BayEUG/ 2,3: Sie müssen die verfassungsrechtlichen Grundwerte glaubhaft vermitteln. Äußere Symbole und Kleidungsstücke, die eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung ausdrücken, dürfen von Lehrkräften im Unterricht nicht getragen werden, sofern die Symbole oder Kleidungsstücke bei den Schülerinnen und Schülern oder den Eltern auch als Ausdruck einer Haltung verstanden werden können, die mit den verfassungsrechtlichen Grundwerten und Bildungszielen der Verfassung einschließlich den christlich-abendländischen Bildungs- und Kulturwerten nicht vereinbar ist...“

mun ve siyasal erkin tepkisinin ne olacağını önceden tartmanın zorluğudur.

7. ÖZET VE DEĞERLENDİRME • *SCHULUSSBETRACHTUNG*

7.1. DEMOKRATİK SİSTEMDE ERKLER AYRILIĞI VE YARGI • *GEWALTENTEILUNG IM GEFÜGE DER DEMOKRATIE UND GERICHTSBARKEIT*

Asıl olarak Montesquieu'ye dayanan erkler ayrılığı ilkesi, kaynağını insan tabiatı ve tecrübesi ile iktidarın nasıl paylaşılacağından almaktadır. Ona göre her güçlü insan veya iktidar, sahip olduğu gücü kötüye kullanmaya ve yetkisini aşmaya meyilli olduğundan, bu gücün sınırlanması gerekrmektedir. Montesquieu'nün ismi ile özdeşleşen erkler ayrılığı kuramında, ilk olarak iktidar gücünün nasıl ayrılacağı ilkesi, ikinci olarak ise onun uygulama alanı olarak gördüğü 18. yüzyıl İngiltere'sini belirlediği görülür. Ancak 18. yüzyılın feodal devlet sistemi bugün artık yok. Montesquieu'nün, o dönemin koşullarına uygun olarak belirlediği ilkeler, çağdaş dünyanın ihtiyaçlarını karşılamada yeterli olmayabilir. Buna rağmen çağdaş devletlerin, kendi gereksinmelerine göre değişik şekilde uygulamaya koydukları erkler ayrılığı ilkesi, temelde Montesquieu'ye dayanır. Bu temel ilkeler, devletlerin özel koşullarına bağlı uygulamalarına rağmen *yasama, yürütme* ve y*argı* olarak siyaset bilimindeki yerleşik yerini günümüze kadar korumuştur.

Erkler ayrılığının çıkışı Antik Çağ'ın devlet kuramları ve felsefelerine kadar uzanır. *Devlet gücü* kavramı, kendi başına bir iktidarın varlığına işaret eder. Ancak burada kastedilen devlet gücü yani iktidar, doğrudan devlet değil, fonksiyonları belirlenmiş y*asama, yürütme ve yargı* organlarıdır. Genel olarak ve uygulamada da bu organların birbirinden tamamen bağımsız bir şekilde fonksiyonlarını yerine getirmeleri mümkün değildir. Bu şekilde düşünülünce, Montesquieu'nün erkler ayrılığı ilkesinin, ideal bir amaç olarak sadece kağıt üstünde kaldığı görülmektedir. Ayrıca bu çalışmada da görüldüğü gibi yasama, yürütme ve yargının, Montesquieu'nün kuramlaştırdığı şekliyle uygulandığına dair bilinen bir örneği de bulunmamaktadır. Çağdaş devletlerin uygulamalarından edinilen tecrübeler göstermektedir ki üç devlet erkinin birbirlerinden tamamen bağımsız olması yerine, uyumlu çalışmasının daha doğru olacaktır. Genel

olarak erkler ayrılığı kuramının işleyişinde, yasama gücünün diğer iki gücü de düzenlediği görülür. Ancak üç anayasal kurum arasındaki güç mücadelesinde, yapısal olarak halkla doğrudan ilişki içinde olan yürütme erki, yasama ve yargı arasında şıkışıp kalmışlık hissi uyandırmaktadır. Sadece yürütme erki değil, insan yaşamının her alanını çıkardığı yasalarla sınırlayan yasama erki de, insanları *"yasalara teslim edilmişlik hissi"* ile kuşatmaktadır. İç içe geçmiş bu üç devlet erkinin belirlediği hukuk normları, her geçen gün mükemmelleşirken, özel yaşamın da her alanını kuşatma altına almaktadır. Bu durum bir taraftan bireyin temel hak ve özgürlük alanının denetim altında tutulduğu hissini verirken, diğer taraftan da hukuk normlarının çokluğu nedeniyle anlaşılmamasına neden olmaktadır.

Anayasal iki devlet organı olan yargı ve yürütmenin kaçınılmaz olarak iç içe giren ilişkilerinde yargının, siyaset kurumuna karşı tutumunu revize etmesi olumlu sonuçlar verecektir. Aynı şekilde bu durum, toplumun siyaset kurumuna bakış açısını da olumlu yönde etkiler. Bu çalışmada görüldüğü gibi, devlet kurumları içinde en düşük güvene sahip olan kurumların başında siyasi partiler ve siyaset kurumu gelmektedir. Bu durum, siyasi partilerin devamlı olarak toplumla iç içe ve toplumun gözü önünde olmasından, toplum nezdinde yürütmenin yanlış tutum içerisinde olduğu algısından ve yargının önemli davalarda yasama ve yürütme ile aynı düşüncede olmamasından kaynaklanmaktadır. Yargının, demokrasinin olmazsa olmazlarından olan siyaset kurumlarına ve siyasi partilere yönelik olumsuz bakış açısından kaynaklanan güvensizlik konusunda benimseyebileceği olumlu tavırla, toplumsal düşünce ve huzura önemli derecede katkı sağlaması mümkün olabilecektir (Mayer-Maly 1988, 79). Siyaset kurumunun devamlı yenilenen toplumsal sorunların çözümünde değişik öneriler getirmesi demokratik ihtiyaçların bir gereğidir.

Yargının, küresel dünya koşullarında ortaya çıkan çeşitli ve yeni toplumsal sorunlara çözüm ararken, hukuksal ve çağdaş yasa yorumlarıyla siyaset kurumunun da önünü açması beklenir. Konu yasa yorumları olunca yargıçlar için, kendisi de bir hukukçu olan Thüringen Eyaleti Adalet Bakanı Harald Schliemann, bir konuşmasında Dr. Hirsch'ten alıntıladığı isabetli bir tespite yer verir: *"Çok sayıda yasa paragrafı tanımakla iyi bir*

yargıç olunmaz. İyi yargıç, yazılı yasalara yaptığı yorumlarla yaşam veren ve hukuksal gerçeklikler içinde adaleti hakim kılmayı amaç edinmiş kişidir." (Schliemann 2005, 10). Federal Almanya Cumhuriyeti, demokratik yasa devletinden oligarşik yargıç devletine dönüşüyor iddiasının (Püttner 1978, 23), mantıksız olmadığını kabul eden Schliemann, yargıçların Montesquieu zamanında olduğu gibi sadece halkın konuşan ağzı olarak kalmasının söz konusu olamayacağını, yasaların günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğini düşünmektedir (Schliemann 2005, 9). Günümüz koşullarında yasama, soyut ve genel yasalar yapmakta ve bu yasalar yargıçların davalardaki somut yorumlarına bırakılmaktadır. Bu durum, adaleti hakim kılmak isteyen yargıçların, yazılı yasaları -hukuk içinde kalarak- yorumlaması konusunda, Hirsch'in yukarıda alıntılanan cümlesinin ne kadar isabetli olduğunu ortaya koymaktadır.

Hukukçu kimliği ile J. Wolfgang Goethe de 1821 yılında, yaşadığı dönemin koşullarını göz önünde bulundurarak, sanki günümüz sorunlarına da ışık tutarcasına ve tartışmalara katkıda bulunurcasına *Zahmen Xenien II* şiirinde, o günün ve dolayısıyla bügünün yargıçlarına aşağıdaki mısralarla seslenmektedir (Goethe, 1982, 952):

"Im Auslegen seid frisch und munter!
Legt ihrs nicht aus, so legt was drunter"

Bu mısralarında Goethe uyarıcı bir üslupla, yasaları yorumlamada taze ve canlı olun fakat hep bir yere yani hukuka dayanın demektedir. İnsanlar ve toplumlar arası barışcıl bir düzenin sağlanmasında, hukuk normlarını yorumlayan yargıçların gerçeği bulmada (*Rechtsfindung*) yetkin ve kararlı olmaları bir gerekliliktir. Montesquieu de erkler ayrılığı kuramında aynı şekilde yargıçları halkın *konuşan ağzı* olarak tanımlamış ve yargıçlık kurumunun önemine vurgu yapmıştır. Yasaları uygulama tekeline sahip olan yargı, adaletin tesisinde önemli rol oynamaktadır. Tam bağımsız ve eleştirel yargıçlar, sosyal mühendisler *(social engineer)* diye adlandırılırken de bu özellikleri göz önünde tutulmuştur (Hirsch 2002, 20). Yasaları yorumlama ve böylece geliştirme, yargının en temel görevleri arasındadır. Ancak yasalar temelde çok geniş yorum yapmaya

imkan bırakmadığından, yargıçların (sosyal mühendislerin) yorumları ile yasalara katkı yapma bağımsızlıkları anayasal yargının sınırında sona ermektedir.

Hukuk devleti ilkeleri doğrultusunda ve diğer bütün demokratik ülkelere benzer şekilde, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası da, *erkler ayrılığı* ilkesi ana temeli üzerine yapılandırılmıştır. Yasama ve yürütme, halk çoğunluğunun ve yargı erkinin denetimi altındadır. FeAn'ın 20. maddesinin 3. paragrafında ve 1. maddesinin 3. paragrafında, üçüncü anayasal güç olarak yer alan yargı, erkler ayrılığı bağlamında, Federal Almanya Cumhuriyeti siyasal sisteminde önemli bir yer tutar. Yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında ilişkilerde yaşanan gerilim ve karşılıklı denetimin, siyasal sistemin güçlenmesine büyük ölçüde katkı sağladığı bir gerçektir. Siyasal gücü ve hukuku hiçbir ayrıma tabi tutmadan, tek bir birim olarak düzenlemek demek hukukun siyasete teslim edilmesi demektir. Federal Almanya Anayasası, tarihsel deneyimlerden aldığı dersler ışığında, siyasal iktidar karşısında bağımsız yargı erkini anayasal sistemin temel unsurlarından biri olarak kabul eder ve ona üçüncü bir güç olarak yasama ve yürütmeyi denetleme görevi verir.

Bu hukuksal güç, insan temel hak ve özgürlüklerini en önde tutan, toplumsal değer yargılarına bağlı, insan onuru, özgürlüğü ve eşitliği ilkelerine saygılı bir anayasal organ olarak kabul edilir (Westphalen 1975, 17). Kendisi de eski bir yargıç olan Harald Schliemann *"Almanya'da olduğu gibi, devlet ve siyasetin, yargıç denetiminde olduğu başka bir devlet yapısı yoktur."* demektedir (Schliemann 2005, 10). Bundan dolayıdır ki, yüksek mahkeme sıfatı ile, yasaları yorumlayan FeAnMa'nın işi kolay değildir. Bir taraftan Mahkeme, 2003 yılında başörtüsü kararında olduğu gibi kolay yolu seçerek, şikayet sahibine doğrudan *haklısın* veya *haksızsın* demek yerine, sorunun çözümünü, siyasetçilere devrederek eyaletlerin yasal düzenlemesine bırakabilmektedir. Ancak diğer taraftan da FeAnMa kastedilerek, yargı siyasetin alanını daraltıyor veya siyasal erke müdahale ediyor, diye eleştirilmektedir.[90]

[90] Bu bağlamda Federal Anayasa Mahkemesi, yedek yasama, yedek parlamento gibi suçlamalara maruz kalmaktadır.

7.2. HUKUK VE YARGIÇ • *RECHT UND RICHTER*

> Frommt´s den Schleier aufzuheben,
> wo das nahe Schrecknis droht?
> Nur der Irrtum ist das Leben,
> und das Wissen ist der Tod.[91]

Yargıç tarafsızlığının korunmasında ilk koşul, yargıcın nesnel özgürlüğünün yanında öncelikle öznel özgürlüğünün sağlanmasıdır (FeAnMad 97). Siyasal iktidarın ve anayasal organların yargı ile iç içeliğinin neden olduğu etkiler yanında medyanın da yargıç kararlarını etkilediği bir gerçektir (bkz. 4.2.1). Yapılan kamuoyu araştırmaları, davalarla ilgili basında çıkan haberler nedeniyle, yargıç ve savcıların belirli ölçüde etkilendiğini ortaya koymuştur. Bu yayınların, özellikle ceza davalarında ve bu davalarda verilecek cezanın derecesi veya cezanın tecili konusunda etkili olduğu aynı araştırmalar tarafından tespit edilmiştir. Devletin diğer kurumlarından talimat almama, bir başka yere atanmama, erken emekli edilmeme, işten atılmama ve terfi gibi konularda nesnel özgürlükleri güvence altında olan yargıçların (ve savcıların) bu şekilde bireysel özgürlükleri de sağlanmış olur. Bu temel ilkeler, özgürlüğü içselleştirmiş olan yargıca, adaletli bir karar verme yolunu açar.

İnsan korunan her şeye mesafeli davranır. Yasalarla korunan mahkemeler veya teâmüller gereği cübbeli yargıçlar ve yükseltilmiş kürsüler-

---

[91] Friedrich Schiller, Schillers Sämmtliche Werke, Cassandra şiirinden, Stuttgart, 1879, I. Cilt, 164- 167.
Schiller'in Cassandra şiirinden alınmış bu kıtayı, yargı ve yargıç bağlamında da yorumlamak mümkündür. Geleceği görme özelliğine sahip güzel Cassandra, bu özelliği Apollo ile yaptığı sözleşmeye uymadığından yine onun tarafından kaybettirildikten sonra, artık ölüm ile yaşam arasında bir fark olmadığına inanır. Mutlak adalet olmadığından, tartışmalı ortamda (Spannungsfeld) bilgi ile yanılgı (Irrtum und Wissen) arasında kalmış olan bir yargıç, varolan hukuki düzenlemelere dayanarak insanlara yol gösterici olamaz. Yanlışlıklarla dolu bu hayatta insanı bildikleri bağımlı yapar. Gerçeği örten perdeyi kaldırmazsa insan, yakınında duran tehlike onun ham hayallerinin cazibesini alıp götürür. Yani *mutlak adalet*in ham bir hayal olduğu gerçeği bilinmelidir (*Absolute Gerechtigkeit gibt es nicht*).

de oturan yargıçlar ile bir mesafeyi tanımlayan her ilke ve yasa, özgür insanın, o kurum ve kişiye karşı da mesafeli durması gerektiği mesajını verir. Taraflar, aralarındaki ihtilaflı bir konuyu, tarafsız olduğuna inandıkları bir mahkemeye götürür ve yargıçtan ihtilaf konusu hakkında tarafsız, nesnel ve özellikle adaletli bir karar (*Urteilsfindung*) vermesini bekler. Mahkemenin vermiş olduğu karar, taraflarda adaletsizlik hissi uyandırmamalıdır. Bağımsız yargıcın böyle bir sonuca ulaşmasını sağlayacak temel koşul, yasaların yargıca verdiği nesnel ve bireysel güvencelerin sağlanmasına bağlıdır. Buna rağmen yargıç etki altında kalarak taraflardan birinde kararını etki altında verdiği hissini uyandırmışsa, ilgili taraf yasa çerçevesinde yargıcı reddedebilir (§ 42 ZPO).

7.3. ANAYASA VE FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ • *GRUNDGESETZ UND DAS VERFASSUNGSGERICHT*

Bir toplum ve devlet konsepti olan anayasa, en başta toplumsal ve tarihsel bir konsensüsün de ürünüdür. Bu eserin her daim varoluşu üç ana koşula bağlıdır. Anayasanın oluşumunda iktidar: 1. Toplumun bütününü, bu konseptin oluşumuna ortak eder ve böylece halkın desteğini de alarak anayasaya meşruiyet kazandırır (*Legitimationsfunktion*), 2. Devletin anayasal organlar ile örgütlenmesini ve bu organlar arasındaki işbirliğini, ayrıca bu organların görev ve yetkilerini düzenler, (*Organisationsfunktion*). 3. Toplumun kabul ettiği, *temel haklar kataloğu* ile anayasal kurumların yetki sınırlarını kesin çizgiler ile belirler (*Begrenzungsfunktion*). Ancak yukarıdaki bu koşullar yerine getirilirse, o zaman konseptin uzun ömürlü olması sağlanmış olur (Walter 2010, 76). Diğer taraftan, küreselleşmenin getirdiği dördüncü bir husus daha var ki, bu durum bazı devletler için kendi devlet sisteminin geliştirilmesi anlamına gelirken, başka devletler içinse kendi geleneklerinin ve tipik toplumsal özelliklerinin tehlikeye atılması anlamına gelmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası, 23 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe giren Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, eyalet anayasalarından sonra yapılmıştır. Eyalet parlamentoları tarafından seçilen *Kurucu Kurul'un* 8 Mayıs 1949 tarihinde hazırladığı Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, yalnızca eyalet parlamentoları tarafından onaylandıktan sonra, işgal

güçlerinin de onayı alınarak yürürlüğe girmiştir.[92] Federal Anayasa; *Giriş*, *Temel Haklar* ve diğer düzenlemeler bölümlerinden meydana gelir. Federal Anayasa'da temel haklar ve devlet yapısının ana hatları, Alman toplumunun değer yargıları dikkate alınarak hazırlanmıştır. Anayasa maddelerinden birini değiştirmek için Federal Parlamento ve Federal Temsilciler Meclisi'nin ayrı ayrı üçte iki çoğunluğunun oyu gerekmektedir. FeAn'ın 79. maddesi eyaletlerin fonksiyonlarında değişiklik yapmayı yasaklamaktadır. Yine, FeAn'ın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ilk 20 maddesi de değiştirilemez niteliktedir.

Kurucu Kurul, temel hakları düzenleyen değiştirilemez maddeleri FeAn'ın 1 ila 19. maddelerinde önemini vurgulamak amacıyla düzenlemiştir. Aynı şekilde bu düzenlemelerin değiştirilemez ilkeler olarak kabul edilmesi, temel haklara verilen önemin kanıtı olarak kabul edilmektedir. Bu maddelerle ilgili açıklamalara bu çalışmanın birçok yerinde, maddî hukukun bir parçası olarak yer verilmiştir. Buna ilaveten, toplumsal geleneklerin ve dinsel alanın da hukuken düzenlenmesinin, FeAn'da yeterince yer aldığını da belirtmek gerekir. Ünlü siyaset bilimci Frank R. Pfetsch'e göre; Weimar Anayasası'nın devlet ve toplum düzenlemesinde, seküler ve değer yargısız (*Neutral*) bir anayasayı benimsemesine karşın, savaş sonrası yapılan eyalet anayasaları, bilhassa Güney Almanya eyaletlerinin istekleri doğrultusunda *"Hristiyan devlet*" konseptinde hazırlanmıştır. Zira onlara göre, "*devlet zaten yerleri ve gökleri yaratan tanrının, manevi düzeninin bir parçası"* değil miydi?[93] Ancak Federal Anayasa ve kuzey eyaletlerde, bu tür aşırı sayılabilecek formülasyonlar yerine, daha seküler kavramlar tercih edilmiştir. Örneğin Rheinland-Pfalz Eyaleti

---

92 Federal Anayasa, bu haliyle ne Federal Parlamento ne de Alman halkı tarafından bugüne kadar onaylanmıştır. Gerçek şudur ki demokratik sistemlerde anayasaların meşruiyetinin temel koşulu ve temel ilkesi, serbest seçimlerle belirlenmiş parlamentoların veya halkın doğrudan onayı ile anayasaların kabul edilmesidir. Federal Anayasa için bu koşul hâlâ yerine getirilmediğinden, denilebilir ki, Federal Anayasa meşruiyetini sadece 61 yıllık geleneğinden almaktadır.

93 Bugünkü şekli ile Baden-Württemberg Anayasası.
Reinland-Pfalz Anayasası'nın giriş cümleleri şu şekildedir. Madde 1: *Der Mensch ist berufen, in der ihn umgebenden Gemeinschaft seine Gaben in Freiheit und in der Erfüllung des christlichen Sittengesetzes zu seinem und der anderen Wohl zu entfalten.*

Anayasası'nın ön kısmına (*Vorspruch*) yukarıdaki metin, biraz daha dünyevileştirilerek "*Hukukun ilk kaynağı ve bütün insan topluluklarının yaratıcısı Tanrının önünde, sorumluluğun bilincinde olarak"* şeklinde alınmıştır (Pfetsch 1990, 420).

Yasama ve yürütmenin uygulamalarının anayasaya uygunluğunu denetleyen anayasal bir kurum olan FeAnMa, bu temel yetki ve sorumluluğunun yanında, Alman siyasal sisteminde başka birçok işleve de sahiptir. Mahkeme, toplumu yakından ilgilendiren norm denetimini yaparken, aynı zamanda karar merkezlerini de etkilemektedir. Denetleme fonksiyonuna sahip FeAnMa, birincil görevi olan yasamanın eylemlerini (yapılan yasaları) denetlerken, yürütmenin eylemlerini de denetlemekte ve dolaylı yoldan toplumsal yaşama müdahale etmiş olmaktadır (Kruzifix Kararı gibi). Mahkeme, norm denetimi yani yasaların anayasaya uygunluk denetimini yaparken aynı zamanda, yetki alanında olan yasaları yorumlayarak hukuk normlarının gelişmesine de etkin katkı sağlamaktadır. Anayasa'nın yasama tarafından çağdaş koşullara uyarlanması yanında, toplumun değişen anayasal gereksinme ve sorunlarına yanıt aramada, FeAnMa'nın da Anayasa'yı günün koşullarına göre yorumlaması, üstlendiği bir başka önemli fonksiyondur. FeAnMa ayrıca siyasal erkin karar vermekte zorlandığı konularda verdiği kararlarla, iktidarın yüküne ortak olabilmektedir (Afganistan'a asker gönderme kararı gibi). Böylece iktidarı toplumsal eleştirilerden korumuş olmaktadır. Diğer taraftan, FeAnMa yasalara getirdiği yeni ve değişik yorumlarla, yasama ve hükümetin beklentisine ters düşen, karşıt bir karar da alabilmektedir. Bu durumun Mahkeme'ye "*yedek yasama*" rolü verdiği iddiaları, Mahkeme'nin yetki alanın zaten "yasa denetleme ve yorumlama" olmasından dolayı havada kalmaktadır. FeAnMa her haliyle; toplum, iktidar ve siyaset arasında aracı bir rol üstlenmiş bulunmaktadır.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin 2. Senatosu'nun, başörtüsü ile ilgili verdiği karar, 1. Senato'nun okullarda asılan *figürlü haç (Kruzifix)* kararını onaylar nitelikte görünmektedir. Zira Mahkeme, her iki kararda da Anayasa'nın her çeşit din ve dünya görüşleri hakkında tarafsızlığına vurgu yapmıştır. Mahkeme vermiş olduğu kararlarda devletin, velilerin ve öğrencilerin haklarının yanında, öğretmenlerin de temel haklarının ol-

duğuna ve bu hakların da dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir. Basında ve toplumun çeşitli kesimlerinde uzun zamandır yapılan tartışmalar sonucu başörtüsü kavramının yüklendiği negatif anlamların (*kadına baskı, bir metre bez, siyasal İslamın sembolü, kadını aşağılama* gibi) var olduğuna dikkat çekilir ancak bu tanımlamaların mutlak gerçekler olmadığı da aynı kararda belirtilir. Çeşitli çevreler tarafından haklı olarak Anayasa'nın din ile ilgili temel hakları düzenleyen 4. maddesine rağmen verdiği karardan dolayı korkaklıkla suçlanan Mahkeme, aslında Almanya'da ve böylece Avrupa Hristiyan kültürünün hâkim olduğu coğrafyalarda, toplumun bu tür konulara yasal olarak hazırlanmasını önermiştir. Devletin her alanda vatandaşlarına tarafsız (*Neutralität*) olmasını öneren Mahkeme'nin, doğal olarak Hristiyan Batı kültürünün hâkim olduğu okullarda, sadece haç ve başörtüsü sembollerinin atılmasıyla çözüme ulaşılamayacağını öngörmektedir. Konuyla alakalı bir başka örnek verecek olursak; Christian ve Christiane, Christoph veya Muhammed veya Jesus gibi doğrudan dini isimli devlet memurları, devletin her kademesinde aynı kuşkunun yani tarafsızlık ilkesinin zedelendiği kuşkusunun doğmasına sebebiyet verecektir. FeAnMa'nın, dini simgelere bakışta demokrasinin henüz hiç olmadığı veya topal olduğu ülkelere örnek teşkil etmesi gereken bir karar vermesi gerekmekteydi. Mahkeme, Hristiyan batı toplumunun şu an yaşadığı küreselleşmenin etkilerini de dikkate alarak, Alman toplumunun yüzyıl öncenin tekdüze toplumu olmadığını, FeAn'ın 4. maddesinde zaten mevcut olan din özgürlüğü postulatına atıfta bulunarak kararını vermeliydi. Mahkeme mevcut kararı ile, Rudolf Smend'in 1962'de Federal Anayasa Mahkemesi hakkında yaptığı "*Pratikte Anayasa artık, Anayasa Mahkemesi'nin onu yorumladığı şekilde geçerlidir. İlgili literatür onu zaten bu anlamda işlemektedir."* tespitinin bir defa daha doğrulandığını göstermiştir (Smend 1976, 330).

Bir başka önemli husus da Anayasa Mahkemesi'nin başörtüsü ile ilgili kararına kiliselerin verdiği değişik tepkilerdir. Başörtüsü kararına olumlu yaklaşanların yanında, olumsuz tepki verenler de az değildir. Baden Protestan Kilisesi Piskoposu Gerhard Maier; EKD Kurul Başkanı, Piskopos Dr. Wolfgang Huber; Hannover Kenti Eyalet Piskoposu Dr. Margot Kässmann; Bavyera Eyalet Piskoposu Dr. Johannes Friedrich

başörtüsünün, kadın erkek eşitliğine ters düştüğü ve antidemokratik bir sembol olduğu gerekçesiyle, tamamen yasak edilmesini kesin bir dille isterken; kendi inançları ile çelişkiye düşmüş görünmektedirler. Yani dini gerekçeleri ve anayasal düzenlemeyi atlayarak, herhalde sadece kültürel kaygılardan dolayı yasaklama yönünde düşüncelerini beyan etmişlerdir. Halbuki sıkça bu çalışmada bahsedildiği gibi, FeAn'ın 4. maddesi din özgürlüğünü bir insan hakkı olarak düzenlemiştir. Yasayı bir an için bir tarafa bırakacak olursak, Kutsal Kitap İncil başörtüsüne ilişkin; dünyevi cezaları da söz konusu ederek inananlara açıkça örtünmeyi emretmektedir.[94] Toplumun çok büyük bir kesimi tarafından bilinmeyen veya önemsenmeyen bu konuyu elitist başörtüsü karşıtları veya piskoposların bilmemeleri olası değildir. Diğer taraftan Kuzey Elbe Piskoposu Maria Jepsen (Hamburg) ve Bärbel Wartenberg-Potter (Lübeck) ayrıca Schaumburg-Lippe Eyalet Piskoposu Jürgen Johannesdotter başörtüsünün yasaklanmasına taraftar olmadıklarını, çeşitli yazılarında ve ortamlarda beyan etmişlerdir (Weltbund 2004). Ayrıca Federal Almanya Cumhurbaşkanı Johannes Rau da bu konuda bir açıklama gereği duyduğundan,

---

94 Pavlus'un Korint'lilere 1. Mektubu, 11. Bölüm, 4-16. Ayetler: [..] [4]Başı örtülü olarak dua eden ya da peygamberlik eden her erkek, başını küçük düşürür. [5]Ama başını örtmeden dua eden ya da peygamberlik eden her kadın, başını küçük düşürür. Böylesinin, başı traş edilmiş bir kadından farkı yoktur. [6]Eğer kadın örtünmüyorsa, saçını kestirsin. Ama kadının saçını kestirmesi ya da traş etmesi ayıpsa, başını örtsün. [7]Erkek başını örtmemelidir. Çünkü erkek Tanrı'nın benzeyişinde olup Tanrı'nın yüceliğini yansıtır. Kadın ise erkeğin yüceliğini yansıtır. [8]Çünkü erkek kadından değil, kadın erkekten yaratıldı. [9]Erkek kadın için değil, kadın erkek için yaratıldı. [10]Bu nedenle ve melekler uğruna kadın, bir yetki işareti olarak başını örtmelidir. [11]Ne var ki, Rab'de ne kadın erkekten, ne de erkek kadından bağımsızdır. [12]Çünkü kadın erkekten yaratıldığı gibi, erkek de kadından doğar. Ama her şey Tanrı'dandır. [13]Siz kendiniz karar verin: kadının örtüsüz başla Tanrı'ya dua etmesi uygun mu? [14-15]Doğa bile size erkeğin uzun saçlı olmasının kendisini küçük düşürdüğünü, ama kadının uzun saçlı olmasının kendisini yücelttiğini öğretmiyor mu? Çünkü saç kadına örtü olarak verilmiştir. [16]Bu konuda çekişmek isteyen biri varsa, şunu bilsin ki, bizim ya da Tanrı'nın topluluklarının başka bir geleneği yoktur. (Ortak kabul gören bir tercüme).
Im 1. Kor. 11, 4-6, des Paulus heißt es: "[..] Eine Frau aber entehrt ihr Haupt, wenn sie betet oder prophetisch redet und dabei ihr Haupt nicht verhüllt...Wenn eine Frau kein Kopftuch trägt, soll sie sich doch gleich die Haare abschneiden lassen. Ist es aber für eine Frau eine Schande, sich die Haare abschneiden oder sich kahl scheren zu lassen, dann soll sie sich auch verhüllen. [..] " (Einheitsübersetzung mit Anmerkungen. 11, 10).

tam da konu ile birebir ilgisi olan Avrupa Aydınlanma Dönemi'nin önde gelen şair ve yazarlarından Gotthold Ephraim Lessing'in[95] 275. doğum gününde, başörtüsü yasağına karşı olduğunu, dinler arasında ayrımcılık yapılmamasını ve başörtüsünün açıkça köktendinci bir siyasal simge olarak kabul edilmemesi gerektiğini konuşmasında açıkça beyan etmiştir: *"Korkum şudur ki, başörtüsü yasağı ile, laik bir devletçiliğe giden yolda ilk adım atılmış olacak ve dini simge ve işaretler kamusal alandan kovulacak. Ben bunu istemiyorum."* Böylece, Federal Almanya Cumhurbaşkanı da yaptığı bu uyarıyla kadınların örtünmesi tartışmalarına dahil olmuştur (Weltbund 2004).

7.4. HUKUK, MAHKEMELER VE BİR VATANDAŞ OLARAK YARGIÇ • *RECHT, DIE GERICHTE UND DER RICHTER ALS BÜRGER*

Diğer hukuk sistemlerine göre, Alman hukuk sistemi federal devlet yapısından da kaynaklanan nedenlerle çok daha geniş ve parçalıdır. Avrupa Birliği normları da buna ilave edilince bu sistem daha da genişler. Uzun zamandan beri yapılan yasa, yönetmelikler ve tüzüklerin çokluğunun hukuk normlarının tam olarak anlaşılmasını engellediği yaygın bir kanaattir. Vergi ve sosyal konularla alakalı ayrıntılı yasal düzenlemeler, somut bir soruna çözüm arayan ilgili uzmanları bile zorlamaktadır. Yasalar, toplumun refahı ve toplumsal barış için yaşamın her alanını en ince detayına kadar düzenlerken, bir taraftan da temel hak ve özgürlükleri kötü yönde etkiler. Buna bağlı olarak, hukuk devletinin yürütülebilirliği de bu nispette zorlaşır. Zira yasa ve kuralların çokluğundan dolayı kimsenin bunların bütününü bilmesi ve uygulaması olanaklı değildir. Bundan dolayıdır ki yasaların belirli bir süre için geçerli olması ve geçerlilik süresinden sonra ihtiyaç durumuna göre yürürlükten kalkması gibi teklifler de yapılmaktadır.

Batı toplumlarında devlet, önceki yüzyılların aksine, artık siyasi parti, sendika ve diğer siyasal örgütlenmeler üzerinden yönetilmektedir. Siya-

---

[95] Gotthold Ephraim Lessing'in "*Nathan der Weise*" adlı romanı hoşgörü düşüncesinin ilk eserlerindendir (Hümanizm). Lessing romanında, birbirinin aynı olan üç yüzük öyküsü ile üç semavi dinin de eşit olduğunu anlatmak istemiştir.

sallaşmış toplumlarda, devlet ve toplum tabi olarak iç içe geçmiş olduğundan kamu hukuku veya özel hukuk alanlarını kesin çizgilerle belirlemek çok kolay değildir (Braun 2007, 155). Batı toplumlarında özel hukuk ile kamu hukukunun kesin çizgilerle ayrılması savunulurken, aynı zamanda kamu hukukunun, özel hukukun hemen hemen bütün alanlarını *işgal* ettiği de bir gerçekliktir (Braun 2007, 157). Zira yasalar, toplumun her alanını, bireyin bütün davranışlarını sınırlandırmış durumdadır. Örneğin özel komşu hukuku, kamuya ait komşu hukuku ve çevre denetim hukuku (*Immissionsschutzrecht)* alanlarını, kamu hukuku kendi hukuk alanı olarak belirlemiştir. Johann Braun, *bu ve buna benzer değişikliklerle özel hukuk alanının daraltılması onu önemsizleştirmez, bu kamu hukukunun uygulama alanlarının her kamusal ve özel konunun normlaştırılması sonucudur* demektedir. Ancak bu durum, kamu hukuku *her alanı kendi eli altında tutuyor* sonucunu değiştirmez. Braun, zaten kitabının bir başka bölümünde bu konuya açıklık getirir. O, hür bireyi geçici olarak bir kenara koyarak, bireye özgü ve *özel hukuku*n üç ana alanı olan mülkiyet hukuku, sözleşme hukuku ve medeni hukuku (*Eigentum, Vertrag, Zivilprozeß)* bir evin direklerine benzetir. Bu direklerin birinin alınması halinde bütün evin çökmesine, birinin sarsılması halinde ise evde çatlaklar meydana getireceğine, dolayısıyla her bir direğin önemsenmesi gerektiğine dikkat çeker (Braun 2007, 162).

Yargıçların, doğrudan siyasi partilerde çalışmasını ve her tür siyasal çalışmanın içinde olabileceğini FeAnMa 15.03.1984 tarihinde aldığı bir kararla açıklığa kavuşturur. Hatta Mahkeme, yargıcın siyasal çalışmalar yaparken dahi, yargıçlık ünvanını kullanmasında bir sakınca olmadığına hükmeder (bkz. 4.1.1.1). Anayasa ve yasalarda da yargıçların siyasal çalışmalar yapmasının önünde engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Konuyla ilgili yasalar sadece şu önemli koşulu tekrarlamaktadır: "*Yargıç siyasal çalışmalarında, yargıçlık kurumunun bağımsızlığına güvenin zedelenmemesine azami dikkat göstermek durumundadır."* Ancak FeAnMa'nın konu ile alakalı karar metni, AlYaYa'nın 39. maddesi ve FeAn'ın ilgili maddesi de (FeAnMad 97/ 1) yargıcın, bir vatandaş olarak sahip olduğu temel haklara dayanarak yargıçların haklı olarak siyasal yaşama katılma haklarını teslim eder. Burada tespit edilen karşıtlık, yine

FeAn'ın erkler ayrılığı kavramı ile alakalı hükmüne göre (FeAnMad 20/ 3), yargı erkinin en önemli mensubu olan yargıcın doğrudan siyasal yaşam içinde olmasıdır. Bu şu anlama gelir: Bir vatandaş olan yargıç, FeAn'ın açıkça ayırdığı devletin her iki erkinde de görev almakta ve örneğin siyasal bir konuda karar verirken yansız ve bağımsız karar vermesi kendisinden beklenmektedir. Bu durumun, FeAn eski yargıçlarından Joachim Rothmann tarafından kaleme alınan bir makalede yanlış olduğu anlatılır (Rothmann 1987, 317).[96] Demokratik sistemlerde yargı, mahkemeler eliyle yargılama tekeline sahiptir. Yargı tekeline sahip bir kurumun mensuplarının siyasal faaliyetlerin içinde olması, yargının ve böylece de yargıcın yürütmenin alt ve ön birimleri ile organik bağını doğrular. Organik bağ varsa erkler ayrılığı prensibi ve FeAn'a karşıtlık söz konusu olur. Siyasal çalışmaların yapıldığı siyasi partiler, meslek dışı dernekler, sendikalar doğrudan *yürütme* erki anlamı taşımasa da yasama ve yürütme ile toplum arasındaki en önemli kuruluşlardır. Seçimlerde milletvekili olmak için adaylığını koyan bir yargıcın, adaylığı seçimlerle onaylandıktan sonra yargıçlık mesleğine fiilen devam etmese de hem yargı erki mensubu olması hem de yargıçlık ünvanını da kullanarak siyasal çalışmaların içinde olması, demokrasinin temel esası olan erkler ayrığı ilkesine aykırı görünmektedir.

Bu çalışma çerçevesinde tespit edilebilen başka bir karşıtlık ise şudur: Halkın yargıya olan güveninin diğer anayasal kurumlara göre kamuoyu yoklamalarında daha iyi bir yerde olması, demokratik ilkelerin yargı tarafından ihlal edilmesini gerektirmez. Burada şunu belirtmek yerinde olacaktır: Vatandaş ile vatandaş ve devlet ile vatandaş anlaşmazlıklarının yegane çözüm aracı yasalar ve çözüm yeri de mahkemelerdir. Yani adaletin tecelli ettiği tekel kurum mahkemelerdir. Adaleti bulmada (*Rechtsfindung*) tekel olan bir kurumun, diğer kurumlarla eşleştirmede güvenilir kurumlar arasında olması, onun mensuplarının örneğin yargıç-

---

[96] "Bir siyasi partide olsun bir dernekte olsun birisi siyasal çalışmalar yapyorsa, tarafsız olması zordur. Hatta niçin tarafsız olsun ki?" = *"Wer sich politisch betätigt, sei es nun in einer politischen Partei oder in einem Verband, kann schwerlich neutral sein. Warum sollte er auch neutral sein?"*

ların doğrudan siyasal çalışmalar içinde olması, erkler ayrılığı ilkesinin yargı tarafından ihlal edilmediği anlamı taşımaz.

"İnsanlar devletlerinden yüz çevirirse demokratik devlet yıkılır, aynı şekilde toplum bilincinde yankı bulmayan demokratik yargı da gücünü kaybeder." (Wassermann 1979, 19) Rudolf Wassermann burada, yargının tutumunun ne olması gerektiğini tanımlarken, yargının toplumun ancak geleneklerin, yani demokrasinin bütün koşullarının tam olarak işletilmesi ile güçleneceği ikazını yapmaktadır. Devletin, yargı eliyle adaletin sağlanmasında halka karşı sorumluluk duyması ve üstlendiği görevlerini yerine getirmesi, devlete demokratik güç sağlayacaktır. Ancak yargı mensupları ruhsuz robotlar olmadıklarından, yargıçların yasaları yorumlayarak bireyselleşmiş somut davalarda çözüm üretmeleri en doğal yetkileri ve hatta görevleridir. Rudolf Wasserman yargıyı "Justiz mit menschlichen Antlitz" yani insan yüzlü yargı olarak görmek isterken, yargının kendi kendini sorgulamasının ve toplum ile yargı arasında oluşmakta olan uçurumun nedenlerinin araştırılmasının gerekliliğini vurgular (Wassermann 1979, 21). Alman yargı sisteminin bütün kurum ve kuruluşları ile daha insancıl düzenlenmesi sadece ahlakî bir önerme değil aynı zamanda yerine getirilmesi gereken yasal bir sorumluluktur. Anayasa'nın 1. maddesi tam da bu ilkeyi "İnsan onuru dokunulmazdır. Devletin bütün kurum ve kuruluşları ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür." şeklinde düzenlemektedir.

"Yargıç toplumsal düşüncelerden sadece etkilenmemekte, o baskıyı bizzat hissetmektedir. Bunu ortaya koyan sayısız işaretler tanımaktayız." (Sarstedt 1971, 146). Federal Yargıtay'ın Başkanı Prof. Dr. W. Sarstedt, yargıçların toplumsal düşüncenin etkisi altında kalmasını böyle anlatır. Yargıç bağımsızlığı her alanda sağlandı; Alman yargıçları toplumsal hiçbir etki altında kalmadan karar veriyorlar demek doğru değildir. Doğal olarak yargıç da bu toplumun bir bireyi olarak bulunduğu toplumunun değer yargıları, dini inançları, medya eleştirileri etkisi altında kalabilir. Zaten demokrasi bir bakıma, geleneklerinin iktidara doğrudan bir yansıması değil midir? Yargı, demokratik düşüncenin toplumsal bilinç seviyesine yükselmesi ve adaletin birey ile devlet ve birey ile birey arasındaki ilişkilere yansıması için alanında tekel olan demokratik ve anayasal bir

devlet organıdır. Böyle bir kurum, ilkelerini ancak toplumdan yani toplumun ulusal bir konsept olarak kabul ettiği anayasadan alır. Alman Cumhurbaşkanlarından Gustav W. Heinemann da 1 Temmuz 1969 tarihinde yaptığı göreve başlama konuşmasında, toplumun demokratik sistemi nasıl algılaması gerektiğinin altını *"Hür demokrasi artık, toplumumuzun temel ilkesi olmalıdır."*[97] cümlesiyle çizer.

[97] Heinemann'ın söylemi: *"Freiheitliche Demokratie muss endlich das Lebenselement unserer Gesellschaft werden."* Rudolf Wassermann'ın "Der Politische Richter" kitabının giriş kısmından alıntılanmıştır.

8. EKLER / OKUMA PARÇALARI• *ANHÄNGE UND LESETEXTE*

8.1. YASAYA AÇILAN KAPI

O adalet ararken, hukuk mücadelesi yolunda öldü. Fakat o utanç hala yaşıyor. Karar anında robaları içinde yanak yanağa yaklaşarak karar veren yargıçların silüeti, ölümü anında gözü önünden geçiyordu.

Haksız yere idam edilenlere atfediyorum

Biri Josef K.'ya iftira etmiş olmalıydı. Çünkü yasak ve kötü bir şey yapmamasına rağmen bir sabah tutuklanır.

Yasanın önünde bir bekçi nöbet tutmaktadır. Yasaya girmek için, taşradan gelen bir adam bu bekçiden giriş izni rica eder. Ancak bekçi, ona şu an için giriş izini veremeyeceğini söyler. Adam düşünür ve ardından "ilerde girmeme izin verilecek mi"?, diye sorar. "Olabilir, ancak şimdi değil" der bekçi. Hep açık duran yasa kapısı önünden bekçi bir ara yana çekildiğinde, taşralı kapıdan içerisini görebilmek için eğilir. Bekçi bunu fark edince, gülerek "İçerisi seni bu kadar cezbediyorsa, yasağıma rağmen içeri girmeyi dene" der. "Ancak şunu unutma ki ben çok güçlüyüm. Üstelik ben bekçilerin en küçük seviyede olanıyım. Oysa içeride, bir salondan diğerine bekleyen bekçilerden her biri bir diğerinden daha güçlüdür. Üçüncü bekçinin bakışına ben bile dayanamam". Taşralı adam böyle zorluklarla karşılaşacağını hiç beklememiştir. "Yasanın herkese ve her daim açık olması gerekirdi" diye düşünür. Ancak o şimdi, kürklü kapı bekçisini ve onun o büyük, sivri burnunu; uzun, ince, siyah tatar tarzı sakalına dikkatlice bakınca, iyisi mi giriş iznini alıncaya dek bekleyeyim, diye karar verir. Bekçi ona bir iskemle verir ve onu kapının yanına oturtur. Adam orada günlerce ve yıllarca oturur. İçeriye girebilmek için birçok defa girişimde bulunur. Ricalarıyla bekçiyi bıktırır. Bekçi onu arada bir küçük sorgulamalara tabi tutar; memleketi ve daha bir sürü başka konu hakkında sorular sorar. Ancak bunlar, büyük ağaların sorduğu türden, öylesine ilgisiz sorulardan ibarettir. Ancak her defasında bekçi ada-

ma onu henüz içeri bırakamayacağını söyler. Yolculuğu için iyi hazırlanmış ve yanına birçok malzeme almış olan taşralı, eşyaların değerine bakmadan bekçiyi rüşvet yoluyla ikna edebilmek için hepsini kullanır. Bekçi gerçi hepsini kabul eder, ancak bir yandan da; "Bunu sadece bir fırsatı kaçırdığını sanmayasın diye kabul ediyorum." der. Taşralı yıllarca aralıksız bekçiyi inceler ve öteki kapı bekçilerini unutur. Bu ilk bekçi ona, yasaya girişin biricik engeli gibi görünür. Bu talihsiz rastlantıya lanet eder, ilk yıllarda sağa sola aldırış etmeden bunu yüksek sesle dile getirir; yaşlandığında ise artık sadece kendi kendine homurdanır. O çocuklaşmış ancak bu arada bekçiyi de iyice tanımıştır. Bekçinin kürkünün yakasındaki pireleri de bu arada tanıdığından, pirelerden dahi bekçinin fikrini değiştirmesi için kendisine yardım etmeleri için ricada bulunur. Sonunda, gözleri daha zayıf görmeye başlar; çevresi mi kararıyordu, yoksa gözleri mi onu yanıltıyordu bilemez bir hale gelir. Tam da bu sırada, karanlık yasa kapısından sönmeyen bir ışık parıltısını farkeder. Artık o, yaşamının da sonuna gelmiştir. Ölümünden önce zihninde, bütün o yılların anıları o ana kadar bekçiye yöneltmediği bir tek soruya odaklanır. Kaskatı kesilmiş bedenini doğrultamadığından, yanına gelmesi için bekçiyi eliyle yanına çağırır. Kapı bekçisi, ona doğru iyice eğilmek zorunda kalır; zira bekçi ile boy farkı, adamın aleyhine değişmiştir. “Şu anda, hala ne öğrenmek istiyorsun?” diye sorar bekçi, “Yatışmaz birisin.” Taşralı adam “Herkes yasaya girmeye özeniyor ama nasıl oluyor da bunca yıl boyunca benden başka hiç kimse giriş isteminde bulunmadı?” der. Bekçi, adamın artık ölmek üzere olduğunu anlar ve iyice azalmış olan işitme duyusundan dolayı bağırarak; “Burada, senden başka kimse giriş izni alamazdı, zira bu kapı sadece senin için öngörülmüştü. Şimdi gidiyorum, ve o kapıyı kapatacağım.” der.

8.2 *DIE TÜR ZUM GESETZ*[98]

Vor dem Gesetz steht ein Türhüter. Zu diesem Türhüter kommt ein Mann vom Lande und bittet um Eintritt in das Gesetz. Aber der Türhüter sagt, dass er ihm jetzt den Eintritt nicht gewähren könne. Der Mann

[98] Kaynak ve geniş bilgi için bkz.: Dipnot Nr. 38.

überlegt und fragt dann, ob er also später werde eintreten dürfen. “Es ist möglich, “sagt der Türhüter, “jetzt aber nicht.” Da das Tor zum Gesetz offen steht wie immer und der Türhüter bei Seite tritt, bückt sich der Mann, um durch das Tor in das Innere zu sehen. Als der Türhüter das merkt, lacht er und sagt: “Wenn es dich so lockt, versuche es doch trotz meines Verbotes hineinzugehen. Merke aber: Ich bin mächtig. Und ich bin nur der unterste Türhüter. Von Saal zu Saal stehen aber Türhüter, einer mächtiger als der andere. Schon den Anblick des Dritten kann nicht einmal ich mehr ertragen.” Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet; das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein, denkt er, aber als er jetzt den Türhüter in seinem Pelzmantel genauer ansieht, seine große Spitznase, den langen, dünnen, schwarzen tartarischen Bart, entschließt er sich doch lieber zu warten, bis er die Erlaubnis zum Eintritt bekommt. Der Türhüter gibt ihm einen Schemel und lässt ihn seitwärts von der Tür sich niedersetzen. Dort sitzt er Tage und Jahre. Er macht viele Versuche eingelassen zu werden und ermüdet den Türhüter durch seine Bitten. Der Türhüter stellt öfters kleine Verhöre mit ihm an, fragt ihn über seine Heimat aus und nach vielem andern, es sind aber teilnahmslose Fragen, wie sie große Herren stellen, und zum Schlusse sagt er ihm immer wieder, dass er ihn noch nicht einlassen könne. Der Mann, der sich für seine Reise mit vielem ausgerüstet hat, verwendet alles, und sei es noch so wertvoll, um den Türhüter zu bestechen. Dieser nimmt zwar alles an, aber sagt dabei: “Ich nehme es nur an, damit du nicht glaubst, etwas versäumt zu haben.” Während der vielen Jahre beobachtet der Mann den Türhüter fast ununterbrochen. Er vergisst die andern Türhüter und dieser erste scheint ihm das einzige Hindernis für den Eintritt in das Gesetz. Er verflucht den unglücklichen Zufall, in den ersten Jahren rücksichtslos und laut, später als er alt wird, brummt er nur noch vor sich hin. Er wird kindisch und da er in dem jahrelangen Studium des Türhüters auch die Flöhe in seinem Pelzkragen erkannt hat, bittet er auch die Flöhe ihm zu helfen und den Türhüter umzustimmen. Schließlich wird sein Augenlicht schwach und er weiß nicht, ob es um ihn wirklich dunkler wird oder ob ihn nur seine Augen täuschen. Wohl aber erkennt er jetzt im Dunkel einen Glanz, der

unverlöschlich aus der Türe des Gesetzes bricht. Nun lebt er nicht mehr lange. Vor seinem Tode sammeln sich in seinem Kopfe alle Erfahrungen der ganzen Zeit zu einer Frage, die er bisher an den Türhüter noch nicht gestellt hat. Er winkt ihm zu, da er seinen erstarrenden Körper nicht mehr aufrichten kann. Der Türhüter muss sich tief zu ihm hinunter neigen, denn der Größenunterschied hat sich sehr zu Ungunsten des Mannes verändert. “Was willst du denn jetzt noch wissen?” fragt der Türhüter, “du bist unersättlich.” “Alle streben doch nach dem Gesetz”, sagt der Mann, “wie kommt es, dass in den vielen Jahren niemand außer mir Einlass verlangt hat?” Der Türhüter erkennt, dass der Mann schon an seinem Ende ist und, um sein vergehendes Gehör noch zu erreichen, brüllt er ihn an: “Hier konnte niemand sonst Einlass erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn.”

9. KAYNAKÇA • *LITERATURVERZEICHNIS*

Andersen, Uwe ve Woyke, Wichard. *Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland.* Opladen: Leske und Budrich, 2003.

Bauer, Fritz, ve Gerhard Walter. *Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland.* München: C. F. Beck'ische Buchhandlung, 1987.

Bayraktarlı, İhsan Yılmaz. «İslam Felsefesinin Doğuşunda Eflatun-Aristoteles Felsefesinin Etkisi.» *TYB Akademi*, 01.01.2011: 201-229.

Becker, Michael. «Gewaltenteilung und deliberative Demokratie.» *Gewaltenteilung und Demokratie* içinde, yazan Sabine vd. Knopp, 72-91. Baden-Baden: Nomos, 2007.

Benda, Ernst. «(Hrsg.): Der Richter unter dem Gesetz und der Gerechtigkeit.» *Staatsethik* içinde, yazan Walter Leisner ve Ernst Benda, 180-190. Köln: Hansstein, 1977.

Bleicken, Jochen. *Die Verfassung der Römischen Verfassung*. Paderborn, 1995.

Blunck, Detlev. «Illision und Wirklichkeit des Richterbildes.» *Deutsche Richterzeitung*, 01.03.1988: 95-96.

Braun, Johann. *Einführüng in die Rechtswissenschaft.* Tübingen: Mohr Sibeck , 2007.

Bringmann, Klaus. «Von der res publica amissa zur res publica restituta. Zu zwei Schlagworten aus der Zeiten Republik und Monarchie.» *Res Publica reperta* içinde, yazan Jörg Spielvogel, düzenleyen Jörg Spielvogel, 113-123. Stuttgart: Franz Steiner, 2002.

Brodocz, André. *Die Macht der Judikative.* Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009.

Brodocz, Andre. «Von der Vertical Accountability zur Horizontal Accountability.» *Gewaltenteilung und Demokratie* içinde, yazan Sabine vd. Kropp, 28-45. Baden-Baden: Nomos, 2007.

Brünneck, Alexander von. *Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1968.* Frankfurt: Suhrkamp, 1978.

Brusten, Manfred. «Wie wird man Schöffe? Rechtliche und gesellschaftliche Bedingungen der Schöfferwahl.» *Ehrenamtliche Richter. Demokratie oder Dekoration am Richtertisch?* içinde, yazan Hasso Lieber ve Ursula Sens, 74-89. Wiesbaden: Kommuna-l und Schul- Verlag, 1999.

Bundestag. *Bundestag.* 23.03.2011.

http://www.bundestag.de/service/glossar/R/richterwahl_aussch.html (03.23.2011 tarihinde erişilmiştir).

Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 1604/97.* 27.10.1997.

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk19971027_1bvr160497.html (04.27. 2011 tarihinde erişilmiştir).

———. «Aufgaben, Vefahren und Organisation.» *Grafik.* 31.12.2010. http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-3.html (02. 25. 2011 tarihinde erişilmiştir).

———. «Aufgaben, Verfahren und Organisation.» *Missbrauch.* 31.12.2010. http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-VIII-1.html (02.25. 2011 tarihinde erişilmiştir).

———. «Aufgaben, Verfahren und Organisation.» *Verfahren.* 31.12.2010. http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-1.html (02.25.2011 tarihinde erişilmiştir).

Cicero. *Staatstheoretische Schriften.* Düzenleyen Konrat Ziegler. Çeviren Konrat Ziegler. Berlin: Akademie-Verlag, 1988.

Degenhart, Christoph. *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht.* Heidelberg : C. F. Müller, 2008.

Deninnger, Erhard. «"Rechtsstaat" oder "Rule of Law"- was ist das heute.» *Rechtsstaat statt Revolution, Verrechtlichung statt Demokratie* içinde, yazan Georgia Detlef vd. Schulze, 537-553. Münster: Westfällisches Dampfboot, 2010.

Dingeldey, Erika. *Unpolitische Justiz?* Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1971.

Doehring, Karl. *Allgemeine Staatslehre.* Heidelberg: C.F.Müller, 1991.

———. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Frankfurt: Alfred Metzner, 1984.

Ehrenstein, Claudia. *Die Welt.* 08 07 2006. http://www.welt.de/print-welt/article 228279/ Lehrerin_siegt_im_Kopftuchstreit.html (04.26.2011 tarihinde erişilmiştir).

Eisenhadt, Ulrich. *Deutsche Rechtsgeschichte.* München: C. H. Beck, 2008.

Eschenburg, Theodor. *Staat und Gesellschaft in Deutschland. Stuttgart:* Curte E. Schwab, 1962.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayası, Bundeszentrale für politische Bildung (Yayımlayan), Temmuz 2002 tarihli Almanca-Türkçe Metin, Yayına hazırlayan; Rumppf, Cristian, Conzept Verlag und Werbeagentur GmbH, Stuttgart 2003.

Flemming, Lars. *Das NPD-Verbotsverfahren.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005.

Frei, Norbert. Vergangenheitspolitik. Die Anfange der Bundesrepublik Deutschland und die NS- Vergangenheit. München: Becksverlag, 1996.

Fürst, Walther. *Richtergesetz.* Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1992.

Geiger, Willi. *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts.* Bielefeld: Gieseking Verlag, 1980.

Gerhardt, Rudolf. «Der Einfluss auf das Strafverfahren aus medialer Sicht.» *Der Einfluss der Medien auf das Strafverfahren* içinde,

yazan Dietrich Oehle ve Friedrich-Adolf Jahn, 19-47. München: C. H. Beck'ische Verlagsbuchhandlung, 1990.

Glaab, M. und Kießling, A. «Legitimation und Partizipation.» *Deutschland-Trendbuch. Fakten und Orientierungen* içinde, yazan K. und Weidenfeld, W. Korte, 571-611. Bonn, 2001.

Goethe, Johan Wolfgang von. *Goethes Gedichte in zeitlicher Folge. Zahme Xenien II.* Frankfurt: Insel Verlag, 1982.

Grimm, Friedrich. *Politische Justiz. Die Krankheit unserer Zeit.* Bonn: Bonner Universitäts-Buchdruckerei, 1953.

Guggenberger, Bernd, ve Thomas Württemberger. *Hüter der Verfassung oder der Lenker der Politik. Bundesverfassungsgericht im Widerstand.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

Hansen, Henning. *Die Sozialistische Reichspartei (SRP). Aufstieg und Scheitern einer Rechtsextremen Partei.* Düsseldorf, 2007.

Hassemer, Winfried. «Der Einfluss auf das Strafverfahren aus strafrechtlicher Sicht.» *Der Einfluss der Medien auf das Strafverfahren* içinde, yazan Dietrich Oehler ve Friedrich-Adolf Jahn, 61-75. München: C.H. Beckische Verlagsbuchhandlung, 1990.

Häußler, Richard. *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung.* Berlin: Duncker und Humbolt, 1994.

Hayer, Christian, ve Stefan Liening. *Gesetzgebung.* Berlin: Deutscher Bundestag, 2005.

Heghmanns, Michael. *Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts.* Köln: Dr. Otto Schmidt, 2010.

Hendler, Reinhard. *Staatsorganisationsrecht.* Stuttgart: Richard Boorberg, 2003.

Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* München: C.F. Müller, 1995.

Hilgendorf, Eric. *dtv-Atlas Recht.* München: Deutsche Taschenbuch Verlag, 2003.

Hillgruber, Christian, ve Christoph Goos. *Verfassungsprozessrecht.* Heidelberg: C.F. Müller, 2004.

Hirsch, Günter. *Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung. Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt.* Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2002.

Horn, Christoph. *Einführung in die politische Philosophie.* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2003.

Horn, Norbert. *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie.* Heidelberg: C. F. Müller, 2007.

Hufen, Friedhelm. «Anbringen von Kruzifixen in staatlichen Pflichtschulen als Verstoss gegen Art. 4 Abs. 1 GG.» *Hüter der Vefassung oder Lenker der Politik. Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit* içinde, yazan Bernd Guggenberger ve Württemberger Thomas, 161-173. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

Hurrelmann, K. ve diğerleri. «Eine Generation von Egotaktikern? Ergebnisse der bisherigen Jugendforschung.» *Jugend 2002* içinde, yazan Deutsche Shell. Zwischen pragmatischen Idealismus und robustem Materialismus, 31-51. Frankfurt a. M., 2002.

Ipsen, Hans Peter. *Politik uns Justiz.* Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1937.

Ipsen, Jörn. «Rechtsfragen des NPD-Verbots.» *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002: 866- 868.

———. *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht.* München: Verlag Franz Vahlen, 2010.

Justiz, Bundesminister der. *Juztiz und Natinalsozialismus. Katalog zur Ausstellung des bundesministers der Justiz.* Köln: Wissenschaft und Politik, 1989.

Keplinger, Hans Mathias, ve Thomas Zerback. «Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwalte.» *Publizistik*, 00 02 2009: 216-240.

Korte, Karl-Rudolf ve Fröhlich, Manuel. *Politik und Regieren in Deutschland.* Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004.

Krywalski, D. *Dokumente zur Zerstörung des Rechts- und Verfassungsstaates im Dritten Reich.* Paderborn: Schöningh, 1979.

Kübler, Friedrich. «Amt und Stellung des Richters in der Gesellschaft von morgen.» *Deutsche Richterzeitung*, 00.01.1969: 379-385.

Kuhn, Helmut. *Plato: Klassiker der politischen Denkens.* Düzenleyen Hans Maier. Cilt I. München, 1986.

Kühnert, Hanno. *Warum der Prozess platzte.* 17.07.1987. http://www.zeit.de/ 1987/30/richter-vor-gericht (03.31.2011 tarihinde erişilmiştir).

Kusserow, Raimund. Richter in Deutschland: der längst fällige Report über die Halbgötter in Schwarz. Hamburg: Gruner&Jahr, 1982.

Lamprecht, Rolf. *Richter machen Politik.* Frankfurt: Fischer-Taschenbuch-Verlag, 1979.

———. *Richter contra Richter.* Baden-Baden: Nomos Verlag, 1992.

———. *Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts. Beweissicherung und Bestandsaufnahme.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

Lansnicker, Frank. *Richteramt in Deutschland. Im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik.* Frankfurt: Peter Lang Verlag, 1996.

Lau, Miriam. *Die Welt.* 11 12 2007. http://www.welt.de/welt_print/article1449440/Gericht_erlaubt_Bevorzugung_christlicher_Symbole.html (04.26.2011 tarihinde erişilmiştir).

Laufs, Adolf. *Rechtsentwicklung in Deutschland.* Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften, 2006.

Leibinger, Paul. «Bundesrepublik Deutschland.» *Katholische Kirche im neuen Europa* içinde, yazan Wilhelm Rees, 90-153. Wien, Berlin: LİT Verlag, 2007.

Lieber, Hasso. *Handbuch für Schöffinnen udn und Schöfen.* Vieselbach: Deutscher Kommunal-Verlag, 1996.

Lieberich, Mitteis. *Deutsche Rechtsgeschichte.* München: C.H.Beck, 1985.

Liuzzo, David. http://commons.wikimedia.org/ wiki/File: Administrative_Gliederung_Deutschlands.png (09.25.2014 tarihinde erişilmiştir).

Locke, John. *Zwei Abhandlungen über die Regierung.* Düzenleyen Walter Euchner. Çeviren Hans Jörn Hoffmann. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1967.

Machiavelli, Niccolò di Bernado dei. *Fürst "Il Principe".* Düzenleyen Rudolf Zorn. Stuttgart: Alfred Kröner, 1995.

Marschall, Stefan. *Das politische System Deutschlands.* Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft , 2007.

Massing, P. «Theoretische und normative Grundlagen politischer Bildung.» *Die Rückkehr des Bürger in die politische Bildung* içinde, yazan G. ve Massing, P. Breit, 79-133. Schwalbach/Ts., 2002.

Maurer, Hartmut. *Staatsrecht I : Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen.* München: C. F. Beck, 2010.

———. *Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfonktionen.* 6. Basım. München: C. H. Beck, 2010.

Mayer-Maly, Theo. *Rechtswissenschaft.* München: R. Oldenburg Verlag, 1988.

Mols, Manfred vd. *Politikwissenschaft: Eine Einführung.* Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2006.

Montesquieu, Charles-Louis. *Vom Gest der Gesettze.* Düzenleyen Ernst Forsthof. Cilt I-II. 2 Cilt cilt. Tübingen: H. Laupp'sche Buchhandlung, 1951.

Naßmacher, Hiltrud. *Politikwissenschaft.* 6. Auflage. München: Oldenburg Verlag, 2010.

Niclauß, K. *Demokratiegründung in Westdeutschland. Die Entstehung der Bundesrepublik von 1945-1949.* München: Piper, 1974.

Noack, Paul. Was ist Politik? Eine Einführung in ihre Wissenschaft,. München: Droemer Knauer , 1978.

Ostendorf, Heribert. http://www.bpb.de/izpb/7744/politische-strafjustiz - in-deutschland?p=all

Ouart, Peter. *Umfang und Grenzen politischer Betätigunsfreiheit des Richters.* Frankfurt: Verlag Peter Lang, 1990.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku.* Ankara: Seçkin, 2005.

Pfetsch, R. Frank. *Ursprünge der Zweiten Republik.* Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990.

Piazolo, Michael. *Das Bundesfarfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik.* Mainz-München: von Hase und Koehler Verlag, 1995.

Platon. *Nomoi.* Cilt IX. Frankfurt: Insel Verlag, 1991.

Pötzsch, Horst. *Die deutsche Demokratie.* Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 1997.

Püttner, Günter. *Politik durch Gerichte. Auf dem Weg zum Justizstaat.* Bonn: Freiherr-vom Stein-Gesellschaft , 1978.

Räntsch- Schmidt, Ruth. *Dienstaufsicht über Richter.* Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1984.

Räntsch-Schmidt, Günther, ve Jürgen Räntsch-Schmid. *Deutsches Richtergesetz.* München: C. F. Beck'ische Verlagsbuchhandlung, 1995.

Rasehorn, Theo. *Der Richter zwischen Tradition und Lebenswelt.* Bade-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1989.

Riklin, Alois. *Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung.* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006.

Robbers, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht.* Baden Baden: Nomos, 2006.

———. *Staat und Kirche in der Europäischen Union.* Baden- Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995.

Rosen, Klaus. «Griechenland und Rom.» *Geschichte der politischen Ideen* içinde, yazan Hans vd. Fenske, düzenleyen Dieter Mertens,

Wolfgang Reinhard ve Klaus Rosen, 19-138. Frankfurt: Fischer Taschenbuch Verlag, 2008.

Rothmann, Joachim. «Politische Betätigung und Neutralitätspflicht.» *Deutesche Richterzeitung*, 01.08.1987: 317-323.

Rudzio, Wolfgang. *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland.* Opladen: VS Verlag Sozialwissenschaft, 2006.

Rüßmann, Helmut, http://ruessmann.jura.uni-sb.de/rw20/wiwieinf/wiwi13.gif.

Rüthers, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus.* Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1997.

Säcker, Horst. *Das Bundesverfassungsgericht.* Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2003.

Sarstedt, W. «Steht der Richter unter dem Druck der öffentlichen Meinung?» *Archiv für Presserecht*, 31.12.1971: 146-150.

Scherb, Armin. *Präventiver Demokratieschutz als Problem der Verfassungsgebung nach 1945.* Frankfurt: Lang, 1987.

Schlaich, Klaus, ve Stefan Korioth. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen.* München: C. H. Beck, 2010.

Schliemann, Harald. *Erfurter Juristische Geselschaft e.V.* 15.03.2005. http://www.e-j-g.de/veranstaltungen.htm (04.30.2011) tarihinde erişilmiştir).

Schmidt, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege.* Göttingen: Vandenhoeck& Ruprecht, 1965.

Schmidt, Manfred, G. *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland.* München: C. H. Beck, 2005.

———. *Das politische System Deutschlands.* Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2007.

Schmidt-Räntsch, Günther, ve Jürgen Schmid-Räntsch. *Deutsches Richtergesetz.* München: C. F. Beck'ische Verlagsbuchhandlung, 1995.

Schneekloth, U. «Demokratie, ja – Politik , nein? Einstellungen Jugendlicher zur Politik? Einstellungen Jugendlicher zur Politik.» *Jugend 2002. Zwischen pragmatischen Idealismus und robustem Materialismus* içinde, yazan Deutsche-Shell, 90-137. Frankfurt a. M. , 2002.

Scholz, Rupert. *Fünfzig Jahre Bundesverfassungsgericht.* Düzenleyen Bundeszentrale für politische Bildung. 30.03.2001. http://www.bpb.de/publikationen/XCZ6N0.html (00.03.2011 tarihinde erişilmiştir).

Schönbach, Klaus. *Das unterschätzte Medium. Politische Wirkungen von Presse und Fernsehen im Vergleich.* München: Saur, 1983.

Schütz, Carsten. *Der ökonomisierte Richter. Gewaltenteilung und richterliche Unabhängigkeit als Grenzen Neuer Steuerungsmodelle in den Gerichten.* Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

Schwarz, Moritz. «"Ziel ist, die BRD abzuwickeln".» *Junge Freiheit*, 24 09 2004: 3.

Seifert, Karl-Heinz. *Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland.* Köln: Heymanns, 1975.

Shell-Deutschland. «Shell Jugendstudie.» *shell-studie.* 2010. http://www.shell.de/ home/content/deu/aboutshell/our_commitment/shell_youth_study /2010/politics/ (18.01. 2011 tarihinde erişilmiştir).

Smend, Rudolf. «Festvortrag zu Feier des zehnjärigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts am 26.Januar 1962.» *Vefassungsgerichtbarkeit*, Peter Häberle, 328-343. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.

Sontheimer, Kurt ve Bleek, Wilhelm. *Grundzüge des politischen Systems Deutschlands.* Düzenleyen Bundeszentrale für politische Bildung. Cilt 396. München: Bundeszentrale für politische Bildung, 2003.

Staritz, Dietrich. *Die Kommunistische Partei Deutschlands.* Cilt 3, *Parteien- Handbuch. Die Parteien der Bundesrepublik*

Deutschland 1945- 1980 içinde, yazan Richard Stöss, 1663-1809. Opladen, 1986.

Staude-Meier, Helmut. «Die unendliche Geschichte der Reform der gerichtsverfassungsrechtlichen Regelungen über die Staatsanwaltschaft.» *Staatsanwälte zwischen allen Stühlen* içinde, yazan Helmut Dihm ve Michael Piazolo, 27-35. München: Akademischer Verlag, 2004.

Stauffer, Peter. «Beeinflussung des Richters.» *Recht, Macht und Gesellschaft. Justiz und Politik* içinde, yazan Hans Baumgartner ve Rene Schumacher, 62-73. Zürich: Rio Verlag, 1995.

Steffani, Winfried. *Gewaltenteilung und Parteien im Wandel.* Opladen: Westdeutsche Verlag, 1997.

Stein, Ekkehart, ve Götz Frank. *Staatsrecht.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

Stein, Katrin. *Parteiverbote in der Weimarer Republik.* Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

Steinbeis, Maximilian, ve Marion Detjen. *Die Deutschen und das Grundgesetz.* München: Pantheon Verlag, 2009.

Thomas, Jürgen. *Richterrecht.* Köln: Carl Heymanns Verlag, 1986.

———. *Richterrecht.* Köln: Heymann, 1986.

Trier, Universität. *Kopftuchverbot für Lehrkräfte in Deutschland.* 08 06 2010. http://www.uni-trier.de/index.php?id=24373 (28.04.2011 tarihinde erişilmiştir).

von Beyme, Klaus. *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland.* Opladen: Westdeutscher Verlag, 1999.

Vorländer, Hans. *Demokratie : Geschichte, Formen, Theorien.* München: C. H. Beck, 2003.

Vorländer, Hans. «Die Deutungsmacht des Bundesverfassungssystems.» *Das Bundesgericht im politische System* içinde, yazan Robert Christian Van Ooyen, 189-201. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

———. *Die Verfassung. Idee und Geschichte.* 2. Basım. München: C. H. Beck, 2009.

Vultejus, Ulrich. «Schöffen in Hauptverhandlungen und Beratung-Ihr Einfluss in Theorie und Praxis-.» *Ehrenamtliche Richter. Demokratie oder Dekoration am Richtertisch* içinde, yazan Ulrich Lieber ve Ursula Sens, 60-64. Wiesbaden: Kommunal- und Schul- Verlag, 1999.

Wagner, Albrecht. *De Richter.* Karlsruhe: C. F. Müller, 1959.

Wagner, Joachim. «Eine Justiz zum Anfassen.» *Die Zeit*, no. 33 (1982): 9-10.

Wagschal, Uwe. «Verfassungsgerichte als Vetospieler in der Steuerpolitik.» *Politik und Recht* içinde, yazan Michael Becker ve Ruth Zimmerling, 559-585. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

Walter, Christian. «60 Jahre offene Staatlichkeit.» *60 Jahre Grundgesetz* içinde, yazan Fabian Wittreck, 61-77. Baden- Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2010.

Wassermann, Rudolf. *Der politische Richter.* München: Piper, 1972.

———. *Justiz im sozialen Rechtsstaat.* Darmstadt: Hermann Luchterhand, 1974.

Wassermann, Rudolf. «Justiz mit menschlichem Anlitz. Die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgebots.» *Menschen vor Gericht* içinde, yazan Rudolf Wasserman, 13-41. Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1979.

———. *Justizreform.* Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1970.

Weber-Schäfer, Peter. *Das politische Denken der Griechen.* Düzenleyen Peter Weber-Schäfer. München, 1969.

Weltbund, Lutherischer. *Lutherischer Weltbund.* 11.03.2004.

http://www.lutheranworld.org/News/LWI/DE/1428.DE.html (05.01.2011 tarihinde erişilmiştir).

Welwei, Karl-Wilhelm. *Demokratische Verfassungselemente in Rom aus der Sicht des Polybios.* Düzenleyen Jörg Spielvogel : Res publica reperta. Zur Verfassung und Gesellschaft der römischen Republik und des frühen Prinzipats. Festschrift für Jochen Bleicken zum 75. Geburtstag. Stuttgart, 2002.

Werner, Fritz, ve Karl August (Yayınlayan) Betterman. *Recht und Gericht in unserer Zeit, Reden Vorträge Aufsätze 1948-1969.* Köln: Heymann, 1971.

Westle, Bettina. «Politische Partipization.» *Die EU-Staaten im Vergleich. Strukturen, Prozesse, Politikinhalte* içinde, yazan Oskar W., vd. Gabriel, 137-173. Opladen: Westdeutsche Verlag, 1994.

Westphalen, Friedrich Graf von. «Drohende Politisierung des Rechts.» *Die neue Ordnung in Kirche, Staat, Gesellschaft, Kultur*, 00.03.1971: 161-176.

———. Wird die Justiz unterwandert? Ruf nach dem politischen Richter. Zürich: Edition Interform, 1975.

Wildgans, Anton, ve Heinrich Satter. *Ein Buch der Freundschaft und Erinnerung.* Zürich: Ex Libris Verlag, 1949.

Winkler, Heinrich Agust. *Weimar 1918-1933: die Geschichte der ersten deutschen Demokratie. München:* C. H. Beck, 2005.

Wittreck, Fabian. *60 Jahre Grundgesetz. Vefassung mit Zukunft.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2010.

———. *Die Verwaltung der Dritten Gewalt.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

Zippelius, Reinhold. *Einführung in das Recht.* Heidelberg: C. F. Müller, 2008.

———. *Geschichte der Staatsideen.* München: C. H. Beck, 1994.

———. *Geschichte der Staatsideen.* München: C. H. Beck, 1994.

Zippelius, Reinhold. «Problemfelder der Machtkontrolle.» *Gewaltentrennung im Rechtsstaat zum 300. Geburtstag von*

Charles de Montesquieu içinde, yazan Detlef Merten, 27-37. Berlin: Dunker und Humblot, 1989.

Zippelius, Reinhold, ve Thomas Würtenberger. *Deutsches Staatsrecht.* München: C. H. Beck, 2008.

Zuberbier, Gerhard. *Einführung in die staatsanwaltliche Praxis mit zahlreichen Mustern.* Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 1991.

10. ÇİZELGE KAYNAKÇASI • *ABBILDUNGSVERZEICHNIS*

Çizelge/ Abbildung 1
Hukuk Devleti ve Sosyal Devleti / *Rechtstaat und Sozialstaat*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

Çizelge / Abbildung 2
Montesquieu'nün Erkler Ayrılığı Kuramı / *Gewaltenteilung nach Montesquieu*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı. Benzer çizelge için bakınız Alois Riklin, *Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung*, 2006, S. 276.

Çizelge / Abbildung 3
Çağdaş Erkler Ayrılığı ve Çıkışı / *Genese und Gegenwart der Gewaltenteilung*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

Çizelge/ Abbildung 4
Dikey ve Yatay Erkler Ayrılığı / *Vertikale und horizontale Gewaltenteilung*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

Çizelge/ Abbildung 5
Dikey Erkler Ayrılığı / *Horizontale Gewaltenteilung*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı. Benzer çizelge için bakınız:
David Liuzzo, http://commons.wikimedia.org/wiki/File: Administrative_Gliederung_Deutschlands.png Erişim: 25.09.2014

Çizelge/ Abbildung 6
Seçim Sistemi / *Wahlsystem*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

Çizelge/ Abbildung 7
Weimar Cumhuriyeti Anayasası / *Die Verfassung der Weimarer Republik*
Kaynak: Marschall, Stefan, Politische System Deutschlands, 2007, S. 22.

Çizelge/ Abbildung 8
Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'na Yargıç Seçimi / *Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı. Benzer çizelge için bakınız: Eric Hilgendorf, dtv- Atlas Recht, s.144.

Çizelge/ Abbildung 9
1951'den Günümüze FeAnMa'ya Başvuru Grafiği/ *Verfahrenseingänge beim Bundesverfassungsgericht seit 1951*
Kaynak: http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-3.html Erişim: 02.25.2011.

Çizelge/ Abbildung 10
Anayasa Şikayeti / *Vervassungsbeschwerde*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

Çizelge/ Abbildung 11
Anayasa Yargısı / *Verfassungsprozessrecht*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

Çizelge / Abbildung 12
Yasama Yetkisi / *Gesetzgebungskompetenzen*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

Çizelge/ Abbildung 13
Federal Düzeyde Yasa Yapım Süreci / *Gesetzgebungsverfahren des Bundes*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı
Benzer çizelge için bakınız: Christian Heyer; Stephan Liening, Gesetzgebung, 2005, s. 47.

Çizelge/ Abbildung 14
Hukukun Temel Alanları / *Rechtsgebiete*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

Çizelge/ Abbildung 15
Yargılama Usul Aşamaları / *Aufbau der ordentlichen Gerichtbarkeit*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı. Benzer çizelge için bakınız: Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı. Benzer çizelge için bakınız: http://ruessmann.jura.uni-sb.de/rw20/wiwieinf/wiwi13.gif Erişim: 25.09.2014.

Çizelge/ Abbildung 16
Federal Mahkemeler, Eyalet Mahkemeleri ve Yasa Yolları / *Rechtswege und Rechtsmittel- Gerichte des Bundes und der Länder.*
Tasarım: İhsan Yılmaz Bayraktarlı

İHSAN YILMAZ BAYRAKTARLI

1958 Gümüşhane doğumlu. Gümüşhane'de tamamladığı orta öğretiminden sonra, Atatürk Üniversitesi'nde Alman Dili Edebiyatı Bölümünde lisansını yaptı. Freiburg Albert Ludwig Üniversitesi'nin, Felsefe Fakültesi, Siyasal Bilimler Bölümünde lisans ve lisansüstü karma ikinci lisans ve lisansüstü eğitiminden sonra doktorasını iyi derece ile bitirdi. 2010 yılından beri Gazi Üniversitesi'nde öğretim üyesi olarak çalışmaktadır.

KİTAPLAR:

- **Die politische Debatte um die türkische Schrift- und Sprachrevolution von 1928. Freiburg 2008.**

  Rezension: Saltanat Rakhimzhanova tarafından "*KULT_online*", Justus- Liebig- Üniversitesi Giessen, Nr.: 22 (2010), ISSSN 1868-2855, dergisinde eleştirildi.
- **Die Türkei im Umbruch. Frankfurt 2009.**

  Rezension: Philipp Dreesen tarafından "*Journal of European Integration History/ Zeitschrift für die Geschichte der Europäischen Integration*", Nr.: 1 (2010), Nomos Yayınları, ISSN 0947-9511, Lüksemburg, dergisinde eleştirildi.

MAKALE VE DİĞERLER YAYINLAR:

- Sprachplanungen: Modernisierung,Vereinfachung und Normierung von Sprache im politischen Diskurs. Interkulturell und Global, 2008. Index*: Archiv (Datenbank der Kooperation Dritte Welt Archive). Deutsch, Englisch, Spanisch. Dok. Nr. 202220*.
- Die Turksprachen und ihre demographische Bedeutung. Turkish Studies, Ankara 2012

- İslam Felsefesinin Doğuşunda Eflatun-Aristoteles Felsefesinin Etkisi, TYB Akademi, Ankara 2011.
- Ulus Devlet Eseri "Sınırdakiler" "At the frontiers" The creation of the national states, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Malatya 2011.
- Hölderlin ve Aşkın Mutlaklığı, Doğu Batı, Ankara 2004.
- Almanca Öğreniyoruz. Wir lernen Deutsch. Wolfgang Borchert; Brigitte Gogenberger; Erich Laber ile beraber ortak yayın. Gewerbeschule Offenburg. Friedrich-August-Haselwander-Schule. 150 Jahre/ 1833-1983, Hatıra Kitap, Offenburg, 1983.
- Wortbildung des Verbs und dessen Vergleichsbereiche in der deutschen- und türkischen Sprache, Freiburg. 1996.
- Altay-Ural Dillerini konu eden, Altay-Ural Dilleri (Almanca, İgilizce), Tunguz Dilleri, Moğol Dilleri, Ural Dilleri (Almanca), Altay-Ural Dilleri (Türkçe) ve ayrıca Ural Dilleri haritası (Rumence) olarak, yedi dil haritası Wikipedia aracılığı ile internette yayında. http://de.wikipedia.org/wiki/Datei:Linguistic_map_of_the_Altaic,_Turkic_and_Uralic_languages.png