

## ALMAN ANAYASA MAHKEMESİNİN HAKİMİN REDDİNE İLİŞKİN

**1 BvR 471/10 Sayılı ve  
26. Şubat. 2014 Tarihli Kararı**

*Çevirenler: Yrd. Doç. Dr. İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI\*  
Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ\*\**

### I. Genel Olarak

İlk derece mahkemelerinde veya temyiz ya da istinaf kanun yolu aşamasında, davaya bakan hakimın reddedilmesi veya bu hakimın davaya bakmaktan çekinmesi karşılaşılabilecek bir durum olabilir. Ancak Anayasa mahkemesi üyelerinin davadan çekilmesi veya bu hakimlerin reddedilmesi çok rastlanılan bir durum değildir.

Bir Anayasa mahkemesi üyesinin reddine ilişkin sorun, kamuoyunda türban kararı<sup>1</sup> olarak da bilinen yargılama esnasında Alman Anayasa Mahkemesi nezdinde ortaya çıkmış ve Alman Anayasa Mahkemesi esas dava hakkında karar vermeden önce, ön sorun olarak ortaya çıkan hakimın reddi talebi hakkında karar vermiştir.

Federal Anayasada din özgürlüğü, özellikle bireyin temel hakları bölümünde güvence altına alınmıştır. Burada belirlenen din özgürlüğüne bu açıdan bakıldığında memurların ve öğretmenlerin başörtüsü takmasının yasaklanması, anayasanın belirlediği din özgürlüğü düzenlemesi ile çelişmektedir. Kamu görevlilerinin, bilhassa öğretmenlerin hukuk mücadelesi, siyasal tartışmaların odak noktası olmuştur.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi esas dava ile ilgili olarak anayasa şikayetçilerinin gerekçelerini yerinde bulmuş ve anayasal güvence altında olan din özgürlüğünün Kuzey Ren Vestfalya Eyaletince ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, eyalet kanunlarının belirlediği şekilde sembolik anlamlar yüklenen kıyafetler, okul düzenine halel getirecek somut bir tehlike oluşturmaz. Eğitimcilerin inançlarından ötürü giydikleri kıyafetlerine (başörtüsü, kippa, takke vb.) yönelik yasaklama da Anayasanın amir hükümlerinden olan din özgürlüğü-

---

\* Gazi Üniversitesi Ceza Hukuku Merkezi. [ihsanyilmaz@gazi.edu.tr](mailto:ihsanyilmaz@gazi.edu.tr)

\*\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.  
[ahmethulusiakkas@gmail.com](mailto:ahmethulusiakkas@gmail.com)

<sup>1</sup> 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, 27.Ocak.2015 tarihli karar

nü düzenleyen 4. maddesine aykırılık teşkil eder ve bu durum devletin tarafsızlık ilkesini de ihlal eder. Mahkemeye göre, bir yasağın konusu “*okul nizamını bozacak derecede somut tehlike*” teşkil ediyorsa bu yasak hukuka uygundur. Ayrıca, “*Soyut bir tehlike, bir yasaklama için yeterli değildir*”.

Mahkeme, özeti verilen bu gerekçelerle **A)** 15. Şubat.2005 tarihli “Kuzey Ren Vestfalya Okul Kanunu”nun 13.Haziran.2006 tarihinde değiştirilen 57. maddesinin 4. fıkrasının 3. cümlesini, Federal Anayasa’nın 3. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesine, ayrıca 33. maddesinin 3. fıkrasına aykırı bulmuş; **B)** 57. maddenin 4. fıkrasının 1. ve 2. cümlesi ile 58. maddesinin 2. cümlesinde bahsedilen sembollerin anayasanın genel ilkeleri ile uyduğuna hükmetmiştir. **C)** Başvurucuların Anayasanın 4. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında belirlenen ve temel haklardan olan din özgürlüklerinin Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti tarafından ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Hakimin reddine ilişkin kararın sadece çevirisini vermek yerine, meselenin daha anlaşılabilir kılınması için Alman Anayasa Mahkemesi Kanununun ilgili hükümlerinin de çevirisinin yapılmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Alman Anayasa Mahkemesi Kanununun (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht-BVerfGG) hakimin yasaklılığı ve reddine ilişkin düzenlemeleri şu şekildedir:

#### § 18

(1) Anayasa mahkemesi üyesi bir hakim, görevini icradan men edilir. Eğer,

1. olaya katılmış veya olaya katılmış kişi ile daha önceden bile olsa evli ise, hayat birlikteliği sürmüş veya sürüyor ise; olaya katılmış kimse ile kayın hısımlığı da olsa alt soy- üst soy ilişkisi var ise; ya da üçüncü dereceye kadar kan veya ikinci dereceye kadar kayın hısımlığı var ise,

2. aynı davada daha önce vazifeli veya mesleki olarak görev üstlenmiş ise,

(2) Bir kimsenin ailevi durumundan, mesleğinden, kökeninden, bir partiye üye olmasından veya benzer genel nedenlerden dolayı bir yargılamanın gidişatı ile ilgilenmesi davaya katılma olarak değerlendirilmez.

(3) Aşağıdaki durumlar 1. fıkranın 2 numaralı alt bendi anlamında aynı işte çalışma olarak değerlendirilmezler.

1. Kanun yapım sürecine katılma

2. Yargılama için önemli sayılabilecek bir durum hakkında hukuki görüş açıklama

## § 19

(1) Bir Anayasa Mahkemesi üyesi tarafsızlığın şüpheye düşmesi nedeniyle reddedildiği zaman, reddedilen üye oylamaya katılmaksızın karar verilir. Oyların eşitliği durumunda başkanın oyu sonucu belirler.

(2) Reddin gerekçeli olması gerekir. Reddi istenen hakim konu hakkında açıklamada bulunabilir. Sözlü yargılama başlayıncaya kadar yapılmayan red talepleri, dikkate alınmazlar.

(3) Hakim reddedilmeden tarafsızlığının şüpheye düştüğünü açıklaması durumunda birinci fıkra hükümleri uygulanır.

(4) Anayasa Mahkemesi, hakim reddi veya çekilmesini uygun bulursa, bu hakim yerine diğer senatolardan bir hakim üye olarak kura ile belirlenir. Diğer senato başkanları üye olarak görevlendirilemez. Ayrıntılı hususlar yönetmelikte düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kabulü ile Anayasa Mahkemesinin sadece bir norm denetleyen mahkeme olmaktan çıkması, benzer durumların ülkemizde de yaşanabilme ihtimalini kuvvetlendirmiştir.

Anayasa mahkemesinin hakim reddine ilişkin kararının metnine hem şeklen hem de içerik olarak sadık kalınmıştır.

## **II. Alman Anayasa Mahkemesinin İlgili Kararı Halk adına Anayasa Şikayeti Üzerine Yapılan Yargılamada**

I. Bayan A.,

- Vekil: Prof. Dr. Christian Walter,

Prof. –Huber-Platz 2, 80539 München-

1. Doğrudan,

a) Federal İş Mahkemesinin 20 Ağustos 2009 tarih ve 2 AZR 499/08 sayılı kararı

b) Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesinin 10 Nisan 2008 tarih ve 5 Sa 1836/07 sayılı kararı

c) Düsseldorf İş Mahkemesinin 29 Haziran 2007 tarih ve 12 Ca 175/07 sayılı kararı

2. Dolaylı olarak,

13. Haziran. 2006 tarihli Kanun ile değiştirilmiş 15. Şubat. 2005 tarihli Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti Okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrası ve 58. maddesinin 2. cümlesinin ilk metni

şikayet konusu edilmiştir.

-BvR 471/10

Bayan A.,

-Vekil: Wieland Avukatlık Bürosu, GbR; Rheinweg 23, 53113 Bonn

1. Doğrudan,

a) Federal İş Mahkemesinin 10 Aralık 2009 tarih ve 2 AZR 55/09 sayılı kararı

b) Hamm Eyalet İş Mahkemesinin 16 Ekim 2008 tarih ve 11 Sa 572/08 sayılı kararı

c) Hamm Eyalet İş Mahkemesinin 16 Ekim 2008 tarih ve 11 Sa 280/08 sayılı kararı

d) Herne İş Mahkemesinin 21 Şubat 2008 tarih ve 6 Ca 649/07 sayılı kararı

e) Herne İş Mahkemesinin 7 Mart 2007 tarih ve 4 Ca 3415/06 sayılı kararı

2. Dolaylı olarak,

13 Haziran 2006 tarihli Kanun (GV. NW. S. 270) ile değiştirilmiş 15 Şubat 2005 (GV. NW. S. 102) tarihli Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti Okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrası,

- 1 BvR 1181/10-

burada: 26 Şubat 2014 tarihinde Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Birinci Senatosu hakimleri

**Gaier,  
Eichberger**

**Schluckebier,  
Masing**

**Paulus,  
Baer**

**Britz'in**

katılımlarıyla başkan yardımcısı Kirchhof'un da bulunduğu toplantıda şu karara varılmıştır:

1. Başkan yardımcısı Kirchhof hakimlik mesleğini icradan yasaklanmamıştır.

2. Başkan yardımcısı Kirchhof'un, 27. Mart. 2013 tarihli açıklaması ve Anayasa

başvurucularının hakim reddine ilişkin dilekçelerinde ileri sürdükleri gerekçeler, hakim tarafsızlığını şüpheye düşürmüştür.

## Gerekçeler

### A.

#### I.

1. Anayasa şikayetleri, 2 numaralı şikayetçinin iş akdinin feshi ve Kuzey Ren Vestfalya Eyaletindeki işveren tarafından şikayetçilere çekilen ihtar hakkında iş mahkemesinin vermiş olduğu kararları konu etmektedir. Bir devlet okulunda memur olarak çalışan şikayetçiler dini nedenlerden ötürü islami başörtüsü ve onun yerine ikame edilen yün boneyi çıkarmayı reddetmişlerdir.

2. Her iki şikayetçi de müslümandır. 1 numaralı şikayetçi sosyal pedagoğtur. 2 numaralı şikayetçi ise öğretmen olarak çalışmaktaydı. Aynı zamanda anayasa şikayetleri, doğrudan Anayasa Mahkemesinin İkinci Senatosunun 24 Eylül 2003 tarihli kararı doğrultusunda (BVerfGE 108, 282), Kuzey Ren Vestfalya Eyaletinde çıkarılan ve okullarda çalışan kişilerin dini vecibelerine mücade ve bunların sınırına ilişkin kanuni düzenlemeler ile alakalı anayasal denetime yöneliktir. Başlangıç davasına konu edilen iş hukuku tedbirleri bu davanın çıkış noktasıdır. Şikayetçilerin ihtar ve iş akdinin feshine yönelik davaları ve bunların Federal İş Mahkemesi nezdindeki temyizleri başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Hem Federal İş Mahkemesi hem de ilk derece mahkemeleri her iki vakıda uygulanma kabiliyeti bulan Kuzey Westfalya Eyaleti Okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrasını anayasaya uygun bulmuştur. Hükmün birinci cümlesine göre öğretmenler okulda siyasi, dini, dünya görüşü veya benzerini yansıtan işaretler bulunduramaz. Sözü edilen işaretler öğrenciler ve ebeveynleri nezdinde eyaletin tarafsızlığını yada okulun siyasi, dini yada dünya görüşü ile ilgili düzenini tehlikeye düşürmemeyecek ve bozmayacak nitelikte olmalıdır. Diğer taraftan Kuzey Ren Vestfalya anayasasının hıristiyan ve garp eğitim ve kültür değerleri veya gelenekleri ile ilgili davranış biçimlerini belirleyen 1. cümlesi, 7. maddesi ve 12. maddenin 6. fıkrasına<sup>2</sup> göre eğitim düzenlemelerinin anlamı söz konusu hükmün üçüncü cümlesi ile çakışmaktadır. Bu düzenlemeler kamu hizmetinde eğitim ve öğretimde pedagoğ ve sosyalpedagoğ olarak çalışanlar için geçerlidir (§ 58 SchulG NW).

3. Şikayetçiler, iş mahkemeleri hükümleri ve mahkeme hükümlerinin doğrudan dayandığı kanunlar çerçevesinde temel haklarının ihlal edildiğini düşünmektedir. Onlar, inanç hürriyeti ile çalışma özgürlüklerinin ihlal edildiğinden şikayet etmektedirler. Başvuruculara göre hıristiyan ve garp eğitim ve kültür değerleri

---

<sup>2</sup> 12. madde son olarak 25. Ekim. 2011 tarihinde değiştirilmiş (GV. NRW. S. 499) ve bu kanun değişikliği 29. Ekim. 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Çevirmenin Notu).

lehine istisna oluşturulması, dinler arasında eşitsizlik teşkil ettiği için anayasaya aykırıdır.

4. Şikayetçiler, bir konuşmasında konuya ilişkin ihsas-ı reyde bulunduğundan dolayı, başkan yardımcısı Kirchhof'un reddini talep etmişlerdir. (BVerfGG madde 18). I numaralı şikayetçi devamla, bu konuda "BVerfGG'nin 19. maddesinin uygulanma alanı bulacağını" iddia etmiştir. Söz konusu hüküm bir hakim tarafından olduğu şüphesini uyandıran halleri düzenlemektedir. II numaralı şikayetçi ise Başkan Yardımcısı Kirchhof'un dile getirdiği düşüncelerinin 19. maddenin uygulama alanı kapsamında "bir yargı" ortaya koyduğunu ifade etmektedir. Bu nedenlerden dolayı hakim "şikayet üzerine verilecek karara katılımı engellenmelidir".

5. Aynı şekilde başkan yardımcısı Kirchhof da BVerfGG'nin 19. maddesi çerçevesinde karar verilmesini talep etmiştir.

## II.

6. 1. Başkan Yardımcısı Kirchhof'un karara katılmasına ilişkin sorun çerçevesinde her iki şikayetçinin talepleri de temelde birbirine yakındır:

7. Zira Başkan Yardımcısı Kirchhof, Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanmadan önceki öğretim üyeliği zamanında, eğitimcilerin başörtüsü taşıması husundaki yasasını desteklediğini bir çok defa dile getirmiştir. Zaten Kirchhof, Anayasa Mahkemesi huzurundaki ilk başörtüsü davasında (BVerfGE 108, 282), Baden-Württemberg eyaletini avukat olarak temsil etmiştir. Baden-Württemberg eyaletinde, idare mahkemesinde görülen, mesai saatleri içerisinde başörtüsü takan memur bir öğretmene ilişkin davada sunmuş olduğu istinaf dilekçesinde; islami başörtüsü ile hıristiyan rahibelerin giydiği kıyafetlerin farklı değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. I numaralı şikayetçi dilekçesinde devamla, kendisi tarafından Düsseldorf İş Mahkemesinde açılan davada, Kuzey Ren Vestfalya Eyaletinin verdiği cevap dilekçesinde Başkan Yardımcısı Kirchhof'un gerekçelerinin büyük bir kısmını kelime kelime temel aldığı ifade etmiştir. Bu şekilde bir iktibas onun onayı olmadan yapılamaz. Böyle bir durum, BVerfGG'nin 18. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi kapsamına girmesi nedeniyle Hakim Kirchhof'un reddini gerektirmektedir. Sözü edilen hükmün uygulanmayacağı kabul edilse dahi, 19. maddenin burada değerlendirilmesi düşünülmelidir.

8. Her iki şikayetçi devamla; Başkan Yardımcısı Kirchhof'un Baden Württemberg eyaletinde yürürlükte olan ve burada denetime tabi tutulan Kuzey Ren Westfalya eyaleti okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrası ile birebir örtüşen okul personelinin dini sembollerinin yasaklanmasını öngören (§ 38 Abs. 2 SchG

BW) düzenlemenin manevi fikir babası olarak kabul edilebileceğini belirtmişlerdir. Federal Anayasa Mahkemesinin 24 Eylül 2003 tarihli (BVerfGE 108, 282) başörtüsü kararına dayanan Baden Württemberg eyaletindeki düzenlemeyi eyalet adına kaleme almıştır. Kirchhof, Hessen Eyaleti yanında diğer tüm eyaletlerde olduğu gibi Kuzey Ren Westfalya eyaletinde de eyalet meclis komisyonlarında başörtüsü yasağının anayasaya uygunluğunu konu eden görüşmelerde genel olarak başörtüsü yasağını desteklemiş ve aynı zamanda hıristiyan ve yahudi sembollerin ayrıcalıklı olması gerektiğini de savunmuştur. Tüm bunlara ilaveten anaokullarında da bütüncül bir başörtüsü yasağının olması gerektiğini beyan etmesi, Baden Württemberg eyaletindeki sözü edilen kanunun yürürlüğe girmesinde de etkin olduğunu göstermektedir. Kirchhof, Kuzey Ren Westfalya Eyalet meclisine sunmuş olduğu mütalahasında planlanan Okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde hem dini sembollerin yasaklanmasını hem de hıristiyan ve batı dünyasının kültür değerlerinin ayrıcalıkları ile alakalı 57. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinin anayasaya uygun olduğunu telakki etmiştir (bkz. Eyalet Meclis Tutanakları 14/150).

İl numaralı şikayetçi, Başkan Yardımcısı Kirchhof'un sonuçsuz kalsa da bu konularda uzun mesai harcadığını bunun ise Anayasa Mahkemesi Kanununun 18 ve 19. maddelerinin anlam ve hedefleri kapsamına girdiğini ifade etmiştir. Şikayetçiye göre, bundan hareketle konu hakkında ihsas-ı reyde bulunan Kirchhof hakkında Anayasa Mahkemesi Kanununun 19. maddesi uygulanma kabiliyetine sahiptir.

10. 2. Bunlar dışında, Başkan Yardımcısı Kirchhof 27.Mart. 2013 tarihinde aşağıdaki açıklamaları yapmıştır:

11. "Ben, Baden Württemberg eyaletinde idare mahkemeleri önünde görülen davalar ve eğitim hizmetlerinde başörtüsü takılmasına ilişkin davalarda ve Anayasa şikayetine ilişkin 108 ve 282 sayılı kararlarda anayasa mahkemesi nezdinde anılan eyaleti temsil ettim. Anayasa Mahkemesinin başörtüsü yasağına ilişkin kararlarından sonra BadenWürttemberg eyaleti için gerekli kanunun taslağını hazırladım ve kanunun çıkma sürecinde danışmanlık yaptım. Baden Württemberg eyaletindeki kanun metni esas alınarak hazırlanan Hessen ve Kuzey Ren Westfalya eyaletlerindeki kanun yapma sürecinde her iki eyalet meclisinde de görüş bildirdim.

Önümüzdeki anayasa şikayetine ilişkin 1 BvR 471/10 numaralı başlangıç davasında, davalı eyaletlerin avukatları 30. Nisan. 2007 tarihinde Düsseldorf iş mahkemesine sundukları dilekçede tarafımdan Baden Württemberg eyaleti

idare mahkemesine hitaben formüle edilen anayasa şikayetinin kabul edilemezliğine ilişkin bir yazıdan bölümleri kelime kelime kendi argumanları olarak kullanmışlardır. Baden Württemberg eyaletinin ilgili bakanlığının başvurusu üzerine, önceki görüşlerimin belirli bir davada değil de genel olarak kullanılmasına müsaade ettim.

Önümüzdeki başlangıç davasında ne danışman ne de konuyu kaleme alan oldum.

Burada konu edilen önceki meşguliyetlerim nedeniyle, Senatodan Anayasa Mahkemesi Kanununun 19. maddesi çerçevesinde bir karar vermesini talep ediyorum.”

12. 3. Başkan yardımcısı Kirchhof’un savunmasına karşı I numaralı şikayetçi; Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasının 1. alt bendine göre kanun yapım sürecinde yer alması hakim reddini gerektirmese dahi, eyalette öğretmenler için başörtüsü yasağının kabulü yönünde kapsamlı danışmanlık hizmeti sunulmasının mantıklı bir değerlendirme ile her halükarda hakim önyargısız olmasından şüphe edilmesi yönünde bir sebep teşkil edeceği açıklamasını yapmıştır.

13. Açıklama yetkisine sahip kişilere, her iki anayasa şikayetine ilişkin davada da görüş bildirme imkanı sunulmuştur.

## **B.**

14. Başkan Yardımcısı Kirchhof, kanun hükmü gereğince her iki anayasa şikayeti ile ilgili davalarda reddedilmemiştir (§ 18 BVerfGG). Halbuki, anayasa şikayetçilerinin burada öne sürülen fikirleri çerçevesinde yapılan mantıklı bir değerlendirme ile her halükarda hakim objektif ve önyargısız yaklaşımı hususunda şüphe edilmesi gerekir (§ 19 BVerfGG).

## **I.**

15. Başkan Yardımcısı Kirchhof, kanun hükmü gereğince söz konusu davalarda reddedilmemiştir (§ 18 BVerfGG).

16. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasının 2. alt bendi uyarınca anayasa mahkemesinde görevli bir hakim, aynı konuda mesleği veya görevi icabı çalışmışsa yasaklanır.

17. Yasaklılık kuralı, istisnai nitelik oluşturduğundan dar yorumlanması gerekir. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasının 2. alt bendindeki “aynı konuda” ifadesi, somut ve katı biçimde diğer muhakeme düzenle-



melerindeki yasaklılık kuralları ve muhakemenin içeriği ile daima uyumlu olarak anlaşılmalıdır. Hakimın yasaklanması, yalnızca anayasa mahkemesinde yapılan bir yargılamaya katılması ya da mahkeme önündeki yargılamaya öngelen yargılamada görev yapması hukuka uygundur (bkz. BVerfGE 47, 105 <108>; 72,278 <288>; 78, 331 <336>; 82, 30 <35 f.>; 109, 130 <131>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. März 2013 1 BvR 2635/12 ,NJW 2013, S. 1587 <1588>).

18. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasının 1. altbendindeki düzenlemeye göre kanun yapma sürecinde görev almak, 18. maddenin 1. altbendi anlamında katılma olarak kabul edilemez. Buna ilaveten, yargılama için önem taşıyan hukuki bir konuda bilimsel açıklamada bulunmak, 18. maddenin 3. fıkrasının 2. altbendindeki belirlemelere göre “aynı olaya” katılma anlamı taşımaz (bkz. BVerfGE 82, 30 <35 ff.> m.w.N.).

19. Buna ilaveten, Başkan Yardımcısı Kirchhof Federal Anayasa Mahkemesinde hakim olarak işe başlamadan önce Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasının 2. altbendi çerçevesinde “aynı olaya” mesleki olarak katılmış sayılmaz. Önümüzdeki her iki anayasa şikayetine konu olan iş mahkemesinde görülen başlangıç davasında Kirchhof ne vekil sıfatıyla ne de herhangi başka sıfatla yargılamaya katılmıştır. Bu maddenin uygulanabilmesi, Kirchhof’un en azından herhangi bir şekilde bilgisi ve isteği doğrultusunda yargılamaya ilişkin somut bir çalışmada yer almasını gerektirir. Oysa ki durum böyle değildir. I numaralı şikayetçi tarafından Kuzey Ren Westfalya eyaleti iş mahkemesinde açılan başlangıç davasında, Kirchhof’un idare mahkemesindeki yargılamada Baden Württemberg eyaletinin vekili olarak sunmuş olduğu mütalaaya geniş kapsamlı olarak atıfta bulunulması onun Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 1 fıkrasının 2. altbendi kapsamında “aynı olayda” görev alması olarak değerlendirilemez. Burada Başkan Yardımcısı Kirchhof’un açıklamalarından anlaşılacağı gibi, somut yargılamada kendisinden alıntı yapılmış olması, kendisinin buna müsaade ettiği anlamına gelmez. Mütalaasının başka yerlerde genelde kullanılmasına müsaade etmiş olması da bu kabulü değiştirmez. Başlangıç davası dilekçesinin yazımında, herhangi bir dahli olmadan ondan alıntı yapılmış olması, onun bu olayda çalıştığını göstermez.

20. Başkan yardımcısı Kirchhof’un bir yüksek okul hocası olarak, Baden Württemberg, Hessen ve Kuzey Ren Westfalya Eyaletlerinde olduğu gibi, bir çok eyalette kanun yapma sürecinde aynı konudaki düzenlemelere müdahil olmasını, kanun koyucu açıkça hakimın yasaklılığı olarak görmektedir (§ 18 Abs. 3 BVerfGG). Bu durum, burada dolaylı olarak konu edilen Kuzey Ren Westfalya Okul Kanunu yapım sürecinde olduğu gibi, Eyalet meclisi komisyonlarındaki yapılan görüşme-

ler ve yazılı mütalaalar için de geçerlidir (§ 57 Abs. 4, § 58 SchulG NW). Gerçi başkan yardımcısı Kirchhof kendi mütalaasında kanun taslağının anayasaya uygun olduğunu onaylamıştır (LTStellungnahme 14/150). Kanun yapma sürecinde, uzman görüşüne başvurulması ve mütalaa talep edilmesi gibi durumlarda şekli bir iştirak sözkonusu olduğundan, sonuç değişmeyecektir (konu için bkz. § 57 Geschäftsordnung LT NW i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 Verf NW).

21. Burada konu edilen kanuni düzenleme ile aynı içeriğe sahip Baden Württemberg hükümetinin hazırladığı dini sembollerin yasaklanmasıyla ilgili kanun tasarısı hazırlanmasına ve ayrıca kanun yapım sürecine danışmanlık niteliğinde katılım, kanun yapım sürecine müdahil olmak şeklinde anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasının 1. altbendinin uygulama alanı, yasama organı üyelerinin katılımı ile sınırlı değildir. Başkan Yardımcısı Kirchhof'un önceleri Yüksek okul hocası olarak yasamaya dahil bir organ tarafından kanun tasarısı hazırlama için görevlendirilmesi ile kanun yapım sürecine müdahil olmak, aynı anlama gelmektedir. Bir yüksek okul hocasının, kanun yapım sürecinde, anayasal organlar tarafından görevlendirilerek yasamaya dahil olması, Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasının 1. altbendi kapsamında kanun yapım sürecine iştirak şeklinde anlaşılmalıdır; zira bu, bir hukuki konu hakkında burada konu edilen davada mühim bilimsel açıklama olarak anlaşılmalı ve bundan dolayı bu bakış açısıyla aynı işte görev almak hakim in yasalılığı olarak kabul edilmelidir (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 BVerfGG; ayrıca bkz. BVerfGE 82, 30 <37> ).

## II.

22. Başkan yardımcısı Kirchhof ve anayasa şikayetçileri tarafından ileri sürülen sebepler her halükarda anayasa şikayetçilerine hakim in tarafsızlığını şüpheye düşürecek kabul edilebilir gerekçeler vermektedir (§ 19 BVerfGG).

23. 1. Mantıklı bir anlayışla anayasa şikayetçisi I'nin talebi gibi anlaşılan anayasa şikayetçisi II'nin hakimi ret dilekçesi yanında, başkan yardımcısı Kirchhof'un da ricası göz önüne alındığında ve ayrıca onun bu konuda tarafgir olduğu endişesi, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 19'uncu maddesi çerçevesinde bir kararın verilmesini gerektirmektedir (karşılaştırınız BVerfGE 95, 189 <191>).

24. 2. Anayasa Mahkemesi Kanununun 19'uncu maddesine göre hakim in reddi, tarafsızlığını kötüye kullanacağını gösteren bir nedenin ortaya konulmasını gerektirmektedir. Bu durumda hakim in gerçekten "yanlı" veya "tarafli" ya da kendi çıkarına tutum takınmış olup olmaması önemli değildir. Her halükarda önemli olan, mantıklı bir değerlendirme ile yargılamaya katılan bir kişinin haki-

min tarafsızlığından şüphe etmesidir (bkz. BVerfGE 73, 330 <335>; 82, 30 <37 f.> ).

25. Şüphesiz ki, Anayasa Mahkemesi Kanununun 19. maddesi mucibince hakim tarafsızlığından şüphe edilmesi genel gerekçelere dayandırılmaz. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan mutlak düzenlemeler hakim tarafsızlığını haklı kılmaz. Tarafsızlığını şüpheye düşüren bir halin bulunmasının hakim tarafsızlığını gerektiren bir sebep olması, bir çelişkiyi ifade eder. Bundan dolayı, hakim kanun yapma çalışmalarında etkili olması ve önemli hukuki konularda bilimsel açıklamalar yapması her zaman reddini gerektirmez, hakim reddi için ilave hususların bulunması gerekir ki böylece tarafsızlığından duyulan şüphe gerekçelendirilmiş olsun. (bkz. BVerfGE 82, 30 <38 f.> m.w.N.).

26. 3. Başkan yardımcısı Kirchhof'un tarafsızlığını gerektirmeyen konular da dahil edildiğinde, oluşan somut durumun tüm detayları önümüzdeki davayı karakterize etmektedir. Kanun yapmanın ötesinde bu sürece sadece dahil olmak tek başına tarafsızlık için yeterli değildir, bu çalışmalar sadece genel katılım niteliğinde olup, özellikle bu düzenlemelerin anayasaya uygunluğu güvencesi tam da burada konu edilen noktalara temas etmektedir.

27. Burada konu edilen şartlar çerçevesinde sadece kanun yapım sürecine etki edilmesi ve bilimsel görüşlerin açıklanması görmezlikten gelinemez. Anayasa şikayetçilerinin cephesinden genel olarak bakıldığında, belirli ölçütler çerçevesinde hakim tarafsızlığından şüphe edilmesinde haklılık payı vardır. Böylece Anayasa Mahkemesi huzurunda adı geçen davada Kanun tasarısı hazırlama inisiyatifine sahip olan Baden Württemberg Eyalet hükümetini temsil eden hakim, açık bir şekilde hristiyan batı dünyası kültür değerlerini ve eğitimini esas alan özel bir düzenleme içeren kanun taslağını hazırladı. İkinci Senatonun 24. Eylül. 2003 tarihli hükmüne dayanan (BVerfGE 108, 282) anayasaya uygun bir kanuni düzenleme taslağı hazırlamak üzere Baden Württemberg hükümeti tarafından görevlendirilmiş olduğu açıktır (vgl. zu diesem Aspekt BVerfGE 82, 30 <39>). Bu nedenlerle Yüksek okul hocası olarak Başkan Yardımcısı Kirchhof o zamanlar kanun yapım sürecinde, kanun tasarısı hazırlanırken danışmanlık hizmeti sunmuştur. Baden Württemberg eyaletinde bu şekilde ortaya çıkan düzenleme, Kuzey Ren Westfalya eyaleti yasama organına ilham kaynağı olduğu açıktır (bkz. LTDrucks 14/569 S. 7). Burada karar verilecek konu olan Kuzey Ren Westfalya Eyaleti okul kanunu düzenlemeleri hakim tarafından tasarlananla geniş oranda paralellik arz etmektedir. Başkan yardımcısı Kirchhof Kuzey Ren Westfalya Eyalet Meclisindeki mütalaasında bu düzenlemelerin açıkça anayasaya uygun olduğunu belirtmiştir

(LTStellungnahme 14/150). Bu konulardaki daimi tutumunu çeşitli parlamenter müzakerelerde savunmuş ve savunmalarında farklı dini inanışların sembol ve değerlerinin farklı olması gerektiğini düşünmekte, tam da bu düzenlemelerin eşitliğe aykırı olduğu anayasa şikayetçilerinin çıkış noktasıdır (bkz. Landtag von Baden Württemberg, Protokoll der Sachverständigenanhörung vom 12. März 2004, S. 2, 12 f., S. 80, 81 f., 83; ayrıca bkz. Hessen: LTAusschussvorlage KPA 16/14, S. 358 ff.). Buna ilaveten hakim, yargılamalar esnasında düzenlemelerin konseptini ısrarla savunmuştur. Başlangıç davasında, başkan yardımcısı Kirchhof tarafından idari yargılamada ileri sürülen görüşlerden alıntı yapıldığı, I numaralı anayasa şikayetçisinin davaya cevabında vurgulanmıştır. Kanun yapım sürecindeki mutata etkinin ve ilgili hukuki meseleye ilişkin bilimsel düşünce açıklamalarının ötesinde, onun yapmış olduğu faaliyet burada konu edilen konsept için bir nevi müelliflik olarak görülebilir. Bu durumda o, anayasa şikayetçilerinin gözünde, anayasa şikayetine konu olan ve mücadele edilen düzenlemelerin ve onların somut uygulamasının çok özel bir temsilcisidir.

28. Bu şartlar altında, anayasa şikayetçilerinin, hakimin söz konusu edilen hukuki meselede her halükarda tarafsız bir şekilde karar veremeyeceği kuşkusu kabul edilebilir bir gerçekliktir (ayrıca bkz. BVerfGE 95, 189 <192> ).

### III.

29. Karar oybirliği ile alınmıştır.

Gaier, Eichberger, Schluckebier, Masing Paulus, Baer, Britz