

# Almanya'da Hakimlerin Seçimine İlişkin Federal Anayasa Mahkemesi'nin Güncel Bir Kararının İncelenmesi\*



Prof. Dr. Christian SCHRADER\*\*

Çeviren: Doç. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDECI\*\*\*

100 sene önce Almanya'da hakimler tek taraflı konservatifler ve böylece Nasyonsosyalizmin yolunu açmış oldular. Günümüzde hakimlerin Almanya'daki itibarı çok yüksek. Hakimlerin tarafsız, adil, yetkin, kanuna bağlı ve toplumdaki yeniliklere açık oldukları kabul edilmektedir. Tebliğimde, Almanya'da nasıl hakim olunabileceği ve en yüksek hakim pozisyonlara ne şekilde atama yapıldığını ele alacağım.

## Hakimlerin işe alınması

Almanya'da yaklaşık 23.000<sup>1</sup> hakim çalışmaktadır. Bunların büyük çoğunluğu Eyalet hakimleridir ve ilk dereceli mahkemelerde çalışmaktadırlar.

Alman Hakim Kanunu'na göre,

- Alman olan,
- Alman Anayasa'sına sadık kalacağını beyan eden,
- Sosyal yetkinliğe sahip olan ve
- İki devlet sınavını başarı ile geçmiş olanlar hakim olabilir. İlk devlet sınavı, dört yıllık Hukuk Fakültesi Eğitimi'nden sonra

---

\* Bu metin 09.10.2017'de Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tebliğ olarak sunulmuştur.

\*\* Hochschule Fulda'nın öğretim üyesi.

\*\*\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Statistisches Bundesamt, Finanzen und Steuern, Personal des öffentlichen Dienstes 2016, [www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/FinanzenSteuern/OeffentlicherDienst/PersonaloeffentlicherDienst2140600167004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/FinanzenSteuern/OeffentlicherDienst/PersonaloeffentlicherDienst2140600167004.pdf?__blob=publicationFile) (8.8.2017).

girilen sınavdır; akabinde iki yıllık bir staj dönemi (Referendariat) vardır ve staj döneminden sonra ikinci devlet sınavı yapılır.

Eyalet Adalet Bakanlıkları'nda hakim olabilmek için başvuru yapabilmek için, her iki devlet sınavını iyi başarı ile geçmiş olmak gerekmektedir. Genelde her yıl mezun olanlar arasında sadece ilk % 5'i girerler hakim olabilmektedir. Böylece Almanya'da 23.000 hakim, ama 155.000 avukat çalışmaktadır. Yüksek mahkemelerde hakim olabilmek için prosedür daha komplikedir.

### **Federal Mahkemelerde Hakimler**

22.735 mevcut hakimden sadece 440'ı en yüksek mahkemelerde görev yapmaktadır, yani sadece % 2'si. Her devlet, en yüksek mahkemelerine nasıl atama yapacağı konusunda farklı çözümlere gitmiştir. Örneğin Polonya'da hakimler kendileri yeni atanacak hakimleri belirlemekteydi. Bu sene Polonya bu konuda bir değişikliğe gitti ve tüm mahkeme başkanlarını azlederek, yeni bir prosedür ile Adalet Bakanlığı'nca hakimlerin atanmasına karar verdi. Bu konuda AB üye Devletleri eleştiride bulundu ve AB tarafından denetleme prosedürü yapılması düşünüldü.

### **Almanya'daki Prosedür ve Vasıf (Kalite) Kriterleri**

Almanya'da en yüksek mahkemelerde hakim olabilmek, yani Federal Hakim olabilmek için kriterler Alman Anayasası'nda düzenlenmiş ve değiştirilmesi zor hükümlerdir. Bunun yanı sıra Hakim Seçme Kanunu'nda da ayrıca başka kriterler de düzenlemiştir. Alman Anayasası'nın 33. maddesinin 2. fıkrasında, Alman vatandaşlarının yetkinliklerine, yeteneklerine ve mesleki becerilerine göre kamuda çalışma hakkı olduğu hükmü yer almaktadır<sup>2</sup>. Yani hakimler de bu vasıflara göre seçilmek zorundadır<sup>3</sup>. Sadece vasıflara göre seçim yapmak, hakim seçimi için yeterli olmayacaktır, zira hakimlerin % 98'ini teşkil eden Eyalet Hakimleri arasında mutlaka birçoğu Federal Hakim olma vasfını haizdirler.

<sup>2</sup> Daha geniş bilgi için Battis in Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 33, Rn. 24.

<sup>3</sup> OVG Schleswig, NJW 2001, 3495; BVerwG BeckRS 9998, 155471, Eyalet hakim seçimine ilişkin.

Alman Anayasası'nın 95. maddesinin 2. fıkrasında prosedüre ilişkin olarak, ilgili alanın Federal Bakanı, hakimi ilgili Federal Mahkeme'ye davet ettiğini (atadığını) düzenlemektedir. Ancak Federal Bakanlar tek başına karar vermemektedir. Karar verirken Federal Bakanın yanında hakim seçim komisyonu (Richterwahlausschuss) da yer almaktadır. Söz konusu komisyonda, ilgili alana ait tüm Eyalet Bakanları ve aynı sayıda, Parlamento tarafından seçilen üyeler yer almaktadır. Kimlerin Federal Hakim olabileceği konusunda adayların gösterilmesi de bu üyeler tarafından yapılmaktadır. Genelde Eyalet Bakanları'na ilk dereceli mahkemelerden uygun adaylar bildirilmekte ve Bakanlar da bunları aday göstermektedir.

Federal düzeyde hazırlanan bu seçim veya aday listesinde<sup>4</sup> yer alan adayların kişisel ve mesleğe ilişkin yetkinliklerine ilişkin hakimler temsilcileri ve mahkeme başkanlar görüşlerini bildirmektedirler<sup>5</sup>. Görüşler, seçimden / atamadan önce beyan edilmek zorundadır, bak. Alman Hakimler Kanunu'nun 57. maddesinin 3. fıkrası. Ancak söz konusu görüşler bağlayıcı değildir<sup>6</sup>.

Hakim Seçim Komisyonu, adı geçen listeden, aday belirlemektedir. Söz konusu komisyon aynı ağırlığa sahip iki gruptan oluşmaktadır. Bir tarafta 16 Eyaletin ilgili Bakanları, ki bunlar kendi Eyaletleri'ndeki en iyi hakimleri yarışa sokabileceklerdir; diğer tarafta ise Parlamen-todan 16 üye. Görüldüğü üzere Federal ve Eyalet kriterlerine göre bir ayırım var, ayrıca yürütme ve yasama organının üyeleri de, ki bunlar demokratik şekilde seçilmiştir, bu seçime katılmaktadır<sup>7</sup>.

Bu şekilde seçim komisyonuna girmiş olan üyelerle, ilgili federal Bakan birlikte karar vermek zorundadırlar, yani Federal Bakan ile seçim komisyonu mutabık kalmalıdır. Birlikte anlaşarak karar verme

<sup>4</sup> Listenin hazırlanmasına ilişkin: Dölp/Rath, DRiZ 2016, 258 f.

<sup>5</sup> Bowitz, DÖV 2016, S. 638 (640 ff.).

<sup>6</sup> Schmidt-Räntsch, DRiG, 6. Aufl. 2009, § 57 Rn. 17; Bowitz, DÖV 2016, 638 (641).

<sup>7</sup> Maunz/Dürig/Jachmann, GG, Art. 95 Rn. 127. Art. 95 Abs. 2 GG Baden Württemberg'de sadece hakimlerin seçerek oluşturdukları komisyonlara ilişkin demokratik legitimasyonun olmadığına ilişkin eleştirilerden imtina etmektedir, dazu Wittreck, ZRP 2013, 72 (74).

zorunluluğu bulunmaktadır<sup>8</sup>. Seçim komisyonunun oyuna karşı Federal Bakan hakim<sup>9</sup> atayamamaktadır.

İlgili Federal Bakan ise, atanacak Federal Hakimin iş yapacağı alana bakanlık yapan bakandır, bak. Alam Anayasası'nın 65. maddesinin 2. cümlesi. Örneğin Federal İş Mahkemesi'ne atanacak Federal Hakimin atanmasına Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı katılmaktadır. Diğer Federal Hakimlerin atanmasına da Adalet Bakanı katılmaktadır<sup>10</sup>. Böylece Federal Hakimlerin atanmasına sadece tek bir Federal Bakanın veya Almanya Şansöyesin karar vermesi engellenmektedir.

Sonuç itibarı ile tek bir kişinin (örneğin Alman Cumhurbaşkanı'nın veya Almanya Şansöyesinin veya bir Federal Bakanın) karar vermesi söz konusu değildir. En vasıflı adayların belirlendiği listeden yola çıkarak, ilgili Federal Bakan, federal ve demokratik bir şekilde meşrulaştırılmış bir komisyonla beraber, en uygun adayı seçmektedir. Böylece siyasi kriterlere göre bir seçim yapılması engellenmeye çalışılmıştır<sup>11</sup>. Hakim Seçim Komisyonunun üyelerinin geniş bir yelpazeden oluşmuş olmaları, bunun güvencesini vermektedir.

### Eleştiri

Buna rağmen Hakim Seçim Komisyonu hali ile eleştiri de almaktadır. Eleştiriler, komisyonun oluşumuna ve yeterince şeffaf ve açık çalışmamasına yöneliktir. Parlamentodan seçilen üyeler, parti grupların gücüne göre önerilmekte ve seçilmektedir. Eyalet Bakanları da kendi Eyalet Meclislerinin çoğunluğu teşkil eden partiden gelmektedir. Dolayısıyla seçim komisyonunda büyük partilerin temsilcileri küçük partilerin temsilcilerine göre daha fazladır. Hal böyle olunca küçük partilerin katkıda bulunma ihtimalleri azalmaktadır.

İkinci eleştiri de, seçim komisyonunun aleni olarak toplanmamasıdır ve üyelerinin gizlilik esasi ile bağlı olmalarıdır, bak. Hakim Seçme

<sup>8</sup> Maunz/Dürig/Jachmann, GG, Art. 95 Rn. 132.

<sup>9</sup> Bu bağlamda sadece Alman Anayasa'sının 95. maddesinin 2. fıkrasında anılan Federal Mahkeme hakimleridir. Diğer Federal Hakimler için bak. (Art. 60 Abs. 1 GG): Staats, RiWG, § 10 Rn. 8; Sachs, JuS 2017, 89 (90).

<sup>10</sup> Maunz/Dürig/Jachmann, GG, Art. 95 Rn. 128. Eyaletlerdeki Başkanlıkların oluşumuna ilişkin: Saam, DRiZ 2016, 54 f..

<sup>11</sup> Bu husus Lübke-Wolff, EuGRZ 2014, 509 (511)' a göre tehlikeli bir fırsat teşkil etmektedir.

Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrası, 6. maddesinin 2. fıkrası. Komisyon gizli oturumda karar vermektedir ve karar verirken oy çokluğu esas alınmaktadır, bak. Hakim Seçme Kanunu'nun 12. Maddesi. Başka bir deyişle, kamu, kimin aday gösterildiğini, adayın vasıflarının ne olduğunu, lehine ve aleyhine oy verenlerinin kim olduğunu öğrenmemektedir. Büyük partilerin komisyonda kendi aralarında anlaşarak, Eyalet oranlarına<sup>12</sup> göre önce bir adayın diğer seçimde diğer adayın seçilmesine yönelik mutabık kalabilecekleri düşünülmektedir<sup>13</sup>. Prosedür şeffaf olmadığı için bu hususun kontrol edilmesi veya aksinin ispat edilmesi de mümkün değildir.

### 5 Mart 2015'deki Federal Hakim Seçimi

Somut bir olay, Alman Anayasa Mahkemesi temel bir karar vermesine sebebiyet vermiştir<sup>14</sup>.

5 Mart 2015'deki Federal Hakim Seçimi'nde bir bayan ile bir bay aday bulunmaktaydı<sup>15</sup>. Bayan aday, hakim olarak çalışmasına ilişkin en yüksek başarılı değerlendirmeleri almıştır. Federal Mahkeme Başkanlığı kendisini "çok uygun" olarak değerlendirmekteydi. Bay aday ise azıcık daha geride kalan bir değerlendirme almıştır. Federal Mahkeme Başkanlığı kendisini "uygun" olarak değerlendirmiş ve kendisine Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde bir iki yıl daha tecrübe kazanması için fırsat verilmesini önermiştir.

Hakim Seçim Komisyonuna çağrılan üyelere 32 aday önerilmekteydi. Hakim Seçim Komisyonu bay adayın Federal Hakim olarak atanmasına karar verince, bayan aday bu konuyu mahkemeye taşımıştır. Bayan adayın ilk dereceli mahkemelerde ve akabindeki kanun yollarında<sup>16</sup> davasını kaybetmesi üzerine, Alman Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

<sup>12</sup> Brückner, DRiZ 2012, 44 (45); Alman Anayasası'nın 95. Maddesinin 2. Fıkrasının, yani tüm Eyaletlerden memurların Federal Makamlarda çalışmasına (Alman Anayasa'sının 36. maddesi) ilişkin yükümlülüğünün uygulanmaması, Maunz/Dürig/Jachmann, GG, Art. 95 Rn. 133; Dölp/Rath, DRiZ 2016, 258 f.

<sup>13</sup> Schübel, NJW 2014, 1355 (1356); Bowitz, DÖV 2016, 638 (639).

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.9.2016 – 2 BvR 2453/15, NJW 2016, 3425 = NVwZ 2017, 313.

<sup>15</sup> Zum Sachverhalt: BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 2 ff.

<sup>16</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.12.2015 – 5 ME 199/15, NVwZ 2016, 786 = BeckRS 2015, 56045 = NordÖR 2016, 131 = DVBl 2016, 196

## Alman Anayasa Mahkemesi'nde Bireysel Başvuru

Alman Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile birey, temel hak ve özgürlüklerinin devletin işlemi ile ihlal edildiğini iddia ederek, hakkını arayabilmektedir. Bu bağlamda kanun yollarının tükenmiş olması gerekmektedir ve bunun üzerine yapılan bireysel başvurunun kabule şayan olup olmadığı hususu Alman Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmektedir, bak. Alman Anayasası'nın 90. maddesinin 2. fıkrası. Almanya'da her birey, temel hak ve özgürlüklerinin devlet tarafından ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunabilmektedir, bak. Alman Anayasası'nın 93. maddesinin 1. fıkrasının 4a bendi. 2016 yılında 5 binden fazla bireysel başvuru yapılmıştır<sup>17</sup>.

### Alman Anayasası'nın 33. Maddesinin 2. Fıkrası

Bayan adayın bireysel başvurusunda ihlal edilmiş olan hak olarak Alman Anayasası'nın 33. maddesinin 2. fıkrası incelenmiştir. Söz konusu maddenin fıkrasında şöyle demektedir:

"Her Alman, ehliyet ve mesleki yeteneğine göre, eşit olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir." Bu düzenlemeye göre, kamu hizmetine en yetkin adayın seçilmesi ve atanması gerekmektedir, buna Federal Hakim<sup>18</sup> kadrosu da dahildir<sup>19</sup>. Buna göre aday gösterilen bir hakimin, atanmış hakimden daha yetkin olduğunu düşünüyor ve iddia ediyorsa, Konkurrentenklage, yani rakiplik davası açarak, diğer hakimin atanmasına muhalefet edebilmektedir<sup>20</sup>. Söz konusu rakiplik davaları son zamanlarda çok arttı ve hakim atamalarında blokajlara yol açtığı söylenebilir<sup>21</sup>.

Bu bağlamda atanmış hakimin gerçekten en vasıflı aday olup olmadığı hususunun da genel yargılama ilkeleri kapsamında denetlenebilmesi sınırlıdır, zira devletin amir olarak hakim atarken ileriye dönük bir öngörü yaparak atamaları gerçekleştirmesi, devletin bu konuda bir

<sup>17</sup> Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2016, [www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/statistik\\_2016\\_node.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/statistik_2016_node.html) (8.8.2017).

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 21.

<sup>19</sup> BVerfGE 139, 19 (49, 55 f.); BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 -, juris, Rn. 31 m.w.N.

<sup>20</sup> BVerfGE 24, 268, 277.

<sup>21</sup> Gärditz, NJW 2016, 3429.

takdir yetkisinin olduğunu da göstermektedir. Söz konusu takdir yetkisinin de mahkeme tarafından tam olarak denetlenmesi mümkün değildir<sup>22</sup>. Ancak devlet amir olarak atamaları yaparken, olası bir yargısal denetleme için, neden böyle bir seçim yaptığına dair gerekçelerini yazılı olarak kayıt altına alması gerekmektedir<sup>23</sup>. Sadece böyle bir kaydın olması halinde, ataması yapılmamış olan bir adayın, devletin kararına karşı muhalefet edip etmeme konusunda nesnel bir karar vermesi mümkün olacaktır, zira ancak kayıttan yapılan atamanın adil ve şanslar eşitliğine uygun yapıp yapılmadığı anlaşılabilir.

Alman Anayasa Mahkemesi, devletin ileriye dönük öngörude bulunarak hakimleri atamasının mahkeme tarafından denetlenmesinin sınırlı olduğu konusunda, daha ileriye giderek, Federal Hakimlerin atanmasının Alman Anayasası'nın 33. maddesinin 2. fıkrasına uygun olması gerektiğini de ifade etmiştir. Alman Anayasası'nın 95. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan seçim prosedürün, hakimlerin atanmasında modifikasyonları şart koştuğu ve saf bir seçme ve terfi sisteminden uzak olduğu kabul edilmektedir<sup>24</sup>.

### **Alman Anayasası'nın 95. Maddesinin 2. Fıkrasındaki prosedürde 33. Maddenin 2. Fıkrasından kaynaklanan sınırlamalar**

Alman Anayasası'nın hazırlandığı 1949 yılında, yargıya yeni bir "güven temeli" oluşturulmak istenmiştir. Bunun için Federal Hükümetin "bürokratik bir atama yapması" istenmemiştir, aynı şekilde hakimlerin "kendi aralarından birini seçmeleri" de istenmemiştir. Hal böyle olunca, Federal Hakimlerin ilgili Federal Bakan ve Hakim Seçim Komisyonu tarafından atanması uygun görülmüştür. Parlamentonun güvenine sahip komisyon üyelerinin hakimleri atamasında görev almaları, geniş ve sağlam bir temelin oluştuğunun göstergesi olarak kabul edilmiştir. Komisyon üyelerinin böylece belli bir otoriteye sahip oldukları varsayılmıştır. Nesnel kriterlerin de, Federal Adalet Bakanının ve Eyalet Bakanlarının atamalarda görev alması ile sağlandığı kabul edilmiştir<sup>25</sup>. Alman Anayasası'nın 95. maddesinin 2. fıkrasına göre hakim-

<sup>22</sup> Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 187 ff.

<sup>23</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 20.

<sup>24</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 16.

<sup>25</sup> Jahrbuch Öffentliches Recht n.F., Bd. 1, 1951, S. 704 f.

lerin atanmasında bir "karma sistem" mevcuttur, zira atamalarda yürütme ve yasama amir olarak birlikte çalışmaktadır ve federal element de ayrıca katkı da bulunmaktadır<sup>26</sup>.

Federal Bakan atamalarda Alman Anayasası'nın 33. maddesinin 2. fıkrası ile bağlıdır; Hakim Seçim Komisyonu'nun ise aynı maddeye sıkıca bağlı olma zorunluluğu yeterli olmamaktadır<sup>27</sup>. Alman Anayasası'nın 33. maddesinin 2. fıkrasının "yukarıdan" en iyinin seçilmesine yönelik bir düzenlemeye sahip olduğu kabul edilmektedir. Oysa seçimlerde, - belli şartlarla bağlı dahi olsa - seçim özgürlüğünün olması gerekmektedir. Alman Anayasası'nın 33. maddesinin 2. fıkrasına göre bir adayın atanmasına ilişkin zorunluluğun olması halinde, seçime özgün ve kanun koyucunun da istediği seçimin amacına erişilemeyecektir. Seçim işleminin herhangi bir mahkeme kontrolüne tabi olması da söz konusu değildir<sup>28</sup>.

Her iki aktörün işlevsel bir birlik zorunluluğu bulunmaktadır. Her ikisi birbirinden bağımsız hareket etmemekte, birbiri ile ilişki içinde bulunarak hareket etmektedirler. Bu halde sorumluluk da her ikisi arasında bölüşülmektedir ve her ikisi de diğerinin Alman Anayasası tarafından kendisine tanınan özgürlüğünü dikkate alacaktır<sup>29</sup>. Söz konusu kurumsal güvence ilişkisi, Hakim Seçim Komisyonu'nun, ilgili Bakanın da kabul edebileceği bir adayı seçmesine sebebiyet vermektedir. Diğer yandan ilgili Bakan, Hakim Seçim Komisyonu'nun seçimini kural olarak kabul etmek zorundadır, meğerki şekli şartlar veya prosedüre ilişkin düzenlemeler dikkate alınmamış veya sonucun tüm hususlar dikkate alındığında Alman Anayasası'nın 33. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kabul edilemez bir sonuç olsun. Bu halde Bakan, Başkanların görüşlerini ve adayın mesleki değerlendirmesini de dikkate alarak inceleme yapması gerekmektedir.

Alman Anayasası'nın 33. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan kuralın, her iki aktörün birlikte çalışması ile uygulanabilir hale getirilmesi ve prosedürün de buna uygun olarak cereyan etmesi gerek-

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 26 f.; Maunz/Dürig/Jachmann, GG, Art. 95 Rn. 127.

<sup>27</sup> Sachs, JuS 2017, 89 (90) adayların atanmasında Alman Anayasası'nın 33. Maddesinin ve 2. Fıkrasının yeterince bağlayıcı olduğunun anlaşılmadığını eleştirmektedir.

<sup>28</sup> BVerwGE 70, 270 (277 f.), BVerwGE 105, 89 (91); Gärditz, ZBR 2015, 325 (331)).

<sup>29</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 30.



mektedir. Bunun için de Hakim Seçim Komisyonu'nun, adayın uygunluğu, yetkinliği ve mesleki bilgisi hakkında fikir edinebilmek için, Başkanların görüşlerini, adayın karnelerini ve hakkında yapılan mesleki değerlendirmeleri inceleyebilmesi gerekmektedir<sup>30</sup>. Bu incelemenin yapılması bir şarttır ve bu incelemenin yapıldığı kayıt altına alınması<sup>31</sup> ve anlaşılabilir şekilde yapılmış olması gerekmektedir<sup>32</sup>. Prosedürün düzen yapıldığına dair güvence, gerekçelendirmenin hazırlanması ile elde edilmektedir. Federal Bakan kararını, Hakim Seçim Komisyonu'nun adayın uygunluğuna, yetkinliğine ve mesleki bilgisine ilişkin açıkça önemli kriterleri dikkate almadığını düşündüğü hallerde, kararını gerekçelendirmek zorundadır<sup>33</sup>.

Somut davada / olayda, bay adayın atanması, söz konusu kriterleri ihlal etmemiştir. Zira Hakim Seçim Komisyonu tüm adaylara ilişkin raporlara ve karnelere sahipti. Bay aday da, atanması için gerekli her türlü vasfı haizdi. Bayan aday daha tecrübeli ve bundan dolayı daha uygun idi, ancak bay adayın atanması da anlaşılabilir idi. Bundan dolayı Federal Bakanın da kararını gerekçelendirmesine gerek yoktu<sup>34</sup>.

### Karara ilişkin Tepkiler

Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı genel olarak olumlu karşılandı. Bir görüşe göre halen belirsizlik söz konusudur<sup>35</sup>. Bu görüşe göre Alman Anayasası'nın 95. maddesinin 2. fıkrası, mahkemenin 33. maddesinin 2. fıkrasına bağlı kalmasını genel olarak engellemektedir<sup>36</sup>. Başka bir görüşe göre, Alman Anayasası'nın 33. maddesinin 2. fıkrasının değer ve önem kazandığını ifade etmektedir<sup>37</sup>. Daha başka bir görüş ise, en iyi adayı atama konusunda sadece bürokratik davranılmamasını ve modifikasyonlara yer olmasını uygun bulmaktadır. Alman

<sup>30</sup> Bak. Hakim Seçme Kanunu'nun 10. maddesi, dazu Staats, RiWG, § 10 Rn. 11.

<sup>31</sup> § 9 Abs. 3 RiWG.

<sup>32</sup> Sadece prosedürün gidişatına ilişkin bir kaydın artık (Bowitz, DÖV 2016, 638 (639), meşru olmaması söz konusudur.

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 35.

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 37 f.

<sup>35</sup> Sachs, JuS 2017, 89 ff.

<sup>36</sup> Sachs, JuS 2017, 89 (91).

<sup>37</sup> Eckertz-Höfer, Recht und Politik, 2017, 99 (101).

Anayasa Mahkemesi'nin kararı siyasi bağlılığa ilişkin<sup>38</sup> duyarlı olunması gerektiğini göstermiştir. Bu karar ile, atamaya ilişkin sadece açıkça yapılan hataların incelenmesinin mümkün olduğu tespit edildiğinden, bundan sonra açılan olası rakiplik davalarının da başarılı olma ihtimali azalmaktadır. Bu kapsamda geçici hukuki koruma çerçevesinde yapılan muhalefetler ise zaten daha hızlı bir şekilde sonuca bağlanacaktır<sup>39</sup>.

### Değerlendirme

Alman Anayasa Mahkemesi, şimdiye kadarki içtihatlar kapsamında<sup>40</sup>, anlaşılabilir maddi ve usuli kriterleri benimseyerek karar vermiştir.

Hakim Seçim Komisyonu'nun birden listede olmayan ve hakkında Başkanlığa ait görüşlerin ve karnelerin bulunmadığı bir adayı prosedüre dahil etmesi yasaktır. Hakim Seçim Komisyonu bilgileri edindikten sonra karar vermelidir. İstenilen adayların atanması her şeye rağmen anayasal şartlara bağlıdır. Siyasi olarak da uygun adayların atanması ise kuvvetlendirilmiştir.

Başkanların veya mesleki değerlendirmelerin bir aday hakkında "uygunsuzdur" sonucuna varması, söz konusu adayın atanmasını iptal ettiremeyecektir; bu halde Bakanın kararı gerekçelendirmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır<sup>41</sup>. Bu sonuç şaşırtıcıdır, zira her iki aktörün işbirliği içerisinde olmaması halinde uygunsuz adayların atanması mümkün olacaktır ki, bu da Federal Mahkemelerinin kalitesini ve itibarını zedeleyebilecektir.

Buna rağmen karar, bireysel bir hukuki kontrolü halen içermektedir. Federal Hakimın atanması tamamen mahkeme incelemesinin dışına çıkmamıştır. Bundan önce de açılan rakiplik davaları ancak sınırlı bir mahkeme incelemesine sebebiyet vermektedir. Açılan bu tür bir davanın başarılı olma ihtimali azdı<sup>42</sup>. Yeni karar ile mahkemenin

<sup>38</sup> Gegen „Politisierung“: Staats, RiWG, § 10 Rn. 12.

<sup>39</sup> Gärditz, NJW 2016, 3426.

<sup>40</sup> OVG Lüneburg, NVwZ 2016, 786; OVG Schleswig, NJW 2001, 3495; BVerwG BeckRS 9998, 155471; vgl. aus der Literatur Bowitz, DÖV 2016, 638 (641 f.); Maunz/Dürig/Jachmann, GG, Art. 95 Rn. 134.

<sup>41</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 32.

<sup>42</sup> Maunz/Dürig/Jachmann, GG, Art. 95 Rn. 134.

inceleme alanı daha da sınırlandırılmıştır ve aynı zamanda kayıt ve gerekçelendirme yükümlülüğünü getirmektedir. Başkanların raporları / görüşleri değer kazanmaktadır<sup>43</sup>, özellikle görüşün "uygunsuz" olarak yapılmış olması halinde.

Bu bağlamda bir husus açıkta kalmaktadır: Hakim kadrolara daha çok bay adaylar atanmakta, bayan adaylar daha az atanmaktadır. 2011 yılında ilk dereceli mahkemelerde % 29 - % 49 arasında bayan hakimler vardı; Federal Mahkemelerde bu oran % 23 ve hatta % 21'e düşmektedir<sup>44</sup>. Bu bağlamda Alman Anayasası'nın 3. maddesindeki eşitlik ilkesinin uygulanması gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır.

Zira Alman Anayasası'nın 3. Maddesinin 3. fıkrası, cinsiyetten dolayı bir mağduriyeti veya imtiyazı yasaklamaktadır. Bundan dolayı literatürdeki görüşe göre, hakimlerin atanmasında – adaylar arasında uygunluk bakımından eşitlikte - cinsiyetin yardımcı bir kriter olması reddedilmektedir<sup>45</sup>. Ancak içtihatlar göre, Alman Anayasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi de atamalarda dikkate alınmak zorundadır. Bu cümlenin içeriği şöyledir:

"Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını özendirir ve varılan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir". Bu düzenleme ile kadın ve erkeklerin hayat şartlarındaki eşitliğin sağlanması amaçlanmıştır<sup>46</sup>. Söz konusu düzenlemenin tam olarak uygulanması maalesef tabi farklılıklar bakımından ve toplumsal zihniyetten dolayı tam olarak sağlanamamaktadır ve bunun mağduru kadınlar olmaktadır<sup>47</sup>. Özellikle kadınların çocuk bakımı ile daha fazla ilgilenmeleri, fiili olarak mağdur olmalarına sebebiyet vermektedir, bundan dolayı kadınların haklarının daha fazla dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Eckertz-Höfer, Recht und Politik, 2017, 99 (100 f.).

<sup>44</sup> BT-Drs. 17/6067, 2; Brückner, DRiZ 2012, 44; Eckertz-Höfer, Recht und Politik, 2017, 99 verweist auf ca. 28 % Ende 2014.

<sup>45</sup> Maunz/Dürig/Jachmann, GG, Art. 95 Rn. 133, anders hingegen für die Schwerbehinderteneigenschaft, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.

<sup>46</sup> BVerfGE 109, 64; BVerfGE 113, 1; relativierend: OVG Münster, BeckRS 2017, 102155 = NVwZ 2017, 807, Rn. 20, 40 ff..

<sup>47</sup> BVerfGE 104, 373; BVerfGE 113, 1; BVerfG, NJW 2014, 843 (844).

<sup>48</sup> Schübel, NJW 2014, 1355 (1357).

2015'de yapılan atamaya ilişkin olarak Alman Anayasa Mahkemesi kararı Alman Anayasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesindeki düzenlemeyi duruma bağlı bir gerekçe sebebi olarak değerlendirmiştir. Somut olayda, atamalar yapılırken, zaten ağırlıklı olarak bayan hakimlerin atanmasından<sup>49</sup> dolayı, atamaya ilişkin gerekçelendirmeye de ihtiyaç olmadığı kanısına varılmıştır<sup>50</sup>. Karar böylece, Alman Anayasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesini, hakimler arasında bay ve bayan hakimler arasında açık bir orantısızlık olması halinde önem kazandığını ve dikkate alınması gerektiğini tespit etmektedir<sup>51</sup>. Bu hali ile, bir dahaki atamalarda bayan hakimlerin daha az atanması durumunda ne olacağını aslında açıkta bırakmaktadır. Federal Almanya'da kadınların mağdur edilmemesi hususunda daha çok yapılacak iş bulunmaktadır. Mart 2015'de atanmayan bayan hakim, daha sonraki bir atamada Federal Hakim olmuştur. Böylece dava açması kendisi için yine de bir kazanç olmuştur ve ayrıca başka bayan hakimlerinin de atanmamaları halinde dava açmaları konusunda cesaret vermektedir.

---

<sup>49</sup> Sachs, JuS 2017, 89 (91).

<sup>50</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 38.

<sup>51</sup> Eckertz-Höfer, Recht und Politik, 2017, 99 (101). Anders OVG Münster OVG Münster, BeckRS 2017, 102155 = NVwZ 2017, 807, Rn. 40 ff..