

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ANAYASA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

1982 ANAYASASI'NDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI
VE YARGI TARAFSIZLIĞI

Yüksek Lisans Tezi

Mürşide ŞİMŞEK

Ankara – 2012

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ANAYASA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

1982 ANAYASASI'NDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI
VE YARGI TARAFSIZLIĞI

Yüksek Lisans Tezi

Mürşide ŞİMŞEK

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL

Ankara – 2012

1982 ANAYASASI'NDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGI TARAFSIZLIĞI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL

Yrd. Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAYGILI

Tez Sınavı Tarihi 29.05.2012

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

(29//05/2012)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Mürşide ŞİMŞEK

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGI TARAFSIZLIĞI KAVRAMLARI

I. YARGI KAVRAMI.....	6
II. HUKUK DEVLETİ VE KUVVETLER AYRILIĞI İLKELERİ BAĞLAMINDA YARGI.....	14
III. DOĞAL HAKİM İLKESİ BAĞLAMINDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞI	17
IV.YARGI BAĞIMSIZLIĞI KAVRAMI ve UNSURLARI	20
A.YARGI BAĞIMSIZLIĞI KAVRAMI.....	20
1.Kaynağına Göre Yargı Bağımsızlığı.....	22
a.Dış Bağımsızlık	22
b.İç Bağımsızlık	23
2.Hedeflerine Göre Yargı Bağımsızlığı	24
a.Bireysel Bağımsızlık	24
b.Kurumsal Bağımsızlık.....	25
B.YARGI BAĞIMSIZLIĞININ UNSURLARI	27
1.Hakimlerin Nitelikleri.....	27
2.Hakimlerin Teminatları	29
a.Hakimleri Atama Yöntemleri.....	31
i.Yürütmenin Atama Yapması	31

ii.Yasamanın Atama Yapması.....	32
iii.Yasama ve Yürütmenin Birlikte Atama Yapması	33
iv.Halk Tarafından Seçilenlerin Atanması.....	34
b.Hakimlerin Tayinleri.....	35
c.Hakimlerin Terfileri ve Disiplin İşlemleri.....	36
d.Hakimlerin Görev Süreleri, Azledilememeleri ve Emekliye Ayrılamamaları.	38
e.Hakimlerin Mali Teminatları	39
3.Mahkemelerin Bağımsız Görünümü.....	40
4.Yargı Bütçesi	41
V.YARGI TARAFSIZLIĞI KAVRAMI ve UNSURLARI	42
A.YARGI TARAFSIZLIĞI KAVRAMI	42
1.Subjektif Tarafsızlık	44
2.Objektif Tarafsızlık.....	44
B.YARGI TARAFSIZLIĞININ UNSURLARI	45
1.Hakimin Kendi Davasına Bakamaması	45
2.Hakimin Davanın Taraflarından Birini veya Davanın Sonucundan Etkilenecek Kişileri Tanıyor Olmasının Davanın Sonucuna Etki Etmemesi.....	47
3. Hakimin İfade Özgürlüğü	48
4. Hakimin Birlik Kurma ve Birliğe Üye Olma Özgürlüğü	49
a.Aleni Birlikler	49
b.Gizli Birlikler	50
5.Hakimin Sosyal ve Politik Eğilimlerini Dışa Vurmaması	51
6.Hakimin Farklı Roller Üstlenmemesi	52
7. Hakimin Aynı Dava ile İlgili Birden Çok Karar Vermemesi.....	53
VI. SORUMLULUK BAĞIMSIZLIK İLİŞKİSİ	54

İKİNCİ BÖLÜM

1876 ANAYASASI'NDAN 1982 ANAYASASI'NA TÜRKİYE'DE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞI

I. 1876 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGI TARAFSIZLIĞI	58
II.1921 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve TARAFSIZLIĞI..	62
III. HEYET-İ MAHSUSALAR VE YÜKSEK ADALET DİVANI	63
IV.1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞI	66
A.766 SAYILI HAKİMLER KANUNU DÜZENLEMELERİNDE HAKİMLİK TEMİNATLARI	67
1.Atama Yöntemi	67
2.Görev Süresi	68
3.Coğrafi Teminat	68
4.Terfii.....	69
5.Disiplin	69
B.2556 SAYILI HAKİMLER KANUNU DÜZENLEMELERİNDE HAKİMLİK TEMİNATLARI	70
1.Atama Yöntemleri.....	71
2.Görev Süresi	72
3.Maaş Güvencesi ve Coğrafi Teminat	75
4.Terfi.....	76
5.Disiplin	77

C.1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME	79
V. İSTİKLAL MAHKEMELERİ	79
A.BİRİNCİ DÖNEM İSTİKLAL MAHKEMELERİ (1920 – 1921)	80
B.İKİNCİ DÖNEM İSTİKLAL MAHKEMELERİ (1921 – 1949).....	82
1.Cumhuriyet Öncesi İkinci Dönem İstiklal Mahkemeleri	82
2.Cumhuriyet Dönemi İstiklal Mahkemeleri (1923 – 1927).....	84
VI. TAHKİKAT KOMİSYONU, 27 MAYIS 1960 ASKERİ DARBESİ ve YASSIADA MAHKEMESİ	85
A.TAHKİKAT KOMİSYONU	87
B.27 MAYIS 1960 DARBESİ ve YASSIADA MAHKEMESİ.....	91
VII.1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞI	94
A.45 SAYILI YÜKSEK HAKİMLER ve YÜKSEK SAVCILAR KURULU KANUNU DÜZENLEMELERİ	95
1.Yüksek Hakimler Kurulu.....	98
a.Yüksek Hakimler Kurulu’nun Yetki Alanı	98
b.Yüksek Hakimler Kurulu Üyelerinin Seçilmesi	98
c.Yüksek Hakimler Kurulu Üyelerinin Görev Süresi	101
d.Yüksek Hakimler Kurulu’nun Sekreteryası	102
e.Yüksek Hakimler Kurulu’nun Kararlarına Karşı Yargı Yolu	102
2.Yüksek Savcılar Kurulu	102
a. Savcıların Bağımsızlığı	102
b.Yüksek Savcılar Kurulu Düzenlemesi	105
B.HAKİMLERİN TEMİNATLARI	106
1.Atama Yöntemi	107
2.Görev Süresi	108

3.Maaş Güvencesi ve Coğrafi Teminat	109
4.Terfi.....	110
5.Disiplin	110
VIII.SIKİYÖNETİM ASKERİ MAHKEMELERİ VE DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİ.....	111
A.SIKİYÖNETİM MAHKEMELERİ	111
B. DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİ	114

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞININ 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDEKİ DURUMU

I.1980 ASKERİ DARBESİ ve TÜRKİYE'Yİ 1982 ANAYASASI'NA GÖTÜREN SİYASAL GELİŞMELER.....	118
II.1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGIYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	119
A.2461 SAYILI HSYK KANUNU DÖNEMİ	122
1.HSYK'nın Yetki Alanı.....	123
2.HSYK Üyelerinin Seçilmesi.....	124
3.HSYK Üyelerinin Görev Süreleri.....	127
4.HSYK'nın Sekreteryası.....	127
5.HSYK Kararlarına Karşı Yargı Yolu	128
B. 1982 ANAYASASI'NDA 2010'DA YAPILAN HSYK ile İLGİLİ DEĞİŞİKLİK ve 6087 SAYILI HSYK KANUNU	130
1.HSYK Üyelerinin Seçimi.....	133
a.Anayasa Mahkemesi'nin İptal Ettiği Bölümler.....	134
b.Hakim ve Savcı Olmayan Kişilerin HSYK'da Üye Olması	136

c.İlk Derece Hakimlerinin HSYK’da Üye Olması.....	136
2.HSYK’nın Başkanı.....	137
3.HSYK’nın Sekreteryası.....	137
4. HSYK’nın Kararlarına Karşı Yargı Yolu	138
5.2010 Değişikliklerine İlişkin Genel Değerlendirme	138
C.HAKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞINA İLİŞKİN DİĞER DÜZENLEMELER	140
1.Hakimlerin Nitelikleri.....	140
2.Hakimlerin Teminatları	143
a.Hakimlerin Atamaları.....	143
b.Hakimlerin Tayinleri.....	146
c.Hakimlerin Terfi ve Disiplin İşlemleri	147
d.Hakimlerin Azledilmemeleri, Emekliye Ayrılmamaları, Görev Süreleri	151
e.Hakimlerin Mali Teminatları	152
3.Yargı Bütçesi	153
D.YARGI TARAFSIZLIĞINI SAĞLAMAYA YÖNELİK DÜZENLEMELER.....	154
1.Hakimin, Görevden Yasaklanması, Reddi ve Davaya Bakmaktan Çekinmesi	155
2.Görülmekte Olan Dava İle İlgili Görüş Açıklamaması	157
3.Hakimlerin ve Savcılarının, Hakimlik ve Savcılık Mesleği Dışında Görev Alamaması.....	159
4.Hakimlerin ve Savcılarının Dernek Kurması ve Derneğe Üyelikleri	160
E. HAKİMLERİN SORUMLULUĞU – BAĞIMSIZLIĞI İLİŞKİSİ.....	161
F.ÖZEL YETKİLİ AĞIR CEZA MAHKEMELERİ.....	162
SONUÇ.....	162
ÖZET.....	168

ABSTRACT.....	169
KAYNAKÇA.....	170

KISALTMALAR

AKP	:	Adalet ve Kalkınma Partisi
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CHP	:	Cumhuriyet Halk Partisi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
DGM	:	Devlet Güvenlik Mahkemesi
DP	:	Demokrat Parti
E	:	Esas Sayısı
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSYK	:	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İÜHFD/M	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi/Mecmuası
K	:	Karar Sayısı
KT	:	Karar Tarihi
m.	:	madde
MBK	:	Milli Birlik Komitesi

MGK	:	Milli Güvenlik Konseyi
M.Ö.	:	Milattan Önce
ÖCM	:	Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TMK	:	Terörle Mücadele Kanunu
vb.	:	ve benzeri
vs.	:	vesaire

GİRİŞ

En temelde, insanların kalplerine kin tohumlarının ekilmesini önlemeyi amaçlayan yargı faaliyeti, toplumun huzur içinde yaşaması için yürütülür. Yargı, toplumun ve özelde bireylerin haksızlıklar karşısında mağdur edilmemelerini, devletin onları korumasını sağlamalıdır. Dünyanın ilk uygarlığı olarak bilinen Sümerler'den¹ bugüne kadar insanlığın başvurduğu yargının, işlevini düzgün yerine getirebilmesi için, bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması gerekir. Sokrates, 'Yargıcın görevi, adaleti lütfetmek değil, herkesin hakkını vermek; kendi keyfine göre değil yasalara göre hüküm kurmaktır' demiştir².

Yargı faaliyetinin içi boş, göstermelik bir faaliyet olmasını önleyecek olan, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları; modern devlette kuvvetler ayrılığı sisteminin en önemli denge unsurlarıdır. Yasama ve yürütme için bir tür fren görevi yapan yargı, bireylerin bu iki erk altında ezilmesini engeller. Yasamanın ve yürütmenin yargı bağımsızlığını koruma yükümlülükleri vardır³. Yargının, özellikle yürütmeye karşı korunması gerekir çünkü genellikle yürütmenin bu yükümlülüğü ihlal ettiği görülür.

Yargı bağımsızlığı hukuk devletinin bir unsurudur. Hukuk devletlerinde "hukukun sözcüsü" ve "hukuk düzeninin gözcüsü" görevini yargı üstlenir⁴. Bir yönüyle kurulu düzen bozulduğunda düzeni tekrar sağlayacak olan yargı, diğer yönüyle kurulu düzenin bozulmaması için yol gösterici olmak zorundadır. Yargı bu görevlerini, ifa ederken mutlaka, kararlarını etkilemeye yönelik uygunsuz baskılardan korunmalıdır.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı uluslararası camiada da oldukça önem verilen bir konudur. Bu konu, temel insan hakları belgelerinde düzenlenmiştir. Bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanmak, kişiler için bir haktır. Yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak devlet içinse bir ödevdir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesi "*Herkesin hak ve özgürlükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, davasının tam bağımsız ve tarafsız mahkeme*

¹ William H. McNEILL, **Dünya Tarihi**, Çeviren Alaeddin Şenel, İmge Kitapevi, Ankara, 2003, s.34.

² Sami SELÇUK, **Bağımsız Yargı Özgür Düşünce**, İmge Kitapevi, Ankara, 2007: 32.

³ Martin KUIJER, **The Blindfold of Lady Justice**, Leiden University, 2004, s. 210.

⁴ Abdullah SEZER – Emrah KIRIT – Oya BOYAR, **Hukuk Devleti**, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı Yayını, İstanbul, 2003, s. 35.

*tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır. ” ifadesini içerir. Türkiye’nin pek çok zaman, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayamaması nedeniyle AİHM’de tazminata mahkum olmasına neden olan, AİHS’nin 6. maddesi *Adil Yargılanma Hakkı* başlığını taşır. İlgili maddenin ilk fıkrası “Herkes, ... yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini istemek hakkına sahiptir” hükmünü içerir.*

Yargı bağımsızlığı hakimlerin ve kurumsal olarak yargının, yargı içinden ve dışından gelebilecek olumsuz etkilere karşı korunması anlamına gelir. Yargı tarafsızlığı ise, hakimin davanın taraflarına eşit davranması ve kendi ön yargıları ve ideolojik görüşlerinden hareketle değil, hukuk kurallarından ve vicdanından hareketle karar vermesi demektir.

Hakimlerin ve savcılarının, hem toplumun birer parçası olarak kalmaları, hem de toplum içinde kendilerine yakın olanlara dahi iltimas yapmamaları, erdemli insanlar olmalarını gerektirir. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı temelde, cesur, dürüst, açık görüşlü ve insan haklarına saygılı hakim ve savcılara ulaşma çabasıdır. Bizim çalışmamızda ve konu ile ilgili diğer tüm çalışmalarda ele alınan ve uğraşılan, yasalar, kurumlar ve kurallar gibi görünse de, asıl ulaşılmaya çalışılan hakim ve savcılarının insan haklarına uygun yorumlar yapmaları, ufuklarının geniş olması ve mesleki davranışlarında etik değerlere saygılı davranmalarındır. Hakimler ve savcılar, kendilerini devlete veya bir ideolojiye değil, hukuka ve adalete sadık hissetmelidirler⁵.

Hakimin yargılama yaparken, taraflara karşı eşit davranabilmesi için davanın taraflarından bağımsız olması gerektiği açıktır⁶. Diğer bir ifade ile hakimlerin tarafsız olmalarını sağlamak için, onların bağımsız olmalarını sağlamak gerekir. Hakim, davanın taraflarına karşı, devletin siyasi kurumlarından ve devlet dışı baskı gruplarından gelen tüm olumsuz etkilere karşı bağımsız olmak zorundadır. Dışsal

⁵ Thomas GIERGERICH, “ *Yargının Bağımsızlığı Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler*”, **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Sempozyumu** (Editör: Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 6, Ankara, 2009, ss. 21–53, s. 28.

⁶ Carlo GUARNIERI, “*Do Judicial Councils Further Judicial Independence? Some Lessons From Europe*”, http://www.tepav.org.tr/upload/files/haber/1306504278-1.CARLO_GUARNIERI_Do_Judicial_Councils_further_Judicial_Independence__Some_Lessons_fro_m_Europe__Paper_.pdf, 07.07.2011, s. 2.

olumsuz etkiler gibi, yargı içinden gelen olumsuz etkilere karşı da yargının bağımsızlığının korunması gerekir⁷.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının nasıl hayata geçirileceği, Avrupa ülkelerinde de mutlak çözümü bulunamamış ve tartışma konusu olmuş bir husustur⁸. Türkiye Cumhuriyeti devleti kurulduğu günlerden bu yana, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı sorun oluşturmuştur. Cumhuriyetin ilk yıllarında, İstiklal Mahkemeleri ve Heyet-i Mahsusalar ile başlayan yargı bağımsızlığı ve yargı tarafsızlığı ihlalleri, zaman içinde, Tahkikat Komisyonu'nda, Yassıada Mahkemesi'nde, Sıkıyönetim Mahkemeleri'nde, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde (DGM'lerde) ve Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde (ÖAC'lerde) tekrar tekrar gündeme taşınmıştır. Kendi gerçeklerimizle yüzleşmeye çalıştığımız bu çalışmada, doğal hakim ilkesinin farklı yönleri ile birlikte, ülkemizde yaşanan, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ihlallerine yer verilmiştir.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hakimlere ve savcılara sağlanacak bazı teminatlarla güvence altına alınmaya çalışılır. Azilden masuniyet başta olmak üzere, maaşlarının kesilmemesi, coğrafi teminat olarak bilinen tayin edilirken rıza aranması, terfi ve disiplin işlemlerinin baskı oluşturacak nitelik taşıyamaması güvencelerinin tanınması, hakim ve savcılarının bağımsızlıkları için kullanılan araçlardır. Tüm bu araçları kullanmaya yetkili olan makamlar, günümüzde yargı yüksek kurullarıdır. Yargı yüksek kurullarının, yasama ve yürütmeden bağımsız yapılarının olması gerektiği, genellikle kabul görmektedir. Ülkemiz için de 1961 Anayasası ile yargı sistemimize dahil olan yargı yüksek kurulunun⁹, oluşturulma yöntemi hep sorun teşkil etmiştir.

2010 Anayasa değişiklikleri öncesinde ve 2010 Anayasa değişikliği sonrasında Türkiye gündemi yeniden, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramlarına odaklanmıştır. Değişiklik öncesinde özellikle HSYK'nın, yapısı, başkanının Adalet Bakanı olması, üyelerinden birinin Adalet Bakanı müsteşarı olması, Kurul kararların

⁷ GIERGERICH (2009), s. 22.

⁸ A. H. Van VELDEN, 'Yüksek Yargı Konseyi' İsimli Oturum, **Yargının Bağımsızlığı Tarafsızlığı ve Etkilliliği Sempozyumu** (Editör: Ahmet Taşkın) , Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 6, Ankara, 2009, s. 112.

⁹ 1961 Anayasası'nın ilk halinde, yargı yüksek kurulu Yüksek Hakimler Kurulu adını taşıyorken, 1971 değişiklikleri ile Yüksek Hakimler ve Yüksek Savcılar Kurulu adını almıştır. 1982 Anayasası ile de söz konusu kurulun ismi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu olarak değiştirilmiştir.

yayımlanmaması ve kararlara karşı yargı yolunun açık olmaması¹⁰, kurulun üye sayısının az olması, geniş katılıma kapalı bir kurul olması ve bu nedenle demokratik meşruiyetinin olmaması¹¹ oldukça çok eleştirilmiştir. 2010 Anayasa Değişiklikleri sonrasında ise yenilenen HSYK'nın ne ölçüde beklentileri karşıladığı tartışılmaktadır. Adalet Bakanı ve müsteşarının konumları aynen muhafaza edilmiş, kurulun üye sayısı artırılmış, demokratik meşruiyetin sağlanması adına Kurulda hem her dereceden hakimler ve savcılarca seçilen, hem Yargıtay ve Danıştay üyeleri içinden Cumhurbaşkanınca seçilen, hem Türkiye Adalet Akademisince seçilen üyelere yer verilmiştir. Peki 2010 değişiklikleri ne ölçüde HSYK'ya ve dolaylı olarak da yargıya meşruiyet sağlamıştır?

Yüksek mahkemelerin ve askeri yargının ayrı bir çalışma konusu olması gerektiğinden hareketle, çalışmamızı adli ve idari yargı ilk derece mahkemeleri ile sınırladık. Çalışmamızda cevaplamaya çalıştığımız temel sorular: Yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak için neler yapılmalı? Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarihinde bu konuda neler yapılmıştır ve 1982 Anayasası döneminde neler yapılmaktadır?

Bugün Türkiye'nin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda geldiği noktadaki yeni resmine işaret etmeye çalıştığımız bu çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın Birinci Bölümü'nde, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları tanımlanmaya ve unsurlarıyla birlikte açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konuda uluslararası belgelerin yanında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından yola çıkılmış ve ulusal ve uluslararası literatürden bazı yazarların görüşlerinden faydalanılmıştır.

Çalışmanın İkinci Bölümü'nde ise, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yakın geçmişinde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının nasıl sağlanmaya çalışıldığı ve nasıl ihlal edildiği örneklerle anlatılmaya çalışılmıştır. Özellikle TBMM tutanaklarından ve Resmi Gazeteden faydalandığımız bu bölümde, yürütme ve yargı arasındaki gerilim ve darbelerin öncesi ve sonrasındaki siyasi tablo aktarılmaya çalışılmıştır. Anayasaların tarihlerini esas alarak, konu ile ilgili kanunların tarihlerine uygun

¹⁰ GIERGERICH (2009), s. 23-25.

¹¹ Serap YAZICI, “Yüksek Yargı Konseylerinin Oluşturulmasında Demokratik Temsil İlkesi”, **Yargının Bağımsızlığı Tarafsızlığı ve Etkililiği Sempozyumu** (Editör: Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 6, Ankara, 2009, ss. 97–118, s. 97–102.

olarak, kronolojik sıra izlenmeye çalışılmış ancak bazen, konular arasında kopukluk olmaması için, kronolojik sıradan ayrılmak zorunda kalınmıştır (İstiklal Mahkemeleri, DGM'ler ve ÖAC'ler anlatılırken bütünlük sağlansın diye kronolojik sıradan ayrılmak zorunda kalınmıştır).

Çalışmanın Üçüncü Bölümü'nde ise, 1982 Anayasası döneminde yargı bağımsızlığı konusunu, 2010 Anayasa değişiklikleri öncesi ve sonrasındaki HSYK düzenlemeleri ile birlikte, hakimlere ve savcılara tanınan teminatlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Yargı tarafsızlığını sağlamaya yönelik alınan tedbirlere işaret edildiği gibi bu konudaki eksikliklere dikkat çekilmiştir. Son olarak da, Türkiye'de hakimlerin bağımsızlığı ve sorumluluğu ilişkisi ve bu ilişkideki değişim tespit edilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGI TARAFSIZLIĞI KAVRAMLARI

I. YARGI KAVRAMI

Yargı kavramını tam olarak anlayabilmek için, önce kelime anlamını genel manasıyla tam olarak anlamak, daha sonra hukuki anlamına ve insanlık tarihindeki gelişimine bakmak gerekir.

Yargının genel kelime anlamı: *“Kavrama, karşılaştırma, değerlendirme vb. yollara başvurarak kişi, durum veya nesnelerin eleştirci bir biçimde değerlendirilmesi, hüküm¹²”* şeklindedir.

Tanımda da ifade edildiği üzere yargı, bir düşünce süreci sonucu oluşur. Bloom ve arkadaşlarının bilişsel alan taksonomisi¹³ teorisine göre, insanların genel olarak yargıya ulaşmaları için, düşüncenin, zihinlerinde şu aşamalardan geçmesi gerekir: bilgi, kavrama, uygulama analiz, sentez ve değerlendirme. Bilişsel alan taksonomisinde, her aşama bir önceki aşamaya bağlı olarak ortaya çıkabilir ve bir sonraki aşamanın ortaya çıkmasını sağlar. Oysa Fairbrother, bu düşünce aşamalarından bazıları gerçekleşmese de ondan sonra yer aldığı söylenen aşamaların gerçekleşebildiğini ileri sürmüştür¹⁴. Bilişsel alan taksonomisi teorisi, Fairbrother’ın belirttiği, aşamaların mutlaka birbirine bağlı olmayacağı hususundaki ciddi eleştirilere rağmen genel olarak kabul görmektedir. Kısaca denebilir ki, bu aşamaların bazılarının sırasıyla gerçekleşmesi sonucunda yargıya ulaşılır.

Hukuki anlamda yargının tanımı ise *“Yasalara göre mahkemece bir olay veya olgunun doğuşuna etken olan sebeplerin de göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi sonucu verilen karar, kaza”* şeklindedir¹⁵. Hukukta da, bir yargıya ulaşmak için izlenmesi gereken belirli usuli bir süreç vardır, buna ‘yargılama süreci’ denir. Bu süreç içinde son nokta, hakimin hukuki sorunu çözüme bağlayacak kararı

¹²(yazar belirsiz) “Yargı”, **Türk Dil Kurumu Büyük Sözlük**, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=yarg%FD&ayn=tam> (son erişim: 24.07.2010).

¹³ Bilişsel alan taksonomisi: canlının bir olay veya varlığa ilişkin bilgili ve bilinçli duruma gelmesi için kullanılan araçların sınıflandırması, demektir.

¹⁴ Nuray SENEMOĞLU, **Gelişim Öğrenme ve Öğretim**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2004, s.404 - 406.

¹⁵(yazar belirsiz) “Yargı”, **Türk Dil Kurumu Büyük Sözlük**, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=yarg%FD&ayn=tam> (son erişim: 24.07.2010).

vermesidir. Aslında tüm bu usuli süreç, hakimin, tarafların hakkını koruyacak kararı verebilmesini sağlamak için gerçekleştirilir. Yargılama sürecinin sonunda, yukarıda ifade edilen düşünce aşamaları, bu kez hakimin zihninde gerçekleşir ve hakim hukuki sorunun çözümü için bir karara ulaşılır.

Herhangi bir insan, gün içinde belki defalarca bazı yargılara ulaşır ve buna uygun hareket eder. İnsanların belli yargılara ulaşmasında, kullandıkları bilgiler, bu bilgileri değerlendirirken kullandıkları algı kalıpları (ön yargıları, geçmişte edindikleri tecrübeleri, kişisel değerleri), dışarıdan gelen yönlendirmeler (bazen bu yönlendirmeler baskı niteliğinde olur) ve değerlendirme sonucu karşılaşacakları tepkiler belirleyici olur. Yargılama sonunda ulaşacağı hükümde (değerlendirmede), hakimin durumu, sıradan insandan daha farklı olmak zorundadır. Sıradan insanların değerlendirme yaparken etkilendikleri unsurlar, kimseyi ilgilendirmez. Ancak yargı değerlendirme yaparken olumsuz iç ve dış faktörlerden olabildiğince kendini soyutlayıp, sadece uygulanması gereken kurallara ve vicdani kanaatine göre hareket etmek zorundadır. Bizim çalışmamızın konusunu oluşturan, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları, yargıcı hükme götüren düşünce sürecinde, etkilenebileceği olumsuz faktörlerden koruma amacına hizmet ederler.

Çalışmamızda yargı kelimesi, genel anlamıyla yargıyı ifade etmek için kullanılmayacağı gibi, yargıcın yargılama yaparken zihninde oluşan süreci ifade etmek için de kullanılmayacaktır. Çalışmamızda kullanılacak olan yargı kelimesi, devletin yargı yetkisi ile diğer bir ifade ile yargı fonksiyonu ile ilgilidir. Yargı fonksiyonu, maddi ölçüte ve şekli ölçüte göre tanımlanmaya çalışılmıştır. Leon Duguit tarafından ileri sürülmüş olan maddi ölçüt, fonksiyon yerine getirilirken yapılan işlemlere göre ayırım yapar. Maddi ölçüte göre yargı, uyumsuzlukları hukuk kuralları çerçevesinde çözen fonksiyondur¹⁶. Maddi ölçüt, tek başına yargıyı açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Yürütme organının disiplin işlemleri, bir uyumsuzluğun çözümü olduğundan, maddi ölçüte göre, yargı fonksiyonu işlemi olması gerekir, oysa disiplin işlemleri birer yürütme işlemidir¹⁷. Yasama organının meclis soruşturması işleminde, bir bakan hakkında hukuk düzenini ihlal edip

¹⁶Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 182 -183; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2008, s.16.

¹⁷ İsmet GİRİTLİ – Pertev BİLGİN – Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s.8–9.

etmediği araştırması yapılır. Bakanın hukuk düzenini ihlal ettiği tespit edilirse, bakan Yüce Divan'a sevk edilir. Bu işlem de bir hukuk ihlalinin tespit olduğundan, maddi kritere göre yargı fonksiyonu içinde kabul edilmesi gerekir. Oysa bu işlem bir yasama işlemidir. Maddi ölçüt yargı fonksiyonunu tanımlamada yeterli olmadığı için, şekli ölçütten yararlanılmıştır. Şekli ölçütü, Fransız hukukçusu Raymond Carre de Malberg ileri sürmüştür. Bu ölçütte, yargı organının yaptığı bütün işlemler yargı işlemi olarak kabul edilmektedir. Şekli ölçüt de tek başına yargı fonksiyonunu açıklamakta yeterli değildir. Mahkemelerin kalemelerinin yaptığı işlemler, mahkeme personelinin yönetilmesine ilişkin yapılan işlemler, şekli ölçüte göre mahkeme tarafından yapıldığı için, birer yargı işlemi olması gerekir, oysa bu işlemler birer idari işlem niteliğindedir. Maddi ölçüt de şekli ölçüt de tek başına yetersiz oldukları için, yargı fonksiyonu açıklanırken maddi ve şekli ölçütten birlikte yararlanır. Bu iki ölçüt bir arada kullanıldığında, işlemin yargı fonksiyonu kapsamında olması için, ilk olarak yapılan işlemin mutlaka bir yargı organı yani mahkeme tarafından yapılması gerekir. İkinci olarak bu işlemin, bir uyuşmazlığın çözümüne ya da bir hukuk ihlalinin tespitine ve giderilmesine ilişkin olması gerekir¹⁸. En son ulaşılan maddi ve şekli ölçütün birlikte kullanılması formülünün de tek başına yeterli olmadığı görülmüştür. Çünkü maddi ölçütte bahsedilen bir uyuşmazlığın çözümü veya bir hukuk ihlalinin tespiti işi dışında, nizasız diğer bir ifade ile çekişmesiz yargı işlemleri de vardır. Yargı faaliyeti kapsamındaki işler çekişmeli yargı işleri ve çekişmesiz yargı işleri olarak ikiye ayrılır. Çekişmeli yargı işlerinde, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın çözümü veya bir hak ihlalinin tespiti yapılır. Çekişmesiz yargıda ise, ilgililer arasında ihtilaf olmayan işler yapılır. Örneğin: Adın değiştirilmesi, evlenmeye izin verilmesi, ergin kılınma, işleri birer çekişmesiz yargı faaliyetidir¹⁹. Sonuç olarak bu çalışmada yargı faaliyeti kavramını, şekli ölçüt ile maddi ölçütü birlikte değerlendiren ve çekişmesiz yargı işlerini de kapsayan anlamıyla kullanılacaktır.

Yargı kavramının insanlık tarihindeki gelişimi ele alındığında, bu kavramın, çok eski çağlardan beri kullanıldığı görülür. Tarihin farklı bazı devirlerinde

¹⁸ GÖZLER (2008), s. 17–20.

¹⁹ Baki KURU –Ramazan ARSLAN –Ejder YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 69 – 73. Aynı kitapta çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı arasındaki '*sühjektif hakkın yokluğu*' ve '*re'sen harekete geçme*' kıstaslarına da değinilmiştir. Ancak biz konumuzun dağılmaması açısından çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı arasındaki en önemli ölçüt olan '*ihtilafın (çekişmenin) yokluğu*' kıstasını vermeyi yeterli görüyoruz.

düzenlenmiş olan kurallara ve bunlara bağlanan cezalara bakıldığında bunların birbirlerine çok benzemeleri dikkat çekicidir. O kadar ki, bugün suç sayılan bazı fiillerin eski çağlarda suç olarak düzenlenenlerle aynı mantıkta olduğunu görmek insanı ortak doğruların ve yanlışların olduğunu düşünmeye itmektedir²⁰.

Devletsiz toplumlarda yasayı söyleyen de, uygulayan da bireylerin bizzat kendileridir. Bu nedenle hangi durumlarda nasıl bir (kendince) ceza vereceğine de bireyler karar vermişlerdir. Diğer bir ifade ile yargı fonksiyonu da bireylerin bizzat kendileri tarafında yürütülmüştür. Devletin ilk halinde ise yasayı söyleyen kişi diğer kişilerden ayrılır ve herkesin yasayı söyleme yetkisi yoktur. Ancak yasayı söyleyen kişinin henüz yaptırım uygulama yetkisi yoktur. Yaptırım uygulama yetkisi bu dönemde toplumun elindedir. Devletli toplumlarda yasayı söyleyen ve yasayı uygulayan güç aynı güç haline gelir. Bu nedenle yargı erki de bu gücün eline teslim edilir²¹.

Devletli toplumda, toplumun düzeni ve adalet için krallar kural koymuşlardır. Kurallara aykırı davrananların cezalandırılması işi ise yargıya düşmüştür²². Mahkeme kararı ile ilgili ilk bilgiye Sümerlere ait kalıntılardan ulaşılmış olduğu için, yargı faaliyetinin, dünyanın bilinen ilk uygarlığı olan Sümerler²³ de bile yürütüldüğü anlaşılmıştır. Bilinen en eski mahkeme kararının içeriği şöyledir: M.Ö. 1850 yıllarında Sümer ülkesinde bir cinayet işlenmiştir. Bir mabet memuru, üç kişi tarafından öldürülmüştür. Öldürülen kişinin hanımı, kocasının öldürüldüğünden haberi olmuş ancak kadın kimseye bir şey söylememiştir. Cinayet, o dönemin Sümer Kralı tarafından öğrenilmiştir. Kral, Nippur Şehri'ndeki adalet meclisi halk kurulunu, davayı çözmekle görevlendirmiştir. Davada, öldürme suçundan, mabet memurunu öldüren üç kişi gibi olayı bilip de susan karısının da mahkum olup olmayacağı tartışılmıştır. Önce kurulun 9 üyesi, kadının da cinayetten

²⁰ Bu konuda özellikle M.Ö. 1760 yıllarında Mezopotamya'da oluşturulmuş olan Hammurabi yasaları önemli bir örnektir. İlahi kaynaklı olduğu söylenen ve bu nedenle o dönemin insanları tarafından sorgulanmayan Hammurabi yasalarının, oldukça iyi durumda bugüne kadar ulaşan pek çok maddesi bulunmaktadır. Hammurabi yasalarında cezalar, bugünün cezalarına benzemese de; yasaklanan fiiller, bugün yasaklanan fiilere benzerlik gösterir. Buna bir örnek için bkz. Hammurabi yasaları madde 154: *Şayet bir kimse, kızına varır ise, bu adamı şehirden kovmalı.*

²¹ Abdurrahman SAYGILI, 'Modern Devletin Çıplak Sureti', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.59, S.01, Yıl 2010, ss. 61-97, s. 67 - 73.

²² Belkıs DİNÇKOL, **Eski Önyasya Toplamlarında Suç Kavramı ve Ceza**, Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2003, s. 20 - 21.

²³ McNEILL (2003), s. 34.

suçlu olması gerektiğini savunmuştur. Kurulun iki üyesi ise, kadının öldürme fiiline en ufak bir katkısı olmadığını, cinayetin işlendiğini sonra öğrenmiş olduğunu ve sadece sustuğu için katil sayılamayacağını savunmuştur. Kurul bu savunma ile ikna olmuş ve kadın ceza almazken üç kişi, adam öldürme suçundan mahkum olmuştur²⁴. Bundan yaklaşık dört bin yıl önce olduğu gibi, bugün de insanoğlu haklıyı ve haksızı ayırmak için yargıya başvurmaktadır.

Yargı tarafsızlığının gerekliliğinin fark edilmesi de neredeyse yargı fonksiyonu kadar eskidir. Hitit kralının askeri hakimler için çıkardığı yönetmelikte şu ifadeler yer almıştır: “*Askeri vali, bir davayı bir beyin hatırı veya kardeşinin hatırı için yürütmesin, kimse rüşvet almasın; haklı bir davayı haksız yapma, haksız bir davayı ise haklı yapma! Ne doğru ise, onu yap!*”²⁵. Bu hükümlerden Hititler döneminde, bugün de yapıldığı üzere hakimlerin tarafsız ve dürüst davranmaları için bazı tedbirler alındığı anlaşılmaktadır.

Antik Yunan düşünürü Sokrates, Atina Polisi’nin tanrılarını tanımadığı suçlaması ile yargılanmıştır. Sokrates, yargıçların tarafsızlıklarını korumaları gerektiği inancıyla, yargılama makamındaki özgür Atina Yurttaşlarını etkilememek için, üç oğlundan hiç birini, yargılamanın yapıldığı ortama getirmemiştir. Aslında Atina yargı sisteminde bu yönde bir yasak olmadığı; Sokrates’in savunmasında, diğer yargılanan kişilerden bazılarının, beraat etmek için çocuklarını, yakınlarını, dostlarını yargıç makamındakilerin karşısına çıkarıp, yalvarttığından bahsetmesinden anlıyoruz²⁶. Sokrates, (yargıcın yasalara bağlı kalmasını istediği için) bugün yargıç tarafsızlığı olarak kabul ettiğimiz hakimlerin taraflara veya onların yakınlarına karşı taşıdığı bazı hislere bağlı olarak (acıma, üzüme, nefret, vb.), vereceği kararı şekillendirmemesini istemiştir. Dönemin koşullarından ve alışkanlıklarından çok ileri bir anlayışın ürünü olan bu davranış, yargı tarafsızlığının gerekliliğinin, M.Ö.4. yüzyılda Sokrates tarafından fark edildiğini gösterir.

Antik Yunan’da, M.Ö. 422’de, insanlar sabah erkenden, mahkeme kapısında yargıç olabilmek için sıraya girerler ve sıra kendilerine gelirse, o gün için yargıçlık yaparlardı. Bu durum yargıçlara iş çıksın diye bazı insanların diğerlerini, kaçakçılık

²⁴Noah S. KRAMER, **Tarih Sümer’de Başlar**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1990, s. 42-46.

²⁵DİNÇKOL (2003), s. 20-26.

²⁶PLATON, **Sokrates’in Savunması**, Bordo Siyah Yayınları, İstanbul, 2004, s. 70-115.

yaptıkları yönünde suçlamalarına neden olmuştur. Hatta her gün erkenden kalkıp yargıçlık yapmaya alışan bazı kişiler, çok acımasız cezalar verip, sert hakim olmayı bir tür meziyet saymaya başlamışlardır. Toplumda güvensizlik oluşmuş ve yargıçlar aşırı kibirli davranmaya başlamışlardır²⁷. Bu dönemde yaşananlar, yargıçların doğrudan halkın arasından seçildiği, yargıçlarda herhangi bir eğitim veya kişisel nitelik aranmadığı ve yargıçların denetime tabi tutulmadıkları bir ortamda, yargının gelebileceği duruma örnek teşkil eder²⁸.

Roma İmparatorluğu döneminde, Krallık Dönemi'nden M.S. 342'ye kadar, dava açmak isteyen kişiler, adı Magistra olan, halk meclisi tarafından seçilen, yargı ile ilgili yetkileri olan bir devlet görevlisine gidip durumu anlatırlardı. Magistra iki tarafı da dinler, eğer gerekli görürse, dava açılmasına karar verirdi. Yargılamayı, tarafların seçtiği ve Magistra'nın uygun gördüğü özel bir kişi yapardı. Bu sisteme Özel Yargılama Sistemi denirdi. M.S. 342'den Roma İmparatorluğu sona erene kadar ise yargılamayı doğrudan İmparator tarafından atanan Magistra yapmıştır. Bu sisteme de 'Sistem Dışı Yargılama' adı verilmiştir²⁹. 'Özel Yargılama Sistemi' adı verilen uygulamada, taraflar hakimin belirlenmesinde etkili oldukları için, hakimleri reddedemezlerdi. Sistem Dışı Yargılama adı verilen yargılamada ise, tarafların hakime güvenmemeleri ihtimaline binaen, hakimi red kurumu getirilmiştir³⁰.

Orta Çağ Avrupasında, feodal sistemin bir sonucu olarak adalet de parçalanmıştır. Hem kralların mahkemeleri vardır (ki kralların doğal olarak halkın yargıçı olduğu kabul edilmektedir) hem derebeylerin mahkemeleri vardır hem de farklı yargı mercileri vardır. Derebeylerin mahkemelerinde ve diğer yargı yerlerinde karar verildikten sonra, yargıcın doğru karar vermediği iddiası ile kral mahkemelerinde yargıca karşı dava açılabilmiştir. Bu davada yargıcın yanlış karar verdiği anlaşılırsa hakime ceza verilmiştir³¹.

²⁷ ARİSTOPHANES, **Eşekarıları**, Çeviren: Sabahattin Eyüpoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2002: 29-43.

²⁸ ARİSTOPHANES (2002), s. 5.

²⁹ Özcan KARADENİZ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 272-276.

³⁰ Özlem SÖĞÜTLÜ ERİŞKİN, "Roma Hukukunda Yargıcın Reddi", **AÜHFD**, C. 51, S.1, Yıl 2002, ss. 97-115, s. 97.

³¹ Marc BLOCH, **Feodal Toplum**, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2005, s.489 - 494.

Osmanlı öncesi Orta Doğu’da, İslamiyet yaygınlaşmıştı. Osmanlı öncesi Orta Doğu’daki yargı faaliyetlerinin durumunu anlamak için, İslamiyet’te yargının durumuna bakmak gerekir. İslam dininde yargılama kuralları ilahidir ve hukuk kuralları Kur’an ve sünnet temelinde şekillenir. Kur’an’da Maide Suresinde (42): “...eğer hüküm verirken aralarında adaletle hüküm ver. Şüphesiz Allah adaletle hüküm yürütenleri sever” hükmü yer almaktadır. İslamiyet döneminde, İslam Peygamberi hayatta iken yasama, yürütme ve yargı İslam Peygamberinin elinde toplanmıştı. İslam devletinin sınırları genişledikçe, İslam Peygamberi yargı konusunda her yere yetişemediğinden, yargı görevlileri atadı. Dört halife döneminde ise Hz. Ebubekir Dönemi’nde, Hz. Ömer’in başkentte tek başına kadılık yapmaya başlamasıyla, yürütme (Hz. Ebubekir’in elinde olduğundan) ve yargının (Hz. Ömer’in elinde olduğundan) birbirinden bağımsızlığı, uygulamada ilk kez hayata geçirilmiş oldu³². Yine aynı dönemde yürütme işlerinin görüşüldüğü “Şura Meclisleri” kurulmuştur. Yasama yetkisi devlet başkanı konumundaki halifede, yürütme yetkisi, Şura Meclislerinde iken yargı yetkisi hem yasamadan hem yürütmeden ayrı tutulmuştur. Böylece İslam medeniyetinde yargı, Batı medeniyetinden on asır önce yasama ve yürütmeden ayrılmıştır. Ancak Hz. Ömer döneminden sonra bu yapı korunamamış tekrar yargı yürütme ve yasama bir elde toplanmıştır.³³ İslam Devlet Başkanları, kendilerine karşı açılan davalarda herkes gibi yargılanabilir ve yargı kararlarına müdahale edemezlerdi. Ancak Emevi ve Abbasi Devletleri döneminde, yargıya, yürütme ve devlet başkanları müdahale etmişlerdir³⁴.

Osmanlı devletinde yargı yetkisi, yasama ve yürütme yetkilerini de elinde bulunduran padişaha aitti³⁵. Padişah bizzat kendisi yargılama yaptığı gibi kazaskerlere ve kadılara da yargılama yapma yetkisi tanırdı. Yargı ve yürütme birbirlerini dengeleyici birer mekanizma olarak düzenlenmişti. Kadıların, vatandaşları devlet yöneticilerinin zulmüne karşı koruma görevi vardı. Bir anlamda,

³²Hasan Tahsin FENDOĞLU, **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.107–112.

³³ Orhan ALDIKAÇTI, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 24.

³⁴ Nevin ÜNAL ÖZKORKUT, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bakış”, **AÜHFD**, C. 57, S. 1, Yıl 2008, ss. 225-242, s. 231.

³⁵ ALDIKAÇTI (1978), s. 31.

yürütmeyi denetleme yetkisine sahiplerdi³⁶. Kadıların yürütmenin bir görevlisi olan valilerle karşı bağımlılıkları ve onlarla hiyerarşik ilişkileri bulunmamaktaydı. Reaya denilen halk tabakası, devlet yetkililerini kadılara şikâyet edebilirlerdi. Burada önemli olan husus, kadıların doğrudan Padişah beratıyla merkez tarafından atanmaları ve yerlerinin merkeze en yakın idari yetkili olan kazasker tarafından değiştirilebilmesidir³⁷. Atama yöntemi, merkeze bağlı olduğundan, kadılar bulundukları yerlerin valileri aleyhine de kararlar vermekte çekinmemişlerdir. Kadıların görev sürelerinin kısaltılmasının ve uzatılmasının mümkün olması, onların görev sürelerini uzatmak için rüşvete başvurmalarına neden olmuştur. Rüşvetle verdikleri paraları geri kazanmak için de kanuni olmayan yollara başvurmuşlardır³⁸. Kadılar, haklarında şikâyet olduğu zaman, merkez tarafından civar kazalarda görevli kadılar aracılığıyla veya kıdemli bir kadı aracılığıyla haklarında önsoruşturma yaptırılarak, gerekli görülürse yargılanarak denetlenmişlerdir. Ancak bazı olaylar, Padişahların, kadıları yargılamadan cezalandırma yetkisinin olduğunu gösterir niteliktedir. Örneğin, Yıldırım Beyazıt zamanında, kadıların rüşvet aldıkları Padişah'a şikâyet edilmiş, Padişah da bu kadıları bir evde toplatmış ve kadıların yakılmalarını emretmiştir. Ancak bazı kişiler araya girip, kadıların çok düşük ücretler aldıkları için bu yola başvurduklarını söylemiştir. Bunun üzerine Padişah kadıları affetmiş ve ücretlerini arttırmıştır³⁹. Ayrıca Osmanlı'da kadıların özel hayatlarına ilişkin davranışları da denetim altında tutulmuştur. Kadıların başlarında sarıkları olmaksızın dolaşmaları, tütün içmeleri, rüşvet istemeleri, taraflardan veresiye mal almaları, tarafların verdikleri ziyafetlere gitmeleri ve ticaret yapmaları, disiplin cezasını gerektiren davranışlardan sayılmışlardır. Kadıların suç işlemeleri halinde, cezai sorumlulukları da öngörülmüştür. Kadılar da diğer kişiler gibi yargılanmış gereken cezalara çarptırılmışlardır. Kadılara idam cezası dahi verilebilirken, haysiyet kırıcı (değnek vurma, falaka gibi) cezalar verilmemiştir⁴⁰. Genel olarak, Osmanlı

³⁶ Abdullah DEMİR, **Osmanlı Mahkemesi**, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, 2010, s.39-46.

³⁷ İlber ORTAYLI, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1994, s. 13.

³⁸ ORTAYLI (1994), s. 14-17.

³⁹ Yaşar Şahin ANIL, **Osmanlı'da Kadılık**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993, s. 73-74.

⁴⁰ ANIL (1993), s.75-76.

Devleti'nde müdahaleden uzak tutulan hakimlere, tarafsız ve adil davranma yükümlülüğü getirilmiştir⁴¹.

Modern Çağ'ın ilk dönemlerinde hukukta rasyonalizm akımı kabul görmeye başlamıştır. Bu dönemde, yargı yürütmenin içinde yer almış ve yürütmenin görevi olarak algılanmıştır. Yargının yürütmenin içinde yer alması, ilerleyen dönemlerde yargının yasama ve yürütmeden bağımsız bir fonksiyon olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda tartışmaların olmasına neden olmuştur⁴². Günümüzde yargının yasama ve yürütmeden ayrı bir erk olduğu kabul edilmektedir. Modern Anayasal sistemlerde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak yargı erki, yasama ve yürütme karşısında bağımsız ve eşit bir güç olarak düzenlenmeye çalışılmaktadır. Günümüz sistemlerinde devlet yargısı benimsendiğinde hakimler devlet tarafından atanmakta, alternatif yargı yolları benimsendiğinde (tahkim gibi) hakimler taraflarca belirlenmektedir. Devlet yargısını korumak için, devlet tarafından atanan hakimler teminat altına alınmakta ve hakimlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak için de çeşitli önlemler alınmaktadır.

Görüldüğü üzere, zamanla yargı faaliyetini yerine getirme yetkisi verilen kişiler, faaliyetin yerine getirilmesinde izlenilen yöntem ve tekniklerde kullanılan kurallar değişse de, yargılama faaliyetine duyulan ihtiyaç hiç değişmemiştir.

II. HUKUK DEVLETİ VE KUVVETLER AYRILIĞI İLKELERİ BAĞLAMINDA YARGI

Yargı bağımsızlığı kavramı, hukuk devleti ilkesi ve kuvvetler ayrığı anlayışı ile birlikte ele alındığında daha kapsamlı şekilde anlaşılabacaktır. Hukuk devleti ilkesi; bireylerin, devletin hukukla sınırlandırılması aracılığı ile korunduğu devleti ifade eder. Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde devletler, ancak hukuktan aldıkları güçle hareket edebilirler. Hukuka aykırı davranmamak başka bir şey, hukuka dayanarak hareket etmek başka bir şeydir. Hukuka aykırı davranmaksızın parlamentolar diledikleri yasayı çıkarırlarsa, sonuç her zaman hukuk devleti ilkesi ile hedeflenen

⁴¹ ÜNAL ÖZKORKUT (2008), s. 232.

⁴²Münci KAPANİ, **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından: 93, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956, s.7; Hasan Tahsin FENDOĞLU, **İslam ve Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı**, Beyan Yayınları, İstanbul, 1996, s.48.

bireyin korunması amacına hizmet etmeyebilir⁴³. Hukuk devleti ilkesi, parlamentoların, bireylerin mağdur edilmemesini sağlayacak düzenlemeler yapmasını gerektirir. Bizim de katıldığımız Ronald Dworkin'in 'hak eksenli' hukuk devleti yaklaşımında, hukukun fayda eksenli değil hak ve özgürlüklerin korunması eksenli olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu bakımdan '*hukuk devleti ilkesi*', '*kanun devleti*'nden farklıdır⁴⁴. Hukuk devleti ilkesi, anayasanın ve kanunların temel hak ve özgürlükleri getirmesini; bunları, devlete ve diğer kişilere karşı korumasını, insanların huzur ve refahlarının artmasını hedefler. Hukuk devleti ilkesinin hayata geçmesi için, devlet, hukuka aykırı davrandığında, devlete yaptırım uygulayabilecek bir merciin olması şarttır. Bu nedenle her ne kadar yasama, yürütme ve yargı erkleri devletin bünyesinde yer alsalar da, yargıya, yasama ve yürütme karşısında bağımsızlık sağlanması ihtiyacı doğmuştur⁴⁵. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hukuk devletinin nitelikleri arasında yer alır⁴⁶. Çünkü ancak bağımsız ve tarafsız, hiçbir olumsuz yönlendirmeden etkilenmeyen yargı, toplumun güvenini tesis eden ve bireyin mutluluğunu sağlayan hukuk devletinin amacına uygun sonuç veren araç haline gelir⁴⁷.

İktidarların baskıcı tavırlarının kırılması ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması için 18. yüzyılın sonlarında yaygınlaşmaya başlayan⁴⁸ ve ciddi ölçüde kabul görüp modern devletin temellerinden biri haline gelen, diğer bir ilke kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Aristoteles'in *Politika*⁴⁹ eserinde ilk kez bahsettiği kuvvetler ayrılığı ilkesini J. Locke da ele almıştır ancak Montesquieu'nun

⁴³ Örneğin o güne kadar herhangi bir normda yer almayan bir düzenleme ile, gerek olmadığı halde bireylerin temel hak ve özgürlüklerini aşırı sınırlandıran veya durduran bir kanun çıkarılırsa, usulde hukuka aykırı davranılmadığından, hukuk devleti ilkesi zedelenmemiş gibi görülebilir. Oysa hukuk devleti ilkesi, iktidarı, bireyleri mağdur edecek düzenlemelerden alıkoymak için de vardır.

⁴⁴ Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2010 s.113–121.

⁴⁵ Bu ihtiyaç doğrultusunda 1982 Anayasasında yasama yetkisi "*7.madde: Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" şeklinde, yürütme yetkisi ve görevi "*8.madde: Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*" şeklinde ifade edilirken yargı yetkisi "*9. madde: Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*" şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁶ ERDOĞAN (2010), s. 126–128.

⁴⁷ SELÇUK (1997), s. 2; Birol KIRMAZ, *Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s.13

⁴⁸ Münici KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 285.

⁴⁹ ARİSTOTELES, *Politika*, Remzi Kitapevi, İstanbul, 2009, s.116.

‘*Kanunların Ruhu*’ adlı eseriyle yaygınlaşan⁵⁰ bu ilke devletin elindeki temel üç erkin (yasama yürütme ve yargının), farklı kişilerin elinde olması gerektiğine dayanır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, erklerden herhangi ikisinin bir elde toplanması halinde baskıcı bir yönetimin ortaya çıkma ihtimalini önlemeyi ve vatandaşların özgürlükleri ile yaşam haklarının korunmayı amaçlar⁵¹. Diğer bir ifade ile yasama, yürütme ve yargı organlarının, kendi yetki sınırları içinde kalmalarını sağlayacak olan denge ve denetim sisteminin hayata geçmesi için kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanması gerekir⁵².

Günümüzde yargının; ayrı bir kuvvet olduğu tartışmasız kabul görmekle kalmayıp, yönetimde önemli bir güç haline geldiği de (özellikle Anayasa Yargısı ve İdari Yargı boyutuyla)⁵³ gözlemlenmeye başlamıştır. Bu gelişmeler, yargı ile birlikte yargının işlevini düzgün yerine getirebilmesi için gereken yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramlarının da önemini artırmıştır.

Hakimler kararlarını verirken, anayasaya, yasalara bağlı kalmak zorundadırlar ve bunları yasama organı hazırlar. Hakimlerin statülerine, yetkilerine, maaşlarına ve mahkemelerin kuruluşlarına, görevlerine ilişkin kanunları da yasama organı düzenler. Bu bakımdan yargı organının, yargıya ilişkin her konuda bağımsız olduğu düşünülemez⁵⁴. Yargının, anayasa ile, yasamanın koyduğu kanunlarla ve diğer normlarla bağlı olması, hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri olan hukuki belirliliğin sağlanması amacına hizmet eder. Bu yönüyle bağımlılık kaçınılmazdır. Diğer yandan adalet teşkilatının sorumlusu olarak Adalet Bakanı, yargı fonksiyonunun topluma karşı siyaseten sorumlu kişisi olduğu için, yargı teşkilatı üzerinde etkili olabilmektedir. Adalet Bakanı’nın etkisi, günümüzde yargı bağımsızlığı bakımından sorgulanır bir etkidir. Adalet Bakanının, sorumlu olduğu alanda yetkisinin de bulunması doğaldır; ancak bu yetkinin sınırları oldukça önemlidir.

⁵⁰ ERDOĞAN (2010), s. 16.

⁵¹ MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, Çeviren: Fehmi Baldaş, Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1998, s.234–235.

⁵² KUIJER (2004), s. 205.

⁵³ Ozan ERGÜL, *Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.71.

⁵⁴ Halit YILMAZ, *Türkiye’nin Yargı Bağımsızlığı’na İlişkin Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2009, s.19-20.

Yasama, yürütme ve diğer baskı gruplarına karşı bağımsız kılınmaya çalışılan yargıçların, yasama ve yürütmeye bağımlı bir yargı sistemi içinde çalışmak zorunda olmaları, bir çelişki oluşturur ve bağımsız kalmalarını oldukça zorlaştırır. Bu yapıda amaçlanan, yargıçların bağımsızlığının korunmasının yanında, yargının, yasama ve yürütme ile denge içinde olmasıdır. Zor olan, yasama ve yürütmeye karşı bir yönüyle hakimlerin bağımsız kararlar vermelerini sağlamak, diğer yönüyle onları mutlak anlamda bağımsız kılmamanın dengesini kurmaktır. Bu denge, doğası gereği anayasal kurumlar arasında çatışmalar oluşturur⁵⁵. Söz konusu dengelerin korunması için, insan unsurunun⁵⁶ ve her bir ülkenin hukuki ve siyasi kültürünün, oldukça önemli bir etkisi vardır⁵⁷. Nitekim anayasa ve kanunlarda, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak ilkelere yer vermek yeterli değildir. Önemli olan yargının, yargı önüne getirilmiş olaylarda ve yasama ve yürütme ile ilişkilerinde, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına uygun davranabilmesidir⁵⁸.

III. DOĞAL HAKİM İLKESİ BAĞLAMINDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞI

Doğal hakim ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bir unsurudur. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusuyla önemli ölçüde ilişkili olduğu için, ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekir. Uluslararası alanda da kabul gören doğal hakim ilkesi, Venedik Komisyonu'nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporunda⁵⁹, “*Önceden kanunla belirlenmiş olan tabii veya hukuka uygun hakim ilkesinin bir ifadesi olarak, davaların hakimlere tevzii mümkün olduğu ölçüde önceden kanunla veya kanuna dayalı olarak çıkarılan düzenlemelerle belirlenmiş olan objektif ve şeffaf kıstaslara*

⁵⁵ John FEREJOHN, “Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence”, **Southern California Law Review**, Jan.-March, Vol.72 (2-3), 1999, s.362-365.

⁵⁶ Bülent TANÖR, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s. 238-239.

⁵⁷ YILMAZ (2009), s. 18; Thomas E. JEFFREY, “*Hukukun Üstünlüğünü Kavramak / Hukukun Üstünlüğü ve Türkiye ve Dünyada Önündeki Engeller*”, **Uluslararası Anayasa Kongresi**, İstanbul Üniversitesi, 12.05.2011.

⁵⁸ Köksal BAYRAKTAR, “*Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine*”, **Güncel Hukuk**, Temmuz, 2010, ss.7, s. 7.

⁵⁹ Söz konusu raporun açık künyesi *Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm:I Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu*'dur. Tezimizde ‘Venedik Komisyonu’nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu’ olarak kullanılacaktır.

dayandırılmalıdır. İstisna teşkil eden hallerde açıklama getirilmesi gerekmektedir⁶⁰” biçiminde açıklanmıştır.

Doğal hakim ilkesi konusunda doktrinde farklı tanımlar yapılmıştır. Bir yazar, “*Doğal hakimler (olağan hakimler), kanunla ve yargılanacak olaylar gerçekleşmeden önce kurulan mahkemelerin hakimleridir*” derken⁶¹, diğer bir yazar, “*Olağan hakim, kanunla önceden kurulmuş, her bakımdan yetkili yargılama makamındaki hakimdir*” biçiminde bir tanım yapmıştır⁶². Başka bir yazar da, “*Doğal yargıç, atfedilen suçun işlendiği tarihte var olan ve yetkileri yasayla açıkça belirlenmiş mahkemenin yargıcısıdır*” tanımını tercih etmiştir⁶³. Bu tanımların üzerinde durduğu iki unsur, önceden kurulmuş mahkemenin hakimi olma ve yasa ile kurulmuş veya yetkilendirilmiş mahkemenin hakimi olmadır. Bu iki unsur doğal hakim ilkesinin varlığını saptamakta her zaman yeterli olmaz. Nitekim önceden kurulmuş bir mahkemede, belirli sanıkları yargılayacağı zaman, bu mahkemenin hakimlerinin değiştirilmesi durumunda da, doğal hakim ilkesi zedelenmiş olur⁶⁴. Ayrıca doğal hakim ilkesini, sadece mahkemenin olaydan önce kurulması, kanunla kurulması ve ileri dönük yargılama yapması olarak algıarsak, tek tek sanıklara tanımaya çalıştığımız baskı ve korku altında kalmama güvencesini, tüm toplumdan esirgemiş oluruz⁶⁵. Doğal hakim ilkesi, zıddından hareketle tanımlamaya çalışılmalıdır. Doğal hakim ilkesinin uygulanmadığı mahkemeler, kurgu mahkemelerdir. Kurgu mahkemelerin amacı, gerçeği ortaya çıkarıp, haklıyı haksızdan ayırmak değildir. Bu mahkemelerin amacı, bir iktidarın (kurgu mahkemeleri kuran veya kendi menfaati için kullanacak olan iktidarın), kendisi gibi düşünmeyenleri, ilgili mahkemelerde yapılacak yargılamalar aracılığıyla korkutmasını, sindirmesini ve böylece kendi iktidarını toplum karşısında pekiştirmesini sağlamaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesinde kilit rol hakimlerindir. Mahkemeleri kontrolü altına alan güç, kurgu mahkemelerin hakimlerini, bazen kendi

⁶⁰ Venedik Komisyonu’nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, Sonuç Bölümü 16.

⁶¹ Mümtaz SOYSAL, **100 Soruda Anayasa’nın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1974, s.193.

⁶² Nurullah KUNTER, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 340.

⁶³ TANÖR (1994), s. 222.

⁶⁴ TANÖR (1994), s. 216.

⁶⁵ Doğal hakim ilkesinin dar tanımının kapsamına, belli olay ve kişilere münhasır hazırlanan, Yüksek Adalet Divanı ve kısmen Sıkıyönetim Mahkemeleri gibi mahkemeler girer ancak, bu mahkemeden çok daha fazla sayıda kişiyi yargılamış ve toplumun çok daha geniş kesimlerinin zihinsel algılarına korkuyu yerleştirmiş olan, DGM’ler girmez.

dünya görüşünden kişilerden atar bazense var olan hakimleri, kasten kendi istediği yönde düşünen hakimlerle tayin vb. yollarla değiştirir. Bu yönüyle doğal hakim ilkesinin, yargı bağımsızlığının unsurlarından olan hakim ve savcılarının coğrafi güvenceleriyle de ilişkili olduğu görülür. Doğal hakim ilkesi, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamada, evleviyetle etkili bir ilkedir. Bu bakımdan, doğal hakim ilkesine uyulmayan her durumda, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanamazken; yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanamadığı her mahkemede, doğal hakim ilkesinin ihlal edildiği söylenemez. İkinci kilit husus, bu mahkemelerin hakkında yargılama yapacağı suç kategorisidir. Bu suçlar, genelde politik konularla ilgilidir (gösteri yürüyüşü vs.). Mahkemeleri etkisi altına alan iktidar, bu politik suç tiplerini belirlerken, kendi dünya görüşünden olan insanların yapması beklenmeyen, farklı dünya görüşlerinden olan kişilerin yapması beklenen fiilleri, suç kategorisi içine alır. Mahkemeleri bu yöntemlerle kurgulayan iktidara, son aşamada, kenara çekilip oluşturduğu kurgu mahkemelerin, iktidardan farklı düşünen bireyleri ve kitleleri ezerek sindirmesini, bazen de yok etmesini izlemek düşer.

Doğal hakim ilkesi ile, yargının, herhangi bir gücün elinde, karşı görüşleri ezmeye yarayan bir mengeneye dönüşmemesi ve toplumdaki bazı kesimlerin sindirilmesini sağlayan bir korku makinesi haline gelmemesi hedeflenir. Doğal hakim ilkesi günümüzde, tek tek bireylerden çok toplumsal kesimler için önem taşımaya başlamıştır. Bu sebeple, ilkeyi geniş perspektiften değerlendirmek daha isabetli sonuçlar verecektir. Ancak ilkenin geniş perspektiften değerlendirilmesinin önemli bir mahsuru vardır. Bu mahsur, politik bir görüş mensuplarının ideallerine ulaşmak için, başkalarının temel hak ve hürriyetlerine zarar vererek, suç örgütü gibi hareket etmeleri halinde, bu kişilerin yargılanması için kurulan mahkemelere, ‘İktidar, kendi dünya görüşüne mensup olmayanları yargı aracılığıyla eziyor’ suçlaması yapılmasıdır. Bu suçlama, kamuoyunda, söz konusu yargılamayı yapan mahkemenin, doğal hakim ilkesine uygun olmadığı için kaldırılması gerektiği izlenimi oluşturulmasına ve gerçek suçluların siyasal maskeyle gizlenmesine, neden olabilir. Bu mahsurun önlenmesi için, yapılan yargılamaların aleniyeti sağlanmalı ve özellikle verilen kararların gerekçeleri detaylı bir şekilde hazırlanıp kamuoyu ile paylaşılmalıdır. Yine de bazı spekülatif yorumlar yapılabilir; kanaatimizce bu risk

göze alınmalı, doğal hakim ilkesi geniş perspektiften değerlendirilmelidir. Spekülatif yorumlar hakkında karar vermek de, kamuoyunun vicdanına bırakılmalıdır.

IV.YARGI BAĞIMSIZLIĞI KAVRAMI ve UNSURLARI

A.YARGI BAĞIMSIZLIĞI KAVRAMI

Yargı bağımsızlığı, hakimlere, bir ölçüde savcılara ve yargı sistemine içeriden ve dışarıdan gelebilecek olumsuz etkilere karşı yargının korunması demektir. Doktrinde yargı bağımsızlığı çeşitli şekillerde açıklanmaktadır.

Yargı bağımsızlığı kavramını açıklayan görüşlerde, öncelikle kavramın kapsamına ilişkin farklılıklar olduğu görülür. Bir görüş, 1982 Anayasasını temel alarak, yargı bağımsızlığını, mahkemelerin bağımsızlığı olarak kabul eder ve hakimlerin bağımsızlığını bunun bir alt unsuru olarak görür⁶⁶. Yargı bağımsızlığının sağlanması için en önemli araç hakimlerin kişisel bağımsızlıklarının sağlanması ise de, bu tek başına yargı bağımsızlığını sağlamak için yeterli değildir.

Yargı bağımsızlığı bir yönüyle savcılarının bağımsızlığını da kapsar. Savcılarının da hakimler gibi belli güvencelere sahip olmaları bu durumun bir sonucudur. 1982 Anayasası'nın 138. maddesinde "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlığı altında hakimlerin görevlerini yaparken bağımsız oldukları belirtilmiştir. Bu maddede savcılardan bahsedilmemiştir ancak 139. maddede "Hakimlik ve Savcılık Teminatı" başlığı altında hakimlerin ve savcılarının bağımsızlıklarını sağlayacak teminatlar getirilmiştir. Savcılar da soruşturmayı yürütürken, iddianame hazırlarken ve dava aşamasında özellikle yürütmeden gelebilecek tüm olumsuz etkilerden korunmalıdır⁶⁷. Adil yargılanmayı sağlamak için hakimlerin bağımsızlığının yanında bir ölçüde savcılarının da bağımsız olmaları gerektiği yönündeki bizim de katıldığımız görüşü, savcılarının bağımsızlığını irdelediğimiz 2. Bölümde 'Savcılarının Bağımsızlığı' başlığı altında detaylı olarak ele alacağız.

⁶⁶ ÖZBUDUN (2009), s. 370; Şeref ÜNAL, **Anayasa Hukuku Bakımından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür Sanat Yayınları, Ankara, 1994, s. 6.

⁶⁷ Nur CENTEL, "Adil/Düzenli Yargılama Hakkı ve 'Silahların Eşitliği' Bağlamında Savcılık ve Savunma" Başlıklı Oturumdaki Konuşması, **Bir Adli Organ Olarak Savcılık**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, ss.186 – 219, s.194.

Yargı bağımsızlığını, unsurlarından yola çıkarak tanımlamaya çalışan görüşler arasında da farklılıklara rastlanır. Bir görüş yargı bağımsızlığını İçsel (Normatif) Bağımsızlık ve Dışsal (Kurumsal) Bağımsızlık olarak ikiye ayırır. İçsel bağımsızlıkla kast edilen, hakimlerin rüşvet almamaları ve ideolojik düşüncelerden bağımsız olmalarıdır. Dışsal bağımsızlıkla kast edilen ise, anayasal erkler dengesinin korunması, yasama ve yürütmeye karşı hakimlerin maaşlarında, özlük haklarında, atanmalarında vb. konularda bağımsızlıklarının korunmasıdır⁶⁸.

Diğer bir görüş ise, yargı bağımsızlığını, fonksiyonel bağımsızlık ve kişisel bağımsızlık olarak iki unsurla açıklar. Fonksiyonel bağımsızlığın, yargısal faaliyetlere; kişisel bağımsızlığınsa, yargı çalışanlarına ilişkin olduğunu belirtir. Kişisel bağımsızlığın, çalışanlara yönelik görev süresi, tayin, terfii gibi konuların teminat altına alınması ile sağlanacağını kabul eder. Fonksiyonel bağımsızlığınsa, anayasal bağımsızlığı ve olgusal bağımsızlığı içerdiğini belirtir. Bu görüşe göre, anayasal bağımsızlık, devletin bir erkinin diğer erki yönlendirmesini veya baskı altına almasını önlemeye yöneliktir. Olgusal bağımsızlıksa, yargıyı hem kamu erklerinden gelebilecek, hem de onlar dışından gelebilecek her türlü baskıya karşı korumaya yönelik olduğu gibi, yargı içinden gelebilecek bireysel baskılara (yargısal kariyer hakkındaki hırslar gibi) ve yargı organlarından kaynaklanan (yargı organları arasındaki hiyerarşik ilişkiden kaynaklanan) baskılara karşı da korumaya yöneliktir. Bu bakımdan olgusal bağımsızlığın bir yönüyle içsel bağımsızlığı da kapsadığını kabul eder⁶⁹.

Doktrinde daha açıklayıcı olan görüşe göre ise, yargı bağımsızlığı, yargıya gelebilecek baskının kaynağına göre ve baskının hedefine göre iki ayrı sınıflandırmaya tabi tutulur. Kaynağına göre yargı bağımsızlığı, dış bağımsızlık ve iç bağımsızlık olarak, iki unsur içerir. Yargıya baskının hedeflerine göre yargı bağımsızlığı ise, bireysel bağımsızlık ve kurumsal bağımsızlık olmak üzere iki unsur içerir⁷⁰.

⁶⁸FEREJOHN (1999), s. 353.

⁶⁹ KUIJER (2004), s. 207–210.

⁷⁰ Levent GÖNENÇ, “*Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1299851562-0.Yarginin_Bagimsizligi_ve_Tarafsizligi.pdf, 30.06.2011, s. 2-3.

1.Kaynağına Göre Yargı Bağımsızlığı

a.Dış Bağımsızlık

Dış bağımsızlık, yargının, yargı dışındaki tüm organ, kurum, kuruluş ve kişilerden gelebilecek olumsuz etkilere karşı korunmasını ifade eder⁷¹. Yargı dışı etki araçlarından, yasama ve yürütme organlarına karşı yargının korunması, önemli bir yer tutar. Dış bağımsızlığı zedeleme ihtimali olan diğer araçlar ise, etki alanı geniş bireyler, sermaye grupları, siyasi parti başkanları ve (günümüzde dördüncü erk olduğu ileri sürülen⁷²) basındır⁷³.

Basın - yargı ilişkilerinde, kamunun haber alma hakkı ile yargı bağımsızlığı arasında bir çatışma vardır. Venedik Komisyonu'nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, adli sürecin korunması ile basın özgürlüğünün korunmasının, dengelenmesini tavsiye etmiştir. Bu denge kurulurken de kamu yararını ilgilendiren konuların, açıkça tartışılabilmesi özgürlüğünün, korunması gerektiğine dikkat çekmiştir⁷⁴.

Siyasi iktidarların, kendi istekleri yönünde kararlar çıkarmak için yargıya baskı yapmaları, çok sık karşılaşılan ve dış bağımsızlığa zarar veren bir durumdur. Örneğin komünist yönetim sonrası Rusya'da, siyasi yönetimin, yargıya gerekli bütçeyi ayırmaması, hakim maaşlarının yeterli düzeyde olmaması nedenleriyle dış bağımsızlık sağlanamamıştır⁷⁵.

⁷¹ GÖNENÇ, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı” (2011), s. 2; GUARNIERI (2011), s. 6.

⁷² Siyasetin olmazsa olmazı olan kamusal alan ve meşruiyet kavramlarını ekileme gücü olan medyanın, siyasal süreçte, kamuoyunu şekillendirerek, karar alma sürecinde belirleyici rol üstlenmeye başladığı kabul edilmektedir. Bu yöntemle, medyanın siyaseti sömürdüğü ve dördüncü bir erk gibi etkili olabildiği eleştirileri ileri sürülmektedir. Detaylı bir inceleme için bkz. Thomas MEYER, **Medya Demokrasisi (Medya Siyaseti Nasıl Sömürgeleştirir)**, Çeviren: Ahmet Fethi, Kültür Yayınları, İstanbul, 2002, s. 16, 68.

⁷³ Öztekin TOSUN, **Suç Muhakemesi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984, s.316; Mithat SANCAR, **Devlet Aklı Kısılcasında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000: 184; GIEGERICH (2009), s.22.

⁷⁴ Venedik Komisyonu'nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, 64. paragraf, Sonuç Bölümü 14. paragraf.

⁷⁵ Peter H. RUSSELL, “*Toward a General Theory of Judicial Independence*”, **Judicial Independence In An Age Of Democracy**, University Press of Virginia, USA, 2001, s. 7.

b.İç Bağımsızlık

İç bağımsızlık; yargı bağımsızlığını, yargının kendi içinden gelebilecek olumsuz etkilere karşı korumayı ifade eder⁷⁶. Uluslararası belgelerde de iç bağımsızlık konusuna son dönemlerde daha çok yer vermeye başlanmıştır. Örneğin, Venedik Komisyonu’nun 2010 yılında yayınlanan Hakimlerin Bağımsızlığı Hakkındaki Raporu’nda; bazı anayasalarda yer alan, ‘hakimlerin sadece hukuka tabi olduğu’ hükmünün, hakimleri, olumsuz dış etkilere karşı koruduğu kadar yargı içinden gelebilecek etkilere karşı da koruduğu vurgulanmıştır. Hakimlerin, *adli kararlar verme süreçleri bakımından*, mahkeme başkanlarının veya üst derece mahkemelerinin astı olarak görüldüğü hiyerarşik bir teşkilat yapısının, bu ilkeyi ihlal edeceği saptamasında bulunulmuştur⁷⁷. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’nde de “*Hakim(in), yargısal görevlerini yerine getirirken, tek başına karar vermek zorunda olduğu hususlarda diğer yargıçlardan da bağımsız*”⁷⁸ olduğuna dikkat çekilmiştir⁷⁹.

Yargı içinden gelebilecek olumsuz etkilere verilebilecek bazı örnekler şunlardır:

- Yargıçların, kendilerinden alt derecede bulunan yargıçlar hakkında, gerek disiplin işlemleri konusunda gerekse görev dağılımı yapmada yetkili kılınmaları⁸⁰.
- Kıdemli hakimlerin, alt derece hakimlerinin terfileri veya onlar hakkında kişisel performans raporu hazırlama konusunda yetkili olmaları⁸¹.

⁷⁶ GIEGERICH (2009), s. 22; GUARNIERI (2011), s. 6.

⁷⁷ Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm – I: Hakimlerin Bağımsızlığı Hakkında 2010 yılında yayınlanan rapor, 68. paragraf.

⁷⁸ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, İlke 1.4.

⁷⁹ İç bağımsızlığın önemine işaret eden diğer bir uluslararası belge: Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 1 No’lu Görüşü’dür. Bu görüşte ‘*Bir davada karar verecek hakim in yargının içinden veya dışından üçüncü şahsın emir veya talimatı ile hareket etmeyeceği tabiidir*’ ifadesine yer verilmiştir.

⁸⁰ Avusturalya eyaleti New South Wales’de, yargıçların davranışları hakkındaki şikayetleri inceleyen komisyonun, 8 kişisinden 6’sı mahkeme başyargıçlarıdır. Bu durumun yargıçların bağımsızlıklarının, kendilerinden üst konumda bulunan yargıçlara karşı zedelendiği yönünde eleştirilmektedir. Sibel İNCEOĞLU, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008, s.26.

- Yargı içinde kurulan birliklerin (özellikle yüksek mevkilerde hakim olabilmek için, meslek içi seçilme koşulunun bulunduğu sistemlerde), hakimleri, yükselmelerine yardım edecekleri vaadi ile, kendi görüşleri doğrultusunda karar vermeye zorlamaları ihtimali bulunmaktadır⁸².

Hakimlerin yukarıda sayılan, yargı içinden gelebilecek, olumsuz etkilere karşı korunmalarını sağlamak için, çeşitli teminatlar altına alınmaları gerekir.

Dış bağımsızlığın sağlandığı bazı hallerde iç bağımsızlığın sağlanamadığı görülebilmektedir. Örneğin Japonya’da yargıya dışarıdan gelecek baskılara karşı gereken koruma sağlandığı halde, yargı içindeki hiyerarşik ilişkiler nedeniyle hakimlerin, yüksek hakimlere karşı bağımsızlıklarını koruyamadıkları görülmüştür. Japonya’da dış bağımsızlık sağlanmışken iç bağımsızlık sağlanamamıştır⁸³.

2.Hedeflerine Göre Yargı Bağımsızlığı

a.Bireysel Bağımsızlık

Bireysel bağımsızlık, yargıçların birey olarak baskı altına alınmaması için gereken korumayı ifade eder. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94)12 Sayılı Tavsiye Kararı ilke I/2- d’de bu husus “*Hakimler vicdanlarına, maddi vakıayı yorumlamalarına ve kanunun açık hükümlerine göre, dava hakkında tarafsız olarak karar vermek için sınırsız bir özgürlüğe sahip olmalıdırlar*” şeklinde ifade edilmiştir. Hakimlere, kanuna göre maddi vakıayı yorumlamalarına ve vicdanlarına göre karar vermeleri için tanınması gereken bireysel sınırsız özgürlük, hakimlerin yargısal faaliyetlerine ilişkindir.

Hakimler idari anlamda, özlük işleri bakımından adalet bakanlığına, yüksek kurullara veya yargı elitinin kararlarına bağlı olabilirler. Bu idari bağlılığın, kişisel bağımsızlığa zarar vermemesi için, hakimlerin bazı güvencelere sahip olmaları

⁸¹ Pek çok Kıta Avrupası ülkesinde, yargı içindeki hiyerarşik amirler, yargıçların statülerini belirlerken önemli rol oynarlar, promosyonlar ve terfiler yargıçların üstlerince hazırlanan performans raporlarına göre verilir: GUARNIERI (2011), s.14.

⁸²Hakimlerin terfilerinde ve diğer özlük işlerinde yetkili olan Yüksek Kurullar/Konseylar içinde, hakim ve savcılar da temsilcileri yer almaktadır. Bu temsilciler, kendi meslektaşları arasında yapılan seçim sonucu, aldıkları oylara göre söz konusu Yüksek Kurula/Konseye atanabilmektedirler. Örneğin Fransa’daki Fransız Yargı Yüksek Konseyi içinde bu şekilde seçilerek atanan üyeler bulunur: GUARNIERI (2011), s.20–21.

⁸³ RUSSELL (2001), s. 7.

zorunludur. Hakimlerin, görevleri süresince; azil edilememeleri, belli bir yaştan önce emekliye ayırlanamamaları, aylıklarının kesilememesi, ödenek ve diğer özlük haklarının kısıtlanamaması, tayin ve terfi edilme koşulları ile disiplin kurallarının objektif olması, teminatlarına sahip olmaları gerekir.

b.Kurumsal Bağımsızlık

Kurumsal bağımsızlık, bir bütün olarak yargı organının, yasama ve yürütme organlarından gelebilecek olumsuz etkilere karşı korunmasını ifade eder. Yargı erkinin, devletin diğer erklerine karşı korunması ise, hem teoride yargının diğer erklerle eşit, üçüncü bir güç olarak kabul edilmesinden⁸⁴ hem de yargının yasama ve yürütme işlemlerini denetlerken etkili olabilmesi ihtiyacından doğar. Modern anayasaların kurduğu, kuvvetler ayrılığı çatısının bir gerekliliği olan denge ve fren sistemi, özellikle yasama organınca yapılan düzenlemelerin, yargı bağımsızlığını zedelemeyecek şekilde olmasını zorunlu kılar. Nitekim yargı bağımsızlığını koruyacak düzenlemeler yapma ödevi, yasama organına yüklenen pozitif nitelikte bir görevdir⁸⁵. İktidarın keyfi kullanılmasını sınırlama amacına, ancak iktidarın bölünmesi ve birbirlerini denetleyebilecek güçte organların varlığı ile ulaşılabilir. Ancak bu denetim birinin kendi isteklerini yaptırmak için diğerin kararlarına aşırı müdahale edebilmesini gerektirmez. Diğer bir ifade ile hem yargı hem de yasama ve yürütme kendi görev ve yetki alanlarını diğerini denetliyormuş görüntüsü altında aşmamalıdır. Uygulamada bazen hukuk kuralları ile, bir erk diğerini etkisiz kılabilen yetkilerle donatılmaktadır. Örneğin, Rus Anayasası'nın 85. maddesinde, federe devletlerin mahkemelerinin, yürütmenin bir işlemini iptal etmesi halinde, Devlet Başkanı'na, uzlaşma yolunu işletme veya federal mahkemeye (bu davayı tekrar gördürmek üzere) başvurusu hakkı tanınmıştır. Bu düzenleme, uygulamada federe mahkemelerin kararlarını etkisiz hale getirdiğinden, federe mahkemelerin kurumsal bağımsızlıklarının, yürütme tarafından açıkça ihlal edilmesine neden olmaktadır⁸⁶.

⁸⁴ GUARNIERI (2011), s. 4.

⁸⁵ KUIJER (2004), s. 210.

⁸⁶ Ali İbrahim AKKUTAY, “Rusya’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XII, Y.2008, S.1- 2, s. 355–356.

Kurumsal bağımsızlık bir yönüyle bireysel bağımsızlıktan etkilenir. Hakime bireysel bağımsızlık bakımından yeterli güvence tanınmadığı zaman, mahkemenin bağımsızlığından da şüphe edilir. AİHM'in, İbrahim İncal – Türkiye davasında verdiği karar, kurumsal bağımsızlık ve bireysel bağımsızlık arasındaki ilişkiye örnek teşkil eder. Bu davada başvuran İncal, sivil bir kişidir ve ikisi sivil, biri askeri hakimden oluşan, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yargılanmış ve ceza almıştır. İncal bu karar üzerine, DGM'deki Hakimler Heyeti'nde, askeri hakimin yer almasının, yapılan yargılamanın tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldırdığı iddiasıyla, AİHM'e başvurmuştur. AİHM, Hakimler Heyeti'ndeki, askeri hakimin atanmasında, bu hakime, disiplin cezası verilmesinde ve bu hakimin, terfisinde etkili olan sicil doludurulmasında, askeri makamların yetkili olmasından ötürü; davacının mahkemenin bağımsızlığı ile ilgili makul ve objektif şüpheye kapıldığını tespit etmiştir. AİHM, DGM'nin objektif tarafsızlığının, buna bağlı olarak da bağımsızlığının ortadan kalktığına karar vermiştir⁸⁷. AİHM'e göre olayda, hakimler heyetindeki bir hakimin, bireysel bağımsızlığının sağlanamaması, mahkemenin tamamının tarafsız görünümünü (objektif tarafsızlığı) ve buna bağlı olarak mahkemenin kurumsal bağımsızlığını ortadan kaldırmıştır. Medyada geniş yer bulan Abdullah Öcalan – Türkiye Davası'ndaki durum da, İncal – Türkiye Davası'ndaki durumla çok benzerdir. Öcalan, DGM'lerde yargılanmış bir sivildir ancak Öcalan davası bitmeden kısa süre önce, 1982 Anayasası'nın 143. maddesi değiştirilmiş⁸⁸ ve DGM'lerdeki askeri hakimler, hakimler heyetinden çıkarılmıştır. AİHM, Öcalan Davası sona ermeden, mahkeme heyetindeki askeri hakim yerine sivil hakimin gelmesini, objektif yargı tarafsızlığını sağlayacak yeterlilikte görmemiştir. AİHM, Öcalan – Türkiye Davası'nda, davanın esasına ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı safhaların çoğuna, askeri hakim katıldığı için, mahkemenin objektif tarafsızlığının ve

⁸⁷ AİHM, *İncal – Türkiye*, 09.06.1998.

⁸⁸ 18 Haziran 1999 tarihinde 4388 sayılı yasa ile Anayasanın 143. maddesinde yapılan değişiklikle Devlet Güvenlik mahkemelerindeki askeri hakimler çıkarıldı ve yerlerine sivil hakimler getirildi. 22 Haziran 1999'da da DGM'lere ilişkin yasa değiştirildi. Bu tarihten sonra açılan davalarda hakimler heyetinde askeri hakim bulunmadığı için, AİHM mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphe duyulmasını makul kabul etmedi. Ancak bu tarihten önce açılan ve davalara ilişkin AİHM, askeri hakimlerin yargılamaya katıldıkları süre boyunca yapılan esasa ilişkin işlemlerin, sivil hakim geldikten sonra baştan yapılması gerektiği aksi halde objektif yargı tarafsızlığının dolayısıyla yargı bağımsızlığının sağlanmamış olacağı yönünde kararlar vermiştir.

buna bağılı olarak bağımsızlığının sağlanamadığına karar vermiştir⁸⁹. Görüldüğü üzere, hakimlerin bireysel bağımsızlıklarının sağlanamadığı durumlarda, yargının kurumsal bağımsızlığı da sağlanmamış olmaktadır.

B.YARGI BAĞIMSIZLIĞININ UNSURLARI

Bağımsız ve tarafsız bir mercii tarafından yargılanmak bir insan hakkıdır⁹⁰ ve bu hak bazı uluslararası sözleşmelerde ve belgelerde⁹¹ yer alır. Bu belgelerde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının olup olmadığı tespit edilirken, aranan bazı unsurlar vardır. Bu unsurların her biri olmazsa olmaz olarak değerlendirilmemektedir. AİHM, bu unsurları aşamalı olarak ele alır ve bağımsızlık veya tarafsızlık hakkında genel bir değerlendirme ile karar verir.

Bu çalışmada yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının unsurları saptanırken, hem uluslararası belgelerdeki ilkelerden, hem de AİHM kararlarında aranan unsurlardan hareket edilmiştir.

1.Hakimlerin Nitelikleri

Hakimlerin; bilgili, kültürlü, faziletli, akılcı, makul kişiler olmaları beklenir⁹². Hakimlik mesleğine kabul edilirken, bu beklentilerin karşılanması hususunda farklı uygulamalarla karşılaşmıştır.

⁸⁹ AİHM, *Öcalan – Türkiye*, 12.03.2003

⁹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddesi *Adil Yargılanma Hakkı* başlığını taşır. İlgili maddenin ilk fıkrası “Herkes, ... yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini istemek hakkına sahiptir.” hükmünü içerir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesi “Herkesin hak ve özgürlükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, davasının tam bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır. ” ifadesini içerir.

⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Maddesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (94)12 Sayılı Hakimlerin Bağımsızlığı Etkinliği ve Rolüne Dair Tavsiye Kararı, Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin (CCJE) Yargının Bağımsızlığı ve Hakimlerin Görevden Alınmaması Standartlarına Dair 1 (2001) nolu görüşü, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.10, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na 1985'te kabul edilen Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri, BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ve Venedik Komisyonu'nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler içeren bazı uluslararası belgelerdir.

⁹² Atilla ÖZER, *Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s.28.

Hakimlik mesleğine alınacak kişilerin nitelikleri ile ilgili ilk ele alınacak konu, meslekten olan hakimler ve meslekten olmayan hakimlerdir. Meslekten olan hakimler hukuk eğitimi almış olan hakimlerdir, meslekten olmayan hakimlerse, hukuk eğitimi almamış kişilerdir. Bazı yargı mercilerinde, uyuşmazlıkların çözümü için hukuk dışındaki alanlarda teknik bilgiye ihtiyaç duyulduğundan, meslekten olmayan hakimlerce de yargılama yapılabilir. Bu konuda gerek uluslararası belgelerde gerekse AİHM Kararları'nda hukuk eğitimi almış kişilerin hakimlik yapmasının daha olumlu karşılandığı görülür. 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkeleri'nde, hakimlerin seçimi konusunda, *“Hakimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir”* ifadesine yer verilmiştir⁹³. Bu ilke ile, hakimlerin hukuk kökenli olmasalar bile hukuk eğitimi almış kişiler arasından seçilmelerinin, yargı bağımsızlığı için önemli olduğuna dikkat çekilmiştir.

AİHM kararlarında, hukuk kökenli üyelerin, yargı bağımsızlığını sağlamakta faydalı olduğu, hukukçu olmayan üyelerinse yargı bağımsızlığını tehdit edebileceği ancak mahkeme heyetinde hukuk kökenli olmayan üyenin bulunmasının, başlı başına yargı bağımsızlığını ihlal etmeyeceği genel olarak kabul edilmektedir. AİHM'in, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere - Belçika kararında, meslekten uzaklaştırma ve meslekten çıkarma kararlarına karşı, davacının itiraz ettiği merci olan, Tabipler Birliği İtiraz Konseyi'nin, bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olarak kabul edilip edilemeyeceği incelenmiştir. İtiraz Konseyi üyelerinin yarısı doktor, diğer yarısı hakimdir. Konsey başkanı yargı mensubudur ve ağırlıklı oya sahiptir. Bunları dikkate alan AİHM, Kurul üyelerinin yarısının yargı mensubu oluşunu ve başkanın ağırlıklı oya sahip olarak yargı mensubu oluşunu, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamakta yeterli kabul etmiştir⁹⁴.

Hakimlik mesleğine kabul edilecek kişilerde aranan nitelik konusunda, ikinci olarak, 'tecrübe' dikkate alınarak ayırım yapılmıştır. Hakim olacak kişilerde, hukuk mesleği tecrübesi aranıp aranmamasına ilişkin iki model vardır. Birincisi profesyonel model (Anglo Sakson modeli), ikincisi bürokratik modeldir. Profesyonel modelde hakimler, hukuk mesleği icra eden kişilerden seçilir. Bu modeli kullanan

⁹³ Birleşmiş Milletler, Yargı Bağımsızlığı İlkeleri, 18. paragraf.

⁹⁴ AİHM, *Le Compte, Van Leuven ve De Meyere - Belçika*, 23.06.1981.

lkelerde hakimlik mesleğinde yükselme konusunda, çeşitli hiyerarşik yapıların etkisi yoktur. Hakimler zerindeki politik etki, mesleğe alınana kadardır. Mesleğe alındıktan sonra, hakimler görev süreleri boyunca güvence altındadırlar. Bu modelde yargı bağımsızlığı güçlüdür. İngiltere ve Amerika bu modele örnek oluşturur. Bürokratik modelde ise hakimlerin hukuk mesleğinde çalışmış olması aranmaz. Hukuk fakültesi mezunlarına yapılan, teknik hukuki bilgi gerektiren sınavda başarılı olan kişiler ya doğrudan ya da bir n eğitim aldıktan sonra hakim olarak atanırlar. Bu madde hakimlerin üzerlerindeki politik ve hiyerarşik yapıların etkisi, mesleğe alınma aşamasında da, meslekte yükselme ve mesleki denetim konularında da görülür. Bu modelde yargı bağımsızlığı zayıftır. Almanya’da, Fransa’da, İtalya’da, Portekiz’de, İspanya’da, İsveç’te ve Türkiye’de bürokratik model uygulanır⁹⁵.

2.Hakimlerin Teminatları

Hakimlerin bağımsızlıklarının korunmasında kullanılan hakimlerin teminatları, hakimlik mesleğine atanmalarına, mesleklerini yürüttükleri coğrafı yerin değişmesine (tayine), mesleklerinde yükselmelerine (terfilerine), disiplin işlemlerine ve görev sürelerine (görevden alınamamalarına) ilişkin deęerlendirilmektedir⁹⁶.

Hakimleri atama, tayin etme, terfi ettirme ve onlar hakkında disiplin işlemleri yapma yetkisine sahip kişi veya kişiler, bu yetkilerini, hakimlerin verecekleri kararlarda baskı oluşturmak için kullanabilirler. Bu ihtimali önlemek için, Avrupa Konseyi Hakimlerin Rolü ve Bağımsızlığı Tavsiye Kararı⁹⁷ I – c/2’de: *“Hakimlerin seçimleri ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla merciin yeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu mercii kendi usul kurallarını kendisi vaz’etmelidir”* nerisini getirmiştir. Avrupa’nın pek çok ülkesinde Yargı Konseyleri bulunur⁹⁸. Yargı konseylerinin varlığı tek başına yetmez,

⁹⁵ John BELL, **Judiciaries within Europe**, Cambrige University Press, Cambrige, 2006, s. 14–15; GUARNIERI (2011), s. 7-28.

⁹⁶ GUARNIERI (2011), s. 6.

⁹⁷ çalışmamızın ilerleyen bölümlerin de bu karara kısaca (94)12 sayılı Tavsiye Karar denecektir.

⁹⁸ Ermenistan, Azerbaycan, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Fransa, Gürcistan, Macaristan, Litvanya, Makedonya, Moldova, Karadağ, Romanya, Sırbistan, Slovenya, İsveç ve Türkiye: Avrupa Etkin Yargı Komisyonu, **Avrupa Yargı Sistemleri**, eviren: Lingo Tercüme ve eviri, Yayına

bu konseylerin oluşumu ve yetkileri de yargı bağımsızlığını sağlamaya uygun olmalıdır. İtalya’da 2002 reformu sonrasında değişiklik geçiren, Yargı Yüksek Konseyi, bu konuda olumlu bir örnek teşkil eder. 2002 reformu sonrası Yargı Yüksek Konseyi’nde, yargının kendi içinden seçtiği 16 üye, yasama organınca avukatlar ve hukuk profesörleri arasından seçilen 8 üye, Cumhurbaşkanı ve Temyiz Mahkemesi Başsavcısı tarafından seçilen 3 üye yer alır. Yasama organınca yapılacak seçim, parlamentodaki siyasal dağılımı yansıtacak şekildedir. Böylece Yargı Yüksek Konseyi’nde, farklı çevrelerin temsilcilerinin ortak kararlar alması sağlanarak, yargı elitinin etkisi kırılmıştır ve yargı bağımsızlığının koruması artırılmıştır⁹⁹.

(94)12 Sayılı Tavsiye Kararı’nda, Avrupa Birliği ülkelerinin bazılarında, hakimlerin atama, tayin, terfi konularından sorumlu, bağımsız bir kurul oluşturulmaması ihtimali de öngörülmüştür. Böyle ülkelerde, yasa hükümleri veya örf, hakimlerin hükümetçe tayin edilmesini düzenleyebilmektedir. Bu ülkelerde şu güvencelerin en azından birinin veya hepsinin sağlanması tavsiye edilmiştir:

**Hükümete, uygulamada izleyeceği tavsiyeleri verecek, özel bir bağımsız ve tam yetkili organın varlığı veya*

**Kurulun verdiği karara karşı, bağımsız bir organ önünde bireye itiraz hakkı tanınması,*

**Kararı alan merci tarafından, gereksiz ve uygunsuz etkilere karşı tedbir alınması¹⁰⁰.*

İngiltere’de 2005 yılında yapılan Yargı Reformu söz konusu tavsiyenin uygulanmasına örnek teşkil eder. 2005 öncesinde İngiltere’de, hakimlerin yürütme organı tarafından atandığı bir sistem uygulanmaktaydı¹⁰¹. 2005’te yapılan Yargı Reformuyla, Lordlar Kamarası’nın (yasama fonksiyonu) Başkanı, ve üyesi, Lordlar Kamarası Temyiz Komitesi Başkanı, Bakan ve mahkemeler ve yargıya ilişkin atamalardan sorumlu olan “*Lord Chancellor*”un, Temyiz Mahkemesine ve Yüksek Mahkemeye atanması için, Taca hakim teklif etme hakkı, (aynı reform ile

Hazırlayan: Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Gramat Grafik ve Matbaacılık, (Basım Yeri Belirtilmemiş), 2009, s. 177.

⁹⁹ GUARNIERI (2011), s. 23.

¹⁰⁰ Avrupa Bakanlar Komitesi: Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R(94) 12 Sayılı Tavsiye Kararının Birinci İlke 2/c.

¹⁰¹ ÜNAL (1994), s. 56.

oluşturulan) *Adli Atamalar Komisyonuna* devredilmiştir. Komisyon bağımsız ve karma yapıdadır. Diğer hakimlerin atanması konusunda da Lord Chancellor, sadece Komisyonun kararını kabul etme, istisnaen reddetme ve kararın tekrar görüşülmesini isteme hakkına sahiptir. Komisyon tarafından önerilmeyen bir kişiyi Lord Chancellor'un hakim olarak atama hakkı yoktur. 2005 Yargı Reformu, İngiltere'de her ne kadar yargı bağımsızlığını sağlamakta tam çözüm getirmese de yargı bağımsızlığı açısından olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmiştir¹⁰².

a.Hakimleri Atama Yöntemleri

Her ülkenin kendine göre bir yöntem belirlediği atama konusunda farklı kişi veya organlar etkili kılınmıştır. Günümüzde demokratik toplumların, farklı sosyal kitlelerinin, yargı organına ne ölçüde yansıdığı önemli bir sorundur. Vatandaşlar, kendilerine yakın gördükleri hakimlerin kararlarına daha çok saygı duyarlar. Toplumdaki farklı kesimlerin yargı organına tam olarak yansımaları sağlayacak bir yöntem henüz bulunamamıştır¹⁰³. Farklı kişi ve organların yaptıkları atamalar, yargı bağımsızlığı açısından olumlu ve olumsuz bazı neticeler ortaya çıkarır.

i.Yürütmenin Atama Yapması

Yargı bağımsızlığı en çok da yürütmeye karşı korunmaya çalışılırken, hakimlerin yürütme tarafından atanmasının yargı bağımsızlığına aykırı olacağı açıktır. AİHM, yürütmenin hakimlerin atanmasında etkili olmasını, tek başına AİHS m.6'daki adil yargılanma hakkı kapsamındaki yargı bağımsızlığına, aykırı kabul etmemektedir. Bunun nedenlerinden biri, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin genelinde, hakimlerin atanmasında, yürütmenin etkili olmasıdır. Diğer bir neden bazı hakimlerin yargı görevini icra etmek üzere değil, merkezdeki yargıya ilişkin idari görevleri yürütmek için atanmasıdır ki, bu ikinci durumda yürütme kendi görev alanında çalışacak kişiler hakkında atama yapmış olmaktadır. Üçüncü olarak da parlamenter demokrasilerde yürütmenin yasamanın içinden çıkması ve yasamanın

¹⁰² Diana WOODHOUSE, “*Anayasal Reform Kanunu 2005 – Yargı Bağımsızlığını Korumanın İngiliz Yolu*”, Çeviren: Serkan Yolcu, **Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi**, Yıl:1, C.1, S.2, Ankara, 2011, ss. 149–165, s. 149–153; GUARNIERI, 2011: 7.

¹⁰³ YILMAZ (2009), s. 118.

halkın seçtiği kişilerden oluşması sebebiyle, yürütmenin etkin olduğu hakim atamalarında, hakimlerin demokratik meşruiyetinin olacağı düşüncesidir¹⁰⁴.

AİHM'e, yürütme tarafından atanan hakimlerin yargılama yapmalarının, adil yargılanma hakkını (bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkını) ihlal ettiği iddiasıyla yapılan başvurulardan biri Campbell ve Fell – Bileşik Krallık davasıdır. AİHM, bu davada, dava konusu kararı veren Hapishane Disiplin Kurulu'nun üyelerinin İçişleri Bakanlığı'nca atanıyor olmasını, Kurul Üyelerinin karar verirken emir ve talimat almayacağı konusunda yeterli güvencenin sağlanmış olmasından ötürü, yargı bağımsızlığına aykırı bulmamıştır¹⁰⁵. AİHM'in, bu ve benzer kararlarındaki esnek tutumunun, üye ülkelerin iç hukuklarına müdahale etmemeye yönelik olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶.

ii. Yasamanın Atama Yapması

Parlamentonun hakimleri atadığı bir sistemin, avantajlarının yanında dezavantajları da vardır. Bu sistemin sağlayacağı avantajlar kısaca şöyle açıklanabilir. İlk olarak bu yöntem, yargıç atama sisteminin yürütmenin tekelinde olmasını önler. İkinci olarak, milletin temsilcilerince yargıç atamasının yapılması, o milletin dolaylı da olsa, yargı yetkisini kullanacak kişileri kendisinin belirlemesi demek olur. Böylece yargıçların demokratik meşruiyetleri, büyük ölçüde sağlanır. Üçüncü avantajı ise, yöntemin, yargıda farklı dünya görüşüne sahip ve farklı kültürlerden hakimlerin bulunmasını sağlamaya elverişli olmasıdır (Bunun gerçekleşmesi için yargıya atama yapmak için kullanılan sistemin, yasamanın genelinin katılımına açık, çoğulculuğu sağlayacak nitelikte ve ülkenin seçim barajının düşük olması gerekir). Hakimlerin parlamento tarafından atanmasının, dezavantajlarından biri ise, hakimlerin liyakatleri nedeniyle değil, belli bir dünya görüşüne sahip oldukları için seçilip atanma ihtimalleridir. Diğer bir dezavantaj ise, hakimlerin, seçilebilmek veya atanabilmek için siyasi partilere yaklaşmaya çalışma

¹⁰⁴ KUIJER (2004), s. 217–218.

¹⁰⁵ AİHM, *Campbell ve Fell – Birleşik Krallık*, 28.06.1984.

¹⁰⁶ Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008, s.171; ÖZER (2009), s. 171.

ihtimalleridir¹⁰⁷. Birbiri ile bağlantılı iki dezavantaja, Venedik Komisyonu Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu’nda da işaret edilerek yasama organlarında, anayasa mahkemeleri hariç, diğer mahkemelerin hakimlerinin seçilmemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁸. Hakimlerin yasama organınca seçilmesinin dezavantajlarının vurgulanmasına rağmen, İsviçre örneğinde olduğu gibi, hukuk devletine saygı kültürünün yerleşmiş olduğu ülkelerde, hakimlerin, yasama organınca liyakatleri dikkate alınarak seçilmeleri de mümkün görünmektedir¹⁰⁹.

iii.Yasama ve Yürütmenin Birlikte Atama Yapması

Amerika Birleşik Devletlerindeki Federal Mahkemelere yapılan atamalarda, yasama ve yürütmenin birlikte atama yaptığı bir atama prosedürüne rastlanır. Söz konusu atama prosedüründe, Başkan, hakim adaylarını gösterir. Adli Senato Komitesi’nce bu adaylar arasından bir eleme yapılır. Elemeden geçen adaylar arasından, tüm Senato basit çoğunlukla seçim yapar. Atama prosedürü, yasama ve yürütmenin aynı dünya görüşüne mensup olması durumunda daha kolay işlerken, farklı dünya görüşünde olmaları halinde, ‘senatör kibarlığı’ teamülü işler. Bu teamül gereği başkan, senatörlerin istemediği adayı geri çeker. Böylece yürütmenin başı olan başkanın yetkisi, Senato tarafından sınırlandırılmış olur. Yasama ve yürütmenin birlikte atama yapması usulü, son dönemlerde yapılan atamalarda, hakimlerin politik ilişkiler vasıtası ile yüksek hakimliğe geçmelerine imkan oluşturduğu ve bu nedenle, yargının politik etkiye gittikçe daha açık hale geleceği yönünde eleştirilere sebep olmuştur¹¹⁰.

¹⁰⁷ KUIJER (2004), s. 223–224.

¹⁰⁸ Venedik Komisyonu’nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, 31. paragraf: “*Siyasi mülahazaların adayların objektif liyakatine üstün gelmesi tehlikesi ortadan kaldırılamayacağından, olağan (anayasa mahkemeleri dışındaki) yargı yerlerinde görev yapan hakimlerin atamaları konusunun Parlamentolarda yapılacak oylamalara konu edilmesi doğru değildir*” .

¹⁰⁹ ÜNAL (1994), s. 51.

¹¹⁰ GUARNIERI (2011), s. 10-12.

iv.Halk Tarafından Seçilenlerin Atanması

Bazı ülkelerde hakimler doğrudan vatandaşlar tarafından seçilerek atanır¹¹¹. Halkın seçtiği kişilerin hakim olarak atanması milli egemenliğe en uygun atama sistemidir. Bu yöntemde iktidarın gerçek sahibi halk, yargı erkini kimin kullanmasını istiyorsa ona devreder. Böylece, yasama ve yürütmeye karşı hakimlerin bağımsızlığı da tam manasıyla güvence altında olur¹¹². Atamaların seçimle yapılması, hakimlerin meşruluğunu da sağlar. Fakat hakimlerin, liyakatli olanlarının atanması mümkün olmayabilir. Halkın, seçime katılan hakimlerin başarılı olup olmadığını tespit edebilmesi her zaman kolay olmaz. Hakimlerin tekrar seçilebilmeleri mümkünse, hakimlerin seçimlere yakın zamanlarda tekrar seçilme kaygısıyla, bazı grupların hoşuna gidecek kararlar verme riski vardır¹¹³. Diğer taraftan hakimlerin, seçimde kendisine oy vermeyen kesimle ilgili davalarda, tarafsız davranmadıklarına ilişkin makul şüphe doğabilir¹¹⁴.

Avrupa Hakimleri Bakanlar Konseyi'nin Yargının Bağımsızlığı ve Hakimlerin Görevden Alınamaması Standartlarına Dair 1 Nolu Görüşünde 19: *“Bazı ülkelerde, anayasal olarak hakimlerin atanması konusunda doğrudan siyasi etki söz konusudur. Hakimlerin seçilerek göreve geldiği sistemlerde ... gözetilen hedef hiç şüphesiz görevini yerine getirirken yargıya doğrudan bir demokratik destek sağlamaktır. Hakimlerin mesleğe kabulü veya terfileri dar parti mülahazalarına bırakılamaz. Sistemin bu şekilde kullanıldığı veya kullanılabileceği konusunda bir tehlike söz konusu olduğunda, bu usul yarardan ziyade zarar getirebilir”* ifadesine yer verilmiştir. Hakimlerin halk tarafından seçilerek göreve geldiği ülkelerde, partiler politikalarına onların destekleri ile seçilecek hakimlerin ne yönde kararlar vereceğini de ekleyebilirler. Böylece hakimler, seçilmelerini sağlayan siyasi çevrelere bağımlı olurlar. Hakimlerin seçilmek için yürütecekleri çalışmalara, mali destek bulabilmek için, zengin kişilerle karşılıklı menfaat ilişkilerine girme riskleri de vardır. Ayrıca seçilen hakimlere oy vermeyen ya da seçim öncesinde ilgili hakimi desteklemeyen

¹¹¹ Amerika Birleşik Devletleri'nde 31 Federe Devlette hakimleri halk seçer, İsviçre'de Federe Devletlerin Sulh Hakimlerini ve Bölge Hakimlerini halk seçer.

¹¹² KAPANİ (1956), s. 25.

¹¹³ KUIJER (2004), s. 226.

¹¹⁴ KAPANİ (1956), s. 29.

kişilerin, söz konusu hakimın kendilerine karşı objektif davranmayacağına dair makul şüpheleri oluşabilir¹¹⁵.

Amerika Birleşik Devletlerinde, Federal Yüksek Mahkeme hakimleri ile Bölge hakimlerinin dışındaki hakimleri, eyaletlerin çoğunda halk seçer. Bazı eyaletlerde, hakim adaylarının isimleri, diğer adayların isimlerinin yanında parti listelerinde gösterilir. Amerika’da kullanılan bu sistem, bazı federe devletlerde, hakimlerin politika patronlarının oyunlarına alet olmalarına, sık sık tekrarlanan seçim devreleri arasında, huzur içinde çalışmalarının mümkün olmamasına ve her an kendilerinin seçilmesine destek olanlarla, iyi ilişkilerini sürdürmeye çalışmalarına neden olduğu iddialarıyla eleştirilmiştir¹¹⁶.

b.Hakimlerin Tayinleri

Hakimlerin görev yaptıkları yerin, geçici veya sürekli değiştirilme ihtimali, hakimler için bir tehdit aracı oluşturur¹¹⁷. Çünkü hakimler yaşadıkları yerlere alışır ve orada, varsa aileleri ile birlikte, bir düzen kurarlar. Bu düzenin değişmesi, hakimler için her zaman kolay olmaz¹¹⁸. Hakimler verdikleri kararlar nedeniyle, yerlerinin daha iyi veya daha kötü bir yerle değiştirilebileceğini düşünürlerse, kendilerini baskı altında hissedebilirler¹¹⁹. Bu durumun önlenmesi ve hakimlerin hiçbir baskı altında kalmaksızın, sadece kanunlar ve vicdanları doğrultusunda karar vermeleri için, tayinleri konusunda güvencelerinin olması gerekir.

Venedik Komisyonu Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu’nda, hakimlerin fikirleri sorulmadan, terfi yoluyla dahi olsa başka bir göreve veya yere gönderilmemeleri gerektiğini, ilke olarak benimsenmiştir. Bu ilkeye üç istisna getirilmiştir. İlk istisna, bir disiplin yaptırımı olarak hakimlerin yerlerinin değiştirilmesine ilişkindir. İkinci istisna, yargı sisteminin hukuka uygun olarak yeniden düzenlenmesi haline, üçüncü ve son istisna ise yakındaki bir mahkemenin desteklenmesi için azami süresi kesin olarak sınırlandırılmış geçici görevlendirmeye

¹¹⁵ ÖZER (2009), s. 12.

¹¹⁶ KAPANİ (1956), s. 41; ÜNAL (1994), s. 48.

¹¹⁷ Nur CENTEL, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimın Tarafsızlığı**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1996, s. 20.

¹¹⁸ GÖNENÇ, “*Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*” (2011), s. 19.

¹¹⁹ ÖZER (2009), s. 26.

ilişkindir¹²⁰. İstisnaların gerçekleşmesi de objektif koşullara bağlanmalı ve tarafsız bir mercii bu yetkilere sahip olmalıdır.

Türkiye’de de ileride detaylı olarak anlatılacağı üzere, 1924 Anayasası döneminde, hakimleri atama yetkisinin, Adalet Bakanı’na verilmesinin sakıncalı sonuçlarına tanık olunmuştur. Yürütme, hakimler üzerinde baskı kurmaya çalışınca bu iki erk arasında gerginlik doğmuştur¹²¹.

c.Hakimlerin Terfileri ve Disiplin İşlemleri

Hakimlerin, terfilerinde ve disiplin işlemlerinde etkili olan kişilerin baskısına maruz kalma ihtimalleri vardır. Terfide baskı ihtimalini ortadan kaldırmak için, BM Yargı Bağımsızlığı İlkelerinin “Görev Şartları ve Süresi” başlığı altında: “*Hakimlerin terfi ettiği bir sistemin bulunduğu yerlerde bu sistem başta kabiliyet, dürüstlük ve tecrübe olmak üzere objektif kıstaslara dayalı olmalıdır*” ilkesine yer verilir. Terfi kriterlerinin açık, net ve objektif olmasının yanında, terfide etkili olan kişilerin de objektif davranacak kişiler olması gerekir. Terfide hakimlerin kabiliyetlerinin ölçülmesi için uygulanan sistemlerden bir tanesi, hakimlerin üst mahkemelerden alacakları notla ilgilidir. Hakimlerin kararlarının yüksek mahkemelerde onanmasıyla olumlu, bozulmasıyla olumsuz not alacak olmaları, terfi edebilmek için ilk derece mahkemeleri hakimlerinin otomatik olarak üst derece mahkemelerinin kararları doğrultusunda karar vermelerine neden olmaktadır. Bu uygulama, yargı içi bağımsızlığı zedelediği hususunda eleştirilmiştir¹²².

Disiplin işlemleri konusunda, yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik bazı uluslararası ölçütler getirilmiştir. BM Yargı Bağımsızlığı İlkelerine göre hakimlerin *adli* veya *mesleki yeteneği* konusundaki şikayetler, adil ve hızlı biçimde

¹²⁰ Venedik Komisyonu’nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, 5.Başlık: Hakimlik Teminatı – Görev Yerinin Değiştirilememesi ve Disiplin – Yer Değiştirmeler.

¹²¹ Yener ÜNVER, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı 1-4, 1988 – 1990, ss. 153-196, s. 171.

¹²² Avrupa Birliği Komisyonu, Türkiye Cumhuriyeti’nde Yargı Sisteminin İşleyişi, İstisarı Ziyaret Raporu 28.09.2003 – 10.10.2003, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tercümesi, T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, s. 18.

çözümlemelidir. BM'lerce belirlenen, disiplin işlemlerinin yargı bağımsızlığına uygun olması için gereken ilkeler şunlardır:

- Hakimin kendisini savunma imkanı olmalıdır,
- Hakim sadece ehliyetsizlik veya kendisini görev yapmaktan alıkoyabilecek davranışları sebebiyle görevden alınabilmelidir,
- Hakimin disiplin işlemlerine, veya geçici yahut sürekli görevden alınma cezalarına, karşı yargıya başvurma imkanı olmalıdır¹²³.

Disiplin sürecinde hakimlerin korunmaması halinin ortaya çıkaracağı sonuca, 2003 yılında Türkiye’de yaşanan bir olay, oldukça önemli bir örnek teşkil eder. Olayda, Mersin’in Gülnar ilçesinde hakimlik yapan, Arzu Özpınar; ‘makyaj yaptığı’, ‘mini etek giydiği’ ve ‘bir avukatla ilişkisi olduğu’ yönünde suçlamalar içeren, imzasız, ‘vatan sever polisler’in gönderdiği yazılı, bir mektupla Adalet Bakanlığı’na şikayet edilmiştir. Bakanlık, müfettiş tayin etmiştir. Hakim hakkında soruşturma yapılmıştır. Soruşturma esnasında hakimle ilgili bilgilerin gizli olduğu gerekçesiyle¹²⁴, hakime kendisi hakkındaki soruşturma dosyası gösterilmemiştir. Hakim bu dosyayı göremediği için, neye karşı kendisini savunacağını bilmeden, tam manasıyla savunma hakkını kullanamadan, müfettiş tarafından sorgulanmış ve sadece sorulan sorulara yanıt vermiştir. Müfettiş raporu HSYK’ya ulaşmış ve HSYK disiplin soruşturması hakkında karar vermiştir. Karar verilirken Adalet Bakanı kurulda değildir. Karar 3’e karşı 4 oyla hakimin meslekten çıkarılması yönünde olmuştur. Hakim karara itiraz etmiştir. İtirazı, ilk kararı veren heyetteki yedi kişinin içinde olduğu dokuz kişilik heyet tekrar incelemiştir. İtirazın incelenmesi sonucunda da, 4’e karşı 5 oyla hakimin meslekten atılmasına karar verilmiştir. Bu karara karşı yargı yolu açık olmadığından Özpınar, 2004 yılında AİHM’e başvurmuştur. 2010’da AİHM, AİHS’nin, ‘özel hayatın ve aile hayatının korunmasına’ dair, 8. maddesinin ve ‘yargı önünde etkili başvuru hakkına’ dair, 6. maddesinin ihlal edildiğine karar

¹²³ Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri (1985), paragraf 25–28.

¹²⁴ 2461 sayılı Mülga HSYK Kanunu madde 16, “Kurulda yapılan işlemler ve bunlarla ilişkili görüşmeler gizlidir” kuralını düzenlediğinden Kurul’da yürütülen disiplin işlemleri ve Kurulca verilen disiplin kararları hakkına işlemin muhatabı olan hakimlere işlemle ilgili bilgi verilmemekteydi. Yeni HSYK Kanunu döneminde dahi bu konuda HSYK’nın isteksiz davrandığı görülmektedir.

vermiştir¹²⁵. 12 Eylül 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında, AİHM'den aldığı kararla 2011'de HSYK'ya başvuran Özpınar hakkında, HSYK, meslekten ihraç kararının kaldırılmasına karar vermiştir¹²⁶. Disiplin soruşturmasında, savunma hakkının etkili kullanılmasına olanak tanımayan, bu olay göstermektedir ki hakimler, göreceli, dayanaksız, basit ithamlarla görevlerinden olabilmektedirler. Adaleti sağlamakla görevlendirilen kişiler, çok kolay bir şekilde adaletsizliğe uğrayabilmektedirler. Bu durum da yargıçlar üzerinde baskı kurulmasını kolaylaştıran bir risk taşımaktadır. 2010 değişikliği ile (meslekten çıkarma cezasına karşı yargı yolunun açılmasıyla), Türkiye'deki hakimlere ve savcılara ilişkin disiplin prosedürü, tam manasıyla istenen düzeye getirilememiştir.

d.Hakimlerin Görev Süreleri, Azledilememeleri ve Emekliye Ayrılamamaları

94(12) Sayılı Tavsiye Kararı I-2'de *"Hakimler, ister atanmış veya ister seçilmiş olsun; zorunlu bir emeklilik yaşı veya eğer varsa belirli bir hizmet süresinin sonuna kadar devam edecek bir hakimlik teminatından yararlanmalıdırlar"* ilkesine yer verir. Yine BM Yargı Bağımsızlığı İlkeleri, Görev Şartları ve Süresi başlığı altında: *"Seçilmiş veya atanmış olsun hakimlerin zorunlu bir emeklilik yaşına veya sürelerinin dolmasına kadar görevde kalmaları teminat altına alınacaktır"* ifadesi yer alır.

Bazı ülkelerde, hakim ve savcılar için deneme süresi ve geçici hakimlik müessesesi uygulanmaktadır. Deneme süresi Almanya (1 – 6 yıl), Macaristan (3 yıl), Azerbaycan (5yıl), Bulgaristan (5 yıl) ve Hırvatistan (5 yıl) gibi ülkelerde uygulanmaktadır. Deneme süresi içinde, hakimler üzerinde baskı oluşturulması ihtimalinden çekinilir. Bu nedenle Venedik Komisyonu, görev süresi bakımından deneme süresinin, yargı bağımsızlığına aykırı olduğunu savunur¹²⁷. Bosna Hersek, Norveç ve Finlandiya'da ise geçici hakimlik müessesesi vardır¹²⁸. Bu müessesenin de

¹²⁵ AİHM, *Özpınar - Türkiye*, 19.10.2010.

¹²⁶ Milliyet, 22.06.2011; Zaman, 21.06.2011.

¹²⁷ Venedik Komisyonu'nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, paragraf 37.

¹²⁸ Avrupa Etkin Yargı Komisyonu (2009), s. 195-196.

kaldırılması ve tüm hakimlerin görev süresi teminatı ile çalışması yargı bağımsızlığı için gereklidir.

Yukarıda yer verildiği gibi, uluslararası belgelerde, hakimlerin bağımsız olmaları için, görev sürelerinin ömür boyu olması şartı koşulmaz. Objektif ve kanunlarla belirlenen makul bir yaş haddine kadar görevlerine devam edebileceklerine dair güvence, hakimlerin bağımsızlığını sağlamak için yeterlidir¹²⁹. Avrupa Birliği üyesi devletlerin pek çoğunda, hakimlerin görev süresi, emeklilik yaşına kadar garanti altına alınmıştır¹³⁰.

e.Hakimlerin Mali Teminatları

94(12) Sayılı Tavsiye Kararında, hakimlerin maaşlarının, görevlerinin onuru ve sorumluluklarına uygun olması gerektiği ifade edilir¹³¹. Venedik Komisyonu da bu görüşe katılarak hakimlerin, mesleklerinin onuru ve sorumluluklarının ağırlığına uygun maaş almalarını öngören, Polonya Anayasası'nı övmüştür¹³². Hakimlerin hem yaşamlarını rahat idame ettirmeleri, hem de bilgi ve kültürlerini artırmaları için yeterli mali imkanlara sahip olmaları gerekir¹³³.

Hakimlere maaşlarının dışında sağlanan maddi menfaatler de vardır. Hakimlere verilen promosyonlar, primler ve diğer maddi avantajlar, maaşı destekler niteliktedir. Bu durum hakimler arasında maddi olarak farklılık oluşturur. Bunlar ya kaldırılmalı ya da tüm hakimlere adil dağıtılmalıdır. Adil dağıtım için, örneğin bir ülkede hakimlerin bazılarının lojman avantajı tanınıyorsa, diğer hakimlere de barınma giderine ilişkin, uygun bir maddi destek sağlanması gibi tedbirler alınabilir. Venedik Komisyonu Raporu'nda, hakimlere sunulan (lojman, vasıta vb.) ayrıcalıkların kanunla düzenlenseler bile, bunlar dağıtılırken bir takdir payı bulunacağı için, yargı bağımsızlığının zedelenebileceğine işaret edilmiştir. Venedik Komisyonu, bu

¹²⁹ KAPANİ (1956), s. 101.

¹³⁰ İngiltere, İrlanda, İsveç, İspanya, Sırbistan, Norveç, Hollanda, Fransa vb.: Avrupa Etkin Yargı Komisyonu, 2009: 104-105.

¹³¹ 94(12) sayılı Tavsiye Kararı III. İlke 1-b.

¹³² Venedik Komisyonu'nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, 46. paragraf.

¹³³ ÜNAL (1994), s. 39.

uygulamalardan vazgeçilmesini ve bu uygulamaların yerine, hakimlere, uygun miktarda maaş verilmesini tavsiye etmiştir¹³⁴.

Profesyonel modeli benimseyen ülkelerde, en az kıdemli, işe yeni başlayan hakimlerin maaşlarının, bürokratik modeli benimseyen ülkelerdeki en az kıdemli, işe yeni başlayan hakimlerin maaşlarına göre, önemli ölçüde fazla olduğu görülür. Bunun nedeni, profesyonel modelde işe başlayan kişinin belli bir avukatlık tecrübesinden gelmesidir¹³⁵. Profesyonel modeli benimseyen ülkeler, bürokratik modeli tercih eden ülkelere oranla, hakimlere daha yüksek maaş verirler. Hakimlerin nitelikleri bakımından profesyonel modeli tercih eden ülkelerde, hakimlerin bağımsızlığının güçlü olmasında, maaşlarının yüksek olmasının da etkisi vardır.

3.Mahkemelerin Bağımsız Görünümü

Mahkeme kararları, ne kadar adil olurlarsa olsunlar, kararların adil olduğuna dair toplumda şüphe varsa, adaletin sağlanması ile amaçlanan toplumsal huzura ulaşamaz. Bu nedenle demokratik hukuk devletlerinde, adaletin sağlandığının görülmesi de zorunluluk haline gelmiştir.

AİHM, “*Adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirilmesinin görülmesi de gerekir*” ilkesini benimser¹³⁶. AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini incelerken dava konusu yargılamayı yapan mahkemenin bağımsız görünümünün sağlanmadığı konusunda davacının şüphesinin makul ve objektif olmasını arar. Mahkemenin bağımsız görünümünün, objektif ve makul şüphe doğurduğu durumlar, hakimler heyetindeki kişilerin (veya heyetteki kişilerden birinin) davanın taraflarından birinin astı olduğu, devlet görevlilerinden emir alabilecek konumda bulunduğu; kısaca başkasının etkisi altında kalabilecek bir izlenim taşıdığı durumlardır¹³⁷. Örneğin: Sramek – Avusturya davasında, davacı izinsiz bir gösteriye katıldığı gerekçesiyle, yargısal bir görev icra eden, Polis Masası

¹³⁴ Venedik Komisyonu’nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, 47-51. paragraflar.

¹³⁵ Avrupa Etkin Yargı Komisyonu, 2009: 183-184.

¹³⁶ AİHM, Cambelland Fell – Birleşik Krallık, 28.06.1984.

¹³⁷ İbrahim ŞAHBAZ, “*AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ibrahim_sahbaz.pdf, 30.06.2011.

tarafından para cezasına çarptırılmıştır. Polis Masası'nda görevli kişi, hukukçu bir polis merkezi çalışanıdır. Bu kişinin aslında bağımsızlık için gereken nitelikleri vardır (Dört yıllık görev süresi boyunca görevinden alınamaz. Polis Masası görevini yürütürken kimseden emir almaz, diğer polislerden farklı bir biçimde yemin eder ve verdiği kararlara karşı Yargıtay'a ve Federal Mahkeme'ye başvurulabilir.). Fakat polis masasındaki görevliler, bu görevden ayrılınca, polis merkezine bağlı başka bir görevde çalıştıklarından, vatandaşlar tarafından polislerden emir alan kişiler olarak görülürler. Polis Masası görevini yürüten kişinin polislerden emir aldığı izlenimi yaygın olduğundan ve bu izlenim, yargı bağımsızlığı hakkında objektif ve makul gerekçelerle şüphe oluşturduğundan AİHM, Polis Masasının yargının bağımsız görünümünü sağlayamadığına karar vermiştir¹³⁸.

4.Yargı Bütçesi

Yargı erkinin, adil yargılamayı sağlayacak maddi olanaklara sahip olması gerekir. Yargı bütçesinin, yargı bağımsızlığı ile ilgisi; hem, kurumsal bağımsızlık yönünden (yargı organlarına teknolojik imkanların ve fiziksel olanakların sağlanması gibi), hem de bireysel bağımsızlık yönündendir (hakimlerin maaşlarının ve diğer maddi haklarının verilmesi gibi). Kurumsal ve bireysel bağımsızlığı koruyacak koşulların sağlanabilmesi için de yargı erkine ayrılan bütçenin yeterli olması ve bütçenin yönetiminin, yargı bağımsızlığını sağlayacak şekilde yapılması gerekir. Yargı bütçesinin tespitinin ve yönetiminin, hakimlerin bağımsızlığını sağlamak için kurulan bağımsız kurullara bırakılması, bu konuda olumlu bir öneridir¹³⁹. Yargı bütçesinin bağımsız kurul tarafından tespit edileceği kuralı, genel itibari ile de yasama ve yürütme erkleri tarafından değiştirilemeyen veya değiştirilmesi zor olan bir normda (mümkünse anayasada) düzenlenmelidir.

Yargının bağımsızlığını kapsamlı olarak etkileyebilecek olan yargı bütçesi, uygulamada genellikle, yürütmenin ve yasamanın takdirine göre belirlenmektedir. Avrupa'nın genelinde, yargı bütçesinin hazırlanması (27 ülke) ve yönetimi (22 ülke) Adalet Bakanlığının yetkisine, bütçenin kabul edilmesi ise yasama organına

¹³⁸ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (2008), s. 179 – 180.

¹³⁹ ÜNVER (1988 – 1990), s. 177.

bırakılmıştır (39 ülke). Yargı Konseylerinin bütçeyi hazırlaması (15 ülke), yönetmesi (6 ülke) ve kabul etmesi (1 ülke) çok daha az rastlanan bir husustur¹⁴⁰.

Uluslararası belgelerde de, genel olarak ülkelerin, yargının bütçesini tamamen kendisinin belirlemesine imkan tanınmadığı görülmüş ve bu durumun zorluğu düşünülmüş olsa gerek ki, yargı bütçesine ilişkin düzenleme yapılmadan önce en azından yargının görüşünün alınması önerilmiştir. Örneğin, Venedik Komisyonu’nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu’nda, “*Mahkemelere kaynak tahsisine dair kararlar yargı bağımsızlığı ilkesine tam bir uygunluk içinde alınmalı ve yargının parlamentoya sunulmuş olan bütçe tasarısı hakkında görüşlerini, mesela yargı konseyi aracılığı ile, ifade etme imkanı bulunmalıdır*” tavsiyesine yer vermiştir¹⁴¹.

Bir erkin diğerlerinden bağımsız olabilmesinin önemli etkenlerinden biri, finansal bağımsızlığıdır. Aksi halde, erklerden biri, diğerinin işlevini yerine getirmesini sağlayacak ölçüde mali kaynak tahsis etmeyerek, diğer erkin fiilen işlevsiz hale gelmesine yol açabilir. Rus Anayasası’nda, açıkça, mahkemelerin finansmanının federal bütçeden yapılacağı hükmü yer almaktadır (124. madde). Rusya’da, mahkemelerin bütçesinin tamamen yürütmeye terk edilmesi, yargının, yürütmeden çekinen bir kurum haline gelmesinde etkili olmuştur¹⁴².

V.YARGI TARAFSIZLIĞI KAVRAMI ve UNSURLARI

A.YARGI TARAFSIZLIĞI KAVRAMI

Yargı tarafsızlığı doktrinde genellikle ‘hakimlerin tarafsızlığı’ olarak incelenmiştir¹⁴³. Hakimlerin tarafsızlığı, hem hakimlerin ‘kişiliklerinden sıyrılmalarını’ (gerek kişisel gerek çevresel faktörlerin etkisiyle oluşacak olan

¹⁴⁰ Avrupa Etkin Yargı Komisyonu (2009), s. 31, 44.

¹⁴¹ Venedik Komisyonu’nun Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, 55. paragraf.

¹⁴² AKKUTAY (2008), s. 356.

¹⁴³ İleride nedenlerini açıklayacağımız üzere, biz, savcılarının da bir yönüyle tarafsız olmaları gerektiği kanaatindeyiz.

önyargılardan sıyrılmalarını), hem de ‘tarafıara eşıt mesafede durmalarını’ kapsar¹⁴⁴. Tarafsızlık, eşitlik ilkesinin yargılama özelinde bir görünüşüdür¹⁴⁵.

Hakimlerin tarafsızlıklarının korunması için; hakimlerin davaya bakmalarının yasaklanması, hakimlerin çekinmesi ve hakimlerin reddi müesseselerinden yararlanılır¹⁴⁶. Bu müesseselerle hakimlerin, tarafsızlıklarının tehlikeye düştüğü davalarda, davaya tarafsız kalabilecek başka bir hakimin bakması sağlanır¹⁴⁷. Tarafsızlığı, sadece karar aşamasına indirgemek doğru olmaz. Tarafsızlık hem karar için hem de kararın oluştuğu süreç için gereklidir¹⁴⁸. Hakimlerin tarafsızlık konusunda hassas davranmaları gerekir. Hakimler, özel ve sosyal yaşamlarında davadan çekinmesine veya davanın reddine neden olabilecek tutum, davranış ve ilişkilerden olabildiğince kaçınmak zorundadırlar¹⁴⁹.

AİHM, Piersack – Belgium davasında AİHS madde 6’daki tarafsızlığı iki yönlü değerlendirdiğini ifade etmiştir:

*“ Önyargılı ve taraflı davranmama, normal olarak tarafsızlığın varlığı olarak ele alınabileceği gibi, AİHS madde 6/1’de yargı tarafsızlığı değişik yaklaşımlarla ele alınır. Bu bağlamda subjektif yaklaşım, ki bu hakimin herhangi bir davadaki kanaatini sorgulama çabasıdır; ve objektif yaklaşım, ki bu hakime yeterli güvencenin sunulduğu konusunda makul şüpheye yer verilmemesidir, arasında ayırım ortaya koyulabilir ”*¹⁵⁰.

Bu karardan da anlaşılacağı üzere subjektif tarafsızlık hakimin iç dünyası ile ilgili iken, objektif tarafsızlık hakimlere dışarıdaki kişilerin bakış açılarından kaynaklanan durumla ilgilidir.

¹⁴⁴ Nurullah KUNTER – Feridun YENİSEY, **Muhakeme Hukuku Dah Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 1989, s. 181; Merih ÖDEN, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya Bakamaması”, **AÜHFD** 43, 1993/1-4; s.61–62; KUIJER (2004), s. 303; Sibel İNCEOĞLU, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, **Yargının Bağımsızlığı ve Etkililiği Sempozyumu** (Editör: Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 6, Ankara, 2009, ss.54–64, s. 55.

¹⁴⁵ M. Kamil YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, s. 103.

¹⁴⁶ CENTEL (1996), s. 30; Suat DURSUN, **Hakimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007, s.17.

¹⁴⁷ ÖDEN (1993), s. 65.

¹⁴⁸ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, İlke 2.

¹⁴⁹ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, İlke 2.3.

¹⁵⁰ AİHM, Piersack – Belçika, 1.10.1982.

1.Subjektif Tarafsızlık

Subjektif tarafsızlık, hakimlerin herhangi bir nedenle taraflardan birine ayrıcalıklı davranmamaları; duygularından, siyasi eğilimlerinden, toplumsal değer yargılarından dava sonucunu etkilememek üzere soyutlanmaları ve menfaat kaygılarından tamamen arınmaları demektir.

Subjektif tarafsızlık, hakimlerin hiçbir şekilde belirli bir dünya görüşüne sahip olmamaları ya da kişisel ve çevresel faktörlerin etkisine tamamen kapalı olmaları demek değildir. Zaten böyle bir şey mümkün de değildir. Önemli olan hakimlerin dava sürecinde, dava konusu olayın özelliklerini ve uygulanacak normu bir kenara bırakarak, kararlarını sadece dünya görüşlerine ve önyargılarına göre şekillendirmemeleridir¹⁵¹. Hakimlerin ilişkilerinde veya hayatlarında gelişen bazı olgular kararın tarafsızlığını zedeleyecek dereceye ulaşırsa, yargı tarafsızlığının sağlanamadığı söylenebilir¹⁵². AİHM, hakim, davanın taraflarından birine yönelik önyargılı ve taraflı tavırlar içinde olduğuna veya taraflardan birine karşı kişisel kanaatinin olduğuna dair delil olmaması halinde, hakim tarafsız olduğunu kabul eder¹⁵³. Özetle aksi ispatlanana kadar hakim tarafsız sayılır¹⁵⁴.

2.Objektif Tarafsızlık

Objektif tarafsızlık, mahkemenin baskı altında kalarak karar verdiğine dair üçüncü kişilerde makul şüphenin oluşmamasıdır. Objektif tarafsızlığın sağlanması için, ilk olarak mahkemenin, güven veren, tarafsız bir duruşunun olması gerekir. İkinci olarak, yargıya tanınan güvencelerin, yargının tarafsızlığına dair makul şüpheleri ortadan kaldırır nitelikte olması gerekir¹⁵⁵.

¹⁵¹ SANCAR (2000), s. 191.

¹⁵² CENTEL (1996), s. 30.

¹⁵³ İNCEOĞLU, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri* (2008), s. 34-35.

¹⁵⁴ CENTEL (1996), s. 30.

¹⁵⁵ İNCEOĞLU, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri* (2008), s. 35.

Objektif tarafsızlık ve bağımsızlık iç içe kavramlardır¹⁵⁶. Daha önce kurumsal bağımsızlıkta anlatıldığı gibi objektif tarafsızlığın sağlanamaması yargı bağımsızlığının da sağlanamadığının kabulüne neden olur. AİHM de, objektif tarafsızlığı, bağımsızlıkla birlikte değerlendirir¹⁵⁷.

Objektif tarafsızlık, bağımsızlıkla iç içe olduğu için, yargı sisteminin hakime tanıdığı yetkiler ve hakim için belirlediği konum, objektif tarafsızlığı da etkileyebilmektedir. Örneğin bir yargı sistemi, hakimler heyetinin oluşumunda mesleği hakim olmayanlara da yer vermişse veya aynı hakime hem ilk derece yargılaması, hem de temyiz/itiraz incelemesi yaptırıyorsa, davanın taraflarında ve üçüncü kişilerde, bu hakimin tarafsız karar verdiğine ilişkin makul bir şüphe oluşabilir.

B.YARGI TARAFSIZLIĞININ UNSURLARI

1.Hakimin Kendi Davasına Bakamaması

Subjektif tarafsızlığın ilk şartı sayılabilecek olan, hakimin kendi davasına bakamaması, “Kimse kendi davasında hakim olamaz” ilkesi ile de açıklanır. Türkiye, Avusturya, İsviçre, Macaristan, Japonya gibi pek çok ülke, hakimin kendi davasına bakmasını, hakimin yasaklı olduğu durumlardan saymıştır¹⁵⁸.

AİHM tarafından, kimse kendi davasında hakim olamaz ilkesine ilişkin, farklı değerlendirmelerin yapıldığı ve farklı kararların verildiği görülür. Demicoli – Malta davasında, davacı politik bir hiciv dergisi editörüdür ve dergisinin bir sayısında iki tane Malta parlamentosu üyesi hakkında aşağılayıcı ifadeler içeren bir makale yer almıştır (Bu makalede üyelerden biri ‘soytarı’ olarak tanımlanmıştır). Demicoli’nin dergisinde yöneltilen eleştirinin, parlamento üyesini aşağıladığı, bunun da parlamenter dokunulmazlığını ihlal ettiği iddia edilmiştir. Bu hususta Malta Parlamentosu, dokunulmazlıklarının ihlal edildiği iddia edilen parlamento üyelerinin de katıldığı oturumlarda, konuyu tartışmış ve Demicoli’yi parlamento kararı ile para cezasına çarptırmıştır. Malta Parlamentosu konuyu, kişilerin itibarı ile ilgili değil

¹⁵⁶ ÖZER (2009), s.9.

¹⁵⁷ İNCEOĞLU, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (2008), s.167.

¹⁵⁸ CENTEL (1996), s. 39–48.

parlamentonun itibarı ile ilgili görerek değerlendirmiştir. Demicoli, objektif tarafsızlığı ve bağımsız olmayan bir mahkemede yargılandığı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ile AİHM'e başvurmuştur. AİHM konuyu incelerken, uyuşmazlığın, parlamentonun disiplin işlemleri ile ya da iç meselesi ile ilgili olmadığına işaret etmiştir. AİHM, olay mağduru milletvekillerinin aynı zamanda yargılama mercii olan, parlamentoda bulunduklarına, yargılamaya ilişkin tüm işlemlerin parlamentoda yapıldığına, bunun da tarafsızlık konusunda makul şüphe oluşturacağına işaret etmiştir. Ancak parlamentonun egemenliğine müdahale etmemek için, kararı 'kimsenin kendi davasında hakim olamayacağı' ilkesi kapsamında değil, 'adli yetkiyi güvence altına alma' kapsamında değerlendirmiştir¹⁵⁹. Adli yetkiyi güvence altına alma, mahkemenin kendi itibarını koruması için, hakime yeterli yetkinin tanınması anlamına gelir¹⁶⁰. Olayda AİHM, adli yetkiyi güvence altına alma hususunu, gereğinden fazla geniş yorumlamıştır. 'Adli yetkinin güvence altına alınması', yargılama yapılırken mahkeme düzenin bozulması halinde, hakimin düzeni bozan kişiyi cezalandırabilmesi için kullanılması gerekir.

AİHM, bu kararıyla asıl görevlerinin yanında, yargı işlevi üstlenen organlar için de yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması gerektiğini göstermiştir¹⁶¹.

Yargılama sürerken, sanıkların mahkemenin düzenini bozacak davranışlar sergilemeleri üzerine hakimlerin sanıklara ceza vermesi, önceleri Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmemiştir¹⁶². Son dönemlerde AİHM, verdiği kararlarda "adli yetkiyi güvence altına alma" amacını meşru bir amaç olarak kabul etmekte ve bu konuda hakim tarafından yapılan müdahalenin ve verilen cezanın "demokratik bir toplum için gereklilik" oluşturup oluşturmadığını tespit etmeye çalışmaktadır¹⁶³. Kanaatimizce, son dönemdeki kararlar daha yerindedir. Nitekim hakimlerin

¹⁵⁹ AİHM, Demicoli – Malta, 27.08.1991'den aktaran: KUIJER (2004), s. 328-330.

¹⁶⁰ Avrupa Konseyi R(94)12 ilke II/2'de "*Hakimler otoritelerinin devamı, mahkemelerin onurunun korunması ve görevlerinin ifası için kullanmaya muktedir olacakları yeterli yetkilerle donatılmalıdır*" önerisinde yer verilmiştir.

¹⁶¹ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı** (2008), s.206.

¹⁶² KUIJER (2004), s. 330.

¹⁶³ AİHM, *Saday – Türkiye*, 10.04.2003.

yargılamanın düzgün yürümesi amacıyla, gerekli önlemleri alma yetkilerinin olması gerekir. Ancak bu yetkilerinin amacı aşmayacak şekilde kullanılması şarttır.

2.Hakimin Davanın Taraflarından Birini veya Davanın Sonucundan Etkilenecek Kişileri Tanıyor Olmasının Davanın Sonucuna Etki Etmemesi

Hakimin, davanın taraflarından birini veya davanın sonucundan etkilenecek olanları tanıyor olması durumunda, vereceği kararda tarafsız kalması her zaman kolay olmayabilir. Hakim, tanıdığı kişilerce etki altına alınabilir veya hiç kimseden bu yönde bir talep ya da baskı görmese de, kendi içinde, taraflara karşı eşit mesafede durarak karar veremeyebilir. Hakimin, bu hallerde davaya bakmaktan çekinmesi gerekir. Aksi halde hakimin tarafsız karar verdiğine dair objektif ve makul şüphe olacaktır¹⁶⁴.

Hakimin ailesinden bir kişinin, dava konusu ile ilgili ekonomik bir çıkarının olması, hakimin tarafsızlığını zedeleyecek hususlardandır¹⁶⁵. AİHM'in yargıçların tanıdıkları kişilerin davanın sonucundan etkilenmesi ihtimalinin bulunduğu duruma ilişkin önemli bir kararı vardır. Sigurdsson – İzlanda davasında başvuran, Ulusal İzlanda Bankası ile uyuşmazlık içindedir. Uyuşmazlıkları hakkında karar veren Yüksek Mahkeme Hakimi'nin kocası, bu davanın tarafı olan bankadan, aracı kurum vasıtası ile yüksek miktarda borç almıştır. AİHM, buraya kadar banka ile hakimin kocası arasında doğrudan ilişkinin olmadığını söylemiştir. Ancak iflas tasfiyesi esnasında, bankanın üst düzeyinden gelen bir müdahale sonucunda, hakimin kocasının borcunun %75'inin silindiği tespit edilmiştir. İflas tasfiyesi yapılırken, hakim, banka ile AİHM'e başvuran arasındaki davayı görmektedir. Buradan hareketle AİHM, hakimin iflas anlaşmasına karışarak, kocasının avantaj elde etmesini sağladığına karar vermiştir. Belirtilen nedenle, başvuranın adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁶⁶.

¹⁶⁴ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (2008), s. 204.

¹⁶⁵ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, İlke 2.5.3.

¹⁶⁶ AİHM, *Sigurdsson – İzlanda*, 10.04.2003.

3. Hakimin İfade Özgürlüğü

Hakimin diğer vatandaşlar gibi ifade özgürlüğü vardır. Ancak diğer vatandaşlardan farklı olarak hakimin, mesleğinin gerekleri nedeniyle bu özgürlüğü kısıtlanmıştır. Hakime tanınan ifade özgürlüğü, önüne gelen bir dava veya gelme ihtimali olan bir dava ile ilgili olarak, yargılama süreci ve kararını etkileyecek yorum yapmamasını, herhangi bir şahsın veya meselenin adil yargılanmasını etkileyecek ifadeler kullanmaktan kaçınmasını gerektirir¹⁶⁷. Hakim, ifade özgürlüğünü kullanırken “*daima görevlerinin fazilet ve tarafsızlığını ve yargı bağımsızlığını muhafaza edecek şekilde*¹⁶⁸” davranmak zorundadır.

Hakim, ifade özgürlüğünü, mesleki görevlerini eksiksiz yerine getirmek koşuluyla, mesleği ile ilgili konularda yazı yazarak, konferanslara, sempozyumlara katılarak, ders vererek ve diğer etkinliklere katılarak kullanabilir¹⁶⁹. Hakimin yargısal yükümlülüklerini aksatmadığı ve zamanı olduğu sürece etkinliklere katılması, onun mesleki kabiliyetini ve düşünce ufkunu geliştireceğinden teşvik edilmelidir. Nitekim Yunanistan, İtalya, Fransa, Finlandiya gibi ülkelerde hakimlerin makale, kitap vb. yollarla düşüncelerini ifade etmeleri mümkün kılınmıştır¹⁷⁰.

AİHM, kararlarında bu ilkelerin uygulandığı görülür. Willie –Lihtenştayn davasında başvuran, eski bakan ve daha sonra Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı olan Willie, anayasanın işlevi konusunda kamuya açık bir toplantıda; hükümet başkanı, prens ile meclis başkanı arasında uyuşmazlık çıkarsa, bu uyuşmazlığı anayasa mahkemesinin çözeceği yönündeki görüşünü açıklamıştır. Prens bu görüşün anayasaya aykırı olduğunu, bu nedenle de görevi sona erdikten sonra tekrar hakimlik mesleğine Willie’yi atamayacağını bir mektupla kendisine bildirmiştir. Görevi sona eren başvurucuyu, meclis, tekrar aynı görev için aday göstermiştir. Ancak Prens başvurunu atamamıştır. Bu işleme karşı ulusal yargı yolu kapalı olduğundan Willie AİHM’e başvurmuştur. AİHM, bu olayda Willie’nin, Lihtenştayn Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı olmasının, AİHS’in 10. maddesindeki korumadan yararlanamayacağı anlamına gelmediğine, ancak hakimlerin ifade özgürlüğünün

¹⁶⁷ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, İlke 2. 4.

¹⁶⁸ BM Yargı Bağımsızlığı İlkeleri paragraf 16-17.

¹⁶⁹ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, İlke 4.11.1.

¹⁷⁰ İNCEOĞLU, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yarıcın Davranış İlkeleri** (2008), s. 114-115.

uygulanmasının sınırları olduğuna işaret etmiştir. Hakimlerin bu tür özgürlüklerini yargı onurunu, bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak biçimde kullanmaları gerektiğini söylemiştir. Ayrıca hakimlerin, yönetime ilişkin kamusal eleştirilerini ve görüşlerini veya tartışmalı politik konulardaki yorumlarını açıklamaktan ve partizanca intiba bırakmaktan kaçınmak zorunda olduklarını belirtmiştir. Son olarak da hakimlerin ifade özgürlüklerinin, mesleki profesyonellik gereği sınırlanmasının kaçınılmaz olduğunu saptamıştır¹⁷¹. Görüldüğü gibi AİHM, hakimlere ifade özgürlüğünün tanınması gerektiğini; ancak bunun yargı bağımsızlığının, tarafsızlığının ve onurunun korunması açısından sınırlanması gerektiğini kabul etmektedir.

4. Hakimin Birlik Kurma ve Birliğe Üye Olma Özgürlüğü

a. Aleni Birlikler

Hakimlerin birliklere üye olmalarına ilişkin, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nde, *“Hakim, yargıçlarla ilgili derneklere katılabilir veya böyle bir dernek kurabilir ya da yargıçların çıkarlarını temsil eden diğer örgütlere katılabilir”* ilkesi yer almaktadır¹⁷². Burada hakimlere birliklere katılmak ya da birlik kurmak için verilen izin, hakimlerin kendi meslekleri ile ilgili konularla sınırlı tutulmuştur. Hakimlerin kendi meslekleri ile ilgili olamayan birliklere üyelikleri konusunda, kanaatimizce *“Hakim diğer vatandaşlar gibi ... dernek kurma ... özgürlüğüne sahiptir ancak bu hakların kullanılmasında yargı mesleğinin onurunu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde davranmalıdır”* ilkesinden hareketle değerlendirme yapmak doğru olacaktır¹⁷³. Bu değerlendirmeye, hakimlerin meslekleri ile ilgili olmayan derneklere üyeliklerinin net şekilde yasaklanmadığı; ancak bu tür derneklere üye olmalarının, onların mesleki onurlarına zarar verip vermeyeceğinin saptanması gerektiği sonucuna ulaşılır. Nitekim, Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri'ni yorumlayan Yargısal Dürüstlük Grubu, hakimin sanatsal ve kültürel ilgiyi geliştiren örgütler gibi kar amaçlı olmayan örgütlere üye olmasının ve

¹⁷¹ AİHM, *Willie – Lihtenştayn*, 28.10.1999.

¹⁷² Bangalor Yargı Etiği İlkeleri İlke 4. 13.

¹⁷³ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri İlke 4.6.

bu örgütlerin yönetim kurulunda görev almasının, yargıcın mesleki konumuna zarar vermediği ölçüde mümkün olduğunu belirtmiştir¹⁷⁴.

Hakimlerin birlikler kurması ve kurulu birliklere katılması pek çok ülkede yaygın olarak uygulanmaktadır. Fransa’da Yargıç Sendikası, İtalya’da Ulusal Yargıç Birliği, ülke içinde güçlü olan birliklerdendir. Bu birliklerin bazılarının (Fransa’da olduğu gibi) siyasallaşması ve ülke içindeki bazı partileri desteklemeleri zaman zaman eleştirilmiştir¹⁷⁵. Eleştirilere rağmen, hakim ve savcıların mesleki gelişmelerinde önemli rolü olan bu birlikler, yargının gelişmesi için desteklenmelidir.

b.Gizli Birlikler

Hakimlerin gizli örgütlere üyelikleri de tartışma konusu olmuştur. İngiltere’de 1998’de hakim olmak isteyen kişilerin mesleğe başvururken doldurdıkları formda Özgür Mason Locasına üye olup olmadıklarını belirtmeleri zorunlu kılınmıştı. Özgür Mason locasına üye olan hakimler; aleni örgütlere üyeliğin belirtilmesi zorunlu olmadığı halde gizli örgütlere üyeliğin belirtilmesinin zorunlu olmasının, ayrımcılık olduğunu ve Özgür Mason Locasına üye olmanın mesleklerini yapmalarına herhangi bir olumsuz etki yapmadığını, aksine mesleki performanslarını artırdığını savunmuşlardır. İngiltere’deki Avrupa Özgür Masonları İdare Heyeti’nin de girişimleri ile, 2009’da İngiliz Hükümeti gizli birliklere üyeliği bildirme zorunluluğunu kaldırmıştır¹⁷⁶.

AIHM’e bu konuda N.F. – İtalya davasında başvuru yapılmıştır. Hakim N.F., İtalya’da bir mason locasına üye olmuştur. Hakim hakkında soruşturma açılmış ve hakimin mason locasına üye olduğu tespit edildiğinde bu üyeliğinin, yargının itibarını zayıflattığı gerekçesi ile hakime uyarma disiplin cezası verilmiştir. Bu disiplin cezası aleyhine açılan davada AIHM, disiplin cezasına konu olan ulusal kuralın, AIHS m. 11’deki kriterleri karşılayacak ölçüde açık olmadığına bu nedenle cezaların ve yaptırımların öngörülebilirliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak

¹⁷⁴ United Nations Office on Drugs and Crime, **Commentary on The Bangalore Principles on Judicial Conduct**, 2007, s.103-104, paragraf 167.

¹⁷⁵ İNCEOĞLU, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri** (2008), s. 124–125.

¹⁷⁶ The Guardian, <http://www.guardian.co.uk/uk/2009/nov/05/freemasons-judges-magistrates-review-policy>, (son erişim: 29.01.2012).

davada muhalefet şerhi yazan Hakim Tsatsa – Nikolouska, “*Başvuran, mason locasına katılmakla hakimlerin sadece hukuka uyacakları ilkesini ihlal edeceğini bilmeliydi. Herhangi bir hiyerarşi veya dayanışma –mason locasında olduğu gibi- ... yargısal faaliyetlerin yürütülmesi ile bağdaşmaz*” açıklamasını yapmıştır¹⁷⁷. Muhalefet şerhinde ifade edildiği gibi ‘hiyerarşi ve dayanışma’ oluşturacak birliklere katılmak, hakim ve savcılarının meslek onurları ve gerekleri ile örtüşmeyecektir. Bir de üyeliğin gizli tutulması, üye olan hakimlerde açığa çıkma korkusu oluşturma riskinin yanında, üye olmayan hakimler hakkında üye olduklarına dair söylentilerin çıkması riskini taşır. Bir hakimin, üye olduğu gizli veya aleni tüm birliklerin bilinmesi gerekir. Aksi halde hakime, üye olduğu birliği de ilgilendiren bir dava geldiğinde, hakimin davadan çekilmesi talep edilemeyecektir. Bundan dolayı da davada tarafsız karar verilmemesi riski her zaman bulunacaktır.

5.Hakimin Sosyal ve Politik Eğilimlerini Dışa Vurmaması

Hakimin, içinde yaşadığı toplumdaki sosyal veya politik kanaatlerden bazılarını benimsemesi; bazı şeylere karşı sevgi, sempati ve nefret, duyguları beslemesi doğaldır¹⁷⁸. Sadece bu durumdan dolayı, hakimin taraflı davrandığı kabul edilemez. Hakimin eğilimleri, önyargılı veya küçük düşürücü söz veya davranışlara dönüşürse, hakim o zaman taraflı davranmış olur.

İngiltere gibi bazı ülkelerde, hakimlerin, etnik ayrımcılık yapan ifadeler kullanmaları, disiplin suçu sayılmakta ve bu ifadeleri kullananlara, meslekten çıkarmaya varan çeşitli cezalar verilmektedir¹⁷⁹.

AIHM, Holm – İsveç davasında bu konuyu ele almıştır. Söz konusu davada, başvuran, adının geçtiği bir kitabın yazarı ve yayıncısı hakkında hakaret davası açmıştır. Bu kitapta, başvuranın, Avrupa Komünist Rejimler ve İsveç Sosyal Demokratik İşçi Partisi’ni izleme faaliyetleri yürüten faşist ve Nazi gruplarla ilişkili olan bir kuruluşla bağlantısı olduğu izlenimi verilmiştir. Kitabın yazarı, İsveç Sosyal

¹⁷⁷ AIHM, N.F.–İtalya, 02.08.2001’den aktaran KUIJER (2004), s. 325.

¹⁷⁸ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, “*Adil Yargılanma Hakkı Etik Açısından Yargı Bağımsızlığı ve Yansızlığı*”, **Fazıl Sağlam’a Armağan**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2006, ss. 9–40, s. 32.

¹⁷⁹ İNCEOĞLU, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri** (2008), s. 122.

Demokrat Partisinin sahip olduğu yayınevinde çalışmakta ve kitabını da bu yayınevinden çıkarmış bulunmaktadır. Ayrıca geçmişte ilgili partinin ideoloğu olarak da çalışmıştır. Davahılar, davanın jüri tarafından karara bağlanmasını istemişlerdir. Yasalara uygun olarak oluşturulan jürinin dokuz üyesinden beşi ilgili partinin aktif üyeleridir. AİHM, olayda jüri kanuna uygun kurulsaydı da, jüri üyelerinin siyasal eğilimleri ve davanın açık politik doğası nedeniyle, yargılananın, yargı tarafsızlığı konusunda makul şüpheye düştüğünü belirtmiştir. Bu nedenle AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁸⁰.

6.Hakimin Farklı Roller Üstlenmemesi

Yargı tarafsızlığının korunması açısından hakimin dava açılmadan önce vakıa ile ilgili herhangi bir görevinin bulunup bulunmadığı da önemlidir. Hakimin dava açılmadan önce vakıayı araştırma görevi nedeniyle verdiği kararlar varsa, salt karar vermiş olması, yargı tarafsızlığını şüpheye düşürmez. Ancak bu karar, esasa ilişkin kararın ön kararı niteliğinde ise yargı tarafsızlığı, makul şüpheye düşebilir¹⁸¹.

Hakimin, dava açılmadan önce, vakıa ile ilgili üstlendiği görev savcılık olabilmektedir. Piersack – Belçika davası buna bir örnektir. Söz konusu davada başvuran silah satıcısıdır ve bir gece kendisinin de içinde bulunduğu arabada iki kişi öldürülmüştür. Olay soruşturulurken, soruşturmanın hemen hemen tamamında, savcı yardımcılığı yapan kişi (Van de Walle), Brüksel Üst Mahkemesi Yargıçlığı'na atanmıştır. Savcı yardımcısı, hakim olarak atandığında, soruşturulan vakıanın mahkemeye intikali ile ilgili sadece bazı usuli işlemler kalmıştır. Dava açıldıktan sonra başvuran, soruşturma esnasında savcı yardımcısı olan, Brüksel Üst Mahkemesi Yargıcı'nın (Van de Walle'nin) başkanlığındaki, Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanmıştır. Beşe karşı yedi oyla, jüri tarafından, ayrıca mahkeme başkanı ve iki hakim kararıyla suçlu bulunmuştur. Kararda hem jüri, hem de mahkeme heyeti etkili olmuştur. Başvuran kararı temyiz etmiştir. Temyiz nedenlerinden biri de Brüksel Yargılama Kanunu m. 127'deki "Dava mahkemesinde görülen bir davaya başkanlık eden yargıcın aynı olayda savcı olarak görev yapmış olması halinde, muhakeme

¹⁸⁰ AİHM, *Holm – İsveç*, 25.11.1993.

¹⁸¹ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (2008), s. 191.

geçersiz sayılır...” kuralıdır. Temyiz mahkemesi, mahkeme başkanının, savcı yardımcılığı yaparken, ilgili uyuşmazlığa müdahale ettiğine dair bir delil olmadığı gerekçesi ile talebi reddetmiştir. Başvuran uyuşmazlığı AİHM’e göndermiştir. AİHM, savcının daha sonra hakimlik yapmasını makul bulmakla birlikte, bunun AİHS m.6’daki objektif tarafsızlığı sağlamakta yetersiz olduğunu belirtmiştir. AİHM’e göre, mahkemenin halka güven vermesi için, iç örgütlenme sorunu da göz önüne alınmalıdır. AİHM, bir kimsenin savcılık makamında iken kendisinin ilgilenebileceği türden bir vakıa ile ilgili, hakimlik makamına geldiğinde yargılama yapması halinde, yeterli tarafsızlık güvencelerine sahip olmadığı konusunda, üçüncü kişilerde, makul şüphe uyanacağına, ve bu nedenle de AİHS m. 6’nın ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁸².

Hakim dava açılmadan önce sorgu yargıçlığı rolünü de üstlenebilmektedir. De Cubber – Belçika davasında başvuran, kendisi hakkında esastan son kararı veren hakimin, aynı zamanda davada sorgu hakimi olarak görev yaptığını bu nedenle, yargı tarafsızlığının ve bağımsızlığının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM, bu durumun yargıcın kişisel tarafsızlığını zedelediğini, nitekim başvuranın davalarını görmek için hakimin özel ayarlama yaptığını dair delil olmadığını belirtmiştir. Bunun yanında objektif tarafsızlığı da değerlendirmiştir. AİHM şu tespitte bulunmuştur: Belçika’da soruşturma safhasındaki sorgulamanın, gizli yapılması sonucu sanığın esas hakkında karar verecek heyette, sorgu yargıcını görünce kaygılanması normaldir. Soruşturma yargıcı, sanıkla ilgili pek çok detaylı bilgiye meslektaşlarından önce sahip olduğundan, bu kişi sanığın gözünde kararını çoktan vermiş bir kişi olacaktır. Sonuç olarak AİHM, sanıkta objektif yargı tarafsızlığının sağlanamadığı konusunda makul bir şüphe oluşabileceğine ve AİHS’nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁸³.

7. Hakimin Aynı Dava ile İlgili Birden Çok Karar Vermemesi

Mahkemede verilen karardan memnun olmayan taraflar davalarının tekrar incelenmesi için kanun yollarına başvurabilirler. Kanun yolunda bozulan karar, ilk

¹⁸² AİHM, *Piersack – Belçika*, 01.10.1982.

¹⁸³ AİHM, *De Cubber – Belçika*, 26.10.1984.

derece mahkemesine tekrar gönderilir ve ilk derece mahkemesince, aynı dava hakkında ikinci bir karar verilir. Bu süreçte aynı davanın, iki kez aynı mahkeme (ilk derece mahkemesi) tarafından görülmesinin, yargı tarafsızlığına aykırı olduğu ve AİHS m.6'yı ihlal ettiği iddia edilmiştir.

Ringeisen – Avusturya davasında, AİHM'e başvuran, Bölge Komisyonu'nun kararının, üst mahkemece usulden bozulması üzerine, dosyanın tekrar incelenmek üzere Bölge Komisyonu'na gönderilmesinin, AİHS'nin 6. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHM, idari veya yargısal bir kararı bozan yüksek bir mahkemenin verdiği kararın, başka bir makama veya farklı bir kompozisyona sahip olan bir makama gönderilmemesinin yargı tarafsızlığını zedelemeyeceğine, bu nedenle de AİHS m.6'nın ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁸⁴.

AİHM, farklı davalarda da temyiz edilen bir davanın bozulması halinde, ilk kararı veren üyelerden oluşan bir mahkeme tarafından aynı davanın tekrar incelenmesinin yargı tarafsızlığına aykırı olmadığına karar vermiştir¹⁸⁵.

VI. SORUMLULUK BAĞIMSIZLIK İLİŞKİSİ

Devletin görevlileri tarafından yürütülen her işte, görevlilerin keyfi davranmalarını engellemek için, onları, yaptıkları işten sorumlu tutmak gerekir. Bu nedenle kamu hukukunda yetki varsa, sorumluluk da vardır. Yargı yetkisini kullanan hakimlerde ise, görevlerinin bağımsızlığı gerektirmesi nedeniyle, sorumluluk konusunda bir tartışma vardır.

Yargı bağımsızlığı ile yargıçların hesap verebilirlikleri arasında bir çelişki var gibi görünmektedir. Hakimlerin, bir taraftan yasama, yürütme organlarına ve diğer baskı gruplarına karşı bağımsız olmaları gerekirken, diğer taraftan da kullandıkları yetki hakkında hesap verebilir olmaları amaçlanmaktadır. Hakimlerin yetkilerini nasıl kullandıklarının denetlenmesi imkanı getirildiğinde, özellikle

¹⁸⁴ AİHM, *Ringeisen – Avusturya*, 16.07.1971.

¹⁸⁵ AİHM, *Diennet – France*, 26.09.1995; AİHM, *Thomman – Switzerland*, 10.06.1996.

yürütmeye, hakimlere müdahale etme yolu açıldığı iddia edilir¹⁸⁶. Bu görüşe göre, yargının denetime açılması yargı bağımsızlığının ihlal edilmesi anlamına gelir.

Konuyu daha iyi anlayabilmek için, daha derin bir sorgulama yapmak gerektiğini düşünüyoruz. Bir hakim karar verirken, verdiği kararından ötürü veya davranışlarından ötürü hesap vermekten korkarsa doğru karar veremez mi? Daha doğru bir soru, kararlarının arkasında duramayacak kadar cesaretsiz bir kişi midir ki ya da ehil karar verememekte midir ki; hakim, hukuk ve vicdan ışığında vereceği bir karardan ötürü hesap vermekten korksun? İşte bu açık sorgulama bizi, ilk paragrafta bir çelişki oluşturuyor gibi görünen bağımsızlık - hesap verebilirlik ilişkisinin aslında bir çelişki oluşturmadığını, aksine bu kavramların ancak birlikte bulunması ile dürüst yargıya ulaşılabileceğini gösterir. Nitekim bir hakim veya savcı, bağımsızlık ilkesini kullanarak, çalışma saatleri içinde görevi başında olma, hak arayanların ve mahkeme personelinin ihtiyaçlarına cevap verme, davanın ilgililerine iyi davranma görevlerini kasten ihmal edemez. Diğer taraftan hakim veya savcı, adli yetkilerinin kullanılmasından ötürü hesap vermek zorunda değildir¹⁸⁷. Bu nedenle hakimler, mahkeme kararları verilirken kullandığı oy ve görüşlerinden; savcılar, mütalaalarından ve takdir haklarını kullanmalarından ötürü sorumlu tutulmazlar¹⁸⁸. Yargı yetkisini yanlış kullandığı veya yanlış kullandığı düşünüldüğü¹⁸⁹ için hesap sorulamayan hakim veya savcının, kanuna uygun hareket etmediği, yetkisini kasten aştığı, takdir hakkını keyfi ya da kendi menfaati için kullandığı zaman hukuki, cezai veya disiplin sorumluluğu doğar¹⁹⁰.

Hakimlerin ve savcılarının görevlerinden ve kişisel kusurlarından doğan sorumlulukları kapsamında tabi olacakları soruşturma ve kovuşturma, yargı bağımsızlığının sağlanmasına uygun özel bir usulle yapılır¹⁹¹. Bağımsızlık-sorumluluk dengesinin oluşması için, sorumluluğu sağlayacak (yargı organının hesap

¹⁸⁶ Fritz ERNST, **Lebendige Justiz Münster**, 1956'dan aktaran: ÜNAL (1994), s. 107.

¹⁸⁷ ÜNAL (1994), s. 108–109.

¹⁸⁸ Muharrem ÖZEN, **Hakimin Cezai Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.69.

¹⁸⁹ Hakimlerin hukuki sorumluluğunun doğması için kasıt veya ağır ihmal bulunması arandığından hakimin yetkisini yanlış kullandığının düşünülmesi yeterli değildir. Diğer bir ifade ile hafif ihmal sorumluluğun doğması için yeterli görülmeyerek hakimlerin kararlarını verirken aşırı baskı altında hissetmemeleri hedeflenmiştir.

¹⁹⁰ KIRMAZ (2009), s. 281.

¹⁹¹ Hasan Tahsin GÖKCAN – Mustafa ARTUÇ, **Ceza Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 472.

vereceği) kurum veya kuruluşun, herhangi bir organın güdümünde olmaması¹⁹² ve bu kurumun bağımsızlığına ilişkin hukuk kültürünün yerleşmiş olması şarttır. Yargıçların hesap verdiği yapının bağımsızlığı sağlanmışsa ve bu yapının bağımsızlığı hukuk kültüründe de yerleşmişse, hakimlerin hesap vermekten kaçınmaları artık onların verdikleri kararların hukukiliğine güvenemediklerini gösterir. Eğer yargının sorumlu olduğu kurum; bir organın, kurumun, kuruluşun veya dışsal faktörün güdümü altında olursa veya sürekli bazı faktörler tarafından kontrol altına alınmaya çalışılırsa, o zaman yargının sorumluluğu onun bağımsızlığı ile örtüşmez. Eğer hesap verme mekanizmasına çok sık başvurulursa ve gereksiz yere hakimlerin uğraşmalarına neden olunursa (hakimlerin biktırılması/baskı altına alınması yoluyla) yine sorumluluk ve hesap verebilirlik çelişir hale gelir. Bu durumlarda hakimlerin bağımsızlıklarının sorumlu tutuldukları kurum veya kuruluş tarafından ihlal edilme ihtimali vardır.

Pimentel, hakimlerin bağımsızlıkları ile hesap verebilirlikleri ilişkisini açıklarken hakimlerin karakter yapılarını da dikkate almıştır. Pimentel dört tip karakter yapısını esas almıştır. Bunlardan ilki cesur karakterdeki yargıçlardır. Cesur yargıçlar, bağımsızlıkları sağlanamasa bile adil davranmaktan taviz vermezler. Bunlar ideal tipteki yargıçlardır. İyi niyetli karakterde olan ancak yeterince cesur olmayan yargıçlar ikinci tipteki yargıçlardır. İyi niyetli; ama yeterince cesur olmayan yargıçlar, bağımsızlıkları sağlanamadığında ya da bazı kişi veya kurumlara çok sık hesap verir duruma geldiklerinde adil kararlar veremezler. Bunların bağımsızlıkları artırıldığında ise ideal tipte yargıçlara dönüşürler. Üçüncü tip karakter ise, yoldan çıkarılmaya müsait olanlardır ki, bunların bağımsızlıkları artırıldığında bunlar birer canavara dönüşüp salt kendi çıkarları doğrultusunda karar verirler. Yoldan çıkarılmaya müsait yargıçlar, hesap verebilirlikleri artırıldığında ise iyi niyetli yargıçlara dönüşür ve hesap verme korkusuyla adil kararlar vermeye başlarlar. Dördüncü ve en kötü karakter yapısı içinse, canavar tabirini kullanmaktadır Pimentel. Bu karakterdeki yargıçlar, rüşvet de alır, haksız kararlar da verir. Kısaca kendi kişisel çıkarlarını her şeyin önüne koyarlar. Canavar tipteki yargıçların hesap

¹⁹² GÖNENÇ, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı” (2011), s. 11.

verebilirlikleri artırılrsa da bunlar adil karar vermeye çalışmazlar. Onlar için tek kaygı kendi menfaatleridir¹⁹³.

İnsani etkenlerden biri olan kişilik yapısını dikkate alan bu açıklamada, sorumluluk - bağımsızlık arasında kurulacak sistematik dengenin her yargıç için farklı sonuçlara neden olabileceği görülmektedir. Bu durumda, oluşturulmaya çalışılan her bağımsız yargı yapısının, uygulamada beklenen ideal sonucu vermesinin pek mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, bağımsızlık - sorumluluk kavramları birbiriyle tezat oluşturmamalıdır. Bağımsızlık ve sorumluluk ilişkisinin gerilimli bir ilişki olması doğaldır. Nitekim hakimlerin hukuki, cezai ve disiplin sorumluluklarına ilişkin yapılan düzenlemeler tartışmalı olagelmıştır. Ülkemizde de halen sorun teşkil eden bu durum çalışmanın üçüncü bölümünde örneklerle birlikte ele alınmıştır.

¹⁹³ David PİMENTEL, “Yargının Yönetişi: Anayasal Düzenin Bir Ürünü Olarak Yargının Bağımsızlığı ve Hesap Verebilirliği”, **Uluslararası Anayasa Kongresi**, İstanbul Üniversitesi, 12.05.2011.

İKİNCİ BÖLÜM

1876 ANAYASASI'NDAN 1982 ANAYASASI'NA TÜRKİYE'DE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞI

Bu bölümde yargı tarafsızlığı ve bağımsızlığını, Türkiye tarihindeki anayasaların dönemlerine göre inceleyeceğiz. Başta belirtelim ki, yargı tarafsızlığına dair doğrudan bir düzenleme Türkiye tarihindeki hiç bir anayasada yer almamıştır¹⁹⁴. Biz yeri geldikçe, ilgili gördüğümüz düzenlemelerden yola çıkarak, yargı sistemindeki tarafsızlığa ilişkin duruma da değineceğiz. Ayrıca, Türkiye tarihindeki doğal hakim ilkesine aykırı uygulamaları ve bu konudaki tartışmaları, konunun akışı çerçevesinde ele alacağız.

I. 1876 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞI

Mutlak monarşi ile yönetilen Osmanlı İmparatorluğunda, anayasa ilan edilmesi ve hanedanın iktidarının sınırlandırılması, kolay bir süreç olmamıştır. Başlangıçta Sened-i İttifak'a kadar dayandırılabilen bu süreç, Tanzimat ve Islahat Fermanları'nda, Fransa'da ortaya çıkan ve hızla yaygınlaşan bazı hak ve hürriyetleri, Osmanlı Devletinin sınırları içinde, birleştirici unsur olarak kullanma denemeleri ile devam etmiştir. Bu denemelerden sonuç alınamamış ve 19. yüzyılın genel özelliği

¹⁹⁴ Ergun Özbudun başkanlığındaki heyet tarafından, 2007 yılında hazırlanan Anayasa taslağının 2. maddesinde bağımsız ve tarafsız mahkemeye başvurma hakkı hukuk devletinin bir unsuru olarak düzenlenmişti. Taslağın 8. maddesinde “*Yargı yetkisi ve görevi, Türk Milleti adına, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır ve yerine getirilir*” ifadesi yer almaktaydı. Ayrıca 106. maddenin başlığı, “*Mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı*” şeklinde düzenlenmişti. 111. madde de askeri yargı organlarının da bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine uygun düzenleneceği öngörülmüştü. Bu temel düzenlemelerin yanında, taslağın muhtelif maddelerinde de ‘yargı tarafsızlığı’ ifadesi kullanılmıştı. Ancak bu taslak kanunlaşmadığından, söz konusu düzenlemeler anayasa hükmü haline gelememiştir.

kabul edilebilecek olan parlamento açılması furyasına, tüm dünya ile birlikte Osmanlı da katılmak zorunda kalmıştır¹⁹⁵.

Ülkeyi meşrutiyetin ilanına (parlamentonun kurulmasına) götüren koşullar; siyasal hayattaki çalkantılar, yönetimin sık sık el değiştirmesi, istikrarsız yönetimlerin ülkeyi iyi idare edememesidir¹⁹⁶. Bu dönemde, ülke içinde yetişen ve Fransa'ya giderek, oradaki gelişmeleri öğrenen aydın grubu (Yeni Osmanlılar), Osmanlı Devleti'ndeki aksaklıkları yüksek sesle dile getirip¹⁹⁷, padişahın iktidarının sınırlandırılmasını ve kuvvetler ayrılığının kurumsal olarak garanti altına alınmasını istemiştir¹⁹⁸. Sultan Abdülaziz ise meşrutiyeti ilan etmek istememiştir. 1869'da ülkenin siyasi ve ekonomik bunalıma girmesini fırsat bilen, Mithat Paşa, Serasker Avni Paşa ve Süleyman Paşa'nın başı çektiği grup, Sultan Abdülaziz'i tahttan indirmiştir. Sultan Abdülaziz yerine, anayasayı ilan edeceğine söz veren V. Murat tahta çıkarılmıştır. Sultan V. Murat, akıl sağlığı yerinde olmadığı için kısa süre sonra tahttan indirilmiştir. Yerine, anayasayı ilan edeceğine söz veren Abdülhamit tahta çıkarılmıştır¹⁹⁹. Sultan Abdülhamit, 23 Aralık 1876'da Kanun-i Esasi'yi ilan etmiştir²⁰⁰. Böylece Osmanlı Devleti'nin, mutlak monarşi ile yönetilmesi dönemi sona ermiş ve meşruti monarşi sistemine geçilmiştir.

Aydınlanma tecrübelerini yaşamamış olan Osmanlı'da, ithal fikirler toplumsal ihtiyaçları tam olarak karşılayamadığı²⁰¹ gibi bu fikirlere dayanarak kurulmaya çalışılan rejim de gerçek anlamda bir meşruti monarşi olamamıştır. Gerçek bir meşruti monarşide bakanlar kurulunda ve parlamentoda olması gereken

¹⁹⁵ İlber ORTAYLI, **Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008, s. 251–260.

¹⁹⁶ Bülent TANÖR, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, YKY Yayınları, İstanbul, 2007, s.121-122; ALDIKAÇTI (1978), s. 47–48.

¹⁹⁷ Mustafa ERDOĞAN, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, Liberte Yayınları, Ankara, 2003, s. 13.

¹⁹⁸ Şerif MARDİN, **Jön Türklerin Siyasi Fikirleri: 1895 – 1908**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992, s.31.

¹⁹⁹ Abdülhamit, 17 yaşında tahta çıkmış, ciddi ölçüde batı tarzında eğitim almış, oldukça iyi Fransızca bilen, batı müziğini icra edebilecek derecede bilen biridir. Fransa'daki olayları da yakından takip eden Padişah Abdülmecit, Fransız inkılabının fikir ve idealde insancıl bir yapı getirmeye yönelik olmasına karşın neden kan ve kin içinde yozlaştığını anlamadığını ve tebaasına "*Allah'ın tanıdığı hakları kanunlar önünde verirken*" kan ve kin istemediğini söylemiştir: Cemal KUTAY, **Anayasa Kavgası**, Cem Ofset Matbaacılık, İstanbul, 1982, s.11–12.

²⁰⁰ ERDOĞAN (2003), s. 15.

²⁰¹ ORTAYLI (2008), s. 243-244.

yetkiler, 1876 Anayasası'nda padişah'ta toplanmıştır²⁰². Yine de padişahın, bir anayasa ile yani bir üst hukukla sınırlanmış olması²⁰³, kısmi bir meşruti monarşinin varlığının kabulünü gerektirir.

1876 Anayasası'nın ilk halinde yasama ve yürütmeden farklı olarak, yargı yetkisi padişahın elinden alınmış²⁰⁴ ve anayasada yargı bağımsızlığına dair önemli düzenlemeler yapılmıştır²⁰⁵. Yargıya dair güvencelerin en başında, yargı yetkisinin sadece kanunen kurulmuş mahkemelerde olduğu²⁰⁶ (kanunla bir istisna getirilmesi durumu saklı olmak üzere) ve olağanüstü yargı yerleri kurulmasının yasaklanması gelir. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik güvenceler ise şu şekildedir:

- Kendi özel kanunlarına uygun olarak atanan hakimler, azl edilemezler fakat istifa edebilirler. Hakimlerin terfileri, meslekleri ve memuriyet değiştirmeleri ve emekli edilmeleri ve bir suç nedeniyle mahkumiyetleri üzerine azl olunmaları, kendi özel kanunlarına tabidir. Hakimlerin ve mahkeme memurlarının taşımaları gereken nitelikleri kanun belirler²⁰⁷,

- Mahkemeler bağımsızdır, mahkemelere her türlü müdahale yasaktır²⁰⁸.

Yargıya dair olumlu düzenlemeler içermesine karşın, kuvvetler ayrılığı ilkesini getiremeyen Kanun-i Esasi'nin yürürlüğe girmesi de ülkedeki siyasal çalkantıları sona erdirmez. 19 Mart 1877'de ilk Osmanlı Meclisi açılır. Meclis Anayasa'da kendisine tanınan yetkileri zorlayıp hükümeti ve idareyi denetlemeye

²⁰² TANÖR (2007), s. 138. Bu durumu anayasa görüşmeleri esnasında Padişah'a verilen yetkiler tartışılırken, Namık Kemal'in "*Beyefendi, beyefendi... Bu kadar kudret hangi din kitabında hangi peygamberde var? ...*" sözleri oldukça açık ifade eder: KUTAY (1982), s.81–82. Bu istisnai yapının bir örneği de 1905'te Çarlık Rusya Duma Rejimi'nde görülmüştür. Duma Rejimi'nde de yürütme çok geniş yetkilere sahip fakat yasamaya karşı sorumlu değildir. Bu iki istisna dışında meşruti monarşi sisteminin, dengeleri bu denli bozuk bir uygulamaya rastlanmamıştır: ORTAYLI, (2008), s. 244.

²⁰³ ERDOĞAN (2003), s. 15.

²⁰⁴ Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, s. 22.

²⁰⁵ Padişah'ın örfi hukuk alanında sahip olduğu yargı yetkisi Tanzimat Fermanı ile mahkemelere devredilmişti, yargı konusundaki bu gelişmeler 1876 Anayasası ile anayasa hükmü haline gelerek perçinlenmiştir. Suna KİLİ – Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Senedi İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006, s. 13.

²⁰⁶ 1876 Anayasası madde 23, 85.

²⁰⁷ 1876 Anayasası madde 81.

²⁰⁸ 1876 Anayasası madde 86. 1876 Anayasası'ndaki maddelerin orijinal hali için bkz. KİLİ - GÖZÜBÜYÜK (2006), s. 36–47.

çalışınca, Sultan Abdülhamit meclisi üç ay sonra fesheder²⁰⁹. Yeni bir seçimle oluşan yeni meclis, Ocak 1878’de açılır ancak bu mecliste yetkilerini zorlar ve Sultan Abdülhamit tarafından bir ay sonra süresiz olarak tatil edilir²¹⁰. Böylece 1876 Anayasası fiilen yürürlükten kalkar. Bu olaylar sonucu Osmanlı Devleti mutlak monarşiye tekrar dönmüş olur²¹¹.

Osmanlı Devleti’nde 1878’de başlayan, anayasanın askıda olduğu dönem, 1908’e kadar sürer. Bu tarihte, İttihat ve Terakki Cemiyeti altında örgütlenen Jön Türkler, ayaklanırlar ve tekrar anayasal düzenin kurulmasını isterler. Sultan Abdülhamit, ayaklanmayı bastıramayınca mecburen 23 Temmuz 1908’de, Kanun-i Esasi’yi tekrar yürürlüğe koyar²¹². 8 Ağustos 1909’da Kanun-i Esasi’de büyük değişiklikler yapılır. Bu değişiklikler, özünde yasama ve yürütmeyi padişah karşısında güçlendirir²¹³ fakat yargı ile ilgili bir düzenleme içermez. Ancak İkinci Meşrutiyet olarak anılan bu dönemde yargıda laikleşme ve yargı birliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. 1916’da Şeyhülislam kabineden çıkarılır ve yetkileri azaltılır. 1917’de Şer’iye Mahkemelerinde yargılama usulünü düzenleyen yeni bir yasa ile bu mahkemeler Adliye Nezareti’ne bağlanır²¹⁴.

Osmanlı Devleti’ndeki bu gelişmeler, kuvvetler ayrılığı ilkesine çok uzak, mutlak monarşiyi benimsemiş bir devlette, kuvvetler ayrılığı ilkesine yaklaşma; yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri üzerindeki padişah baskısını kaldırma çabası olarak değerlendirilebilir. Ancak bu çabalar yasama ve yürütme için sonuç vermediği gibi yargı için de tam manasıyla başarılı sonuç vermemiştir. Nitekim Abdülhamit’in, V. Murat’ın tekrar tahta çıkarılmasından duyduğu kaygı, O’nu bazı paşaların (özellikle Mithat Paşa’nın) ortadan kaldırılması veya merkezden uzaklaştırılması düşüncesine sevk etmiştir. Bu amaca yönelik olarak, Mithat Paşa için, Yıldız Sarayı’nın bahçesine kurulan ve Yıldız Mahkemesi olarak anılan mahkeme, doğal hakim ilkesine aykırıdır²¹⁵. Yıldız mahkemesi, Sultan Abdülaziz’i öldürmekle

²⁰⁹ 28 Haziran 1877’de meclis fesh edilmiş olur.

²¹⁰ Sekiz ay sonra, 14 Şubat 1878’de meclis süresiz tatil edilir.

²¹¹ ERDOĞAN (2003), s. 21.

²¹² Sultan Abdülhamit, II. Meşrutiyeti ilan ederken *anayasanın zaten yürürlükte olduğunu* meclisin ise *geçici bir süre için tatilde olduğunu* ve meclisin tekrar açılmasına karar verildiğini ifade etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. KILI – GÖZÜBÜYÜK (2006), s. 77–82.

²¹³ GÖZLER (2010), s. 22.

²¹⁴ ERDOĞAN (2003), s. 33.

²¹⁵ TANÖR (1994), s. 222.

suçlanan ve tutuklanması için evine üç tabur askerle gece baskın yapılan, Mithat Paşa'nın, Fransız Elçiliği'ne sığınması ve hakkında yargılama yapılarak hüküm verileceği şartıyla teslim olması üzerine kurulmuştur. Yargılama konusu olay, mahkeme kurulmadan önce gerçekleşmiştir. Ayrıca Yıldız Mahkemesi, yargılanacak kişi belli olduktan sonra kurulmuştur. Yargılamada, sanıkların savunma hakları kısıtlanmış ve iddianamede ileri sürülen suçlamalar, hakimler tarafından kolaylıkla kabul edilmiştir. Yıldız Mahkemesi'nde yargılama üç günde sona ermiştir. Mithat Paşa, adam öldürmeye iştirak etmekten idam cezasına çarptırılmıştır. Paşa kararı temyiz etmiş, temyiz talebi Mahkeme-i Temyiz tarafından reddedilmiştir. Bu karar üzerine, Abdülhamit, sarayda Ulema Meclisini toplanmış ve bu Meclis, idam cezasını sürgüne çevirmiştir. Mithat Paşa, Taif Zindanları'nda sürgün hayatı yaşarken boğularak öldürülmüştür²¹⁶.

II.1921 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve TARAFSIZLIĞI

Osmanlı Devleti Birinci Dünya Savaşı'ndan mağlup çıkar ve 30 Ekim 1918 Mondros Anlaşması'ndan sonra, kazanan devletler Osmanlı topraklarını işgal etmeye başlar. Osmanlı devletinin içinde, işgallere karşı yerel direnişler ortaya çıkar. Bu dönemde Mustafa Kemal 19 Mayıs 1919'da Anadolu'ya geçer. Direnişleri örgütlemek ve Osmanlı Devleti'ne alternatif sistemli bir yapı kurmak üzere çalışmalara başlar. 22 Haziran 1919'da *Amasya Tamimi* yayınlanır, 23 Temmuz – 7 Ağustos 1919'da Erzurum Kongresi gerçekleştirilir. 4 – 11 Eylül 1919'da Sivas Kongresi yapılır. Anadolu'da bu çalışmalar yürütülürken, 16 Mart 1920'de İstanbul işgal edilir. Bunun üzerine 20 Mart 1920'de Osmanlı Mebuslar Meclisi çalışmalarına ara verme kararı alır. Mustafa Kemal'in çağrısı üzerine, 23 Nisan 1920'de ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi Ankara'da açılır. Kurucu meclis niteliğindeki ilk TBMM 20 Ocak 1921'de, 1921 Anayasası'nı (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nu) kabul eder²¹⁷.

²¹⁶ Osman Selim HOCAHANOĞLU, **Mithat Paşa'nın Hatıraları**, Temel Yayınları, İstanbul, 1997, s. 76–287.

²¹⁷ GÖZLER (2010), s. 23–24.

1921 Anayasası çerçeve anayasadır. 1921 Anayasası yeni düzenin temel taşı olan hakimiyetin kayıtsız şartsız milletin olduğunu, ilk maddesinde belirterek, yeni meclisin de meşruiyet kaynağını hukuken açıklar ve egemenliğin kaynağını tamamen değiştirir²¹⁸. 1921 Anayasasında kuvvetler birliği ilkesi mecliste tartışmasız kabul görürken²¹⁹, yargı konusu düzenlenmemiştir. Bu dönemde, 7 Haziran 1920’de, 4 Sayılı Kanunla Sivas’ta geçici bir Temyiz Mahkemesi Kurulmasına Dair Kanun ve 11 Eylül 1920 tarihli, 21 Sayılı İstiklal Mahkemeleri’nin Kurulmasına Dair Kanun çıkarılmıştır. Bunlardan İstiklal Mahkemeleri’nin Kurulmasına Dair Kanun, oldukça önemlidir çünkü bu mahkemeler, bir dönemin, pek çok idama karar vermiş yargı organlarıdır²²⁰. İstiklal Mahkemeleri’nde, hem 1921 Anayasası döneminde Kurtuluş Savaşı sürerken, hem de 1924 Anayasası döneminde yeni kurulan devletin temel ilkeleri yerleştirilirken, yargılamalar yapılmıştır. İstiklal Mahkemeleri, ileride detaylı olarak ele alınacaktır.

III. HEYET-İ MAHSUSALAR VE YÜKSEK ADALET DİVANI

1921 ve 1924 Anayasaları dönemindeki yargı düzenini hatta, 1926 yılında çıkarılan 766 Sayılı Hakimler Kanunu’nu anlayabilmek için; bu dönemin koşullarını ve bu dönemdeki olağanüstü mahkeme niteliğindeki Heyet-i Mahsusa’ları ve Yüksek Adalet Divanı’nı kısaca tanımak gerekir.

Heyet-i Mahsusa’lar, mahkeme niteliğinde olmayan fakat yargı yetkisi ile donatılan kurullardır. Bu nedenle de doğal yargı ilkesine aykırıdırlar. Bu kurullarda amaç; belli kişilerin, geçmişte yaptıkları davranışlardan ötürü sonradan düzenlenen kurullarla ve yargı yetkisi ile donatılan kurullar aracılığıyla cezalandırılmasıdır.

İlk Heyet-i Mahsusa’nın kuruluş amacı, Milli Mücadele’ye yardım etmediği gibi düşmanlık etmiş; Ankara Hükümeti’nin çağrısına rağmen veya hiç böyle bir çağrı olmadan Milli Mücadele’ye katılmamış; Lozan Anlaşması ile belirlenen Türkiye’nin yeni sınırlarının dışında kalan ülkelerin halkından olan ve bu ülkelere

²¹⁸ Burak ÇELİK, *Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s.83.

²¹⁹ Ergun ÖZBUDUN, *1921 Anayasası*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992, s.24.

²²⁰ TANÖR (2007), s. 243.

gidip dönmeyen veya aynı halktan olup, Ankara Hükümetince oluşturulan düzenli orduda görev almış olup, kendi ülkelerine dönmek isteyen subayların yeni oluşturulacak ordu kadrosundan tasfiye edilmesini sağlamaktır²²¹. TBMM konuyu, 25 Eylül 1923'te kanunlaştırmış ve söz edilen kişiler hakkında gerekli cezaları vermekle yetkili, yargı merci niteliği taşıyan Heyet-i Mahsusa'nın kurulmasını da içeren bir kanun çıkarmıştır. Heyet-i Mahsusa, İstiklal Mahkemeleri'nce yargılanmış olan kişileri dahi tekrar tahkik ve tetkik edecek ve gerekli gördüklerine, en ağır emeklilik hakkından yoksun bırakarak meslekten çıkarma olan, cezalar verebilecektir. Askerleri yargılamak üzere kurulan bu kurullara, asker kişiler hakimlik ve başkanlık etmişlerdir.

İlki askeri olağanüstü mahkeme niteliği taşıyan Heyet-i Mahsusa'nın, ikincisi sivil niteliktedir. 26 Mayıs 1926 tarih 854 Sayılı Kanunla kurulan Heyet-i Mahsusa'lar, memurlardan milli mücadele hareketi aleyhine bir teşkilatla ya da tek başlarına çalışanları tespit etmek ve bu kişilerin, bir daha devlet memurluğunda görev alamamalarını sağlamak için kurulmuşlardır. Sivil Heyet-i Mahsusa'nın üyelerinin ve başkanının, 1919 yılından itibaren milletvekilliği veya bakanlık yapmış olan kişiler arasından atanacağı, başkanını ise İç İşleri Bakanı'nın atayacağı öngörülmüştür²²². Bu yargı merciinin üyelerinin ve başkanının, yasama organı hatta yürütme organı mensuplarından veya eski mensuplarından oluşmasının, yargı bağımsızlığına aykırı olduğu açıktır. Savaş esnasında bu tür bir yargılama kurulu olmaması bir tarafa, savaş gibi çok karışık bir döneme ilişkin inceleme yapacak ve yargı kararı niteliğinde karar verecek kurulun, sağlıklı çalışabilmesi için mutlaka yargılama usullerine başvurması yani iddia ve savunmayı dinleyip ikisine eşit mesafede durması şarttır. Ne yazık ki başkanını yürütmenin belirlediği bu kurul mahkeme olmadığından yönlendirmelere daha açıktır. Nitekim verilen kararlar toplumda haksızlıklara ve huzursuzluğa neden olmuştur. Her iki heyetinde verdikleri kararlara karşı şikayetler yükselince, iki kurulun önemli ortak özelliklerinden biri

²²¹ Cemil KOÇAK, Giriş, **Belgelerle Heyet-i Mahsusalar** (Derleyen Cemil Koçak), İletişim Yayınları, İstanbul, 2005, ss. 17-43, s. 17-18.

²²² 26 Mayıs 1926 tarih ve 854 sayılı Mücadelei Milliyeye İştirak Etmeyen Memurin Hakkında Kanun madde 1-2.

olan kararlarının kesin olması uygulaması kısa sürmüştür²²³. 21 Mayıs 1928’de Yüksek Karar Heyeti Hakkında Kanun’la, Heyet-i Mahsusaların verdikleri kararları ikinci kez incelemek üzere Yüksek Karar Heyeti kurulmuştur. Yüksek Karar Heyet-i, bir asker iki sivil hakimden oluşmuştur. İki sivil hakim, Temyiz Mahkemesi ve Şuray-ı Devlet Daire Başkanları arasından, Temyiz Mahkemesi ve Şuray-ı Devlet Genel Meclislerince seçilmiştir. Bir askeri hakimse askerler arasından Genelkurmay Başkanınca seçilmiştir. Yüksek Karar Heyeti, kendi başkanını kendisi seçer. Heyet-i Mahsusa kararlarına üç ay içinde itiraz edilebileceği, itirazların, bir buçuk yılda incelenip, neticelendirileceği öngörülmüştür²²⁴.

Askeri Heyet-i Mahsusa için çalışma süresi belirtilmemişken Sivil Heyet-i Mahsusa için, bir yıllık çalışma süresi belirtilmiştir. Askeri Heyet-i Mahsusaların yürürlükten kaldırıldıkları tarih net olarak bilinmemektedir. Kurulmalarının üzerinden üç yıl geçtikten sonra, hala haklarında ek yasa çıkarıldığı düşünüldüğünde, görevlerine üç yılı geçen bir süre devam ettikleri anlaşılmaktadır²²⁵. Heyet-i Mahsusa ve Yüksek Adalet Divanı kararları ile cezalandırılanlar ise, Mustafa Kemal’in ölümünden önce 1938’de çıkarılan Genel Af Kanunu ile, iki yıl daha devlet memuru olamama kısıtlaması getirilerek affedilmişlerdir²²⁶.

1926 tarihli 766 Sayılı Kanun Dönemi’nde, olağan yargı yerlerinin yanında, Heyet-i Mahsusalar ve Yüksek Karar Heyeti de vardır. İlerde değinileceği üzere bu yargı mercileri, olağan yargı kararlarının bazılarına itiraz makamı olarak da görev yapmışlardır.

²²³ Mete TUNÇAY, “Heyet-i Mahsusalar (1923-1938): Cumhuriyete Geçişte Osmanlı Asker ve Sivil Bürokrasisinin Ayıklanması”, **Belgelerle Heyet-i Mahsusalar** (Derleyen: Cemil Koçak), İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2005, ss. 45–68, s.51-54.

²²⁴ TUNÇAY (2005), s. 57-58.

²²⁵ 26 Aralık 1926 tarih ve 946 sayılı Mücadele-i Milliyeye İştirak Etmeyen ve Hududu Milli Haricinde Kalan Erkan, Ümera Zabitan ve Mensubini Askeriye Hakkında Yapılacak Muameleyi ve Cidali Milliye İştirak Edenlerin Tekaüd Müddetlerinin Sureti Hesabını Natık 25 Eylül 1339 Tarih ve Numaralı Kanunun Yedinci Maddesine Müzeyyel Kanun.

²²⁶ TUNÇAY (2005), s. 66.

IV.1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞI

1922’de Saltanat’ın, 1924’te de Hilafet’in kaldırılmasıyla (özellikle de Hilafet’in kaldırılması) siyasal hayatta ciddi boşlukların doğması ve muhalefetin alevlenmesi risklerinin önünün kesilmesi için, sağlam ve önemli bir siyasal takviye gerekmektedir. Yeni rejimin eski rejimle bağlantıyı net biçimde koparmak için kullandığı bu araç, 1924 Anayasası olmuştur²²⁷. 1924 Anayasasının siyasal işlevinin yanı sıra, hukuki işlevi de oldukça önemlidir. 1924 Anayasası madde 103 – 104’te açıkça önceki anayasaları yürürlükten kaldırıldığı belirtilir, böylece ülke geneline hukuken birlik ve netlik getirilmiştir²²⁸.

1921 Anayasası’ndan farklı olarak, 1924 Anayasası’nda, yargı için özel bir bölüm düzenlenmiştir. Yasama ve yürütme için ‘görev’ kelimesi kullanılırken, yargı için ‘erk’ kelimesi tercih edilmiştir. Yargı erkinin bağımsız olduğu (madde 8) ve “*yargıçların bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsız*” olduğu (madde 54) açıkça ifade edilmiştir. 1924 Anayasası, hakimlerin niteliklerinin, haklarının, görevlerinin, aylıklarının ve ödeneklerinin, nasıl tayin olunacaklarının ve görevlerinden nasıl çıkarılacaklarının, özel kanunla düzenlemesini öngörmüştür (madde 56). Hakimlerin görev süreleri, madde 55’te “*Yargıçlar, kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamazlar*” ifadesi ile güvence altına alınmıştır. Mahkemelerin bağımsız görünümü ve objektif tarafsızlığın unsurları ile ilgili olarak, yargıçların kanunla gösterilenden başka genel veya özel hiçbir görev alamayacağı (madde 57) kuralına yer verilmiştir. Bu düzenlemeden, hakimlerin kanunda öngörülmediği sürece, milletvekilleri içinden atanamayacağı da anlaşılır. Diğer bir ifade ile, kanunda milletvekillerinin yargıç olabileceği düzenlenirse, bu durum mümkün olacaktır.

Yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasında, temel rolü olan doğal hakim ilkesinin, 1924 Anayasasında (53.maddede ek fıkra olarak) yer alması hususu, anayasa hazırlanırken mecliste tartışılmış ancak kabul görmemiştir²²⁹. Doğal Hakim İlkesi Anayasada yer alsaydı, Heyet-i Mahsusaları, Yüksek Adalet

²²⁷ KUTAY (1982), s. 274.

²²⁸ 1924 Anayasası metni için bkz. Ramazan Cengiz DERDİMAN, **Karşılaştırmalı Türk Anayasaları ve TBMM İçtüzüğü**, Alfa Aktüel Yayınları, İstanbul, 2006.

²²⁹ TANÖR (2007), s. 307.

Divanı'nını ve İstiklal Mahkemelerini engelleyebilecek bir düzenleme olurdu. Hem doğal hakim ilkesinin anayasada düzenlenmemesi, hem de hakimlerin, kanunla öngörüldüğü hallerde başka bir meslek icra edebilecekleri istisnası bir arada düşünülünce, Olağanüstü Mahkemelerin hukuki zemininin korunduğu anlaşılır.

1924 Anayasası döneminde iki tane Hakimler Kanunu uygulanmıştır. Bunlardan ilki, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin de ilk Hakimler Kanunu olan ve 1926 yılında çıkarılan, 766 Sayılı Hakimler Kanunu'dur. İkincisi ise 1934 yılında çıkarılan, 2556 Sayılı Hakimler Kanunu'dur.

A.766 SAYILI HAKİMLER KANUNU DÜZENLEMELERİNDE HAKİMLİK TEMİNATLARI

1.Atama Yöntemi

766 Sayılı Hakimler Kanunu'nda hakimlerin tayinleri, hakları, disiplin cezalarına ilişkin düzenlemeleri yer almıştır²³⁰. 766 Sayılı Kanuna göre, hakimlik mesleğine atanacak olanlarda aranan koşullar; hukuk fakültesi bitirmiş olmak ve bir mahkeme yanında en az altı ay katiplik yapmış olmaktır. Bu şartları taşıyan kişiler arasından atama yapma yetkisi, Atama Encümeni'ndedir. Atama Encümeni, Adalet Bakanı müsteşarı, üç temyiz mahkemesi üyesi, Personel İşleri Müdürü, Ceza ve Hukuk İşleri Müdürleri ve Teftiş Heyeti Başkanı'ndan (toplam sekiz kişiden ve bir tabi başkandan) oluşur. Encümenin başkanı, Temyiz Mahkemesi başkanlarından biridir. Temyiz Mahkemesi Genel Heyeti, her altı ayda bir Encümen Başkanı'nı ve üyelerini atar. Adalet Bakanı da Encümenin tabi başkanı olarak düzenlenmiştir. Oylamada oylar eşit çıktığında başkanın bulunduğu taraf tercih edilecektir²³¹. Encümenin iki başkanı var gibi görünse de, kanunun geri kalanı incelendiğinde; Adalet Bakanının, Encümenin tabi başkanı olarak onay merci görevini üstlendiği görülür. Örneğin encümen, atamaya ilişkin kararını verince bu karar Adalet Bakanının onayına sunulur. Adalet Bakanı kararı, onaylama veya sebebini belirterek reddedebilme hakkına sahiptir. Atama encümeninde, dört kişinin Adalet Bakanlığı'nın hiyerarşik yapısı içinde çalıştığı; encümenin tabi başkanı ve onay

²³⁰ Mustafa Reşit BELGESAY, **Adliye**, Şirketi Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1935, s.54.

²³¹ 766 sayılı Kanun madde 8.

merciinin bizzat Adalet Bakanı olduğu gör÷lür. Atama kararlarını verecek mercide, çoğunluğun yürütmede bulunması, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ilk Hakimler Kanunu'nda, hakimlik mesleğine girişte, yürütmenin etkili olması, yargı bağımsızlığını zedelemiştir.

2.Görev Süresi

Hakimlerin görev sürelerine dair, 766 Sayılı Kanun'da düzenleme yoktur. Görev süresi ile ilgili, 1924 Anayasası'nın yukarıda değindiğimiz 55. maddesi hakimlere, meslekten çıkarılma cezası almadıkları sürece, görevlerine devam edebilecekleri güvencesi getirmiştir. Hakimlerin meslekten çıkarılma cezasına çarptırılmalarına ise, Atama Encümeninin karar vereceği düzenlenmiştir²³². Encümenin oluşumu gereği yürütmenin bu konuda etkili olduğu gör÷lür.

3.Coğrafi Teminat

Hakimlerin tayinleri, rızalarına bağı kılınmıştır. Böylece coğrafi teminat kural olarak tanınmıştır. Bu teminata, iki halde istisna getirilmiş ve bu hallerde, rızalarına bakılmaksızın Atama Encümeni kararı ile yerlerinin değiştirilebileceği düzenlenmiştir. İlk istisna, görev yerlerindeki işlerin çokluğuna ve türüne göre, hakimın görevinde başarı gösteremediğinin anlaşılmasıdır. İkinci istisna ise, hakimın bir görev yerinde kalmasının, hakimlik mesleğinin itibarı ile örtüşmediğinin belgelerle ispatlanması halidir²³³. Getirilen bu istisna, her ne kadar belgelerle ispatlanma şartı ile, objektif bir kritere bağlanmaya çalışılsa da, belgeleri takdir edecek olan, çoğunluğunu yürütme organı mensuplarının oluşturduğu, Atama Encümeni olduğundan, tam olarak objektiflik sağlanamamıştır. Bu durum, ne yazık ki coğrafi teminat konusunda, yargı bağımsızlığı bakımından yeterli güvencenin sağlanamadığını gösterir.

²³² 766 sayılı Kanun madde 8.

²³³ 766 sayılı Kanun madde 17.

4.Terfii

Terfii konusunda iki kriter bulunmaktadır. Birincisi, hakimın bulunduğu derecede en az üç sene görev yapmış olmasıdır. İkinci kriter ise, terfi defterinde sıranın gelmiş olmasıdır. Terfii defteri üç defterin değerlendirilmesi ile oluşturulur. İlk defter, Teftiş Heyeti Başkanlığı tarafından hazırlanan defterdir. İkinci defter, Temyiz Mahkemesi'nde, hakimlerin verdikleri kararlardaki, ilmi başarılarına dair tutulan defterdir. Üçüncüsü Personel İşleri Müdürünce hakim atandığında tutulan kıdem defteridir. Bu defterler, Adalet Bakanlığı'na gönderilir. Bakanlık, bu üç defteri Seçim Encümenine gönderir. Seçim Encümeni, liyakat ihtisas ve kıdeme göre terfii defteri hazırlar²³⁴. Terfii defterinde sırası gelen hakim terfi ettirilir. Bu deftere terfi levhası da dendiğinden²³⁵, kanunda öngörülen bu terfii sistemine, 'levha sistemi' denir. Terfii defterine, itiraz mümkündür. İtirazlar Atama Encümeni'ne yapılır ve haklı görülürse, gereken düzeltmeler yapılır. Terfii konusunda, kıdemin ve liyakatin ön planda olmasını sağlamak için kurulan bu sistem, doğru işletilemediği için uygulamada istenilen sonucu doğurmamış, sadece kıdem esasına dayanan bir sistem haline gelmiştir²³⁶.

5.Disiplin

766 Sayılı Kanun'a göre, disiplin işlemleri konusunda Atama Encümeni yetkilidir. Encümen tarafından verilen karar, taraflara adalet bakanlığınca tebliğ edilir ve bu karara on beş gün içinde itiraz edilebilir. İtiraz dilekçeleri Temyiz Mahkemesi Başkanları ile Başsavcıdan ve Temyiz Dairelerinin her birinden alınacak birer üyeden oluşan heyet tarafından incelenir. Bu heyet tarafından verilecek karar Heyet-i Mahsusa tarafından onaylanarak kesinleşir²³⁷. Bu karara itiraz imkanı bulunmamaktadır. Temyiz Mahkemesi kararının, bir olağan üstü mahkeme olan ve üyelerini yasama ve yürütme organları mensuplarının oluşturduğu Heyet-i Mahsusa'nın onayına tabi olması, Temyiz Mahkemesi kararının, bağımsız verilmediğine dair haklı şüpheler doğurur. Nitekim yürütme organının çoğunlukta

²³⁴ 766 sayılı Kanun madde 10.

²³⁵ 766 sayılı Kanun madde 35.

²³⁶ KAPANİ (1956), s. 123.

²³⁷ 766 sayılı Kanun madde 8 son fıkra.

olduğu kurulun verdiği kararı inceleyecek olan yüksek mahkeme, yasama ve yürütme üyelerinin bulunduğu, itiraz merciinin onaylayacağı bir karar vermek zorunda bırakılabilir. Böylece disiplin yetkisi, biraz dolambaçlı yolla, büyük ölçüde yürütmeye teslim edilmiştir.

Bir hakim hakkında ihtar işlemi, ilgili olduğu dairenin görüşü ile Adalet Bakanı tarafından yapılır²³⁸. İhtar cezasına yapılacak itirazlar, Temyiz Mahkemesi Başkanları ile Başsavcı'dan oluşan bir heyet tarafından incelenir²³⁹. Bu heyetin vereceği karar kesindir. İtirazların incelenmesinin ve kesin karara bağlanmasının Temyiz mahkemesine bırakılması, disiplin işlemlerinden olan ihtar konusunda yetkinin doğrudan yürütmenin ellerine bırakılmasını, bir parça telafi edecek bir önlem olmuştur. Yargı bağımsızlığını sağlamakta, bu önlemin yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim yürütme, bu yetkisini kullanarak sık sık hakimin itirazla uğraşmasına neden olup, hakimi mesleğinden soğutabilir.

Disiplin konusunda, bu kanunda kurulan sistem, yargının yürütme karşısında bağımsızlığını önemli ölçüde tehdit altında bırakmıştır.

B.2556 SAYILI HAKİMLER KANUNU DÜZENLEMELERİNDE HAKİMLİK TEMİNATLARI

766 Sayılı Hakimler Kanunu, 1934 yılında çıkarılan, 2556 Sayılı Kanun'la ilga edilmiştir. 2556 Sayılı Kanun'un, IV. Babı, hakimlik teminatına ilişkin hükümleri içerir. Kanun'daki kurallar, yargı bağımsızlığını güvence altına alır nitelikte olsa da, getirilen istisnalar, bu güvencenin etkisini oldukça azaltmıştır.

2556 Sayılı Kanun'un en önemli özelliği, tüm hakimlere bu teminatı tanımamış olmasıdır. 2556 Sayılı Kanun'un 79. maddesinde, üçüncü sınıf hakimliğinin 7. derecesine gelen hakimlerin, hakimlik teminatından faydalanabilecekleri öngörülmektedir. Yargı bağımsızlığını sadece bir kısım hakime tanımanın yetersiz olduğu, tartışmasız kabul gören bir husustur. Aşağıda ele alınacak tüm teminatlar için bu kısıtlama bulunmaktadır.

²³⁸ 766 sayılı Kanun madde 23.

²³⁹ 766 sayılı Kanun madde 38.

2556 Sayılı Kanun hakimlerin kariyerini üç aşamalı olarak düzenlemiştir: adaylık, muavinlik(yardımcılık) ve hakimlik. Hakimlerin adaylık dönemi staj ile geçer.

1.Atama Yöntemleri

Hakim olmak isteyenler, bazı ön koşulları taşıyorlarsa²⁴⁰, her yıl Adalet Bakanı'nca belirlenen, hakim adayı kontenjanına başvururlar. Başvurular içinden, Adalet Bakanınca, bakanlık çalışanlarından oluşan heyetin görüşü alındıktan sonra atama yapılır²⁴¹. Adalet Bakanı, hakim adaylığına alınan kişiyi, adaylık süresi içinde adaylıktan çıkarma yetkisine de sahiptir. Hakim adaylığından hakim yardımcılığına geçişte, Adalet Bakanı, Ayırma Meclisince hazırlanan defterden, sırası geleni atamak zorundadır²⁴². Ayırma Meclisi, Temyiz Mahkemesi Birinci Başkanının başkanlığında, Başsavcı ve dört Temyiz Üyesinden ve Teftiş Heyeti Başkanı ile Hukuk, Ceza ve Personel İşleri Genel Müdüründen oluşur. Hakim adayları stajlarını tamamladıktan sonra hakimlik mesleğine atanacaklarında, 1940'a kadar bir sınava tabi tutulurlardı. 1940'tan sonra ise hakim ihtiyacı nedeniyle staj sonrası sınav kaldırılmıştır ancak staj uygulaması devam ettirilmiştir²⁴³. Doktrinde, hakim olmak için aranan şartların, yüksek kalitede hakim yetişmesini sağlamakta yetersiz olduğu yönünde eleştiriler dile getirilmiştir²⁴⁴.

Hakimlik mesleğine tecrübeli, olgun kişilerin atanması için de bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, mesleklerinde 20 yıl çalışmış avukatlardan ilmi ve ahlaki bilgisi ile tanınanlar, 25 yıl hukuk fakültesinde çalışmış hukuk profesörleri, ikinci sınıf düzeyinde hakimliğe veya Yargıtay Üyeliği'ne, en az 10 yıl çalışan avukatlardan dil bilenler de hakimliğe atanabilir. Bu durum Anglo

²⁴⁰ 2556 sayılı Kanun, atama konusunda şu koşulları arar: Türkiye'de bir Hukuk Fakültesi'nden mezun olmak veya Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunu olup, Hukuk Fakültesinin fark derslerinin sınavlarını vermek veya Yabancı Hukuk Fakültesinden mezun olup Türk Hukuk Fakültesi fark sınavlarını vermiş olmak, 21 yaşını doldurmuş ve 30 yaşını geçmemiş olmak, şeref ve haysiyete aykırı bir suçtan 3 ay ve daha fazla hüküm giymemiş olmak.

²⁴¹ Bu heyette, Adalet Bakanı Müsteşarı, Teftiş Heyeti Başkanı, Adalet Bakanlığı Hukuk, Ceza ve Personel İşleri Genel Müdürleri yer alır.

²⁴² KAPANİ, 1956: 77.

²⁴³ Mustafa Reşit BELGESAY, "Adliye Teşkilatının Esasları ve Hakimler Kanununun Tadiline Dair Kanunun Ana Hatları", *İÜHF Mecmuası*, C.IX, 1943, ss.592-600, s.598.

²⁴⁴ KAPANİ (1956), s. 74.

Sakson ülkelerinde olan, profesyonel modelle de hakim atanabilmesinin önünü açmıştır. Ancak bu yola pek başvurulmamıştır²⁴⁵.

2.Görev Süresi

1949 yılında çıkarılan, 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu²⁴⁶ madde12/I-e’de, hakimler Emekli Sandığı Kanununa tabi kılınmışlardır. Söz konusu Emekli Sandığı Kanunu 40. maddesinde, 65 yaşını dolduranların görevleri ile ilişkilerinin kesileceği; hizmet süreleri ne olursa olsun, 60 yaşını dolduranlar hakkında ise kurumlarının, yaş haddi dolmuş gibi işlem yapabileceği düzenlenmiştir. Bu durum Adalet Bakanlığınca, 60 yaşını dolduran hakimlerin, emekliye sevk edilebilecekleri sonucunu doğurmuştur. Aynı Kanun 39. maddesinde, 30 hizmet yılını tamamlamış hakimlerin kurumlarınca gerekli görüldüğünde yaş haddi aranmadan re’sen emekliye sevk edilebileceklerini öngörür. Bu hüküm, 1953 yılında değiştirilmiş 30 yıllık çalışma süresi şartı, 25 yıla düşürülmüştür²⁴⁷. Böylece düzenleme daha da olumsuz bir hal almıştır. 1953’te, 6122 Sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile, Adalet Bakanlığı “lüzum görüldüğü” gerekçesine dayanarak, 25 yıl görev yapan hakimleri emekliye sevk edebilir hale gelmiştir. 1953 yılında getirilen diğer bir düzenleme de, re’sen emekliye sevk kararlarına karşı, hiçbir makama başvurulamayacağı hakkındadır²⁴⁸. Bu düzenleme yukarıda bahsedilen yargı bağımsızlığına zarar veren hükümlerin biraz da olsa telafisinin önüne geçmiştir. Aynı zamanda bu düzenleme hukuk devletinin, idarenin tüm tasarruflarının yargı denetimine tabi olacağı ilkesine de aykırıdır²⁴⁹.

1954’e kadar Temyiz Mahkemesi hakimleri, bu düzenlemelerin dışında tutulmuşlarken, bu tarihte Emekli Sandığı Kanunu’nda yapılan bir değişikliklerle, Temyiz Mahkemesi Hakimleri de, Emekli Sandığı Kanunu’nun kapsamına alınmışlardır²⁵⁰. Temyiz Mahkemesi Hakimleri, tecrübeli ve kıdemli hakimlerden

²⁴⁵ KAPANİ (1956), s. 77.

²⁴⁶ 17.06.1949 günlü RG.

²⁴⁷ 11.07.1953 günlü RG’de yayınlanan, 09.07.1953 tarih ve 6122 sayılı Kanun’un 1. Maddesi b fıkrasında söz konusu değişiklik yapılmıştır.

²⁴⁸ 6122 sayılı Kanun’un 1. Maddesinin b bendinin son fıkrasında, yargı yolunu kapatan düzenleme getirilmiştir.

²⁴⁹ KAPANİ (1956), s. 104–105.

²⁵⁰ 25.06.1954 günlü RG’de yayınlanan, 23.06.1954 tarih ve 6422 sayılı Kanun.

seçildiğinden, 25 yıllık görev süresi güvencesinin, bu hakimler için çok yetersiz olduğu açıktır. O dönemde, temyiz hakimlerinin hemen hepsi 25 yıllık görev süresini zaten doldurmuş durumdaydılar²⁵¹. Bu düzenleme ile, temyiz hakimliği görevini yürüten pek çok hakim, her an Adalet Bakanlığı'na görevden alınma tehdidi ile karşı karşıya kalarak görevini yürütür bir hale gelmiştir. Temyiz Mahkemesi Hakimleri'nin, 65 yaşından sonra görevde kalmalarına imkan veren, ancak bu imkanı, Bakanlar Kurulu'nun kararına bağlayan²⁵² Emekli Sandığı Kanunu, yargı bağımsızlığını yürütme karşısında neredeyse yok etmiştir.

Tüm bu kanuni düzenlemeler, dönemin iktidarının (Demokrat Parti), bazı hakimlerin kendi menfaatlerine aykırı kararlar vermeleri sonucu yapılmıştır. İktidara yöneltilen ağır eleştiriler sonucu açılan davalarda verilen beraat kararları, (1954 yılı seçimlerinden önce) seçim yasağı başladıktan sonra, Celal Bayar'a Bursa'da konuşma yapma izni verilmemesi, bazı hakimlerin CHP'den milletvekili adayı olmaları, gibi hususlar iktidarın, hakimlerden rahatsız olma nedenlerinden bazıları olmuştur. İktidarın duyduğu bu rahatsızlık onu hakimler hakkında çeşitli tedbirler almaya götürmüştür. Yukarıda anlatılan, Emekli Sandığı Kanunu'nda yapılan değişiklikler, işte bu siyasi tablonun bir sonucudur. Söz konusu değişiklikler yapılır yapılmaz da, pek çok hakim re'sen emekliye sevk edilmiştir. Yargıtay Hakimleri, re'sen emeklilik müessesesinin, 1924 Anayasası'na aykırı olduğu, emekliye sevk edilen arkadaşlarının bu muameleyi hak etmediği yönündeki düşüncelerini bizzat, dönemin Başbakanı Adnan Menderes'e iletmişlerdir. Ancak bu durum yapılan yanlışların düzeltilmesi ile değil, Yargıtay'dan yedi hakimin daha re'sen emekliye sevk edilmesi ile sonuçlanmıştır. Yaşananlar basın aracılığıyla halka aktarılırken (daha çok radyo vasıtasıyla); hakimleri re'sen emekli eden Adalet Bakanlığı'nın, kanuni yetkisini kullandığı vurgulanmıştır²⁵³.

1924 Anayasası'ndaki, hakimlerin yaş haddine kadar görev yapabileceklerine ilişkin güvenceye, Emekli Sandığı Kanunu dışında, başka sınırlamalar da getirilmiştir. 2556 Sayılı kanuna göre, bu sınırlamalardan ilki azille ilgilidir. İlgili Kanuna göre, "*Ağır hapis veya ağır kasti suçlardan dolayı üç ay veya*

²⁵¹ KAPANİ (1956), s. 105.

²⁵² 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu 40. madde a bendi.

²⁵³ Şevket ÇİZMELİ, **Menderes Demokrasi Yıldızı?**, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 661 – 672.

daha yukarı hapis cezalarından biriyle kesin olarak hüküm giymiş veya ...bir derecede iki veya sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirmek veya iki defa kesinleşmiş dereceden indirmek cezalarına çarptırılmak meslekten çıkarılmayı gerektirir.” “Eğer hakim kasti olmayan bir suçtan mahkum olmuşsa ve hükmedilen ceza 3 aydan fazla bir yıldan azsa hakimın meslekten çıkarılıp çıkarılmayacağına İnzibat Meclisi karar verir”. İnzibat Meclisi, verilen cezanın süresine değil, niteliğine bakmış ve cezanın hakimlik mesleğinin itibarını sarstığına kanaat getirmişse, birinci sınıf olmayan hakimın doğrudan meslekten çıkarılmasına karar vermiştir. İnzibat Meclisi, Temyiz Mahkemesi (Yargıtay) İkinci Başkan ve üç üyesi ile Teftiş İşleri Başkanı ve Ceza İşleri Genel Müdürü’nden oluşur²⁵⁴. İnzibat Meclisine, Adalet Bakanı’nın iki yüksek memurunun katıldığı ve Temyiz Mahkemesinden Meclise katılacak kişileri, Adalet Bakanı’nın seçtiği dikkate alındığında; İnzibat Meclisinde Adalet Bakanının etkili olduğu açıkça görülür. Bu durum, hakimlerin yürütmeye karşı bağımsızlıklarını zedeler. İnzibat Meclisi’nin kararlarına karşı itirazın, Temyiz Mahkemesi Hakimleri’nden oluşan bir heyete yapılması, bir ölçüde hakimlerin bağımsızlığını artıran bir düzenlemedir. Birinci sınıf hakimler ise, mesleğin itibarını sarsacak bir suçtan hüküm giydiklerinde, doğrudan meslekten çıkarılmazlar; meslekten çıkarılmaları için, Haysiyet Divanı kararı gerekir. Haysiyet Divanı, Temyiz Mahkemesi Başkanının başkanlığında, başsavcı, daire başkanları ve her daireden kura ile belirlenen birer üyeden oluşur. Haysiyet Divanı, kararlarını 2/3 çoğunlukla verir ve kararlarına karşı itiraz yolu kapalıdır. Meslekten çıkarılma cezasına, Temyiz Mahkemesi üyelerinden oluşan, Haysiyet Divanı’nın kararının gerekmesi, birinci sınıf hakimlerin, birinci sınıf olmayan hakimlere nispeten, yürütmeye karşı daha güvenceli kılındığını gösterir²⁵⁵.

Genel olarak, 1924 Anayasası döneminde, hakimlik teminatlarından en önemlisi olan, hakimlerin görev süresi güvencesinden yoksun kaldıkları görülmektedir.

²⁵⁴ 2556 sayılı Hakimler Kanunu madde 94.

²⁵⁵ KAPANİ (1956), s. 96–101.

3.Maaş Güvencesi ve Coğrafi Teminat

2556 Sayılı Hakimler Kanunu'nun 79. maddesinde, bir mahkemenin ilgası veya hakim kadrosunun kaldırılması durumunda, hakim maaşının kesilemeyeceği, güvencesini getirmiştir. Bu güvenceyi takip eden 80. maddede de görevsiz kalan hakim kendisine yapılacak üç tayin teklifini kabul etmezse maaşının kesileceği düzenlenmiştir. Bir görüş, bu istisnanın maaş güvencesini etkisiz kılacağı kanaatinde iken²⁵⁶ buna katılmayan diğer bir görüş ise, istisnanın çok partili demokratik bir sistemde bu denli kötüye kullanılamayacağını savunmuştur²⁵⁷.

2556 Sayılı Hakimler Kanunu'nda hakimlerin sınıflarına ve derecelerine göre maaşları belirlenmiştir²⁵⁸. Hakimlerin maaşlarının, yargı bağımsızlığına uygun düzenlenmesi gerektiğine dair bir ifade; ne 1924 Anayasası'nda, ne de 2556 Sayılı Kanun'da bulunmaktadır.

Hakimlerin coğrafi teminatlarına ilişkin olarak 1924 Anayasası'nda bir hüküm bulunmamaktadır. 2556 Sayılı kanunun 79. maddesinin B bendinde ise 3. sınıf hakimliğinin 7. derecesine gelen hakimlere *“Muvafakatleri olmaksızın terfi sureti ile dahi olsa mevki ve memuriyetleri değiştirilemez”* hükmü ile coğrafi teminat hakkı tanınmıştır. Dönemin Hakimler Kanunu 81. maddesinde de yargı bağımsızlığına aykırı, *“bulundukları yerde kendi kusurları olmaksızın herhangi bir sebeple hakimliğin istilzam eylediği şeref ve bitaraflik dairesinde vazife göremeyeceği ve bulunduğu yerde bekası memuriyetinin nüfuz ve itibarını haleldar edeceği veyahut memuriyet yerlerindeki işlerin çokluğuna ve çeşidine göre vazifede icabeden sürat ve muvaffakatiyeti gösteremediği tahkikat ve vesaikle anlaşılan hakimler, inzibat meclisi kararı ile rızalarına bakılmaksızın başka yerlere naklolunurlar”* düzenlemesini getirir. Hakimlerin, *kusurları olmaksızın üstelikte herhangi bir sebeple hakimlik mesleğinin gerektirdiği şeref ve tarafsızlığı koruyarak görevine devam edemeyeceği* tespit edildiğinde; rızalarına bakılmaksızın, İnzibat Meclisince başka yere tayin edilebilmeleri, hakimlere tanınmış olan coğrafi güvenceyi neredeyse tamamen ortadan kaldırmış durumdadır. Bir hakim bulundığı yerde görev yapmaya devam etmesinin, hakimlik mesleğinin itibarına zarar vereceğine karar vermek, üstelikte bu

²⁵⁶ Tahsin İSTANBULLU, **Hakimler ve Hukuku**, Coşkun Basımevi, İstanbul, 1939, s.101–104.

²⁵⁷ KAPANİ (1956), s. 107.

²⁵⁸ 2556 sayılı Hakimler Kanunun 17. maddesinde yazılı bir numaralı cetvel.

kararı herhangi bir nedene dayandırabilmek, İnzibat Meclisine geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu denli geniş bir takdir yetkisinin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile bağdaşmayacağı açıktır.

1.11.1939 tarihli ve 367 Sayılı Geçici Yetki Kanunu, hastalık veya izin veya ölüm gibi bir sebeple boşalmış bir mahkemedeki çalışmaların devamını sağlamak amacıyla Adalet Bakanı'na başka bir yerdeki hakimın buraya gönderilmesi yetkisi vermiştir ve bu yetkinin hakimlerin keyfi olarak yerlerinin değiştirilmesinde kullanıldığı görülmüştür²⁵⁹.

4.Terfi

1924 Anayasası döneminde yürürlükte olan, hem 766 Sayılı Hakimler Yasası, hem de 2556 Sayılı Hakimler Yasası, terfi için *kıdem ve ehliyet* esaslarını ölçü almışlardır. 766 Sayılı Kanun'daki "*levha*" sistemi, uygulamada hakimlerin terfileri için ceza almadan belli bir görev süresini geçirmelerinin yeterli olmasına neden olmuş ve hakimlerin başarılılarının tespitine imkan vermeyince de 2556 Sayılı yasada, terfi sistemi değiştirilmiştir. 2556 Sayılı yasanın getirdiği sistem, iki şartı terfi için esas almıştır. Birinci şart, hakimın bulunduğu derecede iki sene görev yapmış olmasıdır. Bu şart objektif bir kriterdir. İkinci şart ise, hakimlerin davranışlarının ahlakiliği, mesleki bilgisinin yeterliliği, çalışkanlığı ve ilmi yeterliliğidir. Bu da subjektif şarttır. Subjektif şartlardan ilmi yeterlilik, 1940'a kadar Temyiz Mahkemesinin hakimın kararlarını onaması veya bozmasına bağlı iken, bu tarihte yapılan değişiklikle; Temyiz Mahkemesi tarafından yapılan her denetimde, hakime bir not verilmesi sistemi getirilmiştir. Hakime, kararına yansıyan hukuk bilgisinin yanında, muhakemenin yürütülmesindeki maharetine göre de not verilmiştir²⁶⁰. Bu düzenleme hakimlerin, Temyiz Mahkemesi kararlarına birebir uyma yönündeki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile örtüşmeyen eğilimini, engellemek için önemlidir.

Hakimlerin terfilerine esas alınacak olan, *terfi defterini* hazırlama yetkisi, Ayırma Meclisindedir. Terfi defteri, Ayırma Meclisince hazırlandıktan sonra, Adalet

²⁵⁹ Baki KURU, *Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı*, Sevinç Matbaası, Ankara,1966, s.41.

²⁶⁰ KAPANİ (1956), s. 122–124.

Bakanı, bu defterdeki sıraya bağılı olarak hakimleri terfi ettirir. Terfi sırası ile bağılı olan Adalet Bakanı, terfi yeri bakımından serbesttir. Terfi için teklif edilen yeri kabul etmeyen hakim, terfi defterinde sıranın en altına düşer. İkinci kez sıra kendisine geldiğinde terfi için teklif edilen yeri yine reddeden hakim, bir daha terfi ettirilmez²⁶¹. Hakimlerin terfilerinde esas alınan terfi defterini oluşturan Ayırma Meclisi üyelerinin çoğunluğu Temyiz Mahkemesi hakimlerinden oluşur, ancak üyelerden dördü Adalet Bakanlığı yüksek memurudur. Ayırma Meclisi'nde, hakim sınıfının fazla sayıda temsil ediliyor olması yargı bağımsızlığını sağlamaya yetmez. Çünkü Ayırma Meclisinde, hakim sınıfını temsil eden, Yargıtay Başkanı ve üyelerinin seçimi, yürütme organına aittir. Sonuç olarak hakimler, yürütme karşısında güvencesiz durumdadırlar²⁶².

Terfi konusunda, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını yürütmeye karşı korumaya yönelik bazı tedbirler alınmışsa da, genel olarak yürütmenin, bu konuda söz sahibi olduğu görülmektedir.

5. Disiplin

2556 Sayılı Kanun, disiplin sistemini sadece bazı hakimler için düzenlemiştir. Teftişten muaf olan beşinci dereceden itibaren bazı hakimler²⁶³ ve Temyiz Mahkemesi hakimleri²⁶⁴ için, disiplin sistemi işletilemez. Bu durum hakimler arasında ayrımcılığa neden olmuş, yükselmek ve bu imtiyaza kavuşmak isteyen hakimlerin Temyiz Mahkemesinden iyi notlar almaları veya Adalet Bakanı ile aralarını iyi tutmalarını gerekmiştir ki, Temyiz Mahkemesine atanabilsinler. Böylece disiplinden muafiyet, dolaylı olarak hakimlerin bağımsızlığını tehdit eden bir ayrıcalığa dönüşmüştür.

Adalet Bakanı'na tüm hakimlerin denetmeni konumu verilmiştir demek yanlış olmaz. Çünkü Adalet Bakanı, hakimi, hakime isnat olunan fiiller hakkında

²⁶¹ 2556 sayılı Kanun 59. Madde.

²⁶² ÜNAL (1994), s. 71.

²⁶³ 2556 sayılı Kanun madde 80.

²⁶⁴ 2556 sayılı Kanun madde 96, 97, 98.

sorgulamak üzere çağırabilir ve hakim belirtilen süre içinde gelmeye mecburdur²⁶⁵. Adalet Bakanı, bu denetim yetkisini, adliye müfettişleri veya belirli bir işle görevlendirdiği hakim veya savcı eliyle kullanmıştır²⁶⁶. Yine 2556 Sayılı Hakimler Kanununa, göre ihtar ve aylıktan kesme cezalarını bizzat Adalet Bakanı verir²⁶⁷. İkinci ve üçüncü sınıf hakimlerin görevleri ile ilgili işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü veya görevleri ile uyuşmayan hal ve hareketlerinden dolayı haklarında tahkikat yapılabilmesi için gereken izni verme yetkisi de yine Adalet Bakanı'na tanınmıştır²⁶⁸.

Disiplin konusunda kabul edilemeyecek, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi ile de bağdaşmayan bazı düzenlemelere, 2556 Sayılı Kanunda yer verilmiştir. İlgili yasa, hakimlerin disiplin cezası almasına neden olabilecek pek çok hali saymıştır ancak bunları yeterli görmeyerek; İnzibat Meclisine, bu haller dışında da ceza verme yetkisi tanımıştır. Daha önce değinildiği üzere *kasti olmayan bir suçtan ötürü hakime üç aydan fazla bir yıldan az ceza verilmesi halinde* İnzibat Meclisi, hakimin meslekten azledilip edilmemesine karar verme yetkisine sahip kılınmıştır. Yine İnzibat Meclisi, hakimin fiilini, bu fiil bir suç oluşturmaya ve mahkumiyeti gerektirmese bile; hakimlik mesleğinin, şeref ve haysiyetine aykırı görürse, hakimin meslekten çıkarılmasına karar verebilir. Bu geniş takdir yetkilerine ek olarak, 1949 yılında getirilen bir düzenleme ile “*madde tayin ve delilleri elde edilmemiş olsa bile irtikap ve irtışada (rüşvet alma) bulunduğu şayi olanlar*” hakkında İnzibat Meclisi yer değiştirme cezası verebilme yetkisi elde etmiştir²⁶⁹. İnzibat Meclisinin oluşumunda, Adalet Bakanı, dolayısıyla yürütme etkili olduğu için; disiplin konusunda İnzibat Meclisi'ne verilen yetkilerin, hakimlerin bağımsızlığını yürütmeye karşı zedelediği görülür²⁷⁰. İnzibat Meclisi kararlarına karşı, salt Yüksek Mahkeme hakimlerinden oluşan bir meclise itiraz hakkı tanınması bu sakıncayı bir ölçüde azaltır. Yine de hakimlerin disiplin konusunda yürütmeye karşı bağımsız oldukları söylenemez.

²⁶⁵ 2556 sayılı Kanun madde 83.

²⁶⁶ KAPANİ (1956), s. 131.

²⁶⁷ 2556 sayılı Kanun madde 87, 88.

²⁶⁸ 2556 sayılı Kanun madde 105, 106.

²⁶⁹ 2556 sayılı Kanun madde 89.

²⁷⁰ KAPANİ (1956), s. 132–134.

C.1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Hakimlerin atama ve diğer özlük işlerinin, 1924 Anayasası döneminde yürütme erkinin kontrolünde tutulduğu görülür. Bu dönemin özellikle sonlarında, yargı erki ile yürütme arasında gerilim oluşmuş, yürütme, yargıyı kontrolü altına almak için daha önce detayları ile anlatılan, hakimleri re'sen emekliye ayırma yoluna gitmiştir. Önce, ilk derece mahkemeleri hakimleri ve savcılarını sonra Yargıtay hakimleri ve savcılarını keyfi olarak emekliye sevk edilmiştir²⁷¹. Yargı bağımsızlığı için gereken, hakimlerin güvenceleri konusundaki bu eksiklikler, yargı denetiminin yetersizliği, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin yokluğu ve Temyiz Mahkemesi'nce; genel mahkemelerin, kanunların anayasaya uygunluğu denetimi yapmalarının önünün kapatılması²⁷², yargı erkinin diğer erkler karşısında zayıf olmasına neden olmuştur. Siyasal hayattaki çalkantıların yanında, yargının kuvvetler ayrılığı sistemindeki yasama ve yürütmeyi dengeleyici görevini yerine getirememesi, ülkenin darbeye sürüklenmesindeki etkenlerden biri olmuştur.

V. İSTİKLAL MAHKEMELERİ

İstiklal Mahkemelerinin kurulduğu dönemde, Osmanlı Devleti, I. Dünya Savaşından yeni çıkmış, toprakları işgal edilmeye başlamış ve devletin, imzaladığı anlaşmalarla eli kolu bağlanmıştı. İşgaller karşısında sivil direniş başlamışsa da, örgütlü ve sistemli bir karşı koyma olmadan, ülke topraklarının kurtulamayacağı açıktır. Bu yerel direnişlerin örgütlenmesi, düşmanla topyekün savaşılması ve korunan topraklar üzerinde yeni bir yönetim kurulması düşüncesi ile, 23 Nisan 1920'de TBMM açılmıştır. Açılan ilk TBMM'de, alınan ilk karar Hıyanet-i Vataniye

²⁷¹ ÜNAL (1994), s. 72.

²⁷² Tek parti döneminde itiraz veya def'i yoluyla kanunların anayasaya uygunluğu denetiminin yapılması konusu tartışılmış ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Anayasa'da buna imkan tanınmadığına karar vermiştir. Çok parti döneminde ise, Akşehir Hukuk Hakimi Refik Gür; 1950'lerde önüne gelen bir davayı görürken kullanacağı yasanın, Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit eder ve söz konusu yasayı ihmal eder. Kararı temyiz edildiğinde, Yargıtay, genel mahkemelerin Anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi olmadığı gerekçesiyle, kararı bozar. Hakim Gür, kararında direnir. Temyiz mahkemesi tekrar inceleme yaparken, Anayasaya aykırı olan düzenleme yasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılır. Detaylı bilgi için bkz. TANÖR, 2007: 355 – 357, Turan FEYZİOĞLU, *Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Kazai Murakebesi*, A.Ü.S.B.F. Yayını, 1951, s. 255–335.

Kanunu'nun çıkarılması olmuştur²⁷³. Adliye mahkemeleri, bu kanunun yürütülmesini sağlamada yetersiz kalınca, İstiklal Mahkemeleri kurulmuştur. Hıyanet-i Vataniye Kanunu ile başlayan İstiklal Mahkemelerinin macerası, Cumhuriyet rejimi ve bu rejimin getirdiği yeniliklerin yerleştirilmesi aşamasında da devam etmiştir²⁷⁴. Bu bakımdan İstiklal Mahkemeleri iki döneme ayrılarak incelenebilir. Birinci dönem İstiklal Mahkemeleri, 9 Eylül 1920 tarihinde kurulmuşlar ve 17.02.1921 günü (Ankara İstiklal Mahkemesi hariç) kaldırılmışlardır. Birinci dönem İstiklal Mahkemeleri'nin kaldırıldığı bu dönemde, vatan hainliği ve asker kaçakları davalarını, ceza mahkemeleri ve harp divanları görmüştür. İkinci dönem İstiklal Mahkemeleri, 23 Temmuz 1921'de tekrar kurulmuş ve çalışmalarına 1927 yılına kadar devam etmişlerdir. Bu Mahkemeler de, 1927 yılında fiilen kaldırılmış ancak İstiklal Mahkemeleri ile ilgili kanunlardan sonuncusu 1949'da yürürlükten kalktığı için, İstiklal Mahkemeleri'nin hukuken 1949'da kaldırıldığı kabul edilir²⁷⁵.

A.BİRİNCİ DÖNEM İSTİKLAL MAHKEMELERİ (1920 – 1921)

Birinci dönem İstiklal Mahkemeleri'nin kuruluş amacı, Hıyanet – i Vataniye Kanunu'nun uygulanmasını sağlamaktır. Bu kanunun ilk halinin birinci maddesinde *“Hilafet makamını, Saltanatı ve vatani dışarıdan gelebilecek saldırılara karşı korumak için oluşturulan, Büyük Millet Meclisinin meşruiyetine sözlü veya fiili olarak sert muhalefette bulunan ve bu meşruiyeti sözlü veya fiili olarak bozmaya çalışanlar vatan haini ilan edilir”* ifadesi yer almaktaydı²⁷⁶. Vatan hainleri, İstiklal Mahkemeleri'nde yargılanmıştır.

Birinci Dönem İstiklal Mahkemesi olarak görev yapan mahkemeler: Ankara, Eskişehir, Kastamonu, Konya, Isparta, Pozantı, Sivas, Trabzon, Diyarbakır, Elaziz İstiklal Mahkemeleri'dir. Bu mahkemeler, dönem dönem görev yapmışlardır²⁷⁷.

²⁷³ Ahmed NEDİM, *Ankara İstiklal Mahkemesi Zabıtları 1926*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1993, s. xiii.

²⁷⁴ Rıdvan AKIN, *Türk Siyasal Tarihi 1908 – 2000*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.167.

²⁷⁵ Ergün AYBARS, *İstiklal Mahkemeleri*, Milliyet Yayınları, İstanbul 1998, s. 51, 101, 103, 408.

²⁷⁶ Hıyanet- i Vataniye Kanunu'nun Osmanlıca tam metni için bkz. NEDİM (1993), s. 299.

²⁷⁷ AYBARS (1998), s. 171.

Birinci Dönem İstiklal Mahkemeleri'nde, yargılama açık yapılmış fakat kararlar temyiz edilememiştir²⁷⁸. İstiklal Mahkemeleri Heyeti, üç üyeden oluşmuştur. Ancak bazı beklenmedik durumlar gerçekleşince (üyelerden birinin hasta olması gibi), mahkemeler toplanamamış bu nedenle üye sayısı dörde çıkarılmıştır. Mahkeme üyelerinin tamamı, Büyük Millet Meclisi Üyeleri'nden oluşmuştur. Mahkeme üyelerinin yargıçlık yapmış kişilerden olması önerisi, mecliste tartışılmış ancak kabul görmemiştir²⁷⁹. Bu durum, Millet Meclisi'nin, tüm erkleri elinde bulundurmaktan taviz vermek istememesinin bir sonucudur. Kütahya Milletvekili Cemil Bey İstiklal Mahkemelerine seçilenlerin sınava tabi tutulmasını önermiş, ancak teklif reddedilmiştir²⁸⁰. Bu durum İstiklal Mahkemesi yargıçlarının, meslek için gerekli niteliklere sahip olup olmamalarının önem taşımadığını gösterir. İstiklal Mahkemelerine hakim olarak seçilen milletvekillerinin, genelde hükümete ve Devlet Başkanı olan Mustafa Kemal'e yakın isimlerden seçilmesi²⁸¹; yargının, yasama ve yürütme karşısında bağımsız kılınması gibi bir kaygının olmadığını gösterir.

Birinci Dönem İstiklal Mahkemeleri'nin, asker kaçaklarını önleme, yeni kurulan Büyük Millet Meclisi'nin otoritesini tanıtmaya, çıkan ayaklanmaları bastırma ve düzenli ordu kurma amaçlarına ulaşmada başarı sağladığı bir gerçektir. Bu amaçlara ulaşılırken, gerek meslekten olmayan hakimlerin yargılama yapıyor olması, gerek İstiklal Mahkemelerine idam kararı verme yetkisi dahi tanınmış olması, bazen telafisi mümkün olmayan yanlış kararların alınmasına neden olmuştur. Buna örnek olarak, Kastamonu İstiklal Mahkemesi'nde verilen kararlar gösterilebilir. Bu mahkeme, firari askerler hakkında, kaçakların yerine kardeşlerinin idam edilmesine kadar varan ve toplum tarafından tepki ile karşılanan kararlar vermiştir²⁸². Bu kararlar Büyük Millet Meclisinde de İstiklal Mahkemelerinin tartışılmasına neden olmuştur. Tartışmalar 17.02.1921'de İstiklal Mahkemelerinin (Ankara İstiklal Mahkemesi dışında) kaldırılmasına karar verilmesine kadar sürmüştür.

²⁷⁸ AYBARS (1998), s. 61.

²⁷⁹ AKIN (2010), s. 171.

²⁸⁰ Söz konusu teklif 21 Aralık 1920'de reddedilmiştir. AYBARS, (1998), s. 62.

²⁸¹ NEDİM (1993), s. xxvi.

²⁸² NEDİM (1993), s. xxi.

B.İKİNCİ DÖNEM İSTİKLAL MAHKEMELERİ (1921 – 1949)

1.Cumhuriyet Öncesi İkinci Dönem İstiklal Mahkemeleri

İstiklal Mahkemeleri'nin kapatılmasından sonra, firarilerin sayısı tekrar artmış ve 48.335'i bulmuştur. İstiklal Mahkemelerinin kapatılması, Orta Anadolu'da soygun, ayaklanma gibi suçların da artmasına neden olmuştur. Kütahya ve Eskişehir Savaşları'nın kaybedilmesi, düşmanın Ankara'yı ele geçirmesinden korkulması Meclis'te, İstiklal Mahkemelerinin yeniden kurulması gerektiğine dair bir inanç oluşturmuştur. 23 Temmuz 1921'de Meclis kararı ile Konya, Kastamonu ve Samsun'da İstiklal Mahkemeleri tekrar kurulmuştur²⁸³.

Bu çalkantılı dönem sürerken, kesin tedbirler almak isteyen ve bu tedbirlerin alınmasında muhalefetle zaman kaybetmek istemeyen Mustafa Kemal, Meclisten, meclisin sahip olduğu tüm yetkilerin kendi şahsına tanınmasını istemiştir. Meclis Başkanı Mustafa Kemal Paşa'ya, Başkomutanlık Kanunu ile üç aylığına Meclisin sahip olduğu tüm yetkileri ve icra yetkisini tanımıştır. Bu yetkilerin içinde, İstiklal Mahkemelerine emir verme yetkisi de vardır. Böylece olağanüstü mahkeme olan İstiklal Mahkemeleri, 6 Ağustos 1921 ile 22 Temmuz 1922 tarihleri arasında, tek kişinin düzenleme yapabildiği yargı mercileri olarak görev yapmışlardır. Başkomutanlık yetkisinin tanınmasından sonra, Meclis tarafından bazı İstiklal Mahkemesi hakimlerinin istifaları istenmiş ve bu kişiler yerine Başkomutan'ın emri ile yeni isimler atanmıştır. Başkomutan Mustafa Kemal Paşa, idam cezalarının Meclise sorulduktan sonra, Meclis idamı onaylarsa infaz edilmesi düzenini değiştirmiş ve İstiklal Mahkemelerine, idam cezası verdiklerinde cezayı infaz etme yetkisi de tanımıştır²⁸⁴.

Başkumandan'ın emri ile Kurtuluş Savaşının kazanılmasında önemli yeri olan '*Tekalif-i Milliye Emirleri*' yayınlanmıştır. Bu emirlere karşı gelen kişiler, İstiklal Mahkemelerinde yargılanmışlardır. İstiklal Mahkemeleri emirlerin uygulanmasında etkin rol oynamıştır²⁸⁵. Düşmanlarına karşı oldukça güçsüz

²⁸³ AYBARS (1998), s. 104–106.

²⁸⁴ Konya İstiklal Mahkemesi Üyesi Saib Bey yerine İçel Milletvekili Ali Bey, Kastamonu İstiklal Mahkemesi Üyesi Mahmud Esad Bey yerine Trabzon Milletvekili Hamdi Bey, Samsun İstiklal Mahkemesi Üyesi Şevket Bey yerine Yozgat Milletvekili Bahri Bey Başkomutanlık emri ile atanmışlardır. Bkz. NEDİM (1993), s. xxvi.

²⁸⁵ AYBARS (1998), s. 107.

durumdaki Türk ordusu, milletin desteği ile ve Tekalif-i Milliye emirlerinin uygulanması ile önce Sakarya Meydan Savaşını (23 Ağustos – 13 Eylül 1921) sonra Büyük Taarruzu (Başkomutanlık Meydan Savaşını) (26 Ağustos – 9 Eylül 1922) kazanmıştır.

11 Ekim 1922 tarihinde imzalanan Mudanya Ateşkes Anlaşmasından sonra, nihai barış anlaşması yapılırken çift başlı bir görüntü çizilmemesi adına, 1 Kasım 1922’de 308 no’lu kararname ile Saltanat kaldırılmıştır.

Saltanatın kaldırılmasının ardından, 15 Nisan 1923’te, 334 Sayılı *Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nun Birinci Maddesinin Ta’dili Hakkında Kanun*’la vatana ihanet suçu işleyenlerin, *sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin meşruiyetine fiili veya sözlü muhalefet eden kişiler* olduğu yönünde değişiklik yapılmıştır. Bu düzenlemede, Saltanatın maddeden çıkarılmasının yanında, Hilafetin de korumaya alınmamış olması, Hilafetin kaldırılacağına bir işareti olarak görülebilir. Yine aynı gün çıkarılan, 335 Sayılı *Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nun Sekizinci Maddesini Muadil Kanun*, İstiklal Mahkemelerinin kararlarına karşı, savcının veya ilgililerin, Ceza Dairesi Temyiz Heyeti’ne itiraz edebilecekleri hükmünü getirir. Bu hükme göre Ceza Dairesi Temyiz Heyeti bozma kararı verirse, karar, hükmü veren mahkemeye iade edilir ve bu mahkemenin bozma kararına direnme hakkı yoktur²⁸⁶. Bu kanunla, İstiklal Mahkemelerinin, olağan mahkemelere yaklaştırılmaya çalışıldığı görülür.

24 Temmuz 1923’te Lozan Barış Anlaşması yapılmış ve Kurtuluş Savaşının kazanıldığı, tüm dünyaya ilan edilmiştir. Savaş dönemi sona erince, yeni kurulan devletin, kendi rotasını çizme süreci başlamıştır. 31 Temmuz 1922 tarihinde *İstiklal Mahakimi Kanunu* çıkarılması, bu bakımdan önemli bir adımdır. Bu kanunla, idam kararlarının yeniden Meclis onayından geçmesi kuralı getirilmiştir (m. 5). İstiklal Mahakimi Kanunu’nda, İstiklal Mahkemesi kararlarına karşı, ilgililerin itiraz hakkı kaldırılmış ve sadece savcıya itiraz hakkı tanınmıştır. Savcının bu hakkını kararın açıklanmasından itibaren, üç gün içinde kullanmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. İtirazı karara bağlama yetkisi mahkemeden alınıp, Büyük Millet Meclisi’ne verilmiştir (m.6).

²⁸⁶ Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nun Birinci Maddesinin Ta’dili Hakkında Kanun ve Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nun Sekizinci Maddesini Muadil Kanun metinleri için bkz. NEDİM (1993), s. 301.

2.Cumhuriyet Dönemi İstiklal Mahkemeleri (1923 – 1927)

Yeni kurulan devletin rejimi, 29 Ekim 1923'te, Cumhuriyet'in ilanı ile belirlendi. 3 Mart 1924'te Hilafet kaldırıldı. 25 Kasım 1925 Şapka Kanunu, 30 Kasım 1925 Tekke ve Zaviyelerin kapatılması, milletlerarası takvim ve saatin, yeni rakamların kabulü ve ölçülerde değişiklik (26 Aralık 1925 – 26 Mart 1935 arasında çıkarılan kanunlarla), 21 Haziran 1934 Soyadı Kanunu, 26 Kasım 1934 Lakap ve Ünvanların Kaldırılması Kanunu gibi kanunlarla, ülkede, ulus ve laik devlet olma yolunda, devlet eliyle sosyal yaşamı düzenleme çabaları başladı. Bu köklü sosyal değişikliklerin yapılması kolay olmadı. Bazı kişi veya gruplar, bu değişikliklere tepki gösterdiler ve direndiler. İstiklal Mahkemeleri bu kişileri yargılayarak, yeni düzenin kurallarının yerleşmesinde rol oynadılar.

Cumhuriyet Dönemi İstiklal Mahkemelerinin yargıladıkları suçları, kısaca şu şekilde sınıflandırabiliriz, 1924'te Hilafet'in kaldırılmasına tepki olarak çıkan Şeyh Sait İsyanı'na katılanların, Şapka Kanunu'na muhalefet edenlerin, İzmir Suikast'ine karışanların, Takriri Sükun Kanunu'na uymayanların yargılanması, eşkiyalığın engellenmesi ve ülke içi ulaşım ve ticaret güvenliğinin sağlanması için çıkarılan 'İzale-i Şekavet Kanunu'na muhalefet edenlerin, Atatürk'e suikast girişiminde bulunanların ve İttihatçılık yapanların, muhalif basının (yenilikleri eleştirmesi nedeniyle), asker kaçaklarının, komünist örgütlenme suçlarının, zorbalık yapıp halkı ezenlerin, iftira eden ve görevi kötüye kullanan, rüşvet, yolsuzluk, casusluk yapanların ve son olarak hükümete muhalefet edenlerin yargılanması²⁸⁷. Cumhuriyet Dönemi İstiklal Mahkemeleri hakimleri de milletvekilleridir.

İstiklal Mahkemeleri, 7 Mart 1927'de görevlerine son verilerek fiilen kaldırılmışlardır. Ancak 31 Temmuz 1922 tarihli İstiklal Mahkimi Kanunu yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Söz konusu kanun, 1949'da yürürlükten kaldırıldığından, İstiklal Mahkemeleri, hukuken 1949 yılında kaldırılmışlardır.

Bu Mahkemeler, kurulmalarından önce işlenen fiiller hakkında da yargılama yapmışlardır. İstiklal Mahkemelerinde, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı için

²⁸⁷ AYBARS (1998), s. 404.

evleviyetle gereken, tabi hakim ilkesinin dar tanımındaki ‘önceden olan olaylarla ilgili yargılama yapmamanın’ ihlal edildiğini görüyoruz. Hakimlerin tamamının aynı zamanda meclis üyesi olması, hakimlerde hukuk bilgisine sahip olma niteliği aranmaması, kararlarına karşı bir dönem sanıklara temyiz hakkının tanınmaması, bir dönem itiraz merciinin İstiklal Mahkemesi hakimlerinin üyesi olduğu Meclis olması, hakimlerinin atanmasındaki tüm yetkinin Meclis’te olması (bu durum hakimlerin meşruiyetini artırsa da, atanan hakimler toplumun her kesiminin yargı kürsüsüne yansımaları sağlayacak şekilde atanmamış, yukarıda değinildiği üzere Meclis’te yapılan seçimle ‘çoğunluğun’ görüşüne yakın olanlar atanmıştır) ve hatta bir dönem sadece Başkomutan’ın emri ile hakimlerin atanmış olması gibi hususlar, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının bu Mahkemeler’de gözetilmediğini ortaya koyan diğer unsurlardır. Bu mahkemelerde sanıklar, itham edildikleri suçları işlemediklerini ispat etmekle yükümlü tutulmuşlardır. Kurtuluş Savaşı’nın kazanılması ve Türk Devrimi’nin yerleştirilmesi için çalışan Mahkemeler, karşı devrimci güçleri tasfiye etmekte kullanılmışlardır²⁸⁸.

VI. TAHKİKAT KOMİSYONU, 27 MAYIS 1960 ASKERİ DARBESİ ve YASSIADA MAHKEMESİ

27 Mayıs 1960 darbesine neden olan birden çok etken vardır. Bu etkenlerin en önemlilerinden birisi (daha önce değinildiği üzere) 1924 Anayasası’nda yargının, yasama ve yürütmeyi dengeleyebilecek bir anayasal kurum olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Her ne kadar 1924 Anayasası’nda kuvvetler, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde toplanmışsa da yasama yetkisi Meclis’e, yürütme görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’na ve yargı yetkisi bağımsız mahkemelere verilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız üzere, 1924 Anayasası döneminde yargı yürütmeden bağımsız bir yapıya sahip değildir. Ayrıca yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyebilecek bir yargı sistemi de mevcut değildir. Bu durum kuvvetler birliğine dayanan devlet sistemini benimsemiş olan, o dönemin Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nde, yargı yetkisinin yasama ve yürütmeyi sınırlayabilecek durumda

²⁸⁸ Haluk İNANICI, *Örfi İdare Yargısından Yeni Devlet Güvenlik Mahkemelerine Sanık Hakları, Parçalanmış Adalet Türkiye’de Özel Ceza Yargısı* (Derleyen: Haluk İnanıcı), İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, ss.13 – 63, s.22.

olmamasına neden olmuştur. Anayasa'yı ihlal eden kanunların çıkarılmasını engelleyebilecek bir kurumun yokluğu, sistem için önemli bir eksiklik oluşturmıştır. Bu eksiklik, ülkenin ekonomisi sağlamken pek dikkat çekmezken ülkenin ekonomisi bozulduğunda ve ülke içinde karışıklıklar çıkmaya başladığında iktidarın anayasayı ihlal etme pahasına aldığı tedbirler nedeniyle oldukça dikkat çeken bir hal almıştır.

Ülkeyi 1960 darbesine götüren süreç, kısaca şöyle özetlenebilir. 7 Ocak 1946'da Cumhuriyet Halk Partisi İktidarı'nın izni ile Demokrat Parti kurulmuştur. Kurucuları CHP'de siyaset yaparken parti yönetimi ile ters düşen kişiler, yani eski CHP'lilerdir (Celal Bayar, Adnan menderes, Refik Koraltan, Fuat Köprülü). Aynı yıl yapılan ve şaibelerin karıştığı seçimden CHP iktidar olarak çıkmıştır. 1950'ye kadar tek başına iktidarını sürdüren CHP, 14 Mayıs 1950'de yapılan seçimle iktidarı, DP'ye devretmiştir. DP'nin iktidara gelmesi, askeri bir kesim tarafından engellenmek istenmiş, ancak çok partili sisteme geçilmesi gerektiğini düşünen İsmet İnönü tarafından bu girişim önlenmiştir²⁸⁹. DP'nin iktidara geldikten sonra ilk icraatlarından biri, 1932 yılından beri Türkçe okunan ezanın, tekrar Arapça aslının okunması için kanun çıkarmak olmuştur²⁹⁰. Bu durum DP'ye olan asker tepkisini katlamıştır. DP İktidarının başlarında, ülkedeki ekonomik durum iyiye gitmiştir. Ancak 1953'ten itibaren, ekonomik durum kötüye gidince ve ülke döviz sıkıntısı içine girince, iktidar, bazı sıkı ekonomik tedbirler almak zorunda kalmıştır. İthal mallara getirilen yüksek gümrük vergileri ve ithal malların piyasada azalması sonucu fiyatlarının artması, ülke içinde bazı ürünlerin stokçuğunun ve karaborsacılığının başlamasına neden olmuştur²⁹¹. Böylece ülkede, II. Dünya Savaşı nedeniyle tek parti döneminde yaşanmış olan ekonomik sıkıntılara benzer sıkıntılar yaşanmaya başlamıştır. Demokrat Parti, liberal ekonomik politikaları terk etmek zorunda kalmış, ekonomik bunalımdan kurtulmayı başaramayınca da, 1957 yılında devalüasyon yapılmak zorunda kalmıştır. Devalüasyonun etkisiyle maaşları eriyen sabit

²⁸⁹ 1950 yılında Demokrat Parti genel seçimi kazanıp Cumhuriyet Halk Partisi kaybettiğinde, dönemin Birinci Ordu Komutanı Orgeneral Noyan, Cumhurbaşkanı İsmet İnönü'yü arayıp eğer izin verirse, seçimlere komünistlerin hile karıştırdığı varsayımı ile müdahale edebileceklerini söylemiştir. Cumhurbaşkanı İsmet İnönü ise milli iradeye kendisi gibi tüm devlet birimlerinin saygı göstermesi gerektiğini söyleyip orduyu durdurmuştur. Mehmet Ali BİRAND – Can DÜNDAR – Bülent ÇAPLI, **Demirkırat Bir Demokrasinin Doğuşu**, Doğan Kitap, İstanbul, 2001, s.57.

²⁹⁰ ÇİZMELİ (2010), s. 190–195.

²⁹¹ Yaşar BAYTAL, “*Demokrat Parti Dönemi Ekonomi Politikaları (1950–1957)*”, **Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, S.40, Kasım 2007, ss. 545–567, s. 555-556.

gelirliler Hükümet'e karşı tepki göstermeye başlamışlardır²⁹². Ülkede ekonomik sıkıntıların baş göstermesi ile oluşan huzursuzluğu aşmak isteyen Hükümet, zamanında kendisinin eleştirdiği, Tek Parti Dönemi'nin uygulamalarını tekrarlar nitelikte kanunlar çıkarmış²⁹³ ve bu durum halkın içinde karışıklıklar çıkmasına neden olmuştur. Ülke içindeki karışıklıklar partizan kavgalara dönüşmüştür²⁹⁴. Karmaşayı sona erdirmek isteyen Hükümet, yanlış bir yöntem seçmiş ve her türlü muhalefetin sesini bastırmak için, basına yasaklar getirmiş, üniversite hocalarının siyasi konuşmalar yapmasını yasaklamış, en üst idari amirlerin, memurları emekliye sevk edebilmesini sağlayan düzenleme yapmış ve pek çok hakimi emekliye sevk ederek yargıya göz dağı vermiştir²⁹⁵. Demokrat Parti'nin, muhalefeti bastırmak için oluşturduğu Tahkikat Komisyonu, hem CHP saflarından, hem de toplumdan oldukça büyük tepkilerin doğmasına neden olmuştur.

A.TAHKİKAT KOMİSYONU

Toplumsal olayların bir türlü bastırılamamasından CHP'yi sorumlu tutan Adalet Partisi, 18 Nisan 1960'ta Tahkikat Komisyonu kurulması için TBMM'ye önerge vermiştir²⁹⁶. Önerge,

“ ...

1. Meşru iktidarı, aleni devlet görevlerini, Türk kadınlarını, dost ve müttefiklerimizi iğrenç isnatlarla kötölemek ve çeşitli gayrı meşru ve kanun dışı yollarla halkı kanunları ihlal etmeye, kanuni tedbirlere karşı mukavemet etmeye,

²⁹² Ersin KALAYCIOĞLU, “27 Mayıs 1960 İhtilaline Giden Yol”, **27 Mayıs 1960 Derimi Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası** (Editör: Suna Kili), Boyut Kitapları, İstanbul, 1998, s.38.

²⁹³ Gümrük vergisinde değer esasına geçilir, gümrük vergileri yükseltilir, ithal mallarda fiyat kontrolü uygulamasına geçilir. Ülke içindeki stokçuluğu ve karaborsayı engellemek için 6 Haziran 1956'da Milli Korunma Kanunu (TBMM Zabıt Ceridesi, D:10, c. XII, Kısım:1, s.222–226) çıkarılır. Bu kanuna muhalefet edenlerin yargılanması için de Milli Korunma Mahkemesi Kurulması Kararnamesi (Demokrat Parti Meclis Grubu Müzakere Zabıtları, D:10, c.CLLIV, s. 7 -10.) çıkarılır.

²⁹⁴ Bu durum bir görüşe göre Türkiye'nin Amerika'dan daha çok yardım almak istemesi ve bunun karşılığını görememesi nedeniyle Sovyet Rusya'ya yakınlaşması karşısında, Amerika'nın Demokrat Parti'ye karşı tepki olarak ülke içinde oluşmuş olan darbe yanlılarını desteklemesi politikasının bir sonucudur. Bu görüşü destekler şekilde 27 Mayıs Darbesi uluslararası basında olumlu karşılanmış ve uluslararası basında “*Türkiye'nin Sovyet tazyikine karşı kuvvetleneceği*” yorumu yapılmıştır. Bkz. 29 Mayıs 1960 tarihli Milliyet Gazetesi, <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/Arsiv/1960/05/29> , (son erişim: 06.09.2011).

²⁹⁵ 1924 Anayasası Dönemi'nde bu konu detayları ile ele alındığı için tekrar ele alınmayacaktır.

²⁹⁶ Önergeyi veren vekiller: Bursa Milletvekili Mazlum Kayalar ve Denizli Milletvekili Baha Akşit'tir.

Hükümete, idari ve adli mercilere karşı galeyana ve fiili tecavüzlere teşvik ve tahrik etmek,

2.Müsait terakki ettikleri mahallerde kendi partilerine mensup bazı şahısları silahlandırmak suretiyle iktidar partisinin mensup ve taraftarları aleyhine münferit veya toplu şekilde baskı yapmaya ve suç işlemeye teşvik suretiyle memlekette kanlı kardeş kavgalarına müncer olan tertiplere başvurmak,

3.Orduyu siyasete karıştırmak teşebbüsleri de dahil olmak üzere, memleketin emniyet ve asayişini korumakla görevli olanları çeşitli propaganda, baskı ve vaatler yoluyla, görevlerini yapmaktan alıkoymaya cüret ve teşebbüs etmek,

4.Bizim radyo adındaki, komünist radyosunu, halk partisine ait bir radyo olarak göstermek suretiyle halkı bu yayınları dinlemeye sevk etmek ve kamuoyunu vahim yayının zararlı etkilerine maruz bırakmak,

5.Bütün bu kanun dışı faaliyetlerini kamuoyuna karşı haklı gösterebilmek için, TBMM'nin, onun güvenine sahip hükümetin meşruiyetinden halkı şüpheyeye düşürecek, ve bundan da öte gelecek seçimlerin de meşruiyetini geçersizmiş gibi göstererek kurulmuş ve kurulacak iktidarlar aleyhine vatandaşları, gayrimeşru yollarla tahrik etmek suretiyle güvensizliğe ve huzursuzluğa sevk etmek,

6.Hücre teşkilatı ile işleyen, gizli kollar kurmaya çalışarak, yukarda açıklanan faaliyetleri daha etkili bir hale getirmek,

Suretiyle giriştiği, yıkıcı, kanun dışı ve gayrimeşru faaliyetleri ile;

7.Aynı maksat ve gayelerle ve yazılı basın yolu ile faaliyette bulunarak, Cumhuriyetimizin ve genç demokrasimizin fikri ve manevi temellerini tahribeden, Devletin ve toplumun ana müesseselerini şantaj, baskı ve tehdit suretiyle işlemez bir hale getirmek, gerçekleri tahrif etmek, yalan yanlış yazılı basında haber çıkarmak suretiyle memleketin siyasi, iktisadi, mali, sosyal hayatını, tehlikeye maruz bırakan bir kısım basının,

Bünyesini, çalışma tarz ve metotlarını, ve kanunlar çerçevesindeki tutumunu ve bu kanunları işlemez hale getirmek konusundaki gayrimeşru faaliyetlerinin ve yukarda belirtilen detaylı olarak arz edilen halin önlenmesini gayrimümkün kılmakta olan sebeplerin içeriğini tetkik ederek elde edeceği neticeleri, TBMM'ye bildirmek

üzere İçtüzüğü'nün 177. Maddesi hükümlerine göre 15 kişilik bir tahkikat encümeni kurulmasını; bu encümenin TBMM'den veya adli mercilerden ayrıca karar alınmasına gerek olmaksızın, İçtüzüğü'nün 16. babında yer almış bütün yetkilerle donatılmasını; tahkikatın sağlıklı yürümesini temin etmek için tahkikatın devamı süresine münhasır olmak üzere, Türkiye'deki her türlü siyasi hareketleri ve faaliyetleri durdurma kararı dahil olmak üzere lüzumlu göreceği her türlü tedbir ve kararları da almaya da yetkili ve gerektiğinde Meclis dışında da faaliyette bulunmaya yetkili kılınmasını ve ayrıca çalışmasını üç ayda tamamlamasını arz ve teklif ederiz²⁹⁷” şeklindedir. Bu teklif TBMM'de çetin tartışmalara neden olur. İlk olarak İsmet İnönü söz alır ve CHP'nin gayrimeşru dairede değil meşru dairede hareket ettiğini savunur, ve “Şimdi arkadaşlar böyle bir yetkiyi istemek insanların dün, bugün değil, yüz bin sene evvelden beri reddettikleri bir anlayıştır. Bir insan hem davacı, aynı zamanda hükümcü ve aynı zamanda tatbikatçı olamaz. Davacı olan bu encümen hükmünü vermiş olduğu halde bu hükmü tatbik etmek için de yetki istiyor. Bu yetki bütün hukuk nitelendirmelerinin dışındadır, Anayasa'nın üstünde ve kanun dışındadır, düpedüz gayrimeşru bir taleptir. Milletvekili olarak böyle gayrimeşru bir saldırıyı kabul etmeyeceğiz. Vatandaşlara, kanunların, adaletin, Anayasa'nın, dışında haksız, kanun dışı gayrimeşru yetki ile yapılacak müdahaleleri kabul etmemelerini söyleyeceğiz. ... Arkadaşlar şimdi bu encümenin bir hususi karakteri vardır. Bu encümen hükümetin üstünde TBMM'nin üstünde bir baskı rejiminin bünyesi olacaktır. ... Muhterem arkadaşların reylerinizi vereceksiniz, reylerinizle adlarınızı temiz evlatlarınıza bırakmak vaziyetindesiniz. Baskı idaresine, millet bütün namuslu teşkilatı ile bütün sade vatandaşlar ile mukavemet edecektir. Bu tedbir ve bu tedbiri alanlar muvaffak olmayacaktır”²⁹⁸. İsmet İnönü'nün konuşmasının ardından mecliste ciddi tartışmalar yaşanır ve İsmet İnönü, CHP grubu adına tekrar kürsüye gelir ve DP'ye “... Bu, demokratik rejimden ayrılıp baskı rejimi haline götürmek tehlikeli bir şeydir. Bu yolda devam ederseniz ben de sizi kurtaramam. Şimdi arkadaşlar şartlar tamam olduğu zaman milletler için ihtilal meşru bir haktır. ... İhtilal niçin yapılır? Eğer ihtilal vatandaş için başka çıkar yol yoktur, kanaati zihinlere ve bütün müesseselere yerleşirse, meşru bir hak olarak

²⁹⁷ TBMM Zabıt Ceridesi, D:XI, C:18, İ:3, s. 191-192.

²⁹⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, D:XI, C:18, İ:3, s. 195 – 196.

kullanılacaktır. Bundan içtinap kabil değildir”²⁹⁹ şeklindeki ünlü uyarısını yapar. Bu uyarı karşısında daha da alevlenen tartışmalar sonunda, 352’ye karşı 2 oyla Tahkikat Komisyonu’nun kurulmasına karar verilir ve Komisyon üyeleri seçilir. Komisyon kurulduktan sonra da, Komisyon’un Anayasa’ya aykırı olduğu mecliste sürekli gündeme getirilir ve yapılan yanıltan bir an evvel dönülmesi gerektiği vurgulanır. Örneğin, Turhan Feyzioğlu, Komisyon’un Anayasaya aykırı olduğunu, Meclisin bünyesinde olmayan yetkilerin Komisyona devrinin mümkün olmadığı halde Komisyon’a Meclis üstü yetkiler tanındığını, Komisyon’un asıl amacının CHP’yi yani muhalefeti bitirmek olduğunu; müstakil mahkemeler yerine geçen bu komisyonda yargılananların, siyasi rakipleri tarafından tahkikata uğrayıp yargılanacaklarından, doğal hakim ilkesine aykırı yargılanmış olacaklarını belirtir³⁰⁰. Hem İnönü’nün, hem de Feyzioğlu’nun konuşmaları, bu komisyonun, yargılayacağı kesimin, yargılayacak kesimin rakibi olması nedeniyle, kurgusal bir mahkeme konumunda olduğunu vurgular niteliktedir. Tahkikat Komisyonu’na ilişkin kanun, hakim ve savcılarının yetkilerini, tahkik sistemine benzer nitelikte yasama ve yürütmenin keyfine bırakarak hukuk devletini ortadan kaldırmıştır³⁰¹. Hukuk tekniği açısından çok açık olan bu gerçekler, DP tarafından dikkate alınmamıştır.

Bir görüşe göre, Tahkikat Komisyonu, kendisine tanınan olağan üstü yetkilerle çalışmaya başlamış, Ankara ve İstanbul’da, Komisyon’a tepki olarak çıkan olayların duyurulmasını, bununla ilgili haberleri, yorumları, makaleleri; İnönü’nün bazı konuşmalarının, basında herhangi bir şekilde yer almasını yasaklamıştır. Bazı dergileri ve gazeteleri tamamen kapatmıştır. Bu yasaklara karşı Meclis’te ve halkta tepkiler gittikçe büyümeye başlamış ve özellikle üniversite gençliği yapılan baskıcı uygulamalara tepki göstermek için geniş çaplı eylemlere başlamıştır³⁰². Diğer bir görüşse Tahkikat Komisyonu’na ilişkin 7468 Sayılı yasanın uygulanmadığını belirtir³⁰³. Kanunun uygulanıp uygulanmamasından daha önemli olan, iktidarın

²⁹⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, D:XI, C:18, İ:3, s. 207.

³⁰⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, D:XI, C:13, İ:3, s.276 – 287.

³⁰¹ Ersan ŞEN, “*Rafa Kalkan Demokrasi ve Hukuk Bumerang Etkisi*”, **Güncel Hukuk**, Temmuz 2010, ss. 16–18, s. 16.

³⁰² Seçil KARAL AKGÜN, **27 Mayıs, Bir İhtilal Bir Devrim Bir Anayasa**, ODTÜ Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 78 – 81.

³⁰³ ŞEN (2010), s. 16.

böylesine hukuk dışı bir işe kalkışmış olması ve bunun doğurduğu toplumsal sonuçlardır. Nitekim Kanun'a, toplumun ve özellikle üniversite öğrencilerinin, eylemlerle verdiği cevap gecikmemiştir.

B.27 MAYIS 1960 DARBESİ ve YASSIADA MAHKEMESİ

Darbeden önceki son bir ayın tablosu da farklı değildir. 28 Nisan 1960'ta Ankara ve İstanbul'da sıkıyönetim ilan edilmiş, ancak olayları dindirmek için alınan tedbirler, çözüm getirmek bir yana, İktidar'a karşı olanları daha da sertleştirmiştir. 5 Mayıs saat 5'te Kızılay'da, geniş kitlelerin katıldığı ünlü 555K mitingi yapılmıştır³⁰⁴. 27 Mayıs'tan bir hafta önce (21 Mayıs'ta), Harp Okulu öğrencilerinin yürüyüşü, siyasi sürecin aktığı mecrayı sergiler nitelikte olmuştur³⁰⁵. Tırmanan olaylar dizginlenememiş ve 27 Mayıs 1960 Cuma günü sabaha karşı, Türkiye tarihinde ilk defa, asker ülke yönetimine el koymuştur. Yapılan darbenin ardından, Demokrat Parti'ye, Celal Bayar'a ve Adnan Menderes'e ne olacağı sorunu doğmuştur. Cemal Gürsel ve darbeyi yapan bir grubun kanaatleri başlangıçta, DP ekibi hakkında yargılama yapılmaması, üç ay içinde seçime gidilmesi ve ülkenin askeri yönetimden, kansız şekilde çıkıp demokratik yönetime girmesi iken³⁰⁶, olaylar bu çerçevede gelişmemiştir. Uzun zamandır muhalefette kalan CHP'li bazı kadroların da girişimi ile DP'nin kapatılması ve devrilen hükümetin yargılanması gerektiğine karar verilmiştir³⁰⁷. Aksi düşünce taraftarları ise tasfiye edilmiştir. Böylece darbeyi yapan ekipte (Milli Birlik Komitesi'nde), DP ekibine sert davranmak isteyenler kalmıştır.

MBK'ya, Millet Meclisi'nin yetkilerini tanıyan ve 1924 tarih ve 491 Sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun çıkarılmıştır. 491 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin son paragrafı, *"Yargılanmaları 1924 Anayasası'na göre, Divan-ı Aliye'ye ait bulunan kişiler hakkında soruşturma ve yargılama yetkisi, Yüksek Adalet Divanı ve Yüksek Soruşturma Kurulu'ndadır"* kuralını getirmiştir. Bu

³⁰⁴ KARAL AKGÜN (2009), s.89.

³⁰⁵ Erdal ŞEN, *Belgelerin Dilinden Yassıada'nın Karakutusu*, Zaman Kitap, İstanbul, 2001, s.21.

³⁰⁶ BİRAND – DÜNDAR – ÇAPLI, (2001),s. 193.

³⁰⁷ Rıfıkı Salim BURÇAK, *İdamların İçyüzü*, Demokratlar Kulübü Yayınları No:12, Ankara, 1997, s.36 -37.

kural nedeniyle yargılanacak olan Bakanların³⁰⁸ yargılanması yetkisi, itham edilen suç işlendiği zaman yetkili ve görevli olan mahkemeden alıp, suç işlendikten sonra kurulan ve Yassıada Mahkemesi olarak bilinen, Yüksek Adalet Divanı'na verilmiştir. Diğer taraftan, Yüksek Adalet Divanı, Devrik İktidarı kullananları yargılamak üzere diğer bir ifade ile ismen tek tek belli olan kişileri yargılamak üzere kurulmuştur³⁰⁹. Tahkikat Komisyonu, doğal hakim ilkesine aykırı olduğu kadar, Yüksek Adalet Divanı da doğal hakim ilkesine aykırıdır. Fakat Tahkikat Komisyonu'na tepki gösteren kesim, Yüksek Adalet Divanı'na sıcak yaklaşmıştır. Bu durum akla, Lord Acton'ın *"İktidar (insanı) bozar, mutlak iktidar mutlaka bozar"* sözünü getirmektedir.

Yüksek Adalet Divanı, adli, askeri ve idari yargı hakimlerinden, Bakanlar Kurulu'nun teklifi üzerine, Milli Birlik Komitesince seçilecek bir başkan, sekiz asil ve altı yedek üyeden kurulmuştur. Görüldüğü üzere, Yüksek Adalet Divanı hakimleri meslekten hakimlerden seçilmiştir. Hakimlerin, meslekten hakimler olması olumlu görünse de, doğrudan MBK'ca seçilmiş olmaları, hem meşruiyetlerinin, hem de tarafsızlıklarının bulunmadığını gösterir. Nitekim MBK, iktidarı; yargılanacak olan, eski devlet idarecilerinin elinden zorla almış ve eski iktidardan memnun olmayan bir komitedir.

491 Sayılı Kanunun 6. maddesi, sanıkların sorumluluklarını araştırmak ve haklarında son tahkikat açarak, Yüksek Adalet Divanı'na verilmeleri gerekip gerekmediğine karar vermek üzere, bir de Yüksek Soruşturma Kurulu oluşturulmasını düzenlemiştir. Bu kurul, Bakanlar Kurulu'nun teklifi üzerine MBK'ca seçilecek bir başkan ile yeteri kadar üyeden oluşmuştur. Sanıkların yargılanmalarına gerek olup olmadığına hükmetme yetkisi verilen bu kurul, mahkeme gibi bağımsız değildir. Çünkü 6. maddenin devam eden paragrafında, Yüksek Adalet Divanı'nın başsavcısı ile yeteri kadar yardımcısının; MBK'ca Yüksek Soruşturma Kurulu'nun, başkan ve üyeleri arasından seçileceği belirtilmiştir. Bu

³⁰⁸ 1924 Anayasası'nın 61. Maddesi Bakanların yargılanmasının Yüce Divan'da yapılacağını öngörmektedir.

³⁰⁹ Osman DOĞRU, **27 Mayıs Rejimi**, İmge Kitapevi, Ankara, 1998, s. 140.

düzenlemelere uygun olarak yapılan atamalarla, Yüksek Adalet Divanı'nın başkanlığına, Hakim Salim Başol, Başsavcılığına Ömer Altay Egesel getirilmiştir³¹⁰.

491 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 6. paragrafı, Yüksek Adalet Divanı'nın kararlarının kesin olduğunu, ancak idam kararlarının infazının, kararın MBK'ca tasdikine bağlı olduğunu belirtir. Bu düzenleme Yüksek Adalet Divanı'nın kararlarının, temyiz edilemeyeceğini ve karara itiraz edilemeyeceğini gösterir. MBK tarafsız bir makam olmadığı halde, zaten kendisinin atadığı kişilerden oluşan mahkemede verilen, idam kararlarının onay mercii olarak düzenlenmiştir.

491 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 7. paragrafı, MBK üyelerinin, üyelikten ayrılırsalar bile, Yüksek Adalet Divanı'nda ve Yüksek Soruşturma Kurulu'nda görev alamayacaklarını düzenler. Bu durum, MBK üyelerinin, davada hakim veya savcı olmayarak, mahkeme üzerinde baskı oluşturmamalarına yöneliktir. Ancak zaten mahkeme üyelerini onlar seçtiği için, yargılama yapacak kişiler de onların dünya görüşünden kişilerdir. Bu nedenle söz konusu hüküm, göstermelik bir hükümdür. Yassıada mahkemesinde, duruşmalar açık yapılmıştır ve hatta yabancı basın da duruşmaları takip edebilsin diye simultane çeviri yapılması için mahkemede özel tertibat hazırlanmıştır³¹¹. Bir taraftan duruşmalara şeffaflık katılarak, mahkemeye baskı yapılmadığı izlenimi verilirken, bir taraftan da MBK'nın belirleyeceği bir askerin tüm duruşmaları bizzat takip edebilmesi için mahkemeye, özel bir bölüm yaptırılmıştır. Böylece, mahkemeyi kuran güç, hakimler ve savcılar tarafından bir an bile unutulmamıştır³¹². Nitekim mahkeme heyetinin başı Hakim Salim Başol, sanık Samet Ağaoğlu'nun *"İyi ama sayın başkan filan filan kanunlara oy verdiğimiz için bizleri suçluyor ve yargılıyorsunuz ama aynı kanunlara bizimle birlikte oy vermiş ve sonradan DP'den ayrılıp CHP'ye geçmiş milletvekili ve bakanlar neden burada değiller, bizimle birlikte yargılanmıyorlar?"* sorusu üzerine, "Sizi buraya tıkan

³¹⁰ AKIN (2010), s. 369.

³¹¹ Nadir NADİ, **27 Mayıs'tan 12 Marta**, Yeni Gün Haber Ajansı Basım ve Yayıncılık, (Yayın Yeri Belirtilmemiş), 1999, s.59.

³¹² MBK Yassıada duruşmalarını izlemek üzere o dönemde Kurmay Binbaşı olan Orhan Erkanlı'yı görevlendirmiştir. MBK üyelerinden ve eski senatör Kamil Karavelioğlu buradaki amacın *"Yassıada ile ilgili sorunlara yardımcı olmak ve orada olup bitenleri komiteye bildirmek"* olduğunu ifade eder. Bkz. KARAVELİOĞLU, **Bir Devrim İki Darbe 27 Mayıs, 12 Mart, 12 Eylül**, Gürer Yayınları, İstanbul, 2007, s. 139.

kuvvet böyle istiyor!” ifadesini kullanmıştır³¹³. Bu ifade, hem Yassıada Mahkemesi’ndeki yargılamaların belli bir kesimi (DP’yi ve onun taraftarlarını) sindirmeye yönelik olduğunu gözler önüne serer hem de Mahkeme Başkanı’nın mahkemeyi kuran gücü unutmadığını gösterir niteliktedir. Bu ifade bile tek başına Yassıada Mahkemesi’nde sanıklara karşı tarafsız davranılmamış olduğunu göstermeye yeter. En açık örnek bu olmakla birlikte tek örnek bu değildir. Mahkeme Başkanı, Fatin Rüştü Zorlu’ya “Yapamazsan ne yapalım? Yapan yapar. 14 Ekim’den beri yaptığınız kafidir”, Zeki Eratman’a “Kafi. Susmazsanız sustururum” gibi daha pek çok taraflı ve savunma hakkını ihlale yönelik konuşları kayıtlara geçmiştir³¹⁴.

Yassıada Mahkemesi’nin verdiği kararların gerekçeleri de hem yapılan yargılamanın hem de verilen kararların adaleti sağlama amacına değil eski iktidarı ve onun taraftarlarını sindirme amacına hizmet ettiğini gösterir. Nitekim mahkeme sanıklardan bazıları hakkında verdiği hükmün gerekçesinde, bu kişilerin Celal Bayar ve Adanan Menderes’le yakın ilişki içinde olmalarına dayanmıştır³¹⁵.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanamadığı, Yüksek Adalet Divanı’nda, toplam 592 kişi yargılanmış, bu kişilere çeşitli cezalar verilmiştir. 15 kişi hakkında idam cezasına hükmedilmiş ancak 3 kişinin idamı (eski Başbakan Adnan Menderes, eski bakanlar Fatin Rüştü Zorlu, Hasan Polatkan), MBK tarafından onaylanmış ve infaz edilmiştir³¹⁶. Türkiye’nin yargı tarihinde, doğal hakim ilkesine aykırı kötü bir örnek olarak yerini alan Yüksek Adalet Divanı, ne yazık ki son kötü örnek olmamıştır.

VII.1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI ve YARGI TARAFSIZLIĞI

MBK, yeni bir anayasa hazırlamaları için, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi hocalarından oluşan bir bilim kurulunu görevlendirmiştir. İstanbul Komisyonu da anayasa taslağını MBK’ya sunmuştur. Kamuoyunda, İstanbul

³¹³ M. Kemal BİBEROĞLU, **Yassıada Kararları ve Tahkikat Komisyonunun Bilinmeyen Gerçekleri**, Demokratlar Kulübü Yayınları, Ankara, 1996,s. 34 - 35.

³¹⁴ ŞEN (2001), s. 90-97.

³¹⁵ Zeliha HACIMURATLAR, “*Hukuk – Politika - Adalet İlişkisi Açısından Yassıada Yargılamalarına Kısa Bir Bakış*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 3, 2008, ss. 82- 90, s. 87.

³¹⁶ AKIN (2010), s. 369.

Komisyonu'nun hazırladığı Anayasa Taslağı'na karşı tereddütler oluşunca MBK yeni anayasayı yapması için bir kurucu meclis oluşturmaya karar vermiştir³¹⁷. 6 Ocak 1961'de yeni anayasayı yapmak için toplanan Kurucu Meclis, Temsilciler Meclisi ve Milli Birlik Komitesi olmak üzere iki kanattan meydana gelmiştir. Temsilciler Meclisinin bir kısmı, iki dereceli seçimle seçilen üyelerden, bir kısmı siyasi partilerce seçilen parti üyelerinden, bir kısmı da meslek temsilciliği yöntemi ile seçilen kişilerden oluşmuştur³¹⁸. Kurucu Meclis anayasayı hazırlamış ve bu anayasa halkoyuna sunulmuştur. Referandumda %61.7 kabul oyu alan, 1961 Anayasası yürürlüğe girmiştir³¹⁹.

1924 ve 1961 Anayasaların arasındaki en temel fark, 1924 Anayasası'nda kuvvetler birliği görevler ayrılığı esası hakimken, 1961 Anayasası'nda kuvvetler ayrılığı esasına geçilmiş olmasıdır³²⁰. Yasama ve yürütme karşısında yargı erkinin, onları dengeleyebilecek güçte ve bağımsızlıkta kurulması için; 1961 Anayasası'nda, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını güçlendirmeye yönelik önemli adımların atıldığı görülür³²¹. Bu adımların en önemlisi, Yüksek Hakimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu'nun kurulmasıdır. 1961 Anayasasında, Yüksek Hakimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu'na ilişkin düzenlemenin ilk hali, bağımsızlığı sağlamakta oldukça başarılıdır. 1971 yılında yapılan anayasa değişikliği ile bu düzenlemelerde değişiklik yapılmış ve yargı bağımsızlığı hususunda geri adım atılmıştır.

A.45 SAYILI YÜKSEK HAKİMLER ve YÜKSEK SAVCILAR KURULU KANUNU DÜZENLEMELERİ

Yargı bağımsızlığının sağlanmasında, hakim ve savcılar mesleğe kimin alacağı, özlük işlerine kimin karar vereceği ve denetim ve disiplin işlerini kimin yürüteceği sorularının cevabı oldukça büyük önem taşır. İlk bölümde detaylı olarak

³¹⁷ Mustafa ERDOĞAN, **Anayasa Hukuku**, Orion Yayınevi, Ankara, 2007, s.150.

³¹⁸ ÖZBUDUN (2009), s. 36.

³¹⁹ ERDOĞAN (2007), s. 151.

³²⁰ Turhan Tufan YÜCE, **1924 Anayasası ile 1961 Anayasası Arasında Temel Yapıları Yönünden Bir Karşılaştırma ve Özellikle Danıştay Meselesi**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum, 1971, s. 10-28.

³²¹ SOYSAL (1974), s. 186.

ele alındığı üzere bu konularda, ideal olan, yetkili mercinin ne yasama ne de yürütme olmasıdır; her ikisinden de bağımsız bir kurul yetkili olmalıdır. Bu aşamaya, Türkiye tarihinde 1961 Anayasası ile gelinmiştir. 1924 Anayasası'nın son dönemlerinde siyasal iktidarın, hakimlerin özlük haklarını kısıarak, yargı kararlarını kendi istediği şekilde yönlendirme çabasına bir tepki olarak, 1961 Anayasası döneminde, yasama ve yürütmeden bağımsız bir organının, hakimlerin özlük hakları konusunda yetkilendirilmesi yoluna gidilmiştir³²².

1961 Anayasası döneminde savcılık ve hakimlik meslekleri birbirinden ayrı tutulmuştur. 1961 Anayasası'nda, 1971'e kadar sadece Yüksek Hakimler Kurulu adı geçmiştir. 45 Sayılı Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu'nda ise, Yüksek Hakimler Kurulu'nun yanında, Yüksek Savcılar Kurulu da düzenlenmiştir. Böylece hakimlik ve savcılık mesleklerinin özlük işlerini düzenleyecek, Yüksek Hakimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu olmak üzere, birbirinden ayrı iki kurul oluşturulmuştur. Yüksek Savcılar Kurulu, 1971 değişiklikleri ile 1961 Anayasası'na girmiş ve bu tarihten sonra anayasal bir kurul niteliğini kazanmıştır³²³.

45 Sayılı Kanun'da düzenlenen, Yüksek Hakimler Kurulu'nun ve Yüksek Savcılar Kurulu'nun, kendi bütçeleri olmadığından, bu Kurulların giderleri Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanmıştır³²⁴. Bu Kurulların ayrı bütçelerinin olmamasının, anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiş ancak iddiayı Anayasa Mahkemesi yerinde bulmamıştır³²⁵. Doktrinde bu karar eleştirilmiştir. Karara muhalefet şerhi yazan altı üyenin görüşü, genel olarak kabul görmüştür³²⁶. Bizim de katıldığımız söz konusu muhalefet şerhinde, *“Bir kurulun bağımsızlığı, sadece idari bakımdan tanınmakla, o kurula bağımsızlık sağlanamaz. Gerçek bağımsızlık, alacağı kararda olduğu kadar bu kararın tatbik ve icrasında da bağımsız olmayı gerektirir. Bu ise idari*

³²² ÜNAL (1994), s. 87; Levent GÖNENÇ, “Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları”, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1299852383-2.Dunyada_ve_Turkiye_de_Yuksek_Yargi_Kurullari.pdf, (son erişim: 15.10.2011), s. 2.

³²³ 1972 yılında çıkarılan 1597 sayılı Kanunla 45 sayılı Yüksek Hakimler Kurulu Kanunun adı Yüksek Hakimler ve Yüksek Savcılar Kanunu olarak değiştirilmiştir. Böylece 45 sayılı Kanunda zaten düzenlenmekte olan Yüksek Savcılar Kurulu, Kanunun adında da yerini almıştır. 45 sayılı Kanun çıkarıldığı 1962 tarihinden itibaren fiilen yüksek hakimler ve yüksek savcılar kurulu kurulmuş olduğu için biz 1961 – 1971 arası dönemi incelerken de Yüksek Hakimler ve Yüksek Savcılar Kurulu ismini kullandık.

³²⁴ YHKK madde 67.

³²⁵ AYM, E:1963/169, K:1963/113, KT: 15.05.1963.

³²⁶ KURU (1966), s. 16; İlhan ARSEL, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları Birinci Kitap: Cumhuriyet’in Temel Kuruluşu**, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s. 447; ÜNVER (1988–1990), s. 24.

bağımsızlığın yanında, özellikle mali bağımsızlığın sağlanması ile mümkündür. Muhasebe-i Umumiye Kanunu gereğince her bakanlığın işleyişine ilişkin gider bütçesinin tanzimi yetkisi bakanlara aittir. ... Adalet Bakanı'nın; bütçesinin siyasi ve mali sorumluluğunu Büyük Millet Meclisi'ne karşı taşımakta olması ve Yüksek Hakimler Kurulu'nun genel bütçeye giren bakanlıklar arasında Adalet Bakanlığı ile ilgi ve münasebeti aşikar bulunması, Yüksek Hakimler Kurulu gibi bağımsız bir Anayasa organına ait giderlerin, yürütme organının bir cüzü olan Adalet Bakanlığı bütçesi içinde yer alması için yeter bir sebep teşkil etmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, genel bütçeye dahil daireler arasında bulunmasına rağmen, giderleri genel bütçe içinde müstakil bir cüz haline getirilmiş ve ita amirliği de Mahkeme Başkanına verilmiştir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi hakkında uygulanan bütçe usulünün Yüksek Hakimler Kurulu hakkında da uygulanması icap eder, hatta adalet bakanlığı ile ilgileri tamamen kesilmiş olan hakimlerin her türlü özlük haklarına ait giderler ile yolluk vesaire gibi onların görevi ile ilgili diğer giderlerin de Yüksek Hakimler Kurulu'na ait müstakil bir bütçe içinde yer alması ve bütçenin ita amirliğinin de Yüksek Hakimler Kurulu Başkanı'na verilmesi zaruridir. ... ” ifadeleri yer alır ve Yüksek Hakimler Kurulu'nun (ve Yüksek Savcılar Kurulu'nun) bağımsızlığı için mali bağımsızlığın şart olduğu vurgulanır.

1961 Anayasası döneminde, 12 Mart 1971 Muhtırası sonrasında, 20.09.1971 tarih ve 1488 Sayılı Kanun'la Anayasa'da ciddi değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklerin bir kısmı yargı bağımsızlığını sınırlamaya yönelik olmuştur³²⁷. Yeri geldikçe bu değişikliklere değinilecektir.

Yüksek Hakimler ve Yüksek Savcılar Kurulu ile Adalet Bakanı arasındaki ilişki, 1961 Anayasası'nın ilk halinde “*Adalet Bakanı, Yüksek Hakimler Kurulu toplantılarına katılabilir; oylamaya katılamaz*” şeklinde düzenlenirken, 1971 Anayasa değişiklikleri ile bu düzenleme “*Adalet Bakanı gerekli gördüğü hallerde Yüksek Hakimler Kurulu toplantılarına başkanlık eder*” şeklini almıştır. 1971 Anayasa değişikliklerine, 45 Sayılı Kanun'un da uyarlanması için çıkarılan, 1597 Sayılı Kanun'un 4. maddesi ikinci fıkrası “*Adalet Bakanı gerekli gördüğü hallerde Yüksek Hakimler Kurulu toplantılarına başkanlık eder ve katıldığı toplantılarda oylamaya katılır*” düzenlemesini getirir. Bir görüşe göre Adalet Bakanı, tüm

³²⁷ FENDOĞLU (2010), s.195.

toplantılara değil, sadece kendi istediği toplantılara katılacağından, bu düzenleme ile yürütme organı Kurul'da sembolik olarak temsil edilir hale gelmiştir³²⁸. Adalet Bakanı'nın dolayısıyla yürütmenin değişiklikten önce, Yüksek Kurula müdahale edebilecek bir konumda olmadığı, 1971 değişiklikleri sonrasında ise Kurul'a doğrudan müdahale edebilecek bir konuma getirildiği görülür.

1.Yüksek Hakimler Kurulu

a.Yüksek Hakimler Kurulu'nun Yetki Alanı

Yüksek Hakimler Kurulu, sadece hakimlerin özlük işleri konusunda yetkilidir. Yüksek Hakimler Kurulu'nun yetki alanı, hem 1971 Anayasa değişiklikleri öncesinde, hem de 1971 Anayasa değişiklikleri sonrasında ilk derece mahkemesi hakimlerinin özlük işleri ile sınırlıdır³²⁹.

Yüksek Hakimler Kurulu'nun, yüksek yargı organlarından sadece Yargıtay'ın üyelerinin seçimi konusunda yetkisi vardır. Yargıtay üyelerinin nitelikleri ve özlük işleri, özel kanunla belirlenir³³⁰.

b.Yüksek Hakimler Kurulu Üyelerinin Seçilmesi

1961 Anayasası'nın 143. maddesine göre “*Yüksek Hakimler Kurulu, onsekiz asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Bu üyelerden altısı Yargıtay Genel Kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hakimlerce ve kendi aralarından gizli oyla seçilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu, yüksek mahkemelerde hakimlik etmiş veya bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler. Bu usulle Yargıtay Genel Kurulu'na iki, birinci sınıfa ayrılmış hakimler ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet senatosu tarafından birer yedek üye seçilir*”. Toplamda yirmiüç üyesi olan, Yüksek Hakimler Kurulu'nun, üyelerinin seçilmesinde yürütmenin etkisinin olmadığı görülür. Yasama meclislerinin, kurul üyelerinin bazılarını seçmesi, temsili demokrasinin ilkelerine

³²⁸ ÜNAL (1994), s. 79 – 80.

³²⁹ 45 sayılı Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu madde 2/1.

³³⁰ 1961 Anayasası madde 139/ 1–5.

uygun olarak değerlendirilmiştir³³¹. Kurul'a yasama meclislerince üye seçilmesi, hakimlerin siyasi görüşleri dolayısıyla bu makama getirilmeleri ve yasama meclisinde çoğunluğu elde eden bir partinin, Kurul'a seçilecek üyelerin tamamını seçmesi ve böylece Kurul'un siyasi iktidar lehine işlemesi ihtimalleri nedeniyle de eleştirilmiştir³³². Bu eleştiriye, yasama meclisinin üye seçme sisteminde, basit çoğunluk yerine, nitelikli çoğunluk usulünü benimsemesi halinde azınlıkların da, Kurul'a üye seçiminde söz sahibi olabileceklerine dikkat çekilerek cevap verilmiştir³³³. Uygulamada, yasama meclisinde Kurul'a süresi içinde üye seçilemediği için, Kurul istikrarlı ve düzgün çalışmamıştır³³⁴. 1967 yılında çıkarılan 868 Sayılı Kanun'la, Kurul'a üye seçmesi gereken kuruluşlardan birisi seçimi zamanında yapamazsa, diğer kuruluşların seçtikleri üyelerin işe başlayacakları öngörülmüştür. Bu düzenleme ile, Kurul Üyeliği seçiminde gecikmeye ilişkin sorun, kısmen aşılmıştır. Yasama Meclisleri'nce seçilecek üyelerin, hakimler arasından olması şartı öngörülmediğinden, yüksek mahkemeye üye olma şartlarını taşıyan herkesin, Kurul'a üye olarak seçilme ihtimalinin bulunması eleştirilmiştir³³⁵.

Birinci sınıf hakimlerin, kendi aralarında Kurul'a üye seçmeleri, bu hakimlerin birbirlerini çok fazla tanımamaları nedeniyle, aralarından kimin liyakatli olduğunu bilemeyecekleri ve bölgecilik, tavizcilik anlayışına göre seçim yapacakları iddiasıyla eleştirilmiştir³³⁶. Gerçekten hakimlerin, Yüksek Kurul'a üye seçilmek için hemşehri, tanıdık ve aracı peşinde koştukları gözlemlenmiştir³³⁷. Birinci sınıf hakimlerin kendi aralarından seçim yapmalarına yöneltilen diğer bir eleştiri ise, temelinde temsili demokrasi fikri yatan seçim anlayışının, sadece birinci sınıf hakimlere seçme hakkı tanınması ile bağdaşmadığı, tüm yargıçların seçime katılma haklarının olması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak, her üç kuvvetin de Kurul'da temsil edilmesi gerekir³³⁸. Diğer bir görüş ise, yasama meclislerinin ve birinci sınıf hakimlerin, Kurul'a üye seçmemesi

³³¹ Maksut MUMCUOĞLU, “Hukuk Devleti ve Yargıçlık Güvencesi”, Cumhuriyet, 29.01.1989.

³³² KURU (1966), s. 22 -23.

³³³ ÜNAL (1994), s. 75.

³³⁴ KURU (1966), s. 20 -21.

³³⁵ Danıştay Kanunu madde 8 gereği, 15 yıl devlet memurluğu yapan herhangi bir kişi hukuk bilgisine sahip olmasa dahi, yasama meclisince Yüksek Hakimler Kurulu'na üye seçilebilecektir ki bu durum yüksek yargının gereklerine aykırıdır. KURU (1966), s. 20.

³³⁶ KURU (1966), s. 23; ÜNVER (1988–1990), s. 175.

³³⁷ ÜNAL (1994), s. 77.

³³⁸ ÜNAL (1994), s. 76.

gerektiğini, Kurul’un tam bağımsız olması için, hakimlerin ilmi liyakatlerini tespit için kendilerine her temyiz edilen karar hakkında not veren ve bu sebeple bütün hakimleri en yakından tanıyan Yargıtay’ın tüm üyeleri belirlemesi gerektiğini savunur³³⁹.

Yüksek Hakimler Kurulu’nun üyelerinin tamamını Yargıtay seçmeli ki, Yüksek Hakimler Kurulu tam olarak bağımsız olabilsin görüşünden hareketle, 1971 değişikliklerinde, Anayasa’nın 143. maddenin ilk fıkrası “*Yüksek Hakimler Kurulu onbir asıl ve üç yedek üyeden kuruludur. Üyeler, Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile gizli oyla seçilir*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme, Yüksek Kurul’un üyelerinin, parti politikalarına ve bölgecilik, tanıdıklık anlayışına göre seçilmesini engeller niteliktedir³⁴⁰. Ancak bu kez de Yasama meclislerinin Kurul’a üye seçme yetkisinin kaldırılması ile, yargı erki, millet iradesinden tamamen uzaklaştırılmış ve Yüksek Kurul, salt Yargıtay’ın kontrolüne bırakılmıştır. Türkiye Barolar Birliği, bu durumun saf kooptasyon sistemi oluşturduğunu belirtmiştir. Saf kooptasyon sistemi ile hakimlerin diğer hakimlere bağımlı hale geleceği, seçme hakkının sadece Yargıtay hakimlerine değil, tüm hakimlere tanınması gerektiği eleştirisi yöneltmiştir. Bu görüşe göre yeni sistem Yargıtay’ın, Kurul üzerinde ‘vesayet’ kurmasına yol açabilecektir³⁴¹.

Bu yüksek kurulda, üyeler sadece yüksek yargıçlardan oluştuğundan, kurul üyeleri yasama ve yürütmenin baskısına daha dayanıklıdır. Ancak, yalnız yüksek yargıçlardan oluşan bu tür kurullarda hakimler arasındaki hiyerarşik ilişkilerin sertleşmesi riski vardır. Ayrıca Kurul’un, haklarında düzenleme yaptığı ilk derece hakimleri kurulda temsil edilmemiş olur³⁴².

Yargı bağımsızlığının sağlanması için oluşturulan bu Kurul’a, halkın görüşlerinin doğrudan veya dolaylı olarak yansıtılmaması, yargının meşruiyetini sorgulanır hale getirmiştir. Diğer taraftan, Kurul Üyeleri’ni atayan Yargıtay Üyeleri de, yalnızca hakimler tarafından seçildiği için, Kurul’un işlemlerinden ötürü hiç kimse Yasama Meclisleri’ne karşı sorumlu olmayacaktır³⁴³. Kurul’a, millet

³³⁹ KURU (1966), s. 25.

³⁴⁰ ÜNVER (1988–1990), s. 179.

³⁴¹ Türkiye Barolar Birliği’nin değişiklik hakkındaki görüşleri için bkz. ÜNAL (1994), s. 78-79.

³⁴² GÖNENÇ, “*Dünya’da ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları*” (2011), s. 7–8.

³⁴³ ÜNAL (1994), s. 80.

iradesinin kötüye kullanılmadan yansıtılmasının başka yolları bulunması gerekir³⁴⁴. 1971 değişiklikleri yargıda çoğulculuğu da ortan kaldırmış, salt Yargıtay'ın Üyeleri'nin çoğunluğunun anlayışı Kurul'a yansır hale gelmiştir.

c.Yüksek Hakimler Kurulu Üyelerinin Görev Süresi

1961 Anayasası'nın ilk halinde de, 1971 değişikliklerinden sonra da Yüksek Hakimler Kurulu Üyeleri'nin görev süresi dört yıldır. Dört yıllık süre, özellikle yasama meclislerince ve birinci sınıfa ayrılmış hakimlerce seçilen üyeler bakımından, yeterli görülmemiştir. Kurul üyelerinin görevlerini yaparken, tekrar aralarına dönecekleri hakim arkadaşlarını ve kendi yerine geçme ihtimali olanların kendilerine karşı olası tavırlarını hesaba katarak kararlar verme ve hatta kayırmacılık yapma ihtimalleri mevcuttur³⁴⁵. Yüksek Hakimler Kurulu'nun (ve Yüksek Savcılar Kurulu'nun) yeterli teminata sahip olması için, üyelerinin emekli olana kadar görevlerine devam etmeleri gerektiği savunulmuştur³⁴⁶.

Değişiklik öncesinde, Yüksek Hakimler Kurulu Üyeleri'nin, her iki yılda bir yarısının seçiminin yenileneceği düzenlenmiştir. Kurul Üyeleri'nin sürekli yenilenmesi, Kurul Kararları'nın yeni anlayışlara göre sürekli değişmesine neden olmuştur ki, bu da Kurul kararlarını istikrarsız kılmıştır³⁴⁷.

1961 Anayasası'nda 1971 değişikliklerinden önce, hakimlik görevini yaparken Yüksek Kurula seçilen üyelere, ardı ardına iki kez seçilme izini verilmemişken diğer üyelere art arda iki kez seçilme imkanı tanınmıştır. Kanaatimizce, söz konusu düzenleme, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak için kısmen olumludur. Kurul'a seçilen hakimlerin, tekrar seçilebilme ihtimalleri olmadığından, gerek Kurul'daki kararlarında, gerek Kurul'dan sonra hakimlik mesleğine devam ederken verecekleri kararlarda, belli kişi ve kesimlere yakın veya uzak durma çabaları olmaz. Kurul'un bağımsızlığı için olması gerekense, Kurulda üyelik yapanların tamamının tekrar seçilememeleridir. Tekrar seçilme ihtimali olan üyenin, tekrar seçilebilmek için kendilerini seçecek olanlara yakın durma kaygısı ile

³⁴⁴ SOYSAL (1974), s. 189.

³⁴⁵ ÜNAL (1994), s. 77.

³⁴⁶ KURU (1966), s. 25; ARSEL (1965), s. 450.

³⁴⁷ KURU (1966), s. 25.

karar verme ihtimalleri her zaman vardır. 1971 değişiklikleri ile 1961 Anayasası'nın ilk halindeki kısmi olumlu düzenleme de değiştirilmiş ve görev süresi bitenlerin yeniden seçilebilecekleri kuralı getirilmiştir.

d.Yüksek Hakimler Kurulu'nun Sekretaryası

1961 Anayasası'nda, 45 Sayılı Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu'nda hem 1971 değişikliklerinden önce, hem de sonra, Yüksek Hakimler Kurulu'nun işlemlerini yürütecek özel bir sekretarya düzenlenmemiştir. Bu tür yüksek kurulların, kendi sekretaryalarının olmaması, ileride detaylı olarak açıklanacağı üzere, hakimlerin ve savcılarının, yargı bağımsızlığını zedeler niteliktedir.

e.Yüksek Hakimler Kurulu'nun Kararlarına Karşı Yargı Yolu

1961 Anayasası'nın ilk halinde Yüksek Hakimler Kurulu'nun kararlarına karşı yargı denetimini kapatan bir hüküm yoktu, 1971 değişiklikleri ile 1961 Anayasası'nın 144. maddesi değiştirilmiş ve Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı, yargı denetimi yolu kapatılmıştır. Yüksek Hakimler Kurulu Kararlarını, yargı denetimine kapatan düzenlemenin, anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi iptal etmiştir³⁴⁸. Bu kararla birlikte, Yüksek Hakimler Kurulu kararları, yargı denetimine tekrar açılmıştır. 1971 yılında getirilmeye çalışılan, hukuk devletine aykırı olan bu düzenleme Anayasa Mahkemesi kararı ile engellenmiştir ancak 1982 Anayasası'nda uygulamaya geçmiştir.

2.Yüksek Savcılar Kurulu

a. Savcıların Bağımsızlığı

Adil yargılanmanın sağlanması için hakimlerin bağımsız ve tarafsız olmaları gerektiği herkes tarafından kabul edilir. Savcılarının bağımsızlığı konusu ise tartışmalıdır. Tartışma savcılarının görevleri ile ilgili iki hususta düğümlenir. Bu iki

³⁴⁸ AYM, E:1976/43, K:1977/74, KT: 27.01.1972.

husus birbiri ile ilişkilidir. Birinci husus, savcılarının faaliyetlerinin idari mi, yargısal mı olduğudur. İkinci hususta, savcılarının, Adalet Bakanı'ndan emir alıp almayacaklarıdır.

İlk husus, savcılarının görevlerinin niteliklerini tespit etmeyi gerektirir. Bir görüşe göre, savcılarının faaliyetini idari kabul etmek gerekir. Savcılarının işi, bir kişinin suç işleyip işlemediğini araştırmak, suç işlediğine dair yeterli delil varsa, suç işlediği iddiası ile yargılama makamına başvurmak; kanunlar uygulanmadığında, devlet adına şikayetçi olmaktır. Bu iş yargılama faaliyeti kapsamına girmeyeceği gibi, yasama faaliyeti kapsamına da girmez. Geriye idari faaliyet kalmaktadır ki, savcılarının faaliyeti de ancak bu kapsamda düşünülebilecektir³⁴⁹. Bu açıdan bakıldığında, yürütmenin bir organı olan savcının, bağımsızlığı söz konusu olmayacak, idari hiyerarşi içinde, Adalet Bakanı'na bağlı bir memur olduğu kabul edilecektir.

Diğer bir görüşe göre, savcının görevi, hakikati araştırmak, kanunların uygulanmasını sağlamak olduğundan, yargısalıdır. Hiyerarşik yapısı nedeniyle, idari bir yapıya sahip olması şekli bir husustur. Savcı mütalaalarının yargısal nitelikte olması da, savcılığın, bir yargısal organ olduğunu ve idari organdan ayrıldığını gösterir. Adalet Bakanının savcılar üzerindeki yetkisi, sadece genel bir gözetim yetkisidir. Bu açıdan bakıldığında, savcılarının da bağımsız olduğunun kabul edilmesi gerekecektir³⁵⁰.

Konuya ilişkin en açıklayıcı görüş ise, savcılığın milli egemenliği temsil eden, idari yapıda bir adalet organı olduğu görüşüdür. Savcı, yürütmenin değil milletin mahkemelerdeki temsilcisidir. Doktrinde genel olarak yargı kuvveti olarak anılan erkin sınırları adalet amacına yönelik bütün faaliyetleri kapsamalıdır. Bu bakımdan 'yargılama erki' ifadesi yerine 'adalet erki' ifadesi kullanılmalıdır. Adalet erkinin içinde de 'yargılama yetkisi' ve 'adli yetki' bulunur. Yargılama yetkisini, yargılama faaliyetini yürüten hakimler kullanırken, adli yetkiyi ise hukuk düzenine saygıyı sağlayan ve hukuk düzeninin hayata geçmesini sağlamayan merciiler kullanır. Savcının faaliyetleri, yargılama faaliyetini harekete geçirmek, bu faaliyetin

³⁴⁹ KUNTER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1967, s. 76.

³⁵⁰ Karl PETERS, **Le Mistere Public**, Rev. İnt. De Dr. Pen., 1963, S. 3-4, s. 4-5'ten aktaran: Selahattin KEYMAN, **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.70.

yürütülmesine nezaret etmek ve hukuk normlarının uygulanmasını sağlamaktır. Bu sebeple savcı, adalet erki içinde, adli yetkililerdendir. Sonuç olarak, savcı da bir adalet organı olarak kabul edilmelidir³⁵¹.

İkinci husus olan, savcıların Adalet Bakanı'ndan emir almaları konusu ise, CMK'da açıkça düzenlenmiştir. Adalet Bakanı savcıya, kanun yararına bozma davası açma emri verebilmektedir³⁵². Savcının Adalet Bakanından, dava açma konusunda emir alabilmesi, savcının bağımsızlığı konusunda tartışma oluşturmıştır. Bir görüş, savcılarının bazı teminatlarının bulunmasının, onların bağımsızlığını sağlamayacağını; Adalet Bakanının bu emri verebilmesinden hareketle savcılığın bağımsız olmayan bir meslek olduğunu savunmuştur³⁵³. Diğer görüşe göre, savcılık, milli iradeyi temsil eden idari yapıda bir adalet organı olmasının sonucu olarak, bir yönü ile yürütmenin emri ile bağlı, diğer yönüyle ise bağımsızdır. Savcının, bağımsızlığa ilişkin bu durumu nedeniyle Adalet Bakanı'nın verebileceği tek emir, kanun yararına bozma davasının açılmasını istemektir³⁵⁴. Savcı gereken soruşturmayı yapıp, kanun yararına bozma davasını açtıktan sonra, iddia ve mütalaalarında serbesttir³⁵⁵. Bu bakımdan savcı, hakimler gibi bağımsızdır, hiçbir merciden emir almaz denilemez ancak, yürütmenin kontrolünde olduğu da söylenemez. Savcının belli ölçüde bağımsız olduğu görüşü adaletin yerine getirilmesine daha çok hizmet eder niteliktedir³⁵⁶.

Savcılarının bir yönüyle bağımsız oldukları onların tarafsızlıklarının sağlanması gerektiğini savunan görüşçe de kabul görür³⁵⁷. Savcılarının davada iddia makamı

³⁵¹ KEYMAN (1970), s. 83–84.

³⁵² CMK madde 309.

³⁵³ KUNTER (1989), s. 427.

³⁵⁴ 2004 tarihli 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 309 Adalet Bakanlığı'na, hakim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, o karar veya hükmün Yargıtay'ca bozulması istemini bildirme yetkisi verir. Bu durumda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Adalet Bakanlığından gelen kanun yararına bozma isteminde bulunma talebi yerine getirmek zorundadır.

³⁵⁵ KURU (1966), s. 73-75; Mustafa SALDIRIM, **Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s.21.

³⁵⁶ KUNTER 1989'daki kitabında savcılarının Adalet Bakanı'ndan emir almasından hareketle savcının bağımsız olmamasını savunurken çoğunluğun bu yönde düşündüğünü belirtmiştir: KUNTER (1989), s. 428. CMK sonrası yayınlanan kitabında ise, savcılığın bağımsız olmadığını savunurken bu görüşün azınlıkta kaldığını belirtmiştir: Nurullah KUNTER – Feridun YENİSEY – Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

³⁵⁷ Bu görüş savcılarının reddedilebileceğini savunur. Centel, *“Adil/Düzgün Yargılama Hakkı ve Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma”*, (2006), s. 196 – 197.

konumunda oldukları için makam itibariyle taraf olmalarına rağmen yaptıkları iş bakımından adil bir yargılanmanın sağlanması için tarafsızlıklarını korumaları gerektiği uluslar arası camiada kabul görmüştür. 7 Eylül 1990 tarihli Birleşmiş Milletler Savcıların Rolüne Dair Yönerge'nin 13. maddesinin a bendinde “*Savcılar görevlerini yaparlarken İşlerini tarafsızlıkla ve her türlü siyasal, sosyal, dinsel, ırksal, kültürel, cinsel veya başka her hangi bir ayrımcılıktan kaçınarak yürütürler*” ifadesine yer verilerek savcıların tarafsız olmalarının gerekliliğine işaret edilmiştir³⁵⁸.

b.Yüksek Savcılar Kurulu Düzenlemesi

1961 Anayasası'nın ilk halinin 137. maddesinde, yasamaya, Cumhuriyet savcılarının özlük işlerinde ve görevlerini yapmalarında teminat sağlayıcı hükümler getirme ödevi yüklenmiştir. Görevleri gereği, yürütme ile ilişki içinde olması gereken savcıların bu ilişkisini, yargı bağımsızlığına uygun olacak çerçevede düzenlemek için öngörülen bu hüküm³⁵⁹ 1971 Anayasa değişiklikleri ile değiştirilmiştir. 1971 değişiklikleriyle 137. maddedeki düzenleme çıkarılmış, yerine Cumhuriyet Savcıları'nın idari yönden Adalet Bakanlığı'na bağlı olduğu kuralı getirilmiştir. Bunun yanında, Yüksek Savcılar Kurulu'nun, Adalet Bakanı'nın başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu'na seçilen üç asıl ve iki yedek üye ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdürü'nden kurulacağı öngörülmüştür. Yüksek Savcılar Kurulu'nun kararlarına karşı, herhangi bir merciye başvurulamayacağı kuralı getirilmiştir. Yüksek Savcılar Kurulu'nun kurulma amacı, savcılara mesleklerinin gereği olan ölçülü bağımsızlığı sağlamaktır. Kurul'a, yürütme hiyerarşisine tabi olan Adalet Bakanlığı Müsteşarının, Özlük İşleri Genel Müdürü'nün dahil edilmesi, yürütmenin yargıya müdahale olanağını artırır niteliktedir. Bir de üstüne, kurulun kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmış olması, savcıları tamamen güvencesiz bırakmıştır. Kurul kararlarına karşı yargı yolunu kapatan hüküm, 1977 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir³⁶⁰. 1961 Anayasası'nın 134. maddesinin ikinci fıkrasındaki ilgili hükmün

³⁵⁸ 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansında Kabul Edilen Savcıların Rolüne Dair İlkeler, Küba, 27 Ağustos – 7 Eylül 1990.

³⁵⁹ SOYSAL (1974), s. 191.

³⁶⁰ AYM, E:1977/82, K:1977/117, KT: 27.09.1977.

iptali nedeniyle, Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu'ndaki "*Yüksek Savcılar Kurulu'nun görevine giren konularda verdiği kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*"³⁶¹ hükmü de Anayasaya aykırı hale geldiğinden aynı kararda iptal edilmiştir.

1971 değişikliklerinde, savcılarla ilgili coğrafi bölge teminatını zedeleyecek, savcıların yer değiştirmesi ile ilgili Yüksek Savcılar Kurulu'na ait olan yetkiye istisna teşkil edecek bir hüküm getirilmiştir. Bu hüküm "*Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Adalet Bakanlığı, Cumhuriyet Savcılarını geçici yetki ile görevlendirerek bu kararı ilk toplantısında Kurul'un onamasına sunar*" şeklindedir. İlgili hükümle savcılar hakkında önemli yetkilerden bazılarının, Yüksek Savcılar Kurulu yanında Adalet Bakanı'na da tanındığı görülür³⁶². Adalet Bakanı tarafından, kötüye kullanılmaya müsait olan bu hüküm, savcıların sahip olması gereken bağımsızlığa aykırıdır.

1971 değişiklikleri sonrasında, Yüksek Yargıçların sahip oldukları güvencelere, ne Askeri Yargıtay Başsavcısı ne de Danıştay Başsavcısı (o dönemdeki adı ile Başkanunsözcüsü) sahiptir, bu güvencelere sadece Cumhuriyet Başsavcısı sahiptir³⁶³.

Genel olarak 1971 değişikliklerinin, 1961 Anayasası'ndaki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin olumlu düzenlemeleri budadığı görülür.

B.HAKİMLERİN TEMİNATLARI

1961 Anayasası'nın, Hakimlerin Bağımsızlığı başlığını taşıyan 132. maddesinde, hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında, mahkemelere ve hakimlere emir, talimat ve tavsiye veremeyeceği, yasama meclisinde görülmekte olan bir dava ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı ve beyanda bulunulamayacağı güvencelerine yer verilmiştir. Son olarak da bir hukuk devletinde aslında açıkça yazılmasına gerek olmayan, mahkeme kararlarına yasama, yürütme ve idarenin

³⁶¹ 45 sayılı Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu'nun 23.06.1972 günlü 1597 sayılı yasa ile değiştirilen 73. Maddesinin 4. Fıkrası.

³⁶² SOYSAL (1974), s. 192.

³⁶³ SOYSAL (1974), s. 193.

uymak zorunda olduğu belirtilmiştir. 1961 Anayasası, hakimlik teminatını tüm hakimlere tanımıştır ancak 2556 Sayılı Hakimler Kanunu hakimlik teminatını 7. derece dahil, bu dereceden üst derecedeki hakimlere tanıdığından³⁶⁴ hakimlerin tamamı teminat altına alınmamıştır³⁶⁵. 1961 Anayasası döneminde hakimlerin teminatına ilişkin asıl düzenlemeler, Yüksek Hakimler Kurulu (1971 değişikliği sonrasında Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu) Kanunu ile yapılmıştır.

1. Atama Yöntemi

1924 Anayasası döneminde, yürütmenin elinde olan atama yetkisi, 1961 Anayasası döneminde, Yüksek Hakimler Kurulu'na geçmiştir. Hakimlerin mesleklerine atanmaları konusunda detaylı düzenlemeyi, 1961 Anayasası, kanuna bırakmıştır.

45 Sayılı Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanununda yer alan ve hakimlik mesleğine atanması uygun görülecek kişilerde aranan kriterler, mesleğin gerektirdiği ahlak, karakter, yeterlik ve verimlilik³⁶⁶. Bu kriterlerin yanında 1973 yılında çıkarılan Hakim ve Cumhuriyet Savcılığı Adaylığı Sınav ve Mülakat Yönetmeliği³⁶⁷ ile, hakim adaylığına atanmak için yazılı ve sözlü sınav getirilmiştir. Hakim adayı olmak için getirilen, yazılı ve sözlü sınavı yapacak kurulun başkanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarıdır (Müsteşarın bulunmadığı durumda da müsteşar yardımcısıdır). Kurul üyeleri: Yüksek Hakimler Kurulu Birinci Bölüm Başkanı, Teftiş Kurulu Başkanı, Hukuk İşleri, Ceza İşleri, Ceza ve Tevkif Evleri ve Özlük İşleri Genel Müdürleri veya yokluklarında vekillerinden oluşur³⁶⁸. Yazılı ve sözlü sınavı kazananlar, hakim ve savcı adaylığına atanıp staja kabul edilirler. Staj süresi iki yıldır. Staj süresince, adaylar hakkında disiplin cezası uygulanması, adaylıklarına son verilmesi ve diğer özlük işlerinin yürütülmesi, Adalet Bakanlığı'na aittir. Stajyer hakim adaylarından ahlak, yeterlilik ve verimlilik itibarıyla hakimlik mesleğine kabul edilmesine engel bir hali görülmeyenler, hakim yardımcılığına atanırlar. İki

³⁶⁴ 2556 sayılı Kanun madde 79.

³⁶⁵ KURU (1966), s. 58–59.

³⁶⁶ 45 sayılı Kanun 37. Madde ikinci fıkra, “Bir kimsenin hakimlik mesleğine kabulüne karar verilebilmesi mesleğin gerektirdiği ahlak, seciye, yeterlik ve verimliliğe sahip olmasına bağlıdır” kuralını düzenlemiştir.

³⁶⁷ 14423 sayılı Yönetmelik, RG 20.01 1973.

³⁶⁸ 14423 sayılı Yönetmelik madde 7.

yılın sonunda da, hakim yardımcıları, hakim olarak atanırlar³⁶⁹. Hakim adaylarının mesleğe kabul edilmesi ve atanması Yüksek Hakimler Kurulu'na yapılır³⁷⁰.

Hakim adaylığına atamada sınav koşulu aranması, hakimlerin niteliğini artıracak yöndedir. Ancak gerek sınavı (hem yazılı, hem de sözlü sınavı) yapacak kurulda Adalet Bakanına hiyerarşik olarak bağlı kişilerin olması, gerek staj döneminde hakim adaylarının özlük işlerinin Adalet Bakanı tarafından yürütülmesi, yargı bağımsızlığını zedeler niteliktedir.

2.Görev Süresi

1961 Anayasası 133. maddesinde, hakimlerin görev süresine ilişkin kural olarak, hakimlerin azlolunamayacakları, kendileri istemedikçe emekliye ayrılamayacakları düzenlenmiştir. Aynı maddeye göre bu kuralın istisnası, meslekten çıkarılmalarını gerektirecek bir suçtan hüküm giyenler ve sağlıkları nedeniyle meslekte devam etmeleri uygun olmayanlardır. Meslekten çıkarılma kararını, Yüksek Hakimler Kurulu verir. Bu kararın tekrar incelenmesi Adalet Bakanı ve hakkında karar verilen hakim isteyebilir³⁷¹. Kararı tekrar inceleyecek mercii Yüksek Hakimler Kurulu'dur. Hakimlerin meslekten çıkarılmaları konusunda bağımsız bir kurulun yetkili olması, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını olumlu etkileyen bir düzenlemedir.

1961 Anayasası madde 134'te, adli yargı ve idari yargıda görev süresi olarak 65 yaş haddi düzenlenmiştir. Askeri hakimlerin yaş hadlerinin, yükselmelerinin ve emekliliklerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Adli yargıya ilişkin düzenlemede; adli yargının yürütmeye karşı doğrudan korunduğu, askeri yargının bağımsızlığının ise daha zayıf bir korumaya sahip olduğu görülür³⁷².

Ayrıca 1961 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra, 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 39. maddesindeki, otuz yıllık çalışma süresini dolduran

³⁶⁹ Necip BİLGE – Ergun ÖNEN, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 78.

³⁷⁰ Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu madde: 90/1, 37/I,II, 29/I,II.

³⁷¹ 1961 Anayasası madde144.

³⁷² SOYSAL (1974), s. 188. 1971 değişiklikleri ile 'askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunla belirlenir' ifadesi getirilmiştir. Zaten görev süreleri konusunda, bağımsızlıkları zayıf durumda olan askeri yargıçlar, bu değişiklikle her aşamada sınırlamaya tabi tutulmuşlardır.

hakimlerin, yetkili merci tarafından re'sen emekliye ayrılabilmesi kuralı, Anayasa'nın 133. maddesine açıkça aykırı hale gelmiştir³⁷³.

3.Maaş Güvencesi ve Coğrafi Teminat

1961 Anayasası, madde 133, hakimlerin, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması durumunda dahi aylıklarından yoksun bırakılamayacağını düzenler. Hakimler görevlerini yaparken, maddi kaygılarla hareket etmemelidir. Bu kaygıları engellemek için, hakimlere, günün koşullarında ihtiyaçlarını rahat karşılamalarını sağlayacak bir maaş verilmelidir. 1961 Anayasasında, 1971 yılında yapılan değişikliğe kadar, 134. maddenin ilk cümlesi gereği *“hakimlerin ... aylık ve ödenekleri ... mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre, kanunla düzenlenir”* kuralı öngörülmüştür. Gerçi bu dönemde de hakimler, devlet memurları ile aşağı yukarı aynı maaşı almışlardır³⁷⁴ ancak hakimlerin, maaşlarında iyileştirme yapılmasını isteme hakları, Anayasadaki bir madde ile desteklenmiştir. 1971'de yapılan Anayasa değişiklikleri ile, 134. maddedeki *“aylık ve ödenekleri”* ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Bu değişiklik, yargı bağımsızlığının sağlanması için, hakimlerin maaşlarının günün koşullarına göre iyi olmasına dair, Anayasal dayanağı ortadan kaldırmıştır.

Hakimlerin coğrafi teminatlarına ilişkin düzenleme, 1961 Anayasası'nın 134. maddesinde yer alır. Bu maddeye göre hakimlerin, *“Görevlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi ... mahkemelerin bağımsızlığı esaslarına göre kanunla düzenlenir”*. 1924 Anayasası gibi, 1961 Anayasası'nda da hakimlerin coğrafi teminatına ilişkin detaylı bir düzenleme yoktur, detayları düzenlemek kanuna bırakılmıştır. 1961 Anayasası döneminde, 1934 yılında çıkarılan ve 1924 Anayasası döneminde uygulanan, Hakimler Kanunu yürürlüktedir. Ancak 22.04.1962 tarihinde çıkarılan, 45 sayılı Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu ile, hakimlerin yerlerinin değiştirilmesi ile ilgili karar verme yetkisi, Yüksek Hakimler Kurulu'na geçmiştir³⁷⁵. Bağımsız yapıda bir kurul tarafından hakimlerin yerlerinin değiştirilecek olması, yargı bağımsızlığının sağlanmasında olumlu bir gelişme

³⁷³ KURU (1966), s. 31.

³⁷⁴ KURU (1966), s. 34.

³⁷⁵ 45 sayılı Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu madde 29/3.

olmuştur. Yukarıda değindiğimiz, 1939’da çıkarılan Geçici Kanun’la Adalet Bakanı’na tanınan, hastalık, izin, ölüm gibi sebeplerle bazı mahkemelerde hizmetin aksamaması için başka bir yerdeki hakimin boş yerde geçici olarak görevlendirilmesi yetkisi, 45 Sayılı Kanunla birlikte, bağımsız yapıdaki Yüksek Hakimler Kurulu’na geçmiştir. Böylece 45 Sayılı Kanun Geçici Kanun’un, hakimlerin yürütme karşısında, coğrafi teminatını ve dolayısıyla, yargı bağımsızlığını zedeleyen yönünü, büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır.

4.Terfi

Hakimlerin, her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayrılma işlerini yapma yetkisi, Yüksek Hakimler Kurulu’ndadır³⁷⁶. Yüksek Hakimler Kurulu bu yetkiyi, kıdem ve liyakat esaslarına bağlı olarak kullanmak zorundadır. Hakimlerin terfisinde, kıdem şartı için, iki yıl çalışmış olmaları aranmıştır. Liyakat için de, görevlerini yaparlarken haklarında verilen raporlar ve Yargıtay’ın verdiği notlar önem taşımıştır. Hakim yardımcılarının terfiinde ise, yanında çalıştıkları hakimlerin düzenledikleri, adayların, ahlaki gidişleri ve iş görme yetenekleri hakkında raporlar etkili olmuştur. Yargıtay’ın not vermesi, iş yoğunluğu nedeniyle not verirken, yeterli titizliğin gösterilememesi, hakimlerin not kaygıları ile Yargıtay içtihatlarının kölesi olmaları ihtimallerine binaen eleştirilmiştir³⁷⁷.

1924 Anayasası döneminde, Adalet Bakanı’nda olan terfi yetkisi, kıdem ve liyakat esaslarına bağlanıp, Yüksek Hakimler Kurulu’na verilmiş ancak terfiyi iki kez reddeden hakimin, terfi hakkını kaybetmesi uygulaması, devam etmiştir³⁷⁸.

5.Disiplin

1961 Anayasası ilk halinde disiplin sorumluluğunu, cezai sorumlulukla aynı prosedüre tabi kılmış ve “*Yüksek Hakimler Kurulu*” başlığı altında 144. maddede

³⁷⁶ 45 sayılı Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu madde 29/4.

³⁷⁷ BİLGE – ÖNEN, (1978), s. 80.

³⁷⁸ 2556 sayılı Kanun madde 59.

‘Hakimlerin denetimi, belli konular için Yüksek Hakimler Kurulu’na görevlendirilecek üst derecedeki hakimler eliyle yapılır’ şeklinde düzenlemiştir³⁷⁹.

Yine 1961 Anayasası’nın ilk halinde, disiplin konusunda Adalet Bakanının yetkisi oldukça sınırlıdır. Adalet Bakanı, kendisine ulaşan kanuna aykırı davranış iddiasını ciddiye alırsa, ilgili hakim hakkında disiplin kovuşturması yapılması için Yüksek Hakimler Kurulu’na başvurabilir³⁸⁰. Yüksek Hakimler Kurulu, hakimlerin disiplin işlemlerinin yapılmasında tek yetkili organ konumundadır.

1971 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile, hakimlerin denetimi hakkında soruşturmanın Yüksek Hakimler Kurulu’na bağlı ve sürekli görevli müfettiş hakimler eliyle yapılacağı³⁸¹ ve bu müfettiş hakimlerin, hakim ve savcılar arasından, Yüksek Hakimler Kurulu’na atanacakları öngörülmüştür.

1971 değişiklikleri sonrasında, Adalet Bakanı’na tanınan; bir hakim hakkında, disiplin kovuşturması yapılması için, Yüksek Hakimler Kurulu’na başvurma hakkı, devam etmiştir. 1971 değişikliklerinin geneli, Adalet Bakanı vasıtasıyla yürütmeyi yargı karşısında güçlendirir niteliktedir ancak disiplin konusu bu duruma dahil değildir.

VIII.SIKIYÖNETİM ASKERİ MAHKEMELERİ VE DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİ

A.SIKIYÖNETİM MAHKEMELERİ

Bazı ülkelerde, savaş ve sıkıyönetim ilan edildiği dönemlerde, sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasına neden olacak düzenlemelerin hayata geçirildiği

³⁷⁹ 45 sayılı Yüksek Hakimler Kanunu madde 42–46. 45 sayılı Kanun’un 42. maddesi ve devamı maddelerinde konunun detayları düzenlenmiştir. Buna göre, disiplin veya cezai sorumluluk konusunda görevlendirilen hakim, bir rapor hazırlar. Bu rapora dayanarak, Yüksek Hakimler Kurulu, soruşturma yapılmasına gerek olup olmadığına karar verir. Soruşturma yapılırsa, Yüksek Hakimler Kurulu delil durumuna göre dosyanın işlemiden kaldırılmasına veya ceza ya da disiplin konusunda işlem yapılması gerekiyorsa, dosyanın ilgili bölüme gönderilmesine karar verir

³⁸⁰ 1961 Anayasası’nın ilk hali madde 144/4; 45 sayılı Yüksek Hakimler Kurulu Kanunu madde 47.

³⁸¹ SOYSAL (1974), s. 191.

görülür³⁸². Türkiye’de de bu durum, 12 Mart 1971 Muhtırasıyla kurulan Sıkıyönetim Mahkemeleri’nde yaşanmıştır.

12 Mart siyasal sürecinin fotoğrafı, kısaca şöyledir. 1971 yılına gelindiğinde, 1960’da askerin iktidara el koymasının üzerinden 11 yıl geçmiştir. Ülke bu kez hak isteyen işçilerin, onların hakları için mücadele eden sendikaların ve siyaseti eleştiren öğrencilerin eylemleri ile çalkalanmaya başlamıştır³⁸³. Asker, tırmanan olayları yatıştıramayan, dönemin siyasal iktidarına (Adalet Parti iktidarına), 12 Mart 1971 günü muhtıra vermiştir. Böylece asker, Türkiye’de, sivil iktidar üzerindeki denetleme fonksiyonunu bir kez daha göstermiş³⁸⁴ ve hükümeti istifa ettirmiştir. Asker, iktidarı ele alınca kendi siyasi kararlarını uygulatarak, ülke yönetimini kontrolü altına almıştır. Asker kontrolünde atılan ilk adımlardan birisi, 11 ilde sıkıyönetim ilan edilmesi olmuştur³⁸⁵. 13 Mayıs 1971 tarihinde, 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu kabul edilmiş ve bu kanuna dayanılarak, pek çok yönden eleştirilen Sıkıyönetim Mahkemeleri kurulmuştur³⁸⁶.

Sıkıyönetim mahkemeleri hakkında en önemli eleştiri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı için evleviyetle gereken, doğal hakim ilkesine aykırı oldukları yönündedir. Bu iddianın dayanakları şunlardır: Sıkıyönetim Mahkemeleri’nin kanunla değil, Milli Savunma Bakanlığı’nca kurulmuş olmaları, bu mahkemelerin olaydan önce değil, sıkıyönetim ilan edildikten sonra, az çok yargılanacak kişiler belli olduktan sonra kurulmuş olmaları, sadece ilerisi için değil, kurulmadan önce

³⁸² Kemal GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt:II, Ekin Basım Yayım, Bursa, 2011, s. 407.

³⁸³ Mehmet Ali BİRAND – Can DÜNDAR – Bülent ÇAPLI, **12 Mart İhtilalin Pençesinde Demokrasi**, İmge Kitapevi, Ankara, 2002, s.9.

³⁸⁴ Ahmet Kemal BAYRAM, “*Türkiye’de Askeri Darbeler Kemalizm ve Demokrasi*”, **Demokrasi Sorunu ve Türk Demokrasisi** (Derleyen: Davut Dursun), Şehir Yayınları, İstanbul, 2001, ss.207-231, s. 210–218.

³⁸⁵ Sıkıyönetim, 26 Nisan 1971 günü, 1961 Anayasası’nın 124. maddesindeki “...vatan ve Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli kalkışma ...” ifadesine dayanarak, 13820 sayılı kararname ile ilan edilmiştir. Her ne kadar sıkıyönetim 11 ilde ilan edilse de sıkıyönetim uygulamaları tüm ülke çapında olmuştur: Hayati HAZİR, **Olağanüstü Hal Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlandırılması ve 12 Mart Olağanüstü Rejimi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Trabzon, 1982, s. 123.

³⁸⁶ 1402 sayılı kanun halen yürürlükte ancak içerdiği hükümler sıkıyönetim ilan edildiğinde uygulanır. Bu kanunun 11. Maddesi: Sıkıyönetim bölgelerinde, 25 Ekim 1963 gün ve 353 sayılı Kanuna göre Milli Savunma Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde yeteri kadar askeri mahkeme kurulur. Bunlar bulundukları yerin Sıkıyönetim askeri mahkemesi olarak adlandırılır ve birden fazla olması halinde numaralandırılırlar.

işlenen suçlara bakmak için de kurulmuş olmalarıdır³⁸⁷. Buna paralel bir görüş, belli konularda yargılama yapacak olan Sıkıyönetim Mahkemeleri'nin üyeleri, hangi dünya görüşüne mensup kişilerin yargılanacağı bilinerek, idare tarafından atandığı için, bu mahkemelerin doğal hakim ilkesine aykırı olduğunu savunur³⁸⁸. Sıkıyönetim Mahkemeleri doğal hakim ilkesini açıkça ihlal eder niteliktedir. Öncelikle bu mahkemeler, sıkıyönetim ilan edildikten sonra, kendileri kurulmadan önce gerçekleşen olaylara da bakmak üzere kurulmuş olmaları bakımından, önce kurulmuş olma unsurunu taşımazlar³⁸⁹. İkinci olarak her ne kadar bu mahkemelerin yetkileri kanunla tanınmış olsa da, Sıkıyönetim Mahkemeleri'nin hakimler heyeti, ikisi hakim olmak üzere, üç askeri subaydan oluşur³⁹⁰. Bu nedenle de hakimler, yürütme ve ona hiyerarşik olarak bağlı makamlarca belirlenmiştir³⁹¹. Bu iki özellik, Sıkıyönetim Mahkemeleri'nin belli güçlerin kontrolünde, kurgu birer mahkeme olmalarına olanak verir. Sıkıyönetim Mahkemeleri'nde görülmekte olan bir dava ile ilgili, Sıkıyönetim Komutanlarından, Ceza Kanunu'nun hangi maddesinin uygulanması gerektiği konusunda, mahkemelere talimat gönderilmesi de ayrıca önemli bir göstergedir³⁹².

Sıkıyönetim Mahkemeleri'nde yapılan yargılamalardan biri, Deniz Gezmiş davasıdır. Bu davanın ilk duruşmasında Gezmiş ve arkadaşları, mahkeme salonunun girişinde, 'Kahrolsun faşistler' 'Bağımsız Türkiye'³⁹³ diye slogan atarlar, buna engel olmak isteyen askerler, ellerindeki silahlarla sanıkların kafalarına vurarak ve onları

³⁸⁷ TANÖR (1994), s. 223–227.

³⁸⁸ Kemal KIRLANGIÇ, **Politik Yargı ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri**, (Yayınevi ve Yayımlı Yeri Belirtilmemiş), 1992, s.80.

³⁸⁹ Sıkıyönetim Kanunu madde 13/a: Sıkıyönetim ilan edilen bölgelerde, sıkıyönetim ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlara ... maddesinde yazılı suçlara, sıkıyönetim ilanından en çok üç ay önce işlemiş olanlar(a sıkıyönetim mahkemelerinde bakılır).

³⁹⁰ İNANICI (2011), s. 30.

³⁹¹ Sıkıyönetim Kanunu madde 11/4,6: Bu mahkemelere atanacak adli müşavir, askeri hakim ve askeri savcı ile bunların yardımcıları, Genelkurmay Başkanlığı Personel Başkanı, Adli Müşaviri ile atanacakların mensup olduğu Kuvvet Komutanlığının Personel Başkanı ile Adli Müşaviri ve Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanından oluşan kurul tarafından tespit edilecek adaylar arasından Genelkurmay Başkanının görüşü alınarak usulüne göre atanır. ... Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerine yeteri kadar subay üye Genelkurmay Başkanının teklifi üzerine askeri hakim subayların tayini usulüne göre atanır.

³⁹² Halit ÇELENK, *"Böyle Mahkeme Olmaz Bunlar Mahkeme Değil Birer 'Kurul'du"*, **Güncel Hukuk**, Temmuz, 2010, ss. 23, s. 23.

³⁹³ Askeri Savcı Baki Tuğ'un ifadesi sanıkların 'Kahrolsun faşistler' diye slogan attıkları yönünde iken Gezmiş'in avukatı Halit Çelenk'in ifadesi sanıkların 'Bağımsız Türkiye' diye slogan attıkları yönündedir. Sanıklar belki her iki ifadeyi de kullanmış belki ikisinden birini kullanmışlardır.

tekme tokat döverek, sustururlar. Yaşanan arbedenin ardından salona giren sanıklar hakkında duruşma başlamıştır. Hakim, usulen, sanıklardan Gezmiş'e 'Mahkemeye itirazınız var mı?' (kast edilen mahkemenin yargılama yetkisine itirazın olup olmadığıdır) diye sorar, Gezmiş'in verdiği cevap 'Kapısında dipçikle kafa yarılan bir mahkemenin adaletine nasıl itimat edelim?' şeklindedir³⁹⁴. Bu cevap üzerine, kanaatimizce daha fazla söz söylemeye gerek yoktur. Nitekim sanıklara yapılan baskının, mahkemelerde de devam ettiği, hakimlerin ve savcılarının gözü önünde, bu baskının sergilenmesinden çekinilmediği bir ortamda, tüm bu uygulamaları görüp susan hakim ve savcılarının, bağımsızlığının ve tarafsızlığının bulunamayacağı açıktır.

B. DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİ

Türkiye tarihinde tartışmalara neden olan, diğer mahkemeler, DGM'lerdir. Türkiye'de kurulan DGM'ler, faşist yönetim döneminde İtalya'daki, Hitler Dönemi'nde Almanya'daki, yaşadığı iç savaş sonrasında İspanya'daki ve Vichy Hükümeti zamanında Fransa'daki, yarı askeri yarı sivil üyesi bulunan ve devlet güvenliğini korumak için kurulan mahkemelere benzetilir³⁹⁵.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 1973 yılında, 1961 Anayasası'nın 136. maddesinde yapılan değişikliklerle düzenlenmiştir³⁹⁶. Bu düzenlemeye dayanarak da, 1973 yılında çıkarılan, 1773 Sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'la kurulmuşlardır³⁹⁷. Kısa süre sonra 1975'te, Anayasa Mahkemesi bu Kanunu, şekil yönünden denetleyip anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir³⁹⁸. Kanun iptal edildikten sonra, kanunun ülkedeki anarşiyi büyük ölçüde dindirdiği, DGM'lerin kalkması ile karmaşanın arttığı, hatta 12 Eylül sürecinin yaşanmasında DGM'lerin kalkmasının da payı olduğu iddia edilmiştir³⁹⁹. 1961 Anayasası döneminde, serüveni kısa süren DGM'ler, 1982 Anayasası'nın 143.

³⁹⁴ BİRAND – DÜNDAR – ÇAPLI (2002), s. 259–260.

³⁹⁵ İstanbul Barosu, "*Devlet Güvenlik Mahkemeleri Hakkındaki İstanbul Barosu Raporu*", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.50, S. 708, İstanbul, 1976, ss.15–20.

³⁹⁶ Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 1961 Anayasasının 136. Maddesine 15.03.1973 gün ve 1699 sayılı Kanunla eklenen fıkra ile hukuk hayatımıza girmiştir.

³⁹⁷ 11.07.1973 günlü RG.

³⁹⁸ AYM, E:1974/35, K:1975/126, KT: 06.05.1975.

³⁹⁹ Kadri KESKİN, **Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Yapısı, Görevleri ve Yargılama Usulleri**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1987, s. 18.

maddesinde, kendine anayasal dayanak bularak ve 2845 Sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un⁴⁰⁰ düzenlenmesiyle, hukuk hayatına geri dönmüşlerdir. 2004'e kadar varlığını koruyan Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 2004 yılında yapılan anayasa değişikliği ile, hukuk hayatından çıkarılmışlardır.

DGM'ler hakkındaki ilk tartışma, bu mahkemelerin, sıkıyönetim mahkemelerinin devamı olup olmadığı hususundadır. Bir görüş DGM'leri, hukuka ve demokratik ilkelere aykırı yapılanmalar olmaları bakımından sıkıyönetim mahkemeleriyle aynı çerçevede değerlendirir⁴⁰¹. Bu görüşe paralel diğer bir görüş, DGM'lerin, sıkıyönetim mahkemelerinin baktığı suçların çok büyük kısmına bakması, sıkıyönetim mahkemelerinde olduğu gibi, DGM'lerde de asker üyeler bulunması (AY madde 143 gereği), DGM'lerin yargı çevresi içinde sıkıyönetim ilan edilmesi durumunda, bu mahkemelerin sıkıyönetim askeri mahkemesine dönüştürülebilecek olması nedenleri ile bu mahkemelerin, sıkıyönetim mahkemelerinin biraz daha sivilleşmiş devamı olduğunu ileri sürmüştür⁴⁰². Bu görüşe karşı çıkan görüş ise, hem 1961 Anayasası döneminde, hem de 1982 Anayasası döneminde kurulan DGM'leri, ülkemizde ortaya çıkan yeni suçlarla mücadele etmek, cezanın etkililiğini artırmak, hızlı yargılama yapmak ve kendine has bu suçların düzgün tespit edilebilmesini sağlamak için gerekli uzmanlık mahkemeleri olarak nitelendirmiştir⁴⁰³.

Diğer tartışma, DGM'lerin doğal hakim ilkesine uygun olup olmadığı konusundadır. DGM'leri, uzmanlık mahkemeleri olarak nitelendiren ve bunların Sıkıyönetim Mahkemeleri'nin devamı olmadığını ileri süren görüş; 'DGM'ler, yargılayacakları suç işlenmeden önce kurulmuşlardır' der ve DGM'lerin, doğal hakim ilkesine uygun olduklarını iddia eder⁴⁰⁴. Bu görüşe katılmayanlar ise DGM'lerin, suçun işlenmesinden önce kurulmuş olmasının, olağanüstü yargı mercii olmadıklarını kanıtlamaya yetmeyeceğini savunurlar. Bu görüşe göre, belli dünya görüşüne sahip kişilerin, politik bazı suçları işlemelerinden önce, sırf bu kişileri

⁴⁰⁰ RG tarihi 18.06.1983.

⁴⁰¹ Cahit TALAS, "DGM'ler, Demokrasi ve Sendikacılık Hareketleri...", **Cahit Talas'a Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları: 9, Ankara, 1990, ss.81-85, s.82.

⁴⁰² KIRLANGIÇ (1992), s. 169 -170.

⁴⁰³ KESKİN (1987), s. 17.

⁴⁰⁴ KESKİN (1987), s. 29.

yargılamak üzere, mahkeme kurulması da doğal hakim ilkesine aykırıdır ve DGM'ler de belli politik suçları işleyen kişileri yargılamak üzere kurulmuşlardır⁴⁰⁵.

DGM'lerin, doğal hakim ilkesine uygun olup olmadığı konusunda, 'önceden kurulma', 'kanunla kurulma' kriterlerine bakmak gerekir. DGM'ler, 2845 Sayılı Kanun'un 41. maddesi ile birlikte, 18.06.1983 tarihinde hukuk hayatına girmişlerdir. Aynı Kanun'da, DGM'lerin yargılama yetkisi alanı, 1 Mayıs 1984'ten itibaren, yani Kanunun yürürlük tarihinden yaklaşık 1 yıl sonra işlenen suçlar olarak belirtilmiştir. Görüldüğü gibi DGM'ler, kendileri kurulduktan sonra gerçekleşen suçlar hakkında, yargılama yaparlar böylece önce kurulmuş olma kriterini sağlarlar. Ayrıca DGM'ler, kanunla kuruldukları gibi anayasal dayanakları da vardır. Yasayla kurulma kriterleri bakımından, DGM'ler, doğal hakim ilkesine uygun görünmektedir. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere, doğal hakim ilkesinin, sadece bu kriterlerle değerlendirilmemesi gerekir. 'DGM'ler, belli bir gücün güdümü altında kurmaca mahkemeler midir?' sorusunun yanıtını bulmak için, bir bütün olarak DGM'leri incelemek daha doğrudur.

1961 Anayasası döneminde DGM'ler, sivil hakim statüsündeki kişilerden, başkan ve iki üye ve askeri hakim statüsündeki kişilerden iki üye, toplam beş hakimden oluşmuştur. Sivil hakimler Bakanlar Kurulu tarafından gösterilen adaylar arasından Yüksek Hakimler Kurulu tarafından seçilirken, askeri hakim statüsünde olanlar özel kanundaki usule göre seçilip atanmıştır⁴⁰⁶. 1982 Anayasası döneminde ise DGM'lerde, başkan ve bir hakim, sivil hakimler içinden, Bakanlar Kurulu'nun gösterdiği adaylar arasından ve HSYK tarafından atanırken, askeri hakim ve aynı zamanda subay olan bir üye özel kanuna göre atanmıştır. Her iki anayasa döneminde de askeri hakimlerin (aynı zamanda subay olan üyelerin) atanmaları, Askeri Hakimler Kanunu gereği, askeri makamlarca yapılmıştır⁴⁰⁷. 1999'a kadar askeri hakim (aynı zamanda subay olan üyeler), DGM'deki hakimler heyeti

⁴⁰⁵ İstanbul Barosu (1976), 21.

⁴⁰⁶ 1961 Anayasası madde 136/4.

⁴⁰⁷ 357 sayılı Askeri hakimler Kanunu ek madde 8: DGM'lerin askeri yargıya mensup mahkeme üyeleri ... Genel Kurmay Personel Başkanı, Adli Müşaviri ile, atanacakların mensup olduğu Kuvvet Komutanlığının personel başkanı ile adli müşaviri ve Milli Savunma Bakanı Askeri Adalet İşleri Başkanından oluşan kurul tarafından seçilir ve usulüne uygun olarak atanır.

kompozisyonunda yer almışlardır⁴⁰⁸. DGM'lerin görev alanı, genel mahkemelerin bakması gereken, doğrudan devletin varlığı ve devamlılığı ile ilgili olmayan, siyasi nitelikli suçları da kapsamaktadır⁴⁰⁹. DGM'lerin görev alanındaki bu geniş kapsam, 1992 yılında daraltılmıştır⁴¹⁰. DGM'lerde, örneğin, savunma hakkını kullanma süresinin sınırlılığı, gözaltında bulundurma süresinin uzunluğu, sanıkların gıyabında yargılama yapılabilmesi yetkisinin mahkemeye tanınması gibi, genel yargı mercilerinden farklı yargılama uygulamaları yapılmıştır⁴¹¹. Özellikle hakimler heyetinde asker bir hakim varken ve savcılar içinde asker savcılar varken, savunmanın alanı daraltılmışken; gerçeğin ortaya çıkması için iddiaya ve savunmaya, tarafsız ve bağımsız bir makam önünde çatışma imkanı sağlanamayacağı açıktır. Nitekim, DGM'lerde yargılanan sanıkların ifadelerinin, işkence altında alındığı ve bu durumun mahkemelerce ciddiye alınmadığı, farklı zamanlarda, farklı sanıklarca ileri sürülen iddialardır.

Tüm bu uygulamalar karşısında, DGM'lerin doğal hakim ilkesine uygun olduklarını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Nitekim bu mahkemelerde, daha önce açıkladığımız üzere, doğal mahkemelerdeki gerçeğin ortaya çıkarılma amacı yerine, savcılarının iddianamelerini sanıklara ve mahkeme hakimlerine gerçekmiş gibi kabul ettirme amacı güdüldüğü anlaşılmaktadır⁴¹².

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGI TARAFSIZLIĞININ 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDEKİ DURUMU

⁴⁰⁸ 1999'da Anayasa'nın 143. maddesinde yapılan değişiklikle ve 4390 sayılı yasa ile Askeri Hakimler Kanunu ve DGM Kanunu değiştirilerek bu üyeler DGM'den çıkarılmışlardır.

⁴⁰⁹ Halil NEBİLER, **Devlet Güvenlik Mahkemeleri**, Sel Yayıncılık, İstanbul, 1990, s. 33.

⁴¹⁰ 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu'nda, 18.11.1992 tarihli 3842 sayılı kanunla yapılan değişiklikle DGM'lerin görev alanı daraltılmıştır.

⁴¹¹ Çetin Özek'in mülakatı aktaran: NEBİLER (1990), s. 34.

⁴¹² Devlet Güvenlik Mahkemelerinin devamı olup olmadığı tartışılan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri üçüncü bölümde ele alınmıştır.

1.1980 ASKERİ DARBESİ ve TÜRKİYE'Yİ 1982 ANAYASASI'NA GÖTÜREN SİYASAL GELİŞMELER

1975 yılından sonra, ülke içindeki siyasi kutuplaşma ve terör olayları arttı. Politikacılar siyaset üretemez hale geldiler ve sistem tılandı. 1970'lerde parlamentoda tek başına iktidar olacak güçte bir çoğunluk olmadığından, hep koalisyon hükümetleri kuruldu⁴¹³. Ülkedeki karmaşa ortamında, 5 Haziran 1977 seçimleri yapıldı. Seçim sonucunda en çok oyu Bülent Ecevit'in başkanlığındaki CHP alsa da, Ecevit'in kurduğu hükümet güvenoyu alamadı. Seçimden ikinci parti olarak çıkan, Süleyman Demirel'in başkanlığındaki AP, MSP ve MHP ile koalisyon hükümeti kurdu. Bu hükümet de ülke içindeki karmaşayı sona erdiremedi⁴¹⁴. Demirel Hükümeti, Başbakanlık Müsteşarı Turgut Özal'ın hazırladığı iktisadi tedbir paketini uyguladı. Ülkedeki iktisadi dar boğazın genişlemesini ve ülkenin mali anlamda nefes alıp, uluslararası kredi alabilir hale gelmesini sağlayan bu pakete, sendikalar grevlerle, protestolarla tepki gösterdi. Bu arada Fahri Korutürk'ün Cumhurbaşkanlığı sona erdi ve yeni Cumhurbaşkanı seçimi için aylarca uğraşıldıysa da sonuç alınamadı. Ekonomik ve siyasi nedenlerle yapılan grev ve gösteriler bastırılmadığı gibi, mecliste de partilerin uzlaşmadan uzak durmaları, ülkenin siyasi sistemini iyice sekteye uğrattı⁴¹⁵.

12 Eylül 1980 günü, Türk Silahlı Kuvvetleri tekrar ülke yönetimine el koydu. Genel Kurmay Başkanı Orgeneral Kenan Evren Başkanlığındaki Milli Güvenlik Konseyi (MGK), ülke yönetimini fiilen ele aldı. 14 Eylül'de Kenan Evren Devlet Başkanı, 21 Eylül'de Bülent Ulusu Başbakan ilan edildi. 16 Ekim 1981'de siyasi partiler resmen kapatılıp mal varlıklarına el konuldu. 27 Ekim 1980'de yasama ve yürütme işlemlerine karşı yargı yolu kapatıldı. Haziran 1981'de siyasi tartışma yapmak yasak hale getirildi⁴¹⁶. 1982 Anayasası'na giden süreç böyle bir ortamda gerçekleşti.

⁴¹³ ÖZBUDUN (2009), s. 48.

⁴¹⁴ ERDOĞAN (2003), s. 122.

⁴¹⁵ ERDOĞAN (2003), s. 123–124.

⁴¹⁶ ERDOĞAN (2003), s. 128.

29 Haziran 1981 tarihli 2485 Sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun’a göre, Anayasa hazırlayacak kurucu meclis, MGK ve Danışma Meclisi’nden oluşacaktı. Aynı kanun, Danışma Meclisi’nin 40 üyesinin doğrudan, 120 üyesinin ise valiliklerin önerisi üzerine, MGK tarafından atanacağını düzenlemişti. Danışma Meclisi’nin ise, 11 Eylül 1980 tarihinden itibaren herhangi bir partiye üye olmayan kişilerden oluşacağı öngörülüyordu⁴¹⁷. Bu kurallara uygun düzenlenen, Kurucu Meclis tarafından hazırlanan 1982 Anayasası, 7 Kasım 1982 günü halkoyuna sunuldu ve %91.37 oranında kabul %8.63 oranında red oyu olarak yürürlüğe girdi⁴¹⁸.

II.1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE YARGIYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1971 yılında yapılan Anayasa değişikliklerindeki yargıya ilişkin düzenlemelerin temelinde, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerinin aşırı geniş olduğu, bunların daraltılması gerektiği ve halkın iradesini yansıtan, meclis iradesinin üzerinde herhangi bir irade olmaması gerektiği, bu nedenle bağımsız yargının, yasama ve yürütme karşısında sahip olduğu yetkilerin fazla olduğu görüşü vardı⁴¹⁹. Bu görüşler 1982 Anayasası’na da yansımıştır⁴²⁰. Bir grup 1982 Anayasası’nda yargı konusu düzenlenirken, yüksek yargının 1961 Anayasası döneminde “hakimler hükümeti” anlayışıyla hareket ettiğini, Anayasa Mahkemesi’nin ve Danıştay’ın yetki gaspı içinde olduğunu, yargının seçilmişlere karşı sorumlu tutulması gerektiğini düşünüyordu. Bu grup yargının kararlarının yanlış, Cumhurbaşkanı’nın kararlarınınsa doğru olacağına inanıyordu. İdari yargının verdiği yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarının Cumhurbaşkanı’nın onayı ile yürürlüğe girmesi gerektiğini savunuyordu⁴²¹. Bu görüşlerin etkisi altında 1982 Anayasası hazırlandı.

1982 Anayasası’nın, yargı bağımsızlığını düzenleyen maddesi, ‘Mahkemelerin Bağımsızlığı’ adını taşıyan 138. maddedir. 1982 Anayasası’nın 138.

⁴¹⁷ 2485 sayılı Kanun madde 3-4.

⁴¹⁸ ÖZBUDUN (2009), s. 57.

⁴¹⁹ YÜCE (1971), kitabın tamamı. Bülent BERDER – Mehmet ALTUNDİŞ, “Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi”, <http://www.avsar.av.tr/default.asp?x=1&y=1&id=139&maid=651> (son erişim: 13.10.2011).

⁴²⁰ FENDOĞLU (2010), s.195.

⁴²¹ Şule ÖZSOY, **1982 Anayasası’nın Yapım Süreci**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.24.

maddesi, 1961 Anayasası'ndaki 132. madde ile aynıdır. Söz konusu madde hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğunu, Anayasa'ya, kanuna, hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini düzenler. Bu düzenlemenin hayata geçmesi için, 138. maddenin ikinci paragrafında 'Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere emir veya talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye veya telkinde bulunamaz' kuralı getirilmiştir. Bu kural, daha çok yürütmeye karşı yargı bağımsızlığını korumak için getirilmiştir. Önemli bir ayırım, mahkemelerde yargı yetkisinin kullanılması ve idari işlemler arasındadır. Kuralda sadece yargı yetkisinin kullanılması için, bu tür bir güvence getirilmiştir. Mahkemelerin yargı ve idari işlerinin ayrılması, bağımsızlık için önemlidir. Anayasa Mahkemesi bir kararında *"Hakimler ve mahkemeler, kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için de işlem yaparlar. Ancak bu işlemlerde hakim sıfatı ile değil, idari bir makam olarak hareket ederler. Bunlar Adalet Bakanlığı adına yapılır ve bu işlemlerin hakimlik sıfatı ile hiçbir ilgisi yoktur. ... Anayasa Komisyonu raporunun 132. maddesine ilişkin gerekçesinde mahkemelerin idari işlemleri de söz konusu edilmiş ve hakimlere ve mahkemelere müdahale edilmemesi ilkesinin, yargı yetkisinin kullanılması halinde göz önünde tutulmak gerektiği ve mahkemelerin idari işlerinin düzenlenmesinde Adalet Bakanlığı'nın genelge gönderme ve tedbir alma yetkisinin mevcut olduğu(nu)"* belirtmiştir⁴²². Yine 1982 Anayasası'nın 140. maddesi 6. fıkrasında *"Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağılırlar"* kuralı öngörölmüştür. Hakimler yargılama yaparken ne yapacakları, davayı nasıl sonuçlandıracakları hakkında hiç kimseden emir ve talimat almazlarken; mahkemelerin kalem işlerinin düzenlenmesi ve mahkeme kalemi ile ilişkileri konusunda, Adalet Bakanlığı'nın yaptığı düzenlemelerle doğrudan bağılırlar. Bu bakımdan yargı bağımsızlığının, hakimlerin yargılama faaliyetlerine münhasır olduğunu belirtmek gerekir.

Savcılar da idari görevleri yönünden, Adalet Bakanlığı'na bağılırlar. Savcıların hakimlerden farklı olarak, yargısal fonksiyonla ilgili görevlerinde bağımsız olmaları gerektiğine değinmiştik.

⁴²² AYM, E:1963/99, K.1964/38, KT: 13.05.1964.

1982 Anayasası'nın 138. maddesinin 3. fıkrasında, görülmekte olan bir dava hakkında, Yasama Meclisinde, yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili, soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, kuralı getirilmiştir. Bu kural, yargı organının bağımsızlığını, yasama organına karşı korumaya yöneliktir⁴²³. Bir görüş, bu kuralın, derdest olma ihtimali olan olaylar için de geçerli olması gerektiğini savunmuştur⁴²⁴. Bu yorum, hakkında dava açılması ihtimali olan hususlarla ilgili, yasama organında soru sorulmaması, görüşme yapılmaması ve beyanda bulunulmaması sonucunu doğurur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, 'görülmekte olan dava' ifadesi ile, yargı organına intikal etmiş uyuşmazlık anlatılmak istenmektedir⁴²⁵. Savcıların yargısal faaliyetlerinde bağımsız oldukları düşüncesi ile örtüşen bu düşünceye göre, ceza yargılamasında soruşturma başladığı anda, yasama organına karşı, yargının bağımsızlığı başlamış olacaktır. Yasama organının, yargı kararlarına uymak zorunda olması hem hukuk devleti anlayışının, hem toplumda yargı erkine duyulan güvenin korunmasının, hem de denge ve fren sisteminin işleminin bir gereğidir.

Yargının, yasama organına karşı korunması konusunda en önemli hususlardan biri, yasamanın yargı bağımsızlığını ortadan kaldıracak nitelikte düzenleme yapmamasıdır. Kanun koyma yetkisine sahip olan yasa organında çoğunluğu ele geçiren kesime karşı, yargı organını korumaya yönelik bu hususa, 1982 Anayasasında da yer verilmiştir. 1982 Anayasası 140. maddesi, "*Hakim ve savcılarının özlük işlerinin, atanmalarının, hak ve ödevlerinin, aylık ve ödeneklerinin, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesinin, haklarında disiplin kovuşturması açılmasının veya disiplin cezası verilmesinin, görevleriyle ilgili veya görevleri esnasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının ve yargılanmalarına karar verilmesinin, meslekten çıkarılmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik hallerinin tümünün, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlerin teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği*" kuralını getirmiştir. Devletin bütün organları yetkilerini, anayasadan alırlar. Yasama organının yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin düzenleme yapma yetkisi Anayasa'nın 140.

⁴²³ Bu düzenlemenin aynısı 1961 Anayasası'nda da yer almıştır. Bu nedenle yargının yasama organına karşı bağımsızlığına ilişkin anlatacağımız, 1961 Anayasası dönemi için de geçerlidir.

⁴²⁴ KURU (1966), s. 11.

⁴²⁵ Ömer SEVER, **Hakim Bağımsızlığı ve Savcı Teminatı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s. 60.

maddesinde gösterilen şekilde sınırlıdır. Yasama organı, 140. maddedeki yetkisini aşan nitelikte düzenlemeler yaparsa, Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeleri iptal edebilecektir⁴²⁶. Yasama organı 140. maddenin, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyucu niteliğini ortadan kaldıracak bir değişiklik yaparsa, bu değişiklik de, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı yargı organının kendi içinde, yargı organları ve hakimler ve savcılar arasında da sağlanmalıdır. Nitekim hakim ve savcılara yargısal fonksiyonları ile ilgili, diğer hakim ve savcılar da emir ve talimat veremezler. 1982 Anayasası, bu kuralın bazı istisnalarına yer vermiştir. İlk olarak 153. madde gereği, Anayasa Mahkemesi kararları tüm mahkemeleri bağlar. Mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlara aykırı karar veremezler⁴²⁷. Kuralın ikinci istisnası, mahkemelerin verdiği ısrar kararlarına karşı, temyiz merciince verilen bozma kararlarına, mahkemelerin uymak zorunda olmasıdır⁴²⁸. Üçüncü istisna, mahkemelerin, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına uyma zorunluluğudur (Uyuşmazlık Mahkemesi, adli, idari, askeri yargı mercileri arasındaki görev ve yetki uyuşmazlıklarına bakar. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konularda verdiği kararlar, söz konusu mahkemeleri bağlar). Dördüncü istisna içtihadı birleştirme kararlarına mahkemelerin uymak zorunda olmasıdır⁴²⁹. Beşinci istisna, kesin hükmün bağlayıcı olmasıdır (Konusu, tarafları ve sebebi aynı olan davalar için kesin hükmün bağlayıcılığı kuralı geçerlidir)⁴³⁰. Bu istisnaların dördü yargı bütünlüğünü (aynı konularda benzer kararlar verilmesini) ve yargının çalışma sisteminin sağlıklı işlemesini sağlamaya yöneliktir. Beşinci istisna ise, yargı mercilerinin aynı dava ile sürekli meşgul edilmesini önlemeye yöneliktir. Bu istisnalar dışında, kararlarını verirken hakimler bağımsızdırlar.

A.2461 SAYILI HSYK KANUNU DÖNEMİ

1980 yılında, ordunun yönetime el koyması ile, 1961 Anayasası yürürlükten kalkmıştır. 1982 Anayasası yürürlüğe girene kadar, darbe yönetimi, pek çok kanun

⁴²⁶ SEVER (2007), s. 63.

⁴²⁷ 1961 Anayasası'nın 152. maddesi de aynı istisnayı getirmiştir.

⁴²⁸ HMK m.373/5-6; CMK madde 307.

⁴²⁹ Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1996, s. 74.

⁴³⁰ SEVER (2007), s. 83.

çıkarmıştır. 22.04.1962 tarihli 45 Sayılı Yüksek Hakimler ve Yüksek Savcılar Kurulu Kanunu’nu yürürlükten kaldıran, 14.05.1981 tarihli 2461 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu da, 1982 Anayasası yürürlüğe girmeden çıkarılan kanunlardan biridir.

1.HSYK’nın Yetki Alanı

1961 Anayasası dönemindeki Yüksek Hakimler Kurulu’ndan farklı olarak, 1982 Anayasası döneminde kurulan, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yetki alanı, hem hakimleri, hem de savcılarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 1961 Anayasası dönemindeki Yüksek Hakimler ve Yüksek Savcılar Kurulları, 1981 tarihli 2461 Sayılı Kanun ile ve daha sonra 1982 Anayasası ile, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu adıyla birleştirilmiştir. Böylece hakimlerin ve savcılarının özlük işleri hakkında, tek bir yüksek kurul yetkilendirilmiştir.

Hakimlerin ve savcılarının aynı kurulun yetkisine verilmesi, düzenlemenin yapıldığı dönemde Devlet Başkanı olan Cemal Gürsel’in ifadesi ile, hakimlere ve savcılara ayrı ayrı uygulama yapılmasının önünün kesilmesi amacına yöneliktir⁴³¹. Doktrinde bir görüş tarafından, bu durum, hakimler ve savcılar arasındaki dengenin kurulmasını ve ilke kararların paralel çıkmasını sağlayacağı için, doğru bulunmuştur⁴³². Doktrindeki diğer görüş ise, yüksek kurulların birleştirilmesini, savcılardan daha geniş güvencelere sahip olması gereken hakimlerin güvencelerinin daraltılmasına yol açtığı için, eleştirmiştir⁴³³. Bu görüşe paralel olarak diğer bir görüş ise, hakim “hüküm verme makamı”, savcının “iddia makamı” olması sebebiyle yargı faaliyetinde farklı görevler üstlenmelerinden hareketle; hakim ve savcılarının farklı statü ve pozisyonlarına uygun olarak, idare ile ilişkilerinin farklı düzenlenmesi gerektiğini, bu nedenle farklı üst kurullarının olması gerektiğini savunmuştur⁴³⁴.

2461 Sayılı Kanun ile düzenlenen HSYK, ilk derece mahkemelerinin özlük işleri konusunda tam yetkilidir ve Yargıtay üyelerini seçme yetkisine sahiptir⁴³⁵. Yüksek Hakimler Kurulu’ndan farklı olarak, HSYK’ya, Danıştay Üyeleri’nin

⁴³¹ Bülent TANÖR, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s.235, 73. Dipnot.

⁴³² ÜNAL (1994), s. 89-90.

⁴³³ TANÖR (1994), s. 235.

⁴³⁴ GÖNENÇ, “*Dünya’da ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları*” (2011), s. 5-6.

⁴³⁵ 1982 Anayasası madde 159.

3/4'ünü seçme yetkisi⁴³⁶ ve Uyuşmazlık Mahkemesi Üyeleri'ni seçme yetkisi tanınmıştır. 1983'te, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Askeri Yargı'dan gelen üyelerinin seçimi, HSYK'nın yetkisi dışına çıkarılmıştır⁴³⁷. 2008'de ise, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne üye seçme yetkisi tamamen HSYK'dan alınmıştır⁴³⁸.

Yüksek Mahkemeler'in hakimlerinin özlük işleri, özel kanunlarla düzenlenmiştir. Gerek Yüksek Hakimler Kurulu'nun, gerekse HSYK'nın, hakimlerin özlük hakları ile ilgili yetkileri, ilk derece mahkemelerinin hakimlerinin özlük hakları ile sınırlıdır⁴³⁹.

2.HSYK Üyelerinin Seçilmesi

2461 Sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ilk halinde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdürü de yer almıştır. Bu durum, Kurul bünyesinde yürütmenin temsilcilerinin fazla olduğu yönünde eleştirilince; bir yıl sonra kabul edilen 1982 Anayasası'nda, Özlük İşleri Genel Müdürü, Yüksek Kurul'dan çıkarılmış ve Yargıtay ve Danıştay'ın kontenjanları değiştirilmiştir. 1982 Anayasası'nın 159. maddesinde Kurul'un oluşumu "*Kurulun başkanı, Adalet Bakanı'dır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurul'un tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, 03.06.1983 tarihli 2835 Sayılı Kanun'la, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. Yürütme mensubu olan Özlük İşleri Genel Müdürü, HSYK'dan çıkarılmıştır.

⁴³⁶ 1982 Anayasası madde 154,155.

⁴³⁷ ÜNVER (1988–1990), s. 184.

⁴³⁸ 23.07.2008 tarihli 5791 sayılı Kanunla, 2461 sayılı HSYK Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin askeri yargı dışından gelen üyelerinin, HSYK tarafından seçileceği düzenlemesi kaldırılmıştır. Yine 5791 sayılı Kanunla, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununda da değişiklik yapılmış ve Uyuşmazlık Mahkemesi üyelerinin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Danıştay Genel Kurulu ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurulu'nca seçileceği öngörülmüştür. Böylece Uyuşmazlık Mahkemesi için HSYK'nın üye seçme yetkisi tamamen kalkmıştır.

⁴³⁹ GÖNENÇ, "*Dünya'da ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları*" (2011), s. 6.

HSYK Üyeleri'nin seçim yöntemine ilişkin değişiklik hakkında, farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, Hakimlerin ve Savcıların özlük işlerini düzenlemekle görevli olan kurulun üyelerinin sadece hakimler tarafından seçilmesi halinde, yargının, yasama ve yürütme karşısında kavuşabileceği en geniş bağımsızlığa sahip olacağını; ancak bu durumda yargı teknokrasisinin oluşabileceğini, demokrasi ve milli egemenlik ilkelerine uygunluk için yasamanın, Yüksek Kurul'a üye seçmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁴⁰. Diğer bir görüş, Kurul'un hakim olan ve olmayan üyelerden oluşması halinde ağırlıklı oranın hakimlere tanınması gerektiğini; aksi durumda, Kurul kararlarında yasama veya yürütmenin etkili olacağını, bu durumun da Kurul'un bağımsızlığı ile bağdaşmayacağını savunmuştur⁴⁴¹.

HSYK'nın üyelerini, Cumhurbaşkanı'nın atıyor olması, şu nedenle eleştirilmiştir. Cumhurbaşkanı, genellikle belli bir siyasi parti üyesidir ve Cumhurbaşkanı seçildikten sonra, partisinden fikren kopması mümkün değildir. Bu nedenle de tamamen tarafsız hareket etmesi mümkün görülmemiştir. HSYK'nın, siyasal kaygılarla düzenlenmesini engellemek için, Cumhurbaşkanı'ndan söz konusu yetkilerin alınması gerektiği savunulmuştur⁴⁴². Diğer bir görüş, 1982 Anayasası'nın, parlamenter demokrasinin gereği olarak, Cumhurbaşkanı'na 'tarafsız devlet başkanlığı' görevi yüklemesinin; teoride, HSYK üyelerinin Cumhurbaşkanı'nca seçilmesini, bir ölçüde meşrulaştırdığını savunmuştur. Bu görüş, 2007 Anayasa değişiklikleri sonrasında, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmeye başlaması ile; Cumhurbaşkanı'nın seçmenine karşı sorumluluk duyacağını ve tarafsız olamayacağını, bu nedenle Cumhurbaşkanı'nın, HSYK üyelerini ataması konusunda, hiçbir meşruiyetinin kalmadığını belirtmiştir⁴⁴³.

HSYK'da Adalet Bakanı ve Adalet Bakanı Müsteşarının bulunması da farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Bir görüş, Adalet Bakanı'nın yargının işleyişinden yasama organına karşı sorumlu olmasından ötürü, kurulda yer alması gerektiğini;

⁴⁴⁰ ÖZBUDUN (2009), s. 373; YAZICI (2009), s. 100.

⁴⁴¹ GÖNENÇ, "Dünya'da ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları" (2011), s. 9.

⁴⁴² Ferman DEMİRKOL, **Bağımsız Yargının Fonksiyonları**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s. 43-45; İsmet OCAKÇIOĞLU, **1990-1991 Adalet Yılı Açış Konuşması**, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 1990, s. 9.

⁴⁴³ Kemal KUMKUMOĞLU – Ahmet Kemal KUMKUMOĞLU, "HSYK'nın 1961 ve 1982 Anayasaları'ndaki Durumu", **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.107.

yürütme organının temsil edildiği bir kurulda, ilk derece hakimlerinin, Kurul Üyesi hakimlere karşı, bağımlılık ilişkisine girmesinin engelleneceğini; bakanın bir siyasi parti üyesi olmasının, mutlaka yetkilerini kötüye kullanacağı anlamına gelmeyeceğini; eğer bakanın bu yönde bir tutumu olursa, yasama organının denetim mekanizmaları ve Bakanlığın eski hakim ve savcılardan oluşan uzmanlarının, bu tutumu engelleyebileceklerini savunmuştur⁴⁴⁴. Aynı yöndeki diğer bir görüş, hesap verebilirliğin yanı sıra, parlamento ile ilişkileri sağlamak için, Adalet Bakanı'nın ve Bakanlıkla ilişkileri koordine etmek için de Adalet Bakanı Müsteşarının, HSYK'da bulunması gerektiğini savunmuştur⁴⁴⁵.

Doktrindeki diğer görüşe göre, hakimlerin ve savcıların bağımsızlıklarını güvence altına almak için, onların özlük işleri, yasama ve özellikle yürütmenin ellerine bırakılmasın diye kurulmuş olan HSYK'nın başkanlığına, Adalet Bakanının getirilmesi ve Adalet Bakanı Müsteşarının doğal üye yapılması, HSYK'nın kuruluş amacıyla ve Anayasa'nın 159. maddesinin 1. fıkrasındaki, "*Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar*" kuralı ile bağdaşmaz⁴⁴⁶. Anayasa'nın 159. maddesine göre, HSYK'nın oluşumu, bağımsız bir kurul olmasına elverişli olmalıdır. Getirilen düzenleme ile Başkanı ve doğal üyesi yürütmenin birer üyesi olan HSYK'nın, karar verirken, siyasal etkilerden uzak kalamayacağı savunulmuştur. Bu sistemin yerine, Adalet Bakanı'nın, Kurul'dan çıkarıldığı veya en azından belli konularla ilgili toplantılara iştirak edebildiği ya da kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurabildiği ya da sadece kurul kararlarını imzalama veya tekrar görüşülmesi için geri gönderme yetkisine sahip olduğu bir sistemin getirilebileceği savunulmuştur. Böylece Adalet Bakanı ile Kurul arasında, yargı bağımsızlığını zedelemekten idarenin bütünlüğünün korunabileceği iddia edilmiştir⁴⁴⁷.

HSYK'da, Adalet Bakanı Müsteşarının, Adalet Bakanı'ndan bağımsız olup olmayacağı da farklı görüşlere konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında "*Anayasa'nın Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu düzenleyen 159. maddesinin*

⁴⁴⁴ ÜNAL (1994), s. 93-94.

⁴⁴⁵ Serap YAZICI, "*Yargı Reformu Projesi: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*", **Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasal Reforma İlişkin Değerlendirme ve Öneriler** (Editör: Serap Yazıcı), TESEV Yargı Siyasa Raporları 1, İstanbul, 2010, ss. 17-20, s.18.

⁴⁴⁶ İl Han ÖZAY, **Gün Işığında Yönetim**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 105.

⁴⁴⁷ YILMAZ (2009), s.102-103.

birinci fıkrasında bu kurulun; ‘Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağı ve görev yapacağı’ belirtilmektedir. Kurulun, oluşumunda bir ölçüde yürütme organına yer verilmesine karşın, görev yaparken her türlü etki, baskı, yönlendirmeden uzak, tamamen bağımsız olması amaçlanmıştır. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun bağımsızlığı ise, Kurulu oluşturan üyelerin bağımsızlığı ölçüsünde gerçekleşir. Kurulda görev alan teminatlı yüksek mahkeme hâkimleri yanında aynı statüde bulunan ve ‘mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı’ ilkesine göre görev yapması öngörülen Adalet Bakanlığı Müsteşarı’nın, diğerlerinden güvencesiz durumda olması 159. maddenin birinci fıkrası ile bağdaşmadığı gibi yargı bağımsızlığını da zedeler” demek sureti ile, Adalet Bakanı Müsteşarı’nın, Kurul’daki görevi yönünden Adalet Bakanı’ndan bağımsız olduğu ifade edilmiştir⁴⁴⁸. Anayasa Mahkemesi, olması gereken bakımından, Müsteşarın, Kurulda, Adalet Bakanı’ndan bağımsız davranmasını beklemiştir. Uygulamada, Müsteşar’ın, Kurul dışında Adalet Bakanı’nın astı olması nedeniyle, HSYK’daki görevlerinde de Adalet Bakanı’ndan bağımsız hareket etmesinin pek mümkün olmadığı açıktır⁴⁴⁹.

3.HSYK Üyelerinin Görev Süreleri

2461 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu madde 7 gereği, hem asıl, hem de yedek üyelerin görev süreleri dört yıldır. Görev süresi dolan üyeler tekrar seçilebilirler. Bu konudaki düzenleme, 45 Sayılı Kanun’a 1971 değişiklikleri ile getirilen düzenleme ile aynı olduğundan, 45 Sayılı Kanun’a ilişkin değerlendirmeler, 2461 Sayılı Kanun için de geçerlidir.

4.HSYK’nın Sekreteryası

2461 Sayılı HSYK Kanunu 10. maddesine göre “Kurul; Başkanın (Adalet Bakanı’nın), onun yokluğunda Başkanvekilinin (Kurul kendi içinden başkan vekili seçer) daveti üzerine, üye tamsayısı ile toplanır. ... Kurul Adalet Bakanlığında toplanır. Kurulun işleri Adalet Bakanlığınca yürütülür”. Bu madde, yargı

⁴⁴⁸ AYM, E:1992/37, K: 1993/18, KT: 27.04.1993.

⁴⁴⁹ YILMAZ (2009), s. 103 -104.

bağımsızlığını korumak üzere görevlendirilen ve bağımsız bir yapıda olması gereken HSYK'yı, kendi teşkilatını oluşturmaktan yoksun bıraktığı gibi; onun, kendi kendine toplantı yapıp, çalışma imkanını da elinden almıştır. HSYK, adeta kısıkvrak Adalet Bakanına bağlanmıştır. HSYK, Adalet Bakanı'nın gözetimi altında çalışan bir Kurul izlenimi çizmiştir. HSYK'nın yapılanmasındaki bu durum, hep eleştirilmiş ve HSYK'nın kendi teşkilatının olmasının zorunlu olduğu vurgulanmıştır⁴⁵⁰. Yürütmenin işlemlerini denetlemekle yetkili bir yapının en üstünde yer alan, bağımsız bir Yüksek Kurulun sekretaryasının, yürütmenin elinde olması kanaatimizce de kabul edilemez bir durumdur. Nitekim kararlarını bağımsız alsa bile, bu kararların uygulamaya geçmesi için yapılması gereken işlemlerin yürütme tarafından yavaşlatılması ihtimali her zaman mevcuttur. Bu durumda Yüksek Kurul, ne kadar bağımsız karar verse de, bu kararların uygulamaya geçirilmesinde sorun yaşanacak ve bağımsız bir organın oluşturulmasındaki amaç gerçekleşememiş olacaktır.

5.HSYK Kararlarına Karşı Yargı Yolu

HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması, önemli bir sorun oluşturmuştur. Bir görüş, bu durumu şu gerekçelerle makul karşılamıştır. Kurul kararlarının, üyeleri yine aynı kurul tarafından atanan, bir yargı merciince incelenmesinin, hiyerarşik anlayışa aykırı olduğunu iddia etmiştir. Nitekim HSYK kararlarını denetleyecek mercii, üyeleri yine HSYK tarafından atanan, Danıştay olacaktır. Kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmasıyla, HSYK'nın, kendi düşüncelerine yakın kişileri, kendi kararlarını denetleyecek yüksek yargı makamına getirme ihtimalinin engellendiği iddia edilmiştir. Kurul kararlarına karşı, itirazları inceleme kuruluna başvurmanın mümkün olmasının da, yargı denetimine duyulan ihtiyacı gidereceğine işaret edilmiştir. Son olarak da, itirazları inceleme kurulunun, HSYK'nın asıl ve yedek üyelerinin tamamı ile toplanması⁴⁵¹ nedeniyle, bu kurula, yürütmenin müdahalesinin çok fazla olamayacağına dikkat çekilmiştir⁴⁵².

⁴⁵⁰ YILMAZ (2009), s. 107; TANÖR (1994); s. 235; GÖNENÇ, “Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları”, (2011), s. 18.

⁴⁵¹ 2461 sayılı HSYK Kanunu 12. Madde, “İtiraz; Adalet Bakanının, onun yokluğunda Başkanvekilinin başkanlığında asıl ve yedek üyelerden oluşan, itirazları inceleme Kurulunca

Doktrinde çoğunlukta olan görüş ise haklı olarak, bu düzenlemenin yanlış olduğunu savunmuştur. Hakim ve savcıların, HSYK kararlarına karşı yargı yoluna başvuramaması, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi; yargı bağımsızlığını koruma amacına hizmet eden bir Kurul'un, kendi yaptığı işlemlerin muhataplarının elinden, hak arama özgürlüğünü alması çelişkisini doğurmuştur. Bu çelişki o denli elimdir ki, sistem herhangi bir vatandaşın hakkını adil biçimde vermekle görevlendirdiği, hak ve adalet dağıtmakla sorumlu tuttuğu görevlilerinin (hakimlerin) elinden, kendi haklarını arama özgürlüğünü almıştır. Kısaca sistem, yargı güvencesinden yoksun bir yargı örgütü kurmuştur⁴⁵³. Hukuk devleti ilkesi gereği, her organın hukuk sınırları içinde kalması, aksi durumda hesap verebilir olması gerekir. Oysa Yüksek Kurul'un kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaması, bu Kurul'u, hukuken sorumsuz ve hesap vermek zorunda olmayan bir organ haline getirir. Bu düzenlemeyle, hukuk devleti ilkesi açıkça ihlal edilmiştir⁴⁵⁴.

HSYK kararlarına karşı, yargı yolunun kapalı olması, AİHM'de de dava konusu olmuştur. AİHM, HSYK kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğuna, ancak itirazı inceleyen komisyonda daha önce kararı veren üyelerin bulunmasının, komisyonun tarafsızlığını ortadan kaldırdığına, bu nedenle; yargı yolunu kapatan düzenlemenin, hak arama özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir⁴⁵⁵.

HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması, HSYK'nın uygulayacağı kanunlara karşı itiraz yoluyla anayasal denetimin de ortadan kalkmasına neden olmuştur⁴⁵⁶. Söz konusu yasalar, sadece iptal yoluyla denetlenebilir. İptal yoluyla denetim için, 45 Sayılı Kanun'da Yüksek Hakimler Kurulu'na tanınmış olan *"Kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda kanunların veya yasama meclisleri içtüzüklerinin ... Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya iptal davası açmak"* yetkisi, 2461 Sayılı Kanun'da yer almamıştır. Bu nedenle, iptal davası için de tek yol, meclisteki milletvekili sayısının en az beşte biri oranında milletvekilinin, ana muhalefet partisi grubunun veya

incelenerek sonuçlandırılır" ifadesi ile HSYK üyelerinin tamamının, itirazları inceleme kurulunda yer aldığını hükme bağlamıştır.

⁴⁵² ÜNAL (1994), s. 90-91.

⁴⁵³ YILMAZ (2009), s.108.

⁴⁵⁴ GÖNENÇ, *"Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları"* (2011), s. 19.

⁴⁵⁵ AİHM, *Kayasu – Türkiye*, 13.11.2008.

⁴⁵⁶ YILMAZ (2009), s. 111.

Cumhurbaşkanı'nın, belirli bir süre içinde⁴⁵⁷, ilgili kanunun Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla, AYM'de dava açmasıdır. Bu süre içinde, sayılan kişiler dava açmazlarsa, HSYK'nın uygulayacağı kanun, Anayasaya aykırı da olsa yürürlükte kalacaktır. Anayasaya aykırı, HSYK ile ilgili normların sistemden temizlenme imkanını oldukça daraltan bu düzenlemenin, değişmesi zorunludur.

HSYK kararlarının gizli olması, diğer bir önemli sorunu oluşturmuştur. Yargı denetimine açık olmayan bu kararların, gerekçelerinin kamuoyu tarafından sorgulanmasını da önleyen bu düzenleme, HSYK'yı hiçbir organa ve topluma hesap vermek zorunda olmayan bir kurum haline getirmiştir⁴⁵⁸.

2461 Sayılı Kanun'la HSYK'nın, pek çok yönüyle yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaktan uzak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

B. 1982 ANAYASASI'NDA 2010'DA YAPILAN HSYK ile İLGİLİ DEĞİŞİKLİK ve 6087 SAYILI HSYK KANUNU

1980 Darbesinin üzerinden 30 yıl geçtikten sonra, demokratik sistemin toplumda yayılması ile bazı kronik sorunlar daha çok ifade edilebilir hale gelmiştir. Bu ortamda, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili sorunlar, uzun uzun konuşulup tartışılmaya ve sistemin eksiklikleri eleştirilmeye başlanmıştır. Toplumdaki beklentilerin etkisiyle, temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra, yargı ile ilgili maddeleri içeren, bir anayasa değişikliği yapılmıştır.

Anayasa değişikliği tasarısını, iktidar partisi olan Adalet ve Kalkınma Partisi hazırlamıştır. Hazırlanan tasarı, bir torba kanun olduğu için, haklı olarak eleştirilmiştir⁴⁵⁹. Torba kanun, Roma Hukukunda birbiriyle sıkı ilişkisi olmayan maddelerin, tek bir kanunda yer aldığı kanunlara denmiştir. Halkın istemediği

⁴⁵⁷ Kanunların Anayasaya uygunluğunun şekil yönünden denetlenmesi için Cumhurbaşkanı ve millet meclisinin en az beşte biri oranında milletvekili, kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren on gün içinde Anayasa Mahkemesine iptal davası açabilir. Kanunların esas yönünden Anayasaya uygunluklarının denetlenmesi için Cumhurbaşkanı, şekil denetimi için gereken oranda milletvekili, iktidar ve muhalefet partisi meclis grupları tarafından kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren altmış gün içinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkanı tanınmıştır. Bkz. ÖZBUDUN, (2009), s. 409–410.

⁴⁵⁸ YILMAZ (2009), s.115.

⁴⁵⁹ İbrahim Ö. KABOĞLU, *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası Halk Neyi Oylayacak?*, İmge Kitapevi, İstanbul, 2010, s. 175; Serkan KÖYBAŞI, *“Referandumda Konunun Tekliği İlkesi”*, *Güncel Hukuk*, Mayıs 2010, s.32–34.

düzenlemelerin, halkın çok istediği düzenlemelerin arasına sıkıştırılarak kanunlaşmasının önlenmesi için, torba kanun uygulaması Roma’da yasaklanmıştır⁴⁶⁰. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu’nun, Referandumla ilgili Uygulamalar Kılavuzu başlıklı ve 371/2006 sayılı raporunda da, birbiri ile bağlantılı olmayan düzenlemelerin, tek bir kanun içinde referanduma sunulamayacağı belirtilerek, torba kanun yasağı getirilmiştir⁴⁶¹. 2010 Anayasa Değişikliği Paketi içinde referanduma sunulan metinde, temel hak ve özgürlüklerle, siyasi parti kapatmayla ve yargıyla ilgili kurallar yer almıştır. İktidar ve muhalefet, temel hak ve özgürlüklerle ilgili kuralların kabul edilmesi konusunda aynı görüşte iken; parti kapatma, HSYK ve Anayasa Mahkemesine ilişkin kuralların kabulü konusunda farklı düşünceleri savunmuşlardır. 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu Tasarısı’nın içindeki bu konuların ayrılması, ana muhalefet partisi CHP tarafından teklif edilmiş; ancak iktidar partisi AKP tarafından teklif kabul edilmemiştir. Tasarı, torba kanun özelliğini koruyarak Meclis’te kabul edilmiştir. Kanun tasarısı, Cumhurbaşkanı tarafından referanduma sunulmak üzere onaylanmıştır. Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanı’nca onaylanıp, referanduma sunulmak üzere Resmi Gazete’de yayımlandıktan sonra, Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açılıp açılmayacağı çok tartışılmıştır. Mithat Sancar, Ahmet Necdet Sezer, Ülkü Azrak, henüz yürürlüğe girmemiş bir kanunun Anayasa Mahkemesi’nce denetlenemeyeceğini ileri sürmüşler⁴⁶²; İbrahim Kaboğlu, Sabih Kanadoğlu, Ergun Özbudun, Anayasa değişikliğinin referandum öncesinde, Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra 10 gün içinde, Anayasa Mahkemesi’ne götürülebileceğini ileri sürmüşlerdir⁴⁶³. Sonuç olarak 113 milletvekili tarafından, Anayasa değişikliği, Resmi Gazete’de yayımlandıktan

⁴⁶⁰ Ziya UMUR, **Roma Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1984, s. 172; Pervin SOMER, “*Roma Hukuku’nda Torba Kanun Yasağı*”, 2010 **Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.25.

⁴⁶¹ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Referandumla ilgili Uygulamalar Kılavuzu, 371/2006 sayılı Raporu, <http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD%282007%29008-f.pdf>, (son erişim:18.10.2011).

⁴⁶² “*Anayasa Paketi Referandum Öncesi Anayasa Mahkemesine Götürülemez*”, Yeni Şafak, <http://yenisafak.com.tr/Roportaj/?i=255967>, 07.11.2011, Ahmet Necdet Sezer ve Ülkü Azrak’ın görüşleri için bkz. <http://www.turktime.com/haber/Hukukcular-Bolundu-Degisikligi-Iptal-Davasi-Referandumdan-Once-mi-Sonra-mi-Acilacak-/90506>, 07.11.2011.

⁴⁶³ “*AKP’nin Anayasa Değişikliği için Gerekçesi Yok*”, NTVMSNBC, <http://www.ntvmsnbc.com/id/25074887/>, 07.11.2011; Sabih Kanadoğlu ve Ergun Özbudun’un görüşleri için bkz. <http://www.turktime.com/haber/Hukukcular-Bolundu-Degisikligi-Iptal-Davasi-Referandumdan-Once-mi-Sonra-mi-Acilacak-/90506>, 07.11.2011.

sonra ve referanduma sunulmadan önce, kanunun iptali için AYM'ye iptal davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesi iptal davasında, anayasa değişikliklerinin sadece şekil yönünden denetlenebileceği kuralını⁴⁶⁴ geniş yorumlayarak, Anayasa değişikliğini esas yönünden denetlemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetimi adı altında esas denetimi yapması, 148. Maddedeki, “*Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin ‘teklif ... şartına uyulup uyulmadığı’ hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hükmün, ‘geçerli teklif’ koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içereceğine*⁴⁶⁵” dair yorumundan kaynaklanır. Anayasa Mahkemesi “*Anayasa’da yapılan değişikliklerin, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren ya da etkisizleştirerek anlamsızlaştıran bir nitelik taşıyıp taşımadığını inceleyebileceği(ne) ve bu nitelikte olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa’nın 4. maddesindeki teklif yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceği(ne)*” karar vermiştir. Esas denetimi yapan AYM, 5982 Sayılı Kanun’un bazı maddelerindeki ifadeleri, Anayasa’ya aykırı görerek iptal etmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi’nce bazı kısımları iptal edilen, 5982 Sayılı Kanun referanduma sunulmuştur. Bir görüşe göre, AYM’nin, anayasa değişiklikleri ile ilgili, şekil yönünden denetim yapma yetkisi sınırlıdır. Bu sınır nedeniyle, AYM’nin, kısmi iptal yerine, yorumlu ret kararı vermesi gerekir. Aynı görüşe göre, kısmi iptal kararı ile, AYM, şekil denetiminin sınırlarını zorlamış olmanın yanında; kanunun iptal edilmeyen kısımlarını da meşrulaştırmış ve hukuka uygun olduğunu tasdik etmiş, olmuştur⁴⁶⁶. Biz bu görüşün Anayasa Mahkemesi’nin sadece şekil yönünden denetleme yetkisinin sınırlı olduğuna, esas denetimi yapma yetkisinin olmadığına ve esasa dair değerlendirme yapması halinde en fazla yorumlu ret kararı verebileceğine ilişkin kısmına katılıyoruz, ancak bu kararı vermesinin söz konusu anayasa değişikliği için gerekli olmadığını düşünüyoruz.

12 Eylül 2010 günü yapılan referandumda %57.88 evet, %42.12 hayır oyu alan, 5982 Sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun, yürürlüğe girmiştir. Anayasa değişikliğinin içinde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili düzenlemelerden,

⁴⁶⁴ 1982 Anayasası madde 148/1.

⁴⁶⁵ AYM, E:2010/49, K:2010/87, KT: 07.07.2010.

⁴⁶⁶ KABOĞLU (2010), s. 230–234.

Anayasa Mahkemesine ilişkin olan ve Askeri Yargı ile ilişkili olanlar ayrı bir çalışmanın konusu olacağından, bunlara değinilmeyecektir. Bunların dışında kalan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili konular ele alınacaktır.

1.HSYK Üyelerinin Seçimi

1982 Anayasası'nın 2010 değişiklikleri ile, Anayasa'nın 159. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve HSYK'nın yirmi iki asıl, on iki yedek üyeden oluşacağı ve üç daire halinde çalışacağı öngörülmüştür. Adalet Bakanı, Kurul'un başkanı; Adalet Bakanı Müsteşarı, Kurul'un doğal üyesi olarak kalmaya devam etmiştir. 1982 Anayasası'nın değişik 159. maddesi 3. fıkrası, *“Kurul'un, dört asıl üyesi, nitelikleri Kanunda belirtilen; yüksek öğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri, ve avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca; üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hakim ve savcılar arasından adli yargı hakim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hakim ve savcılar arasından idari yargı hakim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi bitenler yeniden seçilebilir”* düzenlemesini getirmiştir. Değişikliğin taslak halinde, bir asıl ve bir yedek üyenin Danıştay'dan, Danıştay Genel Kurulu'nca seçileceği öngörülmüyordu. Taslağın öngördüğü düzenleme, iktidarın Danıştay'a tepki olarak; Anayasa'nın ilk halindeki, Danıştay'dan alınacak üye kontenjanının, iki asıl iki yedek üyeden, bir asıl bir yedek üyeye düşürdüğü yönünde, eleştirilere neden olmuştur. Bu durum, referanduma sunulan taslakta değiştirilmiş ve Danıştay'dan gelecek üye kontenjanı tekrar iki asıl ve iki yedek üye olmuştur⁴⁶⁷. Adalet Akademisi'nin seçeceği üyelerin de, yargı

⁴⁶⁷ Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, “2010 Anayasa Değişiklikleri”, https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:y_1fpYfysPwJ:m.friendfeed-media.com/0609e9513867139788df92e161d9b19567d7cd3e+tahmazo%C4%9Flu+%C3%BCzelt%C3%BCrk&hl=tr&gl=tr&pid=bl&srcid=ADGEEShBC05T-qMX0W7Ozf1ESV-6FG1q5oBWraHXctwbGi6n9fmyxqmRmBQqtoNWF8qXY5tnGXh-

bağımsızlığı ve tarafsızlığını zedeleyecek nitelikte olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, Adalet Akademisi'nin başkan ve başkan yardımcılarının, yönetim kurulunca gösterilen adaylar arasından, Bakanlar Kurulu tarafından atanması; genel kurulun başkanının Adalet Bakanı olması ve bakanlık personelinin de kurulda etkili olarak yer alması⁴⁶⁸, kurulun, iktidarla aynı dünya görüşüne mensup kişilerden oluştuğunu gösterir. Bu nedenle de, Adalet Akademisinden yapılacak atama yargı bağımsızlığına aykırıdır iddiası ileri sürülmüştür⁴⁶⁹.

Değişiklikle, üye sayısının artırılması, adli ve idari yargı hakimleri ve savcıları dahil, tüm yargı mensuplarına seçme hakkının verilmesi ve üyelerin geniş tabandan gelmesine imkan verilmesi olumlu gelişmelerdir. Diğer yandan Adalet Bakanı'nın başkan olarak kalması, HSYK Üyeleri'nin altısının doğrudan ve dolaylı olarak yürütme tarafından belirlenmesi ve Kurul'un, hakimler ve savcılar için iki ayrı kurul haline getirilmemesi, değiştirilmesi gereken; ancak değiştirilmeyen düzenlemelerdir⁴⁷⁰.

a.Anayasa Mahkemesi'nin İptal Ettiği Bölümler

HSYK' ya üye seçme yetkisi verilen Cumhurbaşkanı'nın seçim yapacağı kişiler, *yüksek öğretim kurumlarının hukuk, 'iktisat ve siyasal bilimler', dallarında görev yapan öğretim üyeleri, 'üst kademe yöneticileri' ve avukatlar arasından olmak* zorundadır. Bu kişilerden “iktisat ve siyasal bilimler” ve “üst kademe yöneticileri” arasından seçim yapılabilmesine ilişkin düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu ifadeleri, “... *yargının işleyişi ve yargı teşkilatı ile herhangi bir şekilde ilişkisi olmayan ve yargının işleyişi, yargının ve yargıçların sorunları ve yargısal görevlerin yerine getirilmesinde gözetilmesi gereken yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı gibi ilkeler hakkında yeterli ilgi, bilgi ve tecrübeye sahip olmayan iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticilerinin hâkim ve savcılarının atama, tayin, terfi disiplin gibi özlük*

H6iDxrx7KJqLKbldY_qTuLBqVFfm5KwW_8h7OZuHWU7jEUm0rq8D3q61J71zVY0p&sig=AHIEtbQqqFw hm92znUHtn_rk6pe2-Pnkcw, (son erişim: 03.11.2011), s. 9.

⁴⁶⁸ 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu. (31.07.2003 günlü RG)

⁴⁶⁹ TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, (2011), s. 9.

⁴⁷⁰ KABOĞLU (2010), s. 273.

işlerinden sorumlu bir kurulda görev almaları yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini ihlal edip, hukuk devleti ilkesini zedeler nitelikte⁴⁷¹” gördüğü için iptal etmiştir. Nitekim değişiklik henüz taslak aşamasındayken, HSYK’da hukukçu olmayan üyelerin bulunması eleştirilmiştir⁴⁷².

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın değişik 159. maddesinin 5. fıkrasındaki Yargıtay, Danıştay, Yüksek Adalet Akademisi Genel Kurulları’ndan seçilecek Kurul üyeliği için, her hakim ve savcının *“ancak bir aday için”* oy kullanacağına ilişkin düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesi *“Böyle bir düzenleme seçilecek diğer adaylar açısından seçmenlerin oy kullanma hakkını ortadan kaldırmaktadır. Buna göre, bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımaları sınırlandıran böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır⁴⁷³”* şeklindedir. Doktrinde de AYM ile aynı nedenle bu düzenleme eleştirilmiştir⁴⁷⁴. Ancak hem Anayasa Mahkemesi’nin hem de doktrinin görüşü HSYK’nın çoğunlukçu yapıda bir kurul haline gelmesine neden olmuştur. Nitekim her aday için ayrı ayrı oy kullanıldığında azınlıkta kalanların destekledikleri adaylar Kurulda yer alma şansı elde edemeyeceğinden, değişiklikle amaçlanan Kurul’a demokratik bir yapı kazandırma amacına tam manasıyla ulaşılamamış olur. Nitekim bu durum hem Avrupa İnsan Hakları Komiseri Thomas HAMMERBERG’in Türkiye’yi ziyaretini müteakiben hazırladığı raporda⁴⁷⁵, hem de Avrupa Komisyonu’nun Türkiye 2011 yılı ilerleme raporunda eleştirilmiştir⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ AYM, E:2010/49, K:2010/87, KT: 07.07.2010.

⁴⁷² Korkut KANADOĞLU, *“Anayasa’nın Değiştirilmez Maddelerine Aykırı Anayasa Değişiklikleri”*, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, s. 23.

⁴⁷³ AYM, E:2010/49, K:2010/87, KT: 07.07.2010.

⁴⁷⁴ Kadir ÖZBEK – Ali Suat ERTOSUN, **Hakimler ve Savcılar Kurulu’na İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010, s. 12; KANADOĞLU (2010), s. 24.

⁴⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammerberg’in Türkiye Ziyaretini Müteakiben Hazırladığı Rapor, Strasbourg, 2012, paragraf: 106. (Çalışmada HAMMERBERG Raporu olarak geçecektir.)

⁴⁷⁶ Avrupa Komisyonu, Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu, Brüksel, 2011, s.83.

b.Hakim ve Savcı Olmayan Kişilerin HSYK’da Üye Olması

Öğretim üyelerinin çoğunluğunun, mütalaa vererek, müşavirlik, avukatlık ve bilirkişilik yaparak pek çok davada görev alıyor olmaları, bu kişilerin aynı zamanda Yüksek Kurul’da da görev almaları halinde, herhangi bir kurul üyesinin bir şekilde dahil olduğu davalarda, davanın karşı tarafının yargı tarafsızlığı hakkında makul şüpheyne düşmesine neden olacağı ileri sürülmüştür. Hem bu açıdan, hem de Adalet Bakanı ile birlikte hakim olmayan beş asıl üyenin kurulda yer alması ve bu üyelerin, hakim ve savcılarının ihracı gibi çok önemli konularda yetkilerinin olması nedeniyle değişik 159. maddede düzenlenen yargı bağımsızlığına ve hukuk devletine aykırı görülerek eleştirilmiştir⁴⁷⁷.

c.İlk Derece Hakimlerinin HSYK’da Üye Olması

1982 Anayasası değişik 159. maddesi ile, ilk derece hakimlerine HSYK’da temsil imkanı verilmesi olumlu görülürken, Kurul üyelerinin çoğunluğunu ilk derece hakim ve savcılarının oluşturması, kariyerlerinin başında olan bu hakim ve savcılarının dışsal faktörlerin baskısına daha açık olması ihtimali nedeniyle eleştirilmektedir. Olması gerekenin, Kurul’da yüksek hakimlerin çoğunlukla yer alması ya da en azından ilk derece hakimleri ile yüksek hakimlerin eşit sayıda yer almaları olduğu savunulmuştur⁴⁷⁸.

Diğer bir eleştiri, hakimlerin yapacakları seçime ilişkindir. Anayasa değişikliği ile gelen düzenlemede, tüm adli hakimler ve savcılar, birinci sınıf adli hakimler ve savcılar arasından seçim yaparlarken; tüm idari yargı hakim ve savcıları, birinci derece idari yargı hakim ve savcıları arasından seçim yapacaklardır. Bu düzenlemenin, Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 10 no’lu görüşü madde 17 – 18’de ve 1998 tarihli Yargıçların Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı paragraf 1.3.’de belirtilen, hakimlere ilişkin Yüksek Konseylere, hakimler tarafından seçilecek üyelerin kendi emsalleri arasından seçilmesi gerektiği tavsiyesine, aykırı olduğuna

⁴⁷⁷ ÖZBEK – ERTOSUN (2010), s. 11.

⁴⁷⁸ GÖNENÇ, “Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları” (2011), s. 11.

işaret edilmiştir. Birinci derece hakimlerin, birinci derece hakimler arasından; diğer hakimlerin de kendi emsalleri arasından seçim yapması gerektiği savunulmuştur⁴⁷⁹.

2.HSYK'nın Başkanı

2010 değişiklikleri öncesinde, Adalet Bakanı'nın Kurul'un başkanı olması olumsuz karşılanmıştı. 2010 değişiklikleri ile bu durumun değiştirilmemesi eleştirilmektedir⁴⁸⁰. Değişikle Anayasada, Adalet Bakanı'nın Kurul'un yönetim ve temsilinden sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Temsil yetkisinin başkanda olması normaldir; ancak Adalet Bakanı'nın başkanlık rolü, ona, Kurul'u yönetme hakkı getirmemelidir. Nitekim yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olması gereken bir kurulun yöneticisinin, yürütmenin bir üyesi olması kabul edilemez. Adalet Bakanı'nın başkanlığı, sadece temsil ve kurul adına beyanda bulunma yetkisi getirmelidir⁴⁸¹.

3.HSYK'nın Sekretaryası

Türkiye'de hakimlerin ve savcılarının bağımsızlığı için kurulan Yüksek Kurul'ların ayrı bir sekretaryalarının olmaması, ayrı bir binalarının olmaması eleştirisi konusu olmuştu. Bu eleştiriler haklı görülerek, 2010 değişiklikleri ile HSYK için ayrı bir sekretarya oluşturulmuştur. Değişik 159. maddenin 11. fıkrası gereği, Kurul'a bağlı Genel Sekreterlik kurulması, Genel Sekreter'in, Kurul'un teklif ettiği üç aday arasından, Kurul Başkanı olan Adalet Bakanı'nca atanması, düzenlenmiştir.

HSYK Genel Sekreteri'nin, Adalet Bakanı tarafından atanacak olmasının, özel bir sekretarya kurulmuş olmasının, HSYK'nın bağımsızlığına sağlayacağı faydayı ortadan kaldıracak savunulmuştur⁴⁸². Kurul tarafından önerilen isimler arasından Adalet Bakanı'nın atama yapacak olması, bu eleştiriyi bir nebze yumuşatır. Ancak uygulamada, Adalet Bakanlığı'nın Personel Genel Müdürlüğü'nün; Genel

⁴⁷⁹ TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK (2011), s. 10.

⁴⁸⁰ TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK (2011), s. 9; GÖNENÇ, "Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları" (2011), s. 15; KABOĞLU (2010), s. 273; KANADOĞLU (2010), s. 24.

⁴⁸¹ ÖZBEK – ERTOSUN (2010), s. 21–22; KUMKUMOĞLU – KUMKUMOĞLU (2010), s. 108.

⁴⁸² GÖNENÇ, "Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları" (2011), s. 18; KANADOĞLU (2010), s. 24.

Sekreterlik adı altında, HSYK'ya tahsis edilen yeni binaya taşınması⁴⁸³, bu eleştirinin haklılığını ve eski düzenin pek değişmediğini gösterir niteliktedir.

4. HSYK'nın Kararlarına Karşı Yargı Yolu

1982 Anayasası'nda HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması, daha önce ele aldığımız üzere, haklı olarak oldukça çok eleştirilmiştir. Anayasa değişikliği sürecinde, bu durumun değiştirilmesi talepleri dile getirilmiştir⁴⁸⁴. Ancak, 2010 Değişiklikleri bu beklentileri tam olarak karşılayamamıştır. Değişikliklerle, Kurul'un sadece meslekten çıkarma cezasına karşı, yargı yolu açılmıştır⁴⁸⁵. Kurul'un tüm kararlarına karşı yargı yolunun açık olması hukuk devletinin bir zorunluluğu olduğu için, değişiklik olumlu fakat yetersizdir⁴⁸⁶.

5.2010 Değişikliklerine İlişkin Genel Değerlendirme

Bir kesim tarafından, 2010 Değişiklikleri'nin yapılış sürecine yeterince özenilmediği ve değişiklik sürecinin katılıma yeterince açık olmadığı⁴⁸⁷, 12 Eylül Darbesi Dönemi benzeri, tartışmaya açık olmayan bir ortamda sürecin işlediği⁴⁸⁸, iktidar partisinin değişikliktaki tek amacının yargıyı kendi kontrolü altına almak olduğu⁴⁸⁹ iddia edilmiştir. Diğer bir kesim ise, 2010 Değişiklikleri'nin, 1961 ve 1982 Anayasalarının getirdiği, bir kısım elitin halkın iradesinden üstün tutulduğu 'kutsal

⁴⁸³ ÖZBEK – ERTOSUN (2010), s. 24.

⁴⁸⁴ Feridun TOKALP, "Yargı Bağımsızlığı", **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 9, s. 9.

⁴⁸⁵ 1982 Anayasası değişik madde159/10.

⁴⁸⁶ GÖNENÇ, "Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları" (2011), s.19; ÖZBEK – ERTOSUN, (2010), s. 16; KANADOĞLU (2010), s. 24; Opinion on The Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey, Strazburg, 29 March 2011(Çalışmamızda bu görüş 'Venedik Komisyonu'nun 610/2011 sayılı Görüşü' olarak yer alacaktır), paragraf 76.

⁴⁸⁷ Bertil Emrah ODER, "Anayasa Değişikliklerinde Demokratik Süreç Toplum ve Birey", **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 12–15, s. 15.

⁴⁸⁸ YARSAV, "Yargısız İnfaz Olmasın", **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 21, s. 21.

⁴⁸⁹ Fikret İLKİZ, "Anayasa Değişikliklerinde Asıl Sorun", **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 16 – 17, s. 17.

anlayışı' değiştirmeye yönelik⁴⁹⁰ olduğunu ve hukuk devleti güvencesini güçlendirdiğini⁴⁹¹ ileri sürmüştür.

HSYK'nın oluşumu, 2010 Değişiklikleri öncesine göre daha geniş çevrelerin katılımına açık olması bakımından ve kurumsal bağımsızlığın eskiye nazaran daha güçlü olması bakımından olumludur⁴⁹². Kurul'un genel yapısında, Cumhurbaşkanı'na doğrudan dört üye atama yetkisi verildiği, Adalet Bakanı ve Adalet Bakanı Müsteşarının oy kullanma hakkı olan Kurul Üyeleri olmaları ve Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu'nun ağırlıklı olarak bakanlık bürokratlarından oluştuğu düşünüldüğünde, toplamda yedi asıl bir yedek kurul üyesinin, siyasal etkiye açık olduğu görülür. Kurul'un 22 asıl 12 yedek üyeden oluşması, siyasal etkiye açık üyelerin azınlıkta kaldığını gösterir. İlk bakışta bu durum, yargı bağımsızlığı için pek sakıncalı görünmez. Ancak, Kurul'daki dairelerin nasıl oluşacağının Anayasa'da düzenlenmediği, bu düzenlemenin kanuna bırakıldığı dikkate alındığında durum değişir. Şöyle ki, yapılacak bir kanunla, yargı bağımsızlığı açısından önemli konuların, siyasal etkiye açık olan üyelerin bulunduğu daireye verilmesi ihtimali her zaman mevcuttur⁴⁹³. Bu durum, Kurul'un Sekreteri'nin, Adalet Bakanı'nca atanması ile birlikte düşünüldüğünde, HSYK'nın stratejik noktalarında yürütmenin etkisinin devam edebileceği anlaşılır. Kurul'un üç daireden oluşması, bu dairelerin uzmanlaşması bakımından olumludur⁴⁹⁴. Bu olumlu durumu, yargı bağımsızlığını da gözeterek sürdürmek için, dairelere üyelerin dağılım şekli, siyasal etkiye açık üyelerin ağırlıklı olduğu dairelere, stratejik görevler verilmeyecek şekilde, Anayasa'da düzenlenmelidir. HSYK üyeleri arasında Baro temsilcilerinin bulunacağının garanti edilmemesi de eleştirilmiştir⁴⁹⁵.

27 Eylül 2010'da Adalet Bakanı Sadullah Ergin, yapılan Anayasa Değişikliği ve buna paralel olarak düzenlenen 6087 Sayılı HSYK Kanunu ile ilgili, Venedik Komisyonu'ndan değerlendirme yapmasını istemiştir. Venedik Komisyonu,

⁴⁹⁰ Kemal ŞAHİN, “Kutsal Yapıya Dokununca”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 18 – 20, s.18 – 19.

⁴⁹¹ Serap YAZICI, “Anayasa Değişikliği ve Siyasi Parti Hürriyeti”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss.30–31, s.30.

⁴⁹² HAMMERBERG Raporu (2011), s.3.

⁴⁹³ ÖZBEK – ERTOSUN (2010), s. 15.

⁴⁹⁴ GÖNENÇ, “Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları” (2011), s. 18.

⁴⁹⁵ Avrupa Komisyonu, Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu, Brüksel 12 Ekim 2011, s. 84.

talebi kabul etmiş ve konu ile ilgili Türkiye'deki Hakim ve Savcılara Dair Hukuki Düzenlemeye İlişkin Görüşü⁴⁹⁶ bildirmiştir. Bu görüş, önemli değerlendirmeler içerir. En önemli değerlendirme, yapılan değişikliğin kapsamlı ve temel bir reform olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkindir⁴⁹⁷. Yapılan değişiklikler, HSYK özelinde olumlu görülürken, ne yazık ki yargının politize olmasını önleyecek derecede olumlu görülmemiştir. Bunun da özellikle denetim ve terfi sisteminin değişmemesinden kaynaklandığı vurgulanmıştır⁴⁹⁸.

C.HAKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞINA İLİŞKİN DİĞER DÜZENLEMELER

1.Hakimlerin Nitelikleri

1983 yılında yürürlüğe giren, 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda Adli ve İdari Yargı hakim ve savcılarının nitelikleri, tüm özlük işleri, Yargıtay ve Danıştay başkan ve üyelerinin mali hakları düzenlenmiştir.

2802 Sayılı Kanun, madde 8 gereği adaylığa atanabilmek için şu nitelikleri taşıyor olmak şartı aranmıştır :

a) Türk vatandaşı olmak,

b) Giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle, lisans ve lisansüstü (master) öğrenimi yapmış olanlar için otuz, doktora öğrenimini tamamlamış olanlar için otuz beş yaşını bitirmemiş olmak.

c) Adli yargı adayları için; bir hukuk fakültesinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirip de Türkiye'deki hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden sınava girip başarı belgesi almış bulunmak,

İdarî yargı adayları için; hukuk fakültesinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirip de Türkiye'deki hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden sınava girip başarı belgesi almış bulunmak, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar bakımından ise, *her dönemde*

⁴⁹⁶ Opinion on The Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey, Strazburg, 29 March 2011.

⁴⁹⁷ Venedik Komisyonu'nun 610/2011 sayılı Görüşü, paragraf 5, 100.

⁴⁹⁸ Venedik Komisyonu'nun 610/2011 sayılı Görüşü, paragraf 18.

alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarından birinde en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunların denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak.

2005 yılına kadar hukuk fakültesi dışında idari hakimlik sınavına girmesine izin verilen fakültelerin adayları için herhangi bir kontenjan sınırı yokken, 2005'te, 5435 Sayılı Kanunla getirilen hükümle, 'her dönemde alınacak hakim sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında' sınırlaması getirilmiştir. Getirilen kontenjanın yüzde yirmisine ilişkin sınır, daraltılmaya müsait bir sınırdır. Nitekim, 'ihtiyaç oranında' ifadesinden, daha az sayıda diğer fakülte mezunun alınabileceği anlaşılmaktadır. Bu değişikliğin temelinde, hakimlik mesleğini yapmak için en iyi formasyona, hukuk fakültesi mezunlarının sahip oldukları anlayışı yatmaktadır. Bu gerekçe ile doktrinde sadece hukuk fakültesi mezunlarının hakimlik mesleğini yapmaları gerektiği savunulmaktadır⁴⁹⁹.

d) Kamu haklarından yasaklı olmamak,

f) Askerlik durumu itibariyle, askerlikle ilgisi bulunmamak veya muvazzaflık hizmetini yapmış yahut ertelenmiş ya da yedeğe geçirilmiş olmak,

g) Hakimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak, yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek, vücut ve akıl hastalığı veya sakatlığı, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi özür durumları bulunmamak,

Venedik Komisyonu'nun 2011 tarihli Türkiye'nin Hakimler ve Savcılarla İlgili Hukuki Düzenlemeye İlişkin Görüşü'nde, 'diğer insanlara göre alışılmışın dışında' belirlemesi yapmanın yanlış olduğuna ve bunun Avrupa'da belirlenen, insanların iletişim kurmak için gereken fiziksel ve zihinsel yeterlilikleri standardına uymadığına dikkat çekilmiştir. Kanaatimizce de, göreceli olan bu ifade, ilgili hükmün anlamını aşırı genişletebilecek ve belirsizleştirebilecek niteliktedir.

⁴⁹⁹ SEVER (2007), s. 22.

h) Taksirli suçlar hariç olmak üzere, üç aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı bir suçtan ya da kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak veya bu suçlardan yahut taksirli suçlar hariç olmak üzere üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir fiilden dolayı soruşturma veya kovuşturma altında olmamak,

ı) Yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı göstermek,

j) Hakimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak,

k) Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; yukarıdaki (ı) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibariyle otuz beş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmak.

2802 Sayılı Kanun'un sisteminin, bundan önceki kanunlarla paralel olarak hakimlerin nitelikleri konusunda genel olarak bürokratik modeli benimsemiş olduğu görülmektedir. Bürokratik modelin yanında, 2007 yılında yapılan bir değişiklikle profesyonel model de sisteme dahil edilmiştir. 2007'de çıkarılan 5720 Sayılı Kanun'la eklenen 'k' fıkrası hükmü gereği, artık avukatlara da hakim olabilme yolu açılmıştır. Sadece avukatların katılabileceği bir sınav yapılmasını ve bu sınava özel kontenjan ayrılmasını getiren bu kural, uygulamaya geçmiştir. İlki 26.04.2008'de yapılan Avukatlar İçin Adli Yargı Hakim ve Savcı Adaylığı Seçme Sınavında, 300 kişi mülakata çağrılıp 150 kişi mesleğe alınacakken sadece 25 kişi yazılı sınavı kazanmış ve mülakata katılmaya hak kazanmıştır⁵⁰⁰. Bu durum henüz ülkemizde, hakim alımında, profesyonel sistemin etkili biçimde hayata geçemediğini göstermiştir.

⁵⁰⁰ Zaman, "Avukatlar Hakimlik Sınavında Sınıfta Kaldı", <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=699785> (son erişim: 23.10.2011).

2.Hakimlerin Teminatları

a.Hakimlerin Atamaları

Hem adli hem de idari yargı hakimlerinin, atanabilmeleri için, önce ÖSYM tarafından yapılan yazılı sınavdan, mülakata katılmaya hak kazanacak puanı almaları; sonra da mülakatta başarılı olup, hakim adaylığı statüsünü elde etmeleri gerekir. Hakim adayları, bir kısmı mahkemelerde, bir kısmı Türkiye Adalet Akademisinde geçen hazırlık dönemini bitirip, mesleğe kabul sınavına girerler. Mesleğe kabul sınavında da başarılı olanlar, ilk kurada bilgisayarın belirlediği yere atanırlar.

Bu aşamalardan yargı bağımsızlığı için en önemlisi mülakattır. Mülakat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur⁵⁰¹. Mülakatta jürinin, liyakat, muhakeme gücü, bir konuyu anlayıp özetleme ve ifade gücü, mesleğe uygunluğu, yeteneği, kültürü, çağdaş gelişmelere açıklığı ölçeceği öngörülmüştür. Mülakat kurulunun oluşumu; yürütmenin, yargıya daha hakimlik mesleğine atanma aşamasında, müdahale edebilme imkanı oluşturduğu ve bu durum, mülakatta torpile neden olduğu için eleştirilmiştir⁵⁰². Bu husus, dava konusu edilmiştir. 2005 yılında, hakim ve savcı adayları için yapılan yazılı sınavı geçip mülakatta elenen İsmail Ercan, mülakata ilişkin yönetmelik hükmünün iptali için Danıştay'a açtığı davada, yönetmeliğin dayanağı olan 2802 Sayılı Hakimler Kanunu'nun 9. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasında bulunmuştur. Danıştay 12. Dairesi, iddiayı ciddi görmemiştir. Karara itiraz edilmesi üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, kararı tekrar incelemiş ve iddiayı ciddi bularak dosyayı Anayasa Mahkemesi'ne göndermiştir. Anayasa Mahkemesi, davayı esastan incelemiş ve *“Mülakatta başarı göstermek adaylığa atanabilmek için yasa ile aranılan koşullar arasında sayılmıştır. Hakimlik ve savcılık mesleğinin kendine özgü niteliği ve özelliği gözönünde bulundurularak yasa ile kimi niteliklerin, koşulların aranması zorunludur. Yazılı sınavdan geçerek yeterli hukuk bilgisine sahip olduğu kabul edilen*

⁵⁰¹ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu madde 9/A.

⁵⁰² İNCEOĞLU (2009), s. 58.

aday adaylarının meslek için gerekli olan genel ve fiziki görünüm, intikal ve kavrama yeteneği gibi özelliklerin karşılıklı görüşme sonucu saptanabileceği açıktır. Bu nedenle, yazılı yarışma sınavında başarı gösteren aday adayları arasından en uygun koşulları taşıyanları seçme olanağı veren mülakatın hakim ve savcı adaylığına atanabilmek için gerekli görülmesi yasa koyucunun takdir hakkı içindedir. Mülakatta başarı göstermenin mesleğe kabul aşaması öncesinde adaylık için bir koşul olarak aranmasının Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez. Öte yandan adayların, hakim ve savcı statüsünde olmamaları nedeniyle adaylığa atamada koşul olarak aranılan mülakatın uygulanmasına ilişkin hususların yönetmelikte düzenlenmesinde de Anayasa'ya aykırı bir yön görülmemiştir⁵⁰³. Karara katılmayan üye Fulya Kantarcıoğlu'nun, bizim de katıldığımız karşı görüşü ise, “yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarıyla birlikte niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesi, hâkim ve savcı adaylığına atanabilmek için gerekli olan niteliklerin belirlenmesinde de Anayasal temel oluşturmaktadır. Bu düzenlemeyle Anayasa koyucunun amacının, yargıç ve savcılarının, mesleğe girmek için başvurdukları tarihten başlayarak yürütme organı karşısında bağımsızlıklarını koruyacak, objektif kurallara bağlı tutulmalarını sağlamak olduğu açıktır. Devletin temelini oluşturan adaletin gerçekleştirilmesi, her şeyden önce Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca, Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak olan bağımsız mahkemelerin yargıçlarının, idare karşısında yansızlıklarının korunabilmesine bağlıdır. Hâkim adaylığına atanmanın ilk koşulunu oluşturan yazılı sınav ve mülâkatın, her türlü etkiden uzak, liyakatı esas alan nesnelliği sağlayacak yöntemlerle yapılması, Anayasa'nın “Mahkemelerin bağımsızlığı”, “Hâkimlik ve savcılık teminatı”, “Hâkimlik ve savcılık mesleği”ne ilişkin 138, 139 ve 140. maddelerinin de gereğidir. Hâkimler ve savcılar için öngörülen anayasal güvenceleri bu görevlerin fiilen icra edildiği dönemle sınırlayıp, hâkim ve savcı olarak göreve başlayabilmek için gerekli eğitimin ve formasyonun alındığı adaylık dönemini ise bunun dışında tutmak, Anayasa'nın ‘atama’dan önce tespiti gereken niteliklerin belirlenmesi konusunda da mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarının gözetilmesini zorunlu kılan temel felsefesi ile

⁵⁰³ AYM, E:2005/047, K:2007/014, KT:07.02.2007.

bağdaşmamaktadır” şeklindedir. Hakimlerin, mesleğe atanmalarında etkili olan kişilerin, hakimler üzerinde baskı aracı olmasını önlemek için yazılı sınav ve mülakatın nesnel ölçütlerle yapılması gerekir.

Danıştay’ın bazı dairelerince verilen kararlar, nesnelliğin nasıl sağlanacağı konusunda yol gösterici niteliktedir. Bu kararlarda, mülakatta, idarenin; ses ve görüntü kaydeden teknolojik cihazlardan yararlanmamış, soruların önceden hazırlanmamış, adaya sorulacak sorunun kura ile belirlenmemiş olması ve verilen notun gerekçesinin açıklanmamış olması nedenleri ile, *idari işlemlerin taşınması gereken unsurları taşıyıp taşımadığı konusunda, yargı denetimi yapma imkanı oluşturmadığı* gerekçesiyle not verme işleminin geçersiz olduğuna ve mülakat sınavının iptaline karar verilmiştir. Diğer bir ifade ile *hukuk devleti ilkesinin, idarenin, yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak, imkansız kılacak ya da güçleştirecek şekilde idari işlem tesis etmesine izin vermemesi gerektiği* yönünde karar verilmiştir⁵⁰⁴. Danıştay son dönemlerde aynı gerekçe ile sözlü sınavın iptaline karar vermektedir⁵⁰⁵. Ortaya çıkan tabloda hakimlerin, hakimlik ve savcılık mesleği adaylarından esirgedikleri objektifliği diğer meslek adaylarından esirgemedikleri görülür.

Bu kararlarda Danıştay’ca iptal edilenin, mülakata ilişkin yönetmelikler olduğunu belirtmek gerekir. İdarede, nesnel kriterler getirmemek için mülakat konusunu kanunla düzenleme yoluna gitmektedir. Danıştay’ın görüşüne katılmayan Anayasa Mahkemesi’nin, yukarıda açıkladığımız kararı doğrultusunda karar vermesi muhtemel olduğundan, mülakatların objektifliği bir süre daha sorun oluşturacak gibi görünmektedir.

⁵⁰⁴Kaymakamlık sınavı mülakatının iptaline ilişkin açılan davada yürütmeyi durdurma kararına itiraz üzerine verilen karar: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD İtiraz No:2008/774; İcra Müdür ve Müdür Yardımcılığı Sınavı mülakatının iptaline ilişkin karar: Danıştay İkinci Dairesi, E:2006/6124, K:2008/7315, KT:29.12.2008.

⁵⁰⁵Amasya Yatılı İlköğretim öğretmeninin Milli Eğitim Bakanlığı Müfettiş Yardımcılığı sözlü sınavına ilişkin temyiz başvurusunda Danıştay İkinci Dairesi’nin verdiği karar (E:2009/183, K:2009/3413, KT: 07.10.2009); Fikret Araz’ın İcra Müdür ve Müdür Yardımcılığı Sınavı mülakatının iptaline ilişkin temyiz başvurusunda Danıştay İkinci Dairesi’nin verdiği karar (E:2006/6124, K:2008/7315, KT:29.12.2008).

b.Hakimlerin Tayinleri

Hakimlerin tayinleri, yüksek mahkeme hakimleri dışındaki hakimler için önemli bir husustur. İlk derece adli yargı hakimleri, idare mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri hakimleri için geçerli olan tayin uygulaması, HSYK'nın çıkardığı atama ve nakil yönetmeliği ile şekillenir⁵⁰⁶. Bu yönetmelikle belirlenen bölgelerde, hakimler ve savcılar dönüşümlü olarak çalışırlar⁵⁰⁷. Bu tayin sistemine bölge sistemi adı verilir. Bölge sistemini 1966'da öneren Kuru, bu sisteme coğrafi teminatı da dahil etmeyi istemiştir. Kuru, kadroların kişilere değil, makamlara ve mahkemelere verilmesini önermiştir. Böylece kişiler, yükselmek için, coğrafi yeri kötü olsa da, daha üst kadrolu bir mahkemeye tayin olmayı kabul edeceklerdir. Sonuçta da hem hakimler rızaları dışında tayin edilmemiş olacak, hem de adil bir tayin sistemi sağlanmış olacaktır⁵⁰⁸. Bölge sistemi, 1982 Anayasası döneminde, coğrafi teminatla birleştirilmeden uygulanmıştır. Halen uygulanan bölge sisteminde, hakim ve savcılar, coğrafi teminatları yoktur. Rızaları sorulmadan sık sık yer değiştirmek zorunda kalan hakim ve savcılar, yaşanması zor bölgelere tayin olma kaygısı ile, kendilerini tayin etme yetkisi olan HSYK'daki etkili güçlerin baskısı altında kalma ihtimalleri vardır. Bu risk nedeniyle, bölge sistemi haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁰⁹.

2461 Sayılı HSYK Kanunu'nun 20. maddesi: *“Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, hakim ve savcılarını hizmetin gereği olarak sürekli görev yerlerinin dışındaki bir yargı çevresinde veya aynı yerde geçici yetki ile görevlendirmeye yetkilidir. ... Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, hizmetin aksamaması için Adalet Bakanı, kadro durumu müsait bulunan bir yargı çevresindeki hakim veya savcıyı ihtiyaç duyulan başka bir yargı çevresinde görev yapmak üzere geçici olarak yetkili kılabilir. Bu takdirde verilen karar, Kurulun ilk toplantısında onaya sunulur ”* kuralını getirmiştir. Hem HSYK'ya tanınan, hem de Adalet Bakanı'na tanınan yetki, coğrafi teminatı sınırlar niteliktedir. HSYK'ya tanınan yetkinin 'hizmetin gerekleri' ile sınırlı olarak, Adalet Bakanı'na tanınan yetki de 'gecikmesinde sakınca bulunan' hallerde kullanılabilecek olması, yargı bağımsızlığı için yeterli güvenceyi sağlamaz.

⁵⁰⁶ 2802 sayılı HSK madde 35.

⁵⁰⁷ Muharrem ÖZEN, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Yargı Bağımsızlığını Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 68, 2010/1, ss. 31 – 65, s. 47.

⁵⁰⁸ KURU, 1966: 54 – 58.

⁵⁰⁹ GÖNENÇ, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, 2011: 19; CENTEL, 1996: 21.

Her şeyden önce Adalet Bakanı, yürütmenin doğrudan bir üyesidir, HSYK da daha önce açıklandığı üzere, yürütmenin etkisine açık bir yapıdadır. Sınırlama için getirilen kavramlar (hizmetin gerekleri ve gecikmesinde sakınca bulunan hal), içeriği doldurulurken göreceli olabilecek kavramlardır. Doktrindeki bir görüş bu sınırlamaların yeterince açık ve yargı bağımsızlığını korumak için yeterli olduğunu savunmuştur⁵¹⁰. Diğer bir görüşse bu geniş yetkiyi, zımni azil olarak değerlendirmiştir⁵¹¹. Hakimlerin ve savcılarının görev yerlerinin değiştirilmesi, kanunla bağımsız kişilerden oluşan bir kurula verilmelidir. Zorunlu sebeplerin ortaya çıkması halinde, adliye hizmetlerinin aksamaması ve yargı bağımsızlığının zedelenmemesi; ancak bu yolla sağlanabilir. Adliye hizmetlerinin yürütmesinden sorumlu olan Adalet Bakanı olsa da, yürütmenin bir parçası olan bakana bu yetki verilmemeli, en fazla HSYK'ya, hakim ve savcılarının geçici yetkilendirilmesi konusunda talepte bulunma yetkisi verilmesi daha doğru bir uygulama olacaktır⁵¹².

Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda çalıştırılmak üzere, hakimlerin ve savcılarının, geçici veya sürekli görevlendirilmelerini düzenleyen HSK 37. madde, hakimler ve savcılar için başkentte yaşama imkanı oluşturan bir ödül niteliğindedir. Hakim ve savcılar üzerinde ödüllendirme yöntemi ile ve tanınan imkanın geri alınması ihtimaliyle⁵¹³ baskı kurulma olasılığı vardır⁵¹⁴. Bu yetkinin, bizzat Adalet Bakanı'na ve adalet müfettişleri hakkında da, Adalet Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanı'na, tanınması, yürütmeye, hakim ve savcılar üzerinde etkili olma imkanı oluşturmuştur⁵¹⁵.

c.Hakimlerin Terfi ve Disiplin İşlemleri

Hakim ve savcılarının terfileri, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi ile olur. Kademe ilerlemek için, hakim veya savcının, bulunduğu kademedeki bir yıl çalışmış olması ve kademe ilerlemesine engel kesinleşmiş mahkeme hükmü veya

⁵¹⁰ ÜNAL, 1994: 32 – 33.

⁵¹¹ CENTEL, 1996: 18; ÖZEN, 2010: 42.

⁵¹² Ferman DEMİRKOL, **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991, s.124 – 125.

⁵¹³ 2802 sayılı HSK madde 38.

⁵¹⁴ TANÖR, 1994: 237.

⁵¹⁵ 2802 sayılı HSK madde 37.

disiplin cezasının bulunmaması gerekir⁵¹⁶. Derece ilerlemesi için, derecesi içinde iki yıl bulunmak veya bulunmuş sayılmak, yükselmeye engel kesinleşmiş mahkeme kararı veya disiplin cezasının bulunmaması, ahlaki gidişleri, mesleki bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce, haklarında düzenlenen hal kağıtları ve sicil fişleri, kanun yolu incelemesinden geçen işleri, örnek karar ve mütalaaları ve varsa mesleki eser ve yazıları ile katıldıkları meslek içi ve uzmanlık eğitimleri göz önünde tutulur. Ayrıca hakim ve savcılarının, HSYK’ca ilan edilen, derece yükselme ilkelerinde aranan koşulları, taşımaları aranır⁵¹⁷.

Hakimleri denetleyecek müfettişlerin, 1961 Anayasası döneminden farklı olarak, Hakimler Yüksek Kurulu’na bağlı değil de Adalet Bakanı’na bağlı çalışıyor olması⁵¹⁸, yargı bağımsızlığını zedeler niteliktedir⁵¹⁹. Adalet Bakanlığı Müfettişliğine, mesleğinde en az sekiz yıl görev yapmış olan ve adalet müfettişliği hizmetinde yararlı olacağı anlaşılmış olan kişiler arasından, muvafakatları alınarak Adalet Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanı’nca atama yapılır⁵²⁰. Adalet müfettişleri, hakim ve savcılarının görevlerini, kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme yetkisine sahiptirler⁵²¹. Adalet müfettişleri, hakimler ve savcılar hakkında düzenledikleri hal kağıtlarını, ilgilinin gizli sicil dosyasına konulmak üzere Teftiş Kurulu Başkanlığı’na gönderirler⁵²². Teftiş Kurulu, Adalet Bakanlığı’nda, Bakana bağlı bir başkan, bir başkan yardımcısı, yeteri kadar adalet müfettişinden oluşmuştur⁵²³. Bu yapı, 2010 Anayasa Değişiklikleri ile bir ölçüde değişmiştir. 2010 değişikliği ile, 1982 Anayasası’nın 159. maddesinin 9. fıkrası “*Hakim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına*

⁵¹⁶ 2802 sayılı HSK madde 19.

⁵¹⁷ 2802 sayılı HSK madde 21.

⁵¹⁸ 2802 sayılı HSK madde 99, 100.

⁵¹⁹ Nur CENTEL, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ile Tarafsızlığı ve Türk Hukuku”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s.53.

⁵²⁰ 2802 sayılı HSK madde 37/1- b.

⁵²¹ 2802 sayılı HSK madde 100.

⁵²² 2802 sayılı HSK madde 24.

⁵²³ 2802 sayılı HSK madde 99.

uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapacak olandan daha kıdemli hakim ve savcı eliyle de yapılabilir” ifadesini getirmiştir. Bu ifade gereği, HSYK’ya bağlı müfettişler bulunacak ve denetimi onlar yapacaktır. Ancak aynı maddenin 12. fıkrası, *“Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılar ile adalet müfettişlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir”* ifadesine yer verir. Bu nedenle, Kurul Müfettişleri’nin yanında, Adalet Bakanlığı Müfettişleri de varlıklarını korumuşlardır. Hatta Anayasa gereği, adalet müfettişleri doğrudan Adalet Bakanlığı’nca atanır hale gelmiştir. Artık Adalet Müfettişleri, hakim ve savcılarının performansları ile ilgili hazırladıkları raporları Adalet Bakanlığı’na değil HSYK’ya verirler.

2010 Değişiklikleri’ne uygun çıkarılan 6087 Sayılı HSYK Kanunu madde 15, Teftiş Kurulu Başkanı’nın, Başkan Yardımcısı’nın, Başmüfettişleri’nin, Müfettişleri’nin HSYK Genel Kurulu tarafından atanacağını düzenlemiştir. Bu düzenleme ile halen yürürlükte olan, 2802 Sayılı HSK madde 99 (Teftiş Kurulu’nun oluşumunu düzenleyen hüküm), zımnen ilga olmuştur. Bugün için Adalet Müfettişleri de, HSYK Müfettişleri de hakimleri denetleme yetkisine sahiptir. Adalet Müfettişleri’nin, yaptıkları incelemelerin sonuçlarını, Teftiş Kurulu’na gönderdikleri düşünüldüğünde, Teftiş Kurulu’nun yapısının değişmesi ve Adalet Bakanlığı’nın tekeline çıkması, olumlu bir gelişmedir. Ancak, hakim ve savcılarının denetiminde, tam olarak Adalet Bakanlığı’nın etkisi silinememiştir. Avrupa Komisyonu’nun Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu’nda özellikle, HSYK’nın sahip olduğu soruşturma yetkisinin Adalet Bakanı’nın oluruna tabi kılınmasının yürütmeyi çok fazla güçlendirdiğine işaret edilmiştir⁵²⁴.

Diğer taraftan, hakimlerin yükselmelerinde, verdikleri kararların Yargıtay veya Danıştay tarafından incelenmesi esnasında, hakime verilen not, önemli rol oynar. Bu durumun, hakimlerin, sadece temyiz merciinin kararları doğrultusunda karar vermelerine; kanunlar ve kendi vicdanları doğrultusunda karar vermemelerine

⁵²⁴ Avrupa Komisyonu, Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu, Brüksel 9 Kasım 2010, s. 75.

neden olduğu ve hukukun ilerleyip gelişmesinin önünün tıkandığı yönünde, haklı eleştiriler bulunmaktadır⁵²⁵.

Yine önemli bir sorun, hakim ve savcılara disiplin cezası verilmesine neden olan davranışlar tanımlanırken pek çok maddede, “*Nitelik ve ağırlıkları itibariyle yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak*” ifadesinin yer almasıdır⁵²⁶. Bu ifade ve hakimin yer değiştirme cezasına çarptırılmasına neden olan davranışların belirlenmesinde, “*kani*”ya dayanarak ceza verilmesi⁵²⁷, belirsizlik getirir. Nitekim Venedik Komisyonu’nun, Hakimler ve Savcılar Kanunu Taslağı’na ilişkin görüşünde de bu düzenlemeler aşırılık içerdiği için eleştirilmiştir⁵²⁸.

Hem 2461 Sayılı HSYK Kanunu’nda, hem de 6087 Sayılı HSYK Kanunu’nda hakim ve savcılara disiplin cezası verme işlemi, HSYK’nın görevleri içinde yer almıştır. 6087 Sayılı HSYK Kanunu, 6. maddesi gereği, Kurulun Başkanı olan Adalet Bakanı, disiplinle ilgili genel kurul toplantılarına katılamaz. Bu değişiklik, disiplin işlemlerinin, yürütmenin etkisi olmadan yürütülmesi yönünde, yeterli olmasa da, olumlu bir gelişmedir. Olması gereken, HSYK üzerinde yürütmenin etkisinin olmamasıdır. Hem 2461 Sayılı Kanun’da, hem de 6087 Sayılı Kanun’da, disiplin işlemlerine karşı itiraz üzerine yeniden inceleme imkanı mevcuttur. Yargı yolu ise; 2461 Sayılı Kanun’da, disiplin işlemlerine dair HSYK’nın tüm işlemlerine karşı kapalı iken, 6087 Sayılı Kanun’da, meslekten ihraç kararları dışındaki işlemler için kapalıdır. 6087 Sayılı Kanun’un getirdiği, yetersiz ama olumlu bir diğer düzenleme, hakim ve savcılarının meslekten çıkarılma kararlarına karşı yargı yolunu açmış olmasıdır⁵²⁹. Bu düzenleme olumlu ancak yetersizdir. Hep değinildiği üzere olması gereken, HSYK’nın tüm kararlarına karşı yargı denetiminin açılmasıdır⁵³⁰.

⁵²⁵ GÖNENÇ, “*Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*” (2011), s. 19; SELÇUK (2007), s. 13–14; GIERGERICH (2009), s. 26.

⁵²⁶ 2802 sayılı HSK madde 63, 65, 66.

⁵²⁷ 2802 sayılı HSK madde 68/b – e.

⁵²⁸ Venedik Komisyonu’nun 610/2011 sayılı Görüşü, paragraf 69, 70, 72.

⁵²⁹ 6087 sayılı HSYK Kanunu madde 33/5, 2010’da 1982 Anayasası’nın 159. Maddesine de bu yönde değişiklik eklenmiştir.

⁵³⁰ ÖZBEK – ERTOSUN (2010), s. 16–17; Venedik Komisyonu’nun 610/2011 sayılı Görüşü paragraf 76.

d.Hakimlerin Azledilememeleri, Emekliye Ayrılmamaları, Görev Süreleri

1982 Anayasası'nın 139. maddesi *“Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasa’da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz”* kuralını düzenlemiştir. Anayasa'nın 140. maddesi de emeklilik yaşını 65 olarak belirlemiştir. Tüm bu düzenlemeleri, 2802 Sayılı HSK madde 44 de aynen içermiştir. Bu hükümlerle, hakimlerin azledilememeleri, emeklilik yaşından önce emekli edilememeleri, böylece görev sürelerinin ve yargı bağımsızlığının garanti altına alınması amaçlanmıştır.

Hakimlerin azledilemeyeceği güvencesi, mutlak bir güvence değildir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 139. maddesinin 2. fıkrasında ilk fıkradaki kurala, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan hüküm giyme hali, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin anlaşılmış olması durumu ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmesi durumu istisna olarak düzenlenmiştir. Azle neden olacak hususlar: ağır hapis veya kasti suçlardan ötürü üç ay veya daha yukarı hapis cezalarından biriyle kesin olarak hüküm giymek ya da deliller elde edilmemiş olsa bile, rüşvet aldığı yahut irtikapta bulunduğu kanısını uyandırmaktan ötürü, bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı olmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası almış olmak, meslekten çıkarılmayı gerektirir. Soruşturma ve disiplin işlemlerinin çok ağır yürümesinden ötürü, nadiren, aynı derecede iki kez yer değiştirme şartı gerçekleşmiştir⁵³¹. Hakimlik mesleğinin şeref ve saygınlığını korumak için HSK'nın meslekten çıkarılma cezalarını düzenleyen 69. maddesinin 4. fıkrasında *“disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmese ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası”* verileceği düzenlenmiştir. Bu hükümle HSYK'ya çok geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Her şeyden önce, *“mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü(ne)”* nasıl karar verilecektir. Göreceli olduğu açık olan bu değerlendirme, cezaların kanuniliği ilkesi ile kesinlikle bağdaşmaz. Hakimlik mesleğinin şeref ve haysiyeti korunmak

⁵³¹ ÜNAL (1994), s. 30.

istenirken, azledilmezlik ilkesini dolayısıyla da yargı bağımsızlığını ortadan kaldırmamak için bu takdir yetkisinin çok dikkatli ve nadir kullanılması gerekir⁵³² ki bunun her zaman yapılabileceği garanti edilemez. Azil, idare hukuku bakımından kişinin memuriyetten çıkarılması anlamına gelir. Bu durum kişinin yıllarını vererek elde ettiği, geçimini sağladığı işinden olması demektir. HSYK'ya tanınan geniş takdir yetkisinin, hakimlerin azlolunmayacağı güvencesini ortadan kaldırdığı, hakimlerin rızaları dışında görevlerinden alınmalarının örtülü idari azil olduğu⁵³³ görülür. Olması gereken, hangi fiillerin, mesleğin şerefini ve onurunu ve memuriyet nüfuzunu ve itibarını bozacak nitelikte olduğunun, açıkça kanunda yer almasıdır. Aksi durum akla, HSYK'ya keyfi davranma alanı bırakılma ihtimalini getirir. Hukuk devleti ilkesine, açık aykırılık oluşturan bu yetkinin yanlış kullanıldığında, bir insanın hayatını nasıl mahvedebileceğini, birinci bölümde anlatılan, Hakim Arzu Özpinar'ın yaşadıkları, gözler önüne serer.

e.Hakimlerin Mali Teminatları

1982 Anayasası madde 139/1'de ve HSK m.44'de hakimlerin, bir mahkemenin ve kadronun kaldırılması halinde dahi; aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamayacakları, güvence altına alınmıştır. Bu güvence tek başına, hakimlerin mali bağımsızlıklarını sağlamakta yetersiz kalmıştır. Hakimlerin ne kadar maaş alacaklarına, yargı bütçesini yöneten yürütme karar vermektedir. Yargıya ayrılan bütçenin, nereye ne kadar aktarılması gerektiğine yürütme karar verdiğinden, hakimlerin mali özerkliğinin sağlandığından bahsedilemeyecektir⁵³⁴. Bu durum hakimlerin bağımsızlıkları için alınan tedbirleri bir ölçüde anlamsızlaştırıcı etkiye sahiptir⁵³⁵.

Hakimlere verilen maaşlar, onların statülerine ve meslek gereklerine uygun olmadığı için, uzun yıllar eleştirilmiştir. Bu durumun, hakimlik mesleğinin bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar verdiği, bizzat hakimler tarafından açıkça dile getirilmiştir. Hakimlerin mali durumları hakkındaki vahameti, 1998 – 1999 adli yılı

⁵³² ÜNAL (1994), s. 31.

⁵³³ ÖZEN (2010), s. 42–43.

⁵³⁴ ÖZEN (2010), s. 43.

⁵³⁵ ÖZEN (2010), s: 44.

Yargıtay açılış töreninde, Yargıtay 1. Başkanı Mehmet Uygun'un: "Hakimler vicdanları ile cüzdanları arasında sıkışmıştır" ifadesi ortaya koymuştur⁵³⁶. Hakimlerin maaşlarına ilişkin olumlu düzenleme, ne yazık ki bu ifadelerin, Yüksek Yargı mensuplarınca dile getirilmesinden 8 yıl sonra gerçekleştirilmiştir. Ülkemizde, Temmuz 2006'da yapılan iyileştirme ile, hakimlerin maaşları %50 oranında artırılmıştır⁵³⁷.

1982 Anayasası'nın 139. maddesinde, 2802 Sayılı HSK'nın 44. maddesinde, hakimlerin ve savcılarının, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa, aylıklarından, ve ödeneklerinden ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmayacakları düzenlenmiştir. Ancak bu güvenceye HSK madde 45'te, *"Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle görevsiz kalanlara mahkemenin veya kadronun kaldırılma zamanında açık bulunan veya ilk açılacak olan aylık ve derecelerine eşit hakimlik veya savcılık görevi teklif olunur.İlgili birinci teklifi reddedebilir. İkinci teklifi kabul etmeyen meslekten çekilmiş sayılır"* istisnası getirilmiştir. Bir görüş istisnayı, mahkeme teşkilatının coğrafi değişikliğinin sağlanabilmesi bakımından isabetli ve adalet hizmetini günün koşullarına uygun, hızlı ve ucuz gerçekleştirilebilmesi için gerekli bulmuştur⁵³⁸.

3.Yargı Bütçesi

Yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasında, ekonomik özerkliğin önemine daha önce değinilmişti. 1982 Anayasası döneminde gerek 2010 değişiklikleri öncesinde, gerekse 2010 değişiklikleri sonrasında, yargıya özerk bütçe tanınması konusunda anayasal bir düzenleme yapmamış ve konu, yürütmenin takdirine bırakmıştır⁵³⁹.

2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında hazırlanan HSYK Kanunu Tasarısı'nın 3. maddesinde, *"Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, ... idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisi"* olarak tanımlanmıştı. Ancak bu taslak, 6087

⁵³⁶ AKSİYON, "Vicdan ile Cüzdan Arasında Yolsuzluk", <http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/haber-5660-34-cuzdanla-vicdan-arasinda-yolsuzluk.html>, (son erişim:19.12.2011).

⁵³⁷ Avrupa Etkin Yargı Komisyonu, (2009), s. 191.

⁵³⁸ ÜNAL (1994), s. 41.

⁵³⁹ ÖZBEK – ERTOSUN (2010), s. 27.

Sayılı HSYK Kanunu haline geldiğinde, söz konusu ifade, 3. maddeden tamamen çıkarılmıştır ve bütçeye ilişkin 44. maddede, “*Kurul genel bütçe içinde kendi bütçesi ile yönetilir*” düzenlemesini getirmiştir. Bu ifade ilk bakışta Kurul’a genel bütçe içinde özerk bütçe tahsis edilmiş izlenimi oluştursa da, uygulamada, Kurul bütçesi halen Adalet Bakanlığı bütçesinin bir kalemi konumundadır. Olması gereken Anayasaya, HSYK bütçesinin yine HSYK tarafından belirlenip, yönetilmesi kuralının getirilmesidir. Konunun yasamaya veya yürütmeye bırakılması halinde ne yazık ki olması gerekenin yerine getirilmediği görülmektedir.

D.YARGI TARAFSIZLIĞINI SAĞLAMAYA YÖNELİK DÜZENLEMELER

Yargı tarafsızlığını sağlamaya yönelik, ‘görevden yasaklı olma’, ‘red’ ve ‘çekinme’ kurumları kullanılır. Ancak bu kurumlar sadece hakimler için düzenlenmiştir. Savcının hakim gibi tarafsız ve bağımsız olmadığı ve olamayacağı; savcılarının, hakim gibi sırf adalet için çalışmasının beklenemeyeceği; nitekim bundan fayda değil zarar doğacağı ve bu durumun, ceza adaletini sağlamakta faydasız olacağı savunulmuştur⁵⁴⁰. Bu düşünceye uygun olarak, CMK’da da savcılarının yasaklılığı, reddi ve çekinmesi düzenlenmemiştir. Bu durum savcılık makamının taraf kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Orta yol gibi görünen diğer bir görüş, savcılarının taraf olduğunu kabul eder. Bir tarafın diğer tarafı reddetmesi mümkün olmadığından, savcının reddedilemeyeceğini belirtir. Savcının şahsında, hakimın davadan yasaklılığı veya çekinmesi gereken haller varsa; savcının bu davada, kendiliğinden bulunmaması gerektiğini savunur⁵⁴¹.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş, savcının, yargılamada kamu tarafı olmasından hareket eder. Kamu tarafı olmanın sonucu olarak, savcının amacı, maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu nedenle savcıya, sanık lehine ve aleyhine delil toplama görevi verilmiştir. Bu nedenle savcı, objektif davranmak zorundadır. Hakimler geniş manada, kamu tarafıdır denebilir. Bunun nedeni, hakimlerin

⁵⁴⁰ KUNTER – NUHOĞLU – YENİSEY (2010), s. 331–332.

⁵⁴¹ Tahir TANER, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 48–49; KEYMAN (1970), s. 201.

kararlarının amacı toplumda adaleti sağlamaktır. Hakimlerin ve savcılarının yargı fonksiyonunu işletmedeki görevleri farklıdır; fakat savcılar da kamu tarafıdır. Bu açıdan savcılar, hakimlerle benzer durumdadırlar. Bu nedenle savcılarının, tarafsızlık bakımından hakimlerden ayrılması gerekmez. Savcı iddia makamıdır; fakat objektif davranması beklenen bir iddia makamıdır. İddia makamında bulunan diğer kişilerin (mağdurun ve mağdur avukatının), objektif davranmaları beklenemez. Savcı gerek iddianame hazırlarken, gerekse duruşmaların her safhasında, elde edilen delilleri objektif değerlendirmek ve gerektiğinde sanığın beraatini istemekle görevlidir. Oysa savcı, suçtan zarar görmüş, aynı muhakemede daha önce tanık olarak dinlenmiş, suçtan zarar gören veya sanıkla yakın akrabalık ilişkisi içinde ise, görevini sağlıklı yapamayacaktır⁵⁴². Kanaatimizce, hakimler için düzenlenen, yasaklılık, red ve çekinme müesseseleri; bu tür durumlarda objektif davranamayacak olan savcı için de düzenlenmelidir.

1.Hakimin, Görevden Yasaklanması, Reddi ve Davaya Bakmaktan Çekinmesi

Hakimin bakacağı davada tarafsız kalamayacağı, yasa koyucu tarafından, kabul edildiği hallerde, hakimin davaya bakması yasaktır⁵⁴³. 2011 yılında çıkarılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK'ya) göre hakim, aşağıdaki hallerde davaya bakamaz, talep olmasa bile çekinmek zorundadır:

- a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ilgili olduğu davada.
- b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında.
- c) Kendisinin veya eşinin altsoyunun veya üstsoyunun davasında.
- ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında.
- d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi, kayın hısımlığı bulunanların davasında.

⁵⁴² Nevzat TOROSLU – Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2006, Savaş Yayınevi, s. 118.

⁵⁴³ CENTEL (1996), s. 31.

e) Nişanlısının davasında.

f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada⁵⁴⁴.

CMK da hakimin yasaklılık nedenlerini saymıştır:

a)Suçtan kendisi zarar görmüşse,

b)Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik vesayet veya kayyımlık ilişkisi bulunmuşsa,

c)Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üst soy veya altsoyundan biri ise,

d)Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme bağlantısı varsa.

f)Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,

g)Aynı davada Cumhuriyet Savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,

h)Aynı davada, tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse,

hakimlik görevi yapamaz⁵⁴⁵.

Davanın taraflarınca, hakimin davaya bakmaktan yasaklı olduğunun veya hakimin reddedilebilmesini gerektiren durumlarda, hakimin tarafsız davranamayacağının düşünüldüğünün, mahkemeye bildirilmesi ve hakimin değiştirilmesini istemesine hakimin reddi denir.

Hakimlerin reddine, bizzat hakimin veya hakimin yakınlarından birinin dava ile ilgisinin bulunması halinde başvurulur⁵⁴⁶. Hakimlerin reddi için öngörülen şartlar HMK’da ve CMK’da belirtilmiştir. Yasaklılık kadar, hakimle dava arasındaki bağı kesin olarak kesmese de, taraflara hakimi reddetme imkanı veren haller, HMK’da şu şekilde sayılmıştır: Hakimin,

a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması,

⁵⁴⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 34.

⁵⁴⁵ 5271 sayılı CMK madde 22.

⁵⁴⁶ KURU – ARSLAN – YILMAZ (2005), s. 106.

b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması,

c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması,

ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması,

d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması⁵⁴⁷.

CMK’da ise hakimin reddi için torba bir hüküm getirilmiştir:

Hakimin davaya bakamayacağı hallerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek diğer nedenlerden dolayı da reddi istenebilir.

CMK’daki tarafsızlığı şüpheye düşürecek diğer nedenler ifadesi, açıkça, hakimin reddi talebini inceleyen kişilere geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Bu yetkinin yerinde kullanılması oldukça önemlidir.

Hakimin yasaklılığını ya da reddini gerektiren durumlarda, bunu bizzat hakim ileri sürdüğünde, buna, hakimin çekinmesi denir⁵⁴⁸. Bu kurumlar gerek hukuk davalarında, gerek idari yargı davalarında, gerekse ceza davalarında hakimlerin tarafsızlığını sağlamakta önemli işlev görürler.

2.Görülmekte Olan Dava İle İlgili Görüş Açıklamaması

Bazı kişi veya grupların yaptıkları açıklamalar, hakimlerin, baktıkları davalara karşı tarafsız kalmalarını zorlaştırabileceği gibi, objektif tarafsızlığı da tamamen ortadan kaldırabilir. Ayrıca, hakimlere baskı yapılması kadar, baskı yapılması ihtimalini de önlemek gerekir⁵⁴⁹. Bu ihtimali önlemek için, görülmekte olan bir davada kullanılacak yargı yetkisi ile ilgili görüş açıklama ve haber yapma hususunda bazı sınırlamalar getirilmiştir.

Bu konudaki ilk sınırlama, 1982 Anayasa’nın 138/3’de “*Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru*

⁵⁴⁷ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 36.

⁵⁴⁸ CENTEL (1996), s. 31.

⁵⁴⁹ SEVER (2007), s. 56.

sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz” şeklindedir. Bu düzenlemede, yasama organına karşı, yargının korunması amaçlanır. Yasama meclisinde görüşülmesi yasaklanan, ‘yargı yetkisinin kullanılması’ ile ilgili konulardır. Mecliste, bir konu ile ilgili dava açılıp açılmadığını sormak bu yasak kapsamına girmez⁵⁵⁰.

Hakimler üzerinde baskı oluşturmak için son dönemlerde en çok başvurulacak yollardan biri, dolaylı kamuoyu oluşturmaktır. Menfaat grupları, kendi çıkarlarını kamunun menfaati olarak gösterip, yargıda bu yönde karar verilmesi gerektiğini kitlelere empoze ederek, hakimleri manipüle ederler⁵⁵¹. Geniş kitlelere ulaşmakta kullanılan en önemli araçlar, basın ve yayın araçlarıdır. Basın ve yayın organlarına karşı yargıyı korumak için, gerek 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda⁵⁵² gerekse 5180 Sayılı Basın Kanunu’nda⁵⁵³ düzenlemeler yapılmıştır. Gerek TCK’nın, gerekse Basın Yasası’nın, yargıyı korumak noktasında getirdikleri sınırlamanın özellikleri şunlardır:

a.Yasağın, soruşturma başladığı andan, hüküm kesinleşinceye kadar geçen süre için olması,

b.Görölmekte olan dava ile ilgili görüş açıklamama yasağının, kamuoyu önünde geçerli iken; yargı önünde geçersiz olması,

c.Basının kamuoyunu bilgilendirme hakkını ihlal etmemesidir. Basın kamuoyunun ilgilendiği davalarda, kamuyu bilgilendirmek zorundadır. Bilgilendirme görevi yerine getirilirken, *gerçeğin olduğu gibi yansıtılması* zorunludur. Davaya

⁵⁵⁰ SEVER (2007), s. 60.

⁵⁵¹ Neriman ABADAN, **Halk Efkarı: Mefhumu Tesir Sahaları**, Yeni Matbaa, Ankara, 1956, s.103–104.

⁵⁵² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 128: “Yargı Mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.”

⁵⁵³ 5180 sayılı Basın Kanunu madde 19: “1.Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, iki milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda on milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmi milyar liradan az olamaz. 2.Görölmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır.”

ilişkin gerçeklerin, olduğu gibi aktarılması halinde, yargı tarafsızlığını zedeleyecek bir durum oluşmaz⁵⁵⁴. Son dönemde yüksek rütbeli askerlerin, rektörlerin ve kamuoyu tarafından tanınan pek çok ismin, sanık olarak yargılandığı davalara ilişkin basın ve yayın organlarında çıkan ve sanıkların ve hatta bazen tanıkların karalandığı veya göklere çıkarıldığı yazılar ve haberler, kanaatimizce kamuoyu oluşturarak yargıyı etkileyebilecek niteliktedir.

3.Hakimlerin ve Savcılarının, Hakimlik ve Savcılık Mesleği Dışında Görev Alamaması

Kanun koyucu, 1982 Anayasası'nın 140. maddesi 5. fıkrası "*Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar*" kuralı ile, hakimlerin ve savcılarının, tüm dikkatlerini ve enerjilerini hakimlik/savcılık mesleğine vermelerini ve bu mesleklerin gereği olarak dış etkilere uzak kalmalarını istemiştir. 1982 Anayasası'nın 140. maddesinin 7. fıkrası gereği söz konusu kural hakim/savcı olup da, adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar için de geçerlidir. Kuraldaki 'görev' ile kast edilen, başka bir kişiyle bağlılık oluşturan durumlardır⁵⁵⁵. Hakimlere ve savcılara getirilen yasaklarda amaçlanan, hakimlerin ve savcılarının başkalarından emir alan, başkalarının etkisinde kalan kişiler olmalarını ve/veya böyle görünmelerini önlemektir. Hakimlerin ve savcılarının, subjektif ve objektif tarafsızlığını korumak için yasaklanan işler yanında, bu mesleklerle yürütülmesinde sakınca bulunmayan işler de vardır.

Hakimlerin ve savcılarının meslekleri ile birlikte yürütebilecekleri işler, HSK'nın 48. Maddesinde, "*Hâkim ve savcılar, bilimsel araştırma ve yayınlarda bulunabilirler. Davet edildikleri veya yetkili makamlarınca görevlendirildikleri, ulusal ve uluslararası kurul, kongre, konferans ve benzeri bilimsel toplantılarla meslekleri ile ilgili diğer toplantılara, görevlerini aksatmamak koşulu ile katılabilirler. ... Hakim ve savcılar, Adalet Bakanının izin vermesi koşuluyla adalet yüksekokulları ile hizmet öncesi, hizmet içi ve bir üst göreve hazırlama kurslarında meslek ile ilgili konularda ders ve konferans verebilirler*" düzenlemesi ile

⁵⁵⁴ SELÇUK (2007), s. 47-52.

⁵⁵⁵ Asuman Zeynep TAŞTAN, **Hakimin Tarafsızlığı**, Yayımlanmış Doktora Tezi, Ankara, 2005, s. 170.

belirlenmiştir. Aynı maddenin son fıkrasında “Eşlerinin, reşit olmayan veya kısıtlanmış çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini Adalet Bakanlığına onbeş gün içinde bildirmekle yükümlüdürler” kuralı ile hakimlerin en yakınlarının da çalışmaları bildirim tabi tutulmuştur. Hakimlerin ve savcılarının meslekleri ile birlikte yürütebilecekleri işler, meslekleri ile ilgilidir ve başka kişilere bağlılık oluşturmayacak, kendilerini mesleki anlamda geliştirmelerine imkan tanıyacak işlerdir. Bu işlerin yanında, hakimlerin ara sıra bir gazetede yazılarının yayımlanabileceği, bir derginin yayın kurulunda yer alabileceği de savunulmuştur⁵⁵⁶. Gazetede yayımlanacak yazının içeriğinin de önemli olduğu, bu yazıların, hakim ve savcının tarafsızlığını zedelememesi için, mesleki konularla sınırlı olması gerektiği yönündeki görüşe biz de katılıyoruz⁵⁵⁷.

4.Hakimlerin ve Savcılarının Dernek Kurması ve Derneğe Üyelikleri

2004 yılına kadar hakimlerin ve savcılarının dernek kurmaları yasaktı, derneklere üye olmaları da HSYK’nın iznine bağlıydı⁵⁵⁸. 2004 yılında kabul edilen, 5253 Sayılı Dernekler Kanunuyla, hakim ve savcılarının dernek kurmaları ve kurulmuş derneklere, izin almalarına gerek olmaksızın üye olmaları, imkanı getirilmiştir. Hakimlerin ve savcılarının, kuracakları ve üye olacakları dernekler, mesleklerinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumada⁵⁵⁹, mesleki sorunları toplu halde dile getirip çözüm aramada ve mesleklerinin gelişmesini sağlamada, önemli etkenlerdendir.

Ülkemizde de halen, Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) ve Demokrasi ve Özgürlük için Yargıçlar ve Savcılar Birliği (Demokrat Yargı) bulunmaktadır. Türkiye’de hakimlerin ve savcılarının dernek kurmalarına veya kurulmuş derneklere üye olmalarına izin verilmekle birlikte sendika kurmalarına veya sendikaya üye olmalarına izin verilmemektedir. Ankara 15. İş Mahkemesi 28.07.2011 günlü kararında, YARSAV Başkanı tarafından kurulan YARGI-SEN’in kapatılmasına karar verilmiştir. Kararda hakimlerin ve savcılarının, Anayasa gereği

⁵⁵⁶ İlhan POSTACIOĞLU, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s.64.

⁵⁵⁷ TAŞTAN (2005), s. 171.

⁵⁵⁸ 2908 sayılı Dernekler Kanunu 4. Madde.

⁵⁵⁹ ÜNAL (1994), s. 135.

sendikal faaliyette bulunamayacakları gerekçe gösterilmiştir⁵⁶⁰. Konu ile ilgili iç hukuk yolları ve uluslararası yollar henüz tüketilmemiştir.

E. HAKİMLERİN SORUMLULUĞU – BAĞIMSIZLIĞI İLİŞKİSİ

Türkiye’de hakimlerin, hukuki, cezai ve disiplin sorumlulukları vardır. Hakimlerin disiplin sorumluluklarına ilişkin düzenlemeye detaylı olarak yukarıda değinilmiştir. Hakimlerin disiplin sorumluluklarına ilişkin düzenlemenin, yargı bağımsızlığına etkisi ise ne yazık ki olumsuzdur. Disiplin cezası gerektiren kuralların belirsizliği, denetim sürecinde yürütmenin etkisi, HSYK’nın oluşumunda yürütmenin etkisi ve meslekten çıkarma hariç, disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olması, yargı bağımsızlığını zedeleyecek niteliktedir.

Hakimlerin cezai sorumluluğu, yargı faaliyetini yürütürken ceza kanununa göre suç olan bir fiili işlemleri sonucu ortaya çıkar⁵⁶¹. 765 Sayılı TCK’da hakimlerin işleyebilecekleri iki tür suç tipi öngörülmüştü. Bunlardan ilki sadece hakimlerin işleyebileceği öngörülen suçlar; ikincisi tüm kamu görevlilerinin işleyebileceği suçlardı. 2004 tarihinde yürürlüğe giren, 5237 Sayılı TCK’da ise, sadece hakimlerin işleyebileceği suç türleri, Kanuna alınmamıştır. Dolayısıyla hakimler için, yalnızca tüm kamu görevlileri için öngörülen suçlar geçerlidir. Hakimlerin cezai sorumluluklarının, bir ölçüde daraltıldığı anlaşılmaktadır. Bu suçların işlenmesi halinde, hakime karşı, ceza davasının yanında, tazminat davası açılması imkanı da vardır⁵⁶².

Hakimlerin hukuki sorumluluğu, verdikleri kararlardan ötürü sorumlu tutulmalarıdır. Diğer bir ifade ile hakimlerin, hukuka aykırı karar verip vermediklerinin, yine hukuk içinde ve mahkemede incelenebilmesidir. Hakimlerin hukuki sorumluluğu konusu, Türkiye’de, son dönemlerde Yargıtay’ın bazı hakimlere

⁵⁶⁰ Zaman, 29.07.2011.

⁵⁶¹ Ahmet KILIÇOĞLU, “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **AÜHFD**, C.30, S.1-4, 1973, ss. 231 - 269, s.2.

⁵⁶² Selda ÇAĞLAR, “Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetinden Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S.2, 2006, ss. 707–714, s. 708–709.

verdiği tazminat cezaları ile gündeme gelmiştir⁵⁶³. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573. maddesi, 2011'de değiştirilmeden önce, hakimlerin hukuki sorumluluğu nedeniyle dava doğrudan, kararı veren hakime karşı açılabilirdi⁵⁶⁴. 09.02.2011 gün 6110 Sayılı Kanun'la, 573. maddenin ilk cümlesi değiştirilmiş ve hakimlerin sorumluluğuna ilişkin davaların, devlete karşı açılacağı kuralı getirilmiştir. Aynı düzenleme 6100 Sayılı Kanun'la 12.01.2011'de kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hakimlerin sorumluluğunu düzenleyen 46. maddesi ile de aynen kabul edilmiştir⁵⁶⁵. Aynı madde, tazminata mahkum edilmesi halinde devlete, bir yıl içinde ödediği tazminatı, hakimden rücu etme hakkı tanımıştır. Böylece hakimlerin hukuki sorumluluğu doğrudan değil, dolaylı bir sorumluluk haline gelmiştir. Yargı bağımsızlığını güçlendirdiği tartışmasız olan bu düzenleme ile, hakimlerin sorumluluklarının aşırı azaltılması ihtimali de söz konusudur.

Sonuç olarak, Türkiye'de hakimlerin sorumluluğu ve bağımsızlığı dengesinde, hakimlerin cezai ve hukuki sorumlulukları, son on yılda yargı bağımsızlığını genişletir nitelikte eğilim göstermiştir. Hakimlerin disiplin sorumluluğunun ise, hakimlerin bağımsızlığını ciddi ölçüde tehdit eden yapısı ne yazık ki değiştirilememiştir. Bu durum yürütmenin yargı erki üzerinde baskı oluşturma imkanını artırmıştır.

F.ÖZEL YETKİLİ AĞIR CEZA MAHKEMELERİ

Günümüzde Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri, pek çok hususun yanında, DGM'lerin devamı oldukları, doğal hakim ilkesine aykırı oldukları ve yargı bağımsızlığını ihlal ettikleri yönlerinden de eleştirilmektedirler⁵⁶⁶. DGM'ler

⁵⁶³ Mehmet Haberal ve bazı başka sanıklar hakkında tutukluluğun devamı kararı veren hakimlerin hukuki sorumluluklarından hareketle açılan davada hakimler tazminat cezasına çarptırılmış ve Yargıtay Hukuk Daireleri Genel Kurulu bu kararı onamıştır.

⁵⁶⁴ Sezai AYDINALP, **Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1997, s. 169–170.

⁵⁶⁵ 6100 sayılı HMK'nun 451. Maddesi, bu kanunun 01.10.2011'de yürürlüğe gireceğini düzenlenmiştir. Bu kanun çıkarıldıktan sonra, 1082 sayılı kanunda değişiklik yapılmış ve böylece 09.02.2011'den 01.10.2011'e kadar da hakimlerin hukuki sorumluluğu için devlete dava açma kuralı uygulanmıştır.

⁵⁶⁶ Metin FEYZİOĞLU, <http://www.gençbaro.org/feyzioglusikiyonetim-mahkemesi-gibi-calisan-ozel-gorevli-agir-ceza-mahkemeleri-kaldirilmali/> (son erişim tarihi: 19.10.2011); Hasip Kaplan: "12 Eylül'e

kaldırılmadan önce, DGM’lerin kaldırılması, bunların yerine terör suçları konusunda uzmanlaşmış özel uzmanlık mahkemelerinin kurulması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁶⁷. Bu görüşlerin ve 2004 yılında Avrupa Birliğine katılma çabalarının da etkisiyle, DGM’ler kaldırılmıştır. DGM’lerin yetkisi içinde olan davalara bakmak üzere, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri (ÖAC) hukuk sistemine dahil edilmiştir.

DGM’lerle, ÖAC’lerin görev alanı aynıdır ancak, ÖAC’lerin hakimlerini ve savcılarını, HSYK atar. Hakimlerin ve savcıların tamamı sivilidir. ÖAC, CMK madde 250/2 gereği, Adalet Bakanı’nın teklifi üzerine, HSYK tarafından görevlendirilir. Bu durum, ÖAC’lerin kurulmasında, yürütmenin etkili olduğunu gösterir. Bu mahkemeler önceden işlenen suçlara ilişkin değil, kurulduktan sonra işlenen suçlara ilişkin yargılama yaptıkları gibi, kurulma dayanakları kanundur. Buraya kadar doğal hakim ilkesine aykırılık olmadığı görülmektedir.

DGM’ler gibi, ÖAC’nin de kurgu mahkemeler olup olmadığını daha yakından incelememiz gerekir. Bir görüşe göre, bu mahkemeler, DGM’lerin CMK’ya entegre edilmiş halidir. Bu görüşe göre, DGM’lerdeki savunma hakkını ihlal eden, sanık haklarını fazla kısıtlayan, uygulamalar aynen ÖCM’lerde de devam etmektedir. Her iki mahkemede, TMK’nın ihlal edilmesine ilişkin suçlara baktığı gibi, bu kanun hem DGM döneminde hem de ÖAC döneminde terör suçları kategorisini aşırı geniş tutmuştur. Sanık haklarını ihlalin, doğal hakim ilkesine aykırı mahkemelerin en büyük eksiği olduğuna işaret etmiştir. Bu nedenle de ÖAC’lerin aslında “Yeni Devlet Güvenlik Mahkemeleri” olarak adlandırılması gerektiğini ve her ikisinin de doğal hakim ilkesine aykırı olduğunu belirtilmiştir⁵⁶⁸.

Diğer bir görüş, DGM’lerin ve bunun devamı niteliğindeki ÖAC’nin, “*düşmanla savaş hukuku ve yargı pratiği(nin)*” Türkiye’deki görünüşü olduğunu savunur. Hegel’ci anlayıştaki, özgürlüğü güvenliğin karşıtı görme eğiliminin en son noktası olarak nitelendirdiği ÖAC’lerin, İtalyan Faşizmi’nde ortaya çıkan, devletin şahsiyet olarak kabul edildiği ve devlet yararının korunması maskesi altında,

rahmet okuturcasına özel yetkili mahkemelere sevk ediliyor KCK operasyonunda gözaltına alınanlar”: Milliyet,01.11.2011.

⁵⁶⁷ TÜSİAD, Yargılama Düzeninde Kalite, http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/yargilama.pdf (son erişim:14.11.2011).

⁵⁶⁸ İNANICI (2011), s. 13–59.

statükoya karşı olanları yok etme amacına hizmet ettiğini savunur. Düşmanla savaş hukukunda, yargıcın resmi ideolojiye bağımlı olduğunu; yargının tarafsız değil, devletin tarafında olduğunu ve egemenin ideolojisine hizmet ettiğini, son olarak da sanığın düşman olarak algılandığını iddia eder. Bu anlayış içinde, DGM’lerde işkence ile delil elde edilirken; ÖAC’lerde gizli tanıkla, telefon dinlemeleriyle, itirafçı tanıklarla delil elde edildiğini ve kanunların, bunlara imkan verdiğini ifade eder. Son ve çok önemli bir olumsuzluğunsa, hakim ve savcılarda, devleti koruma algısı olduğuna değinir. Tüm bunların sonucu olarak ÖAC’lerin, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı olduğunu savunur⁵⁶⁹.

ÖAC’ler bugünkü halleri ile, DGM’lerin devamı niteliğindedirler. Bunun nedenlerinden biri ÖAC’lerde, DGM’lerle aynı binalarda hatta aynı hakimler heyeti tarafından yargılamaların yapılmakta oluşudur⁵⁷⁰. İkincisi, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yapılan ve demokratik hukuk devletine yakışmayan uygulamaların (tutukluluk sürelerinin uzunluğu, savunma hakkının sınırlandırılması, sanıkların ve avukatlarının sanığın dosyasına ulaşamamaları⁵⁷¹ gibi) ve hakimlerin ve savcıların ‘Devleti koruyorum’ algısının devam etmesidir⁵⁷². ÖAC’lerdeki savcı ve hakimlerinin yaptıkları uygulamaların hukuka aykırı olduğu yönünde, diğer mahkemelerde kararlar verilmiştir⁵⁷³. Böylece yargı sistemindeki hatalar yine yargı sistemi içinde temizlenmeye çalışılmıştır. Terörle Mücadele ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda sorunları düzeltecek yönde (özellikle savunma hakkını genişletecek yönde) değişiklikler yapılmalıdır. Ayrıca bu mahkemelerdeki hakim ve savcılarda, devleti değil, toplumu ve bireyi korumaları gerektiği algısı yerleşmelidir.

⁵⁶⁹ Ercan KANAR, “Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri’nce Üretilen Hukuk”, **Parçalanmış Adalet Türkiye’de Özel Ceza Yargısı** (Derleyen: Haluk İnanıcı), İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 65-128, s. 65-125.

⁵⁷⁰ Gülizar TUNCER, “Bugünden ‘Özel’”, **Güncel Hukuk**, Temmuz, 2010, ss. 19, s. 19.

⁵⁷¹ Özcan KILIÇ, “Gördük ki Özel Yetkili Mahkemeler Sivilleşti Ancak Bağımsızlaşamadı, Aksine Siyasallaştı”, **Güncel Hukuk**, Temmuz, 2010, s. 19.

⁵⁷² Mithat SANCAR – Eylem ÜMİT, **Adalet Biraz Es Geçiliyor**, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009, s. 120-124.

⁵⁷³ 3 özel yetkili savcı, yazdıkları iddianame nedeniyle, İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından *kınanma* cezasına; 1 özel yetkili savcı, yürüttüğü bir soruşturma nedeniyle, Ankara 4. İdare Mahkemesi tarafından hakkında soruşturma açılmasına; 9 özel yetkili hakim için verdikleri tutuklama/tutuklamanın devamı ve itiraz üzerine verdikleri karar için Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından hakimlerin hakkında açılan tazminat davasının kısmen kabulüne karar verilmiştir: Turgut KAZAN, “Özel Yetkili Mahkemeler Kaldırılmalıdır”, **Güncel Hukuk**, Temmuz, 2010, ss. 24-25, s.25.

SONUÇ

Yargı tarafsızlığı ve bağımsızlığı yargılamanın ruhudur. Bu nedenle, adil karar için olmazsa olmaz niteliktedirler. Bir devlette yargı organına istenildiği kadar çok bütçe ayrılmalı, hakimlere en iyi eğitimler verilsin, mahkemeler için en lüks binalar yapılsın, eğer yapılan yargılamalarda tarafsızlık ve bağımsızlık sağlanamıyorsa tüm bu çaba boştur. İhtişamlı güzel mahkeme binalarının içi kibirli ve toplumdan kopuk hakimler ve savcılar ve zulüm gören, eziyet çeken insanlarla dolar. Böylesi durumların yaşanmaması için yargının içinden ve dışından gelebilecek baskılara karşı, hem yargı fonksiyonun, hem de bireysel olarak hakimlerin ve savcılarının bağımsızlıklarının korunması gerekir. Yargı tarafsızlığının sağlanabilmesi için de hem hakimlerin, davanın taraflarına karşı eşit mesafede durması⁵⁷⁴ ve önyargılarıyla ve ideolojilerine göre karar vermemeleri, hem de üçüncü kişilerce hakimlerin tarafsız davrandıklarının görülmesi gerekir⁵⁷⁵.

Bağımsız ve tarafsız yargının hayata geçirilmesi için, öncelikle yargılamanın doğal hakim ilkesine uygun kurulan mahkemelerde yapılması gerekir. Doğal hakim ilkesini, yargılanacak suç işlenmeden önce kurulmuş olma, kanunla kurulmuş olma⁵⁷⁶ unsurlarına indirgememek gerekir. Bu unsurları taşıyan mahkemelerde, yargılanacak sanık belli olduktan sonra hakim veya savcının kasten değiştirilmesiyle de doğal hakim ilkesi ihlal edilebilir. Türkiye tarihinde, doğal hakim ilkesine aykırı pek çok mahkemeye rastlanması acı bir gerçektir. Doğal hakim ilkesi bugün dahi, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerince ihlal edilme riski altındadır. Sanık haklarının korunmasına, yargılamaların aleniliğine, hakim ve savcılarının coğrafi teminatlarına daha özenli davranılması bu riski azaltacak düzenlemelerdir ve kanaatimizce en kısa zamanda gerçekleştirilmelidir.

Yargı bağımsızlığının önemli bir kısmı hakimlerin bağımsızlığını güvence altına alarak sağlanır⁵⁷⁷. Hakimlerin bağımsızlığını sağlayacak teminatlar:

⁵⁷⁴ İNCEOĞLU, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, (2008), s. 36; SEÇUK (2007), s. 28.

⁵⁷⁵ İNCEOĞLU, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, (2008), s. 35.

⁵⁷⁶ TANÖR (1994), s. 222.

⁵⁷⁷ GUARNIERI (2011), s. 6.

azledilememe, belli bir yaştan önce emekliye ayrılmama, coğrafi teminat, maaş güvencesi, terfi ve disiplin işlemlerinin baskıya neden olmayacak şekilde düzenlenmesidir. Yargı bağımsızlığının ikinci boyutu kurumsal olarak yargının bağımsızlığının sağlanmasıdır. Mali bağımsızlık, hakimlerin nitelikleri, yasama, yürütme ve basın karşısında bağımsızlık sağlanması ile yargıda kurumsal olarak bağımsızlığa ulaşılmaya çalışılır.

Yargı bağımsızlığı da yargı tarafsızlığının sağlanmasında ön koşul olduğundan bir yargı sisteminde öncelikle bu teminatların tanınması gerekir⁵⁷⁸. Bağımsız olmayan bir yargı, objektif tarafsızlığı sağlayamamış olan bir yargıdır. Hakimlerin subjektif tarafsızlıklarının sağlanması için, hakimlerin yasaklılığı, reddi çekinmesi müesseseleri getirilmiştir. Hakimin davanın tarafları ile ilişkisi nedeniyle, tarafsız olamayacağı durumlarda bu müesseselerden yararlanılır. Tarafsızlık için getirilen bu müesseselerin savcılarını kapsayacak biçimde genişletilmesi yerinde olacaktır.

Yargı bağımsızlığı ve sorumluluğu ilişkisi, her ülkenin kendi sistemindeki hakimlerin sorumluluğuna dair düzenlemelerin yanı sıra, hakimlerin karakterlerine göre de farklılık gösterir. Ancak her daim yargı bağımsızlığı ve sorumluluğu ilişkisi arasına bir gerilim olur⁵⁷⁹. Bu gerilim iki kavram birlikte bulunamayacağından değil, bahsedilen koşulların farklılaşmasından kaynaklanır. Türkiye’de de son dönemlerde hakimlerin hukuki ve cezai sorumlulukları yargı bağımsızlığı lehine daraltılırken, disiplin sorumluluklarında pek bir değişiklik yapılmamıştır. Hakimlerin disiplin sorumluluğu (özellikle üçüncü kişilerin algılarına dayanarak ciddi cezaların verilebilmesi, ceza gerektiren davranışların net olarak sayılmamış olması nedenleri ile) yargı bağımsızlığı aleyhine, ciddi ölçüde geniştir ve daraltılması şarttır.

Türkiye tarihinde 1921 Anayasası döneminde hakimlik teminatına ilişkin anayasada herhangi bir düzenleme yer almamıştır. Ancak söz konusu dönemde doğal hakim ilkesi, İstiklal Mahkemelerince ve Heyet-i Mahsusa’larca ihlal edilmiştir. 1924 Anayasası döneminde hakimlik teminatlarını içeren 766 ve 2556 sayılı yasalar yürürlükte kalmışlardır. Bu yasalarda hakimlere bazı teminatlar tanınıyor görünse

⁵⁷⁸ SELÇUK, (2007), s. 139; GÖNENÇ, “*Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*” (2011), s. 9.

⁵⁷⁹ David PIMENTEL, “*Yargının Yönetişimi: Anayasal Düzenin Bir Ürünü Olarak Yargının Bağımsızlığı ve Hesap Verebilirliği*”, 12.05.2011.

de, yürütmeye, bu teminatları istediği kişiler için ortadan kaldırma yetkisi tanındığından, öngörülen teminatların, işlevsel olduğu söylenemez. Özellikle 1949'da hakimlerin Emekli Sandığı Kanunu'na tabi kılınmasıyla, 60 yaşını dolduranlar ve 30 hizmet yılını dolduranlar için azledilememe teminatı ortadan kaldırılarak, hakimler yürütme karşısında tamamen korumasız hale getirilmişlerdir. Yürütmenin hakimler üzerindeki etkinliği 1961 Anayasası döneminde oluşturulan, Yüksek Hakimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu ile, büyük ölçüde ortadan kaldırılmış ve hakimlerin ve savcıların bağımsızlığı için önemli adımlar atılmıştır. Ancak bu durum 1971'e kadar sürmüştür.

1971 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile söz konusu Yüksek Hakimler Kurulu'nun kararlarına karşı yargı yolu kapatılmış. Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal etmiştir ve yargı yolunu tekrar açmıştır. Yüksek Hakimler Kurulu üyeleri sadece Yargıtay tarafından kendi üyeleri arasından seçilmeye başlanmış. Yüksek Hakimler Kurulundaki çoğulcu yapı ortadan kalkmıştır. 1971 değişiklikleri ile Cumhuriyet Savcılarının, özlük işlerinde teminat sağlayıcı hükümler getirileceği düzenlemesi kaldırılmıştır. İdari yönden Adalet Bakanlığı'na bağlı olduğu kuralı getirilmiştir. Yüksek Savcılar Kurulu kararlarına karşı yargı yolu da 1971 değişiklikleri ile kaldırılmıştır. Bu düzenlemeyi de AYM iptal etmiştir. Ancak disiplin ve meslekten çıkarma kararlarına karşı, yalnızca bir kez daha incelenmesinin istenebileceği ifadesi iptal edilmediğinden bu kararlara karşı yargı yolu kapalı kalmıştır.

1982 Anayasası ile de hakimler ve savcılarla ilgili tüm özlük işleri tek bir kurula bırakılmıştır. Adı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu olan bu kurulun başkanlığına Adalet Bakanı getirilmiştir. 1982 yılında kurulan sistemde Adalet Bakanlığı hakim ve savcılar üzerinde oldukça etkili konumdadır. Hakim ve savcı adayları seçilirken mülakat kurulunun 5 üyesinin Adalet Bakanlığı teşkilatından gelmesi, mesleğe başladıktan sonra Adalet Bakanı müfettişlerince denetlenmeleri, onların özlük işlerinin yürütüldüğü HSYK'nın başkanını Adalet Bakanı olması ve Adalet Bakanı müsteşarının doğal üye olması, HSYK'nın ayrı bir sekretaryasının olmaması ve tüm işlemlerin Adalet Bakanlığınca yürütülmesi, HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması ve benzeri konular, 1982 Anayasası'nın 2010'a kadar kurduğu sistemde, yargı bağımsızlığının yürütme karşısında ciddi ölçüde

tehlikede olduğunu gösterir. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yürütme karşısında yargı bağımsızlığını koruyacak bazı iyileştirmeler yapılsa da ne yazık ki tam koruma sağlanamamıştır. 2010 değişiklikleri ile HSYK, katılıma daha açık bir kurul haline gelmiştir⁵⁸⁰. HSYK'nın yapısı, seçim yoluyla, ilk derece hakimleri dahil tüm hakimlerin temsiline açılmıştır. Bu durum teoride yargı bürokrasisini azaltır nitelikte kabul edilse de, uygulamada HSYK seçimleri konusunda Adalet Bakanlığı'nın etkili olduğu görülmüştür. HSYK'nın yapısında yargı bürokrasisi yerini Adalet Bakanlığı bürokrasisine bırakmıştır⁵⁸¹. Diğer bir ifade ile yapılan ilk seçimde, yargıda demokrasi sağlıklı işleyememiştir. Ayrıca Adalet Bakanı, HSYK'nın başkanı olarak kalmaya devam etmiş ve müsteşarının, doğal üyeliği devam etmiştir. HSYK kararlarında sadece meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yolu açılmış, diğer kararlarına karşı yargı yolu açılmamıştır. HSYK'nın tüm kararlarına karşı yargı yolunun açılması beklentisi karşılanamamıştır⁵⁸².

2010'da yapılan düzenleme sonrasında HSYK'da kurulan yeni Kurul'un, özel yaşam, cinsel yönelim gibi hakim ve savcılarının ihracını düzenleyen kararları iptal etmiş olması yargı bağımsızlığının korunması bakımından olumlu görülmektedir⁵⁸³. Olumlu sayılan diğer bir gelişme HSYK işlemlerinin gizliliğini öngören maddeye⁵⁸⁴, 6087 Sayılı HSYK Kanunu'nda yer verilmemiş olmasıdır. Her ne kadar gizlilik kalksa da uygulamada, HSYK halen kararlarına ve gerekçelerine tam olarak aleniyet kazandırmamıştır. Hakimlerin denetimi konusunda HSYK'ya bağlı müfettişler görevlendirilse de Adalet Bakanlığına bağlı müfettişler sistemden tamamen çıkarılmamıştır. Teftiş Kurulu, Adalet Bakanlığı'nın kontrolünden çıkarılmış ve HSYK'ya bağlanmıştır. Son olarak HSYK'ya özel sekreteryaya oluşturulmuş ve böylece HSYK işlemlerinin Adalet Bakanlığınca yürütülmesi uygulamasına son verilmiştir. Uygulamada sekreteri Adalet Bakanı'nın seçiyor olması nedeniyle tam bir bağımsızlık sağlanamadığı gözlemlenmektedir⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ KABOĞLU (2010), s. 273.

⁵⁸¹ Orhan Gazi ERTEKİN, **Yargı Meselesi Hallolundu!**, Epos Yayınları, Ankara, 2011, s. 122-208.

⁵⁸² GÖNENÇ, "Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları" (2011), s.19; ÖZBEK – ERTOSUN (2010), s. 16; KANADOĞLU (2010), s. 24; Venedik Komisyonu'nun 610/2011 sayılı Görüşü, paragraf 76.

⁵⁸³ HAMMERBERG Raporu, paragraf 110.

⁵⁸⁴ 2461 sayılı HSYK Kanunu madde 16.

⁵⁸⁵ GÖNENÇ, "Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları" (2011), s. 18; KANADOĞLU (2010), s. 24.

Günümüzde hakim ve savcılar için en büyük sorunlar halen terfi, disiplin ve denetim konularında göze çarpmaktadır⁵⁸⁶. Terfiye etki eden üst derece mahkemelerinin hakimlere not vermesi ve Adalet Bakanlığı tarafından verilen hal kağıdı uygulamalarının kaldırılması çok isabetli olmuştur⁵⁸⁷. Ancak halen varlığını koruyan disiplin cezası öngörülen davranışların net olarak açıklanmaması hakim ve savcılarının her davranışlarını tedirginlik içinde gerçekleştirmelerine neden olacak türdendir⁵⁸⁸. Görev süresi güvencesi gibi oldukça temel bir teminatın dahi üçüncü kişilerde oluşan kanaat gerekçesiyle ortadan kaldırılabildiği bir sistemin, bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda oldukça yetersiz olduğunu uzun uzun açıklamaya kanaatimizce gerek yoktur.

Hakimlerin ve savcılarının tarafsızlıkları bakımından da oldukça önemli sorunlar bulunmaktadır. Hakimlerin ve savcılarının devlet merkezli tutumları, insan haklarını koruma yerine devleti koruma anlayışı içinde hareket ediyor olmaları, hakim ve savcılarının deneyimsizliği, göreve yeni başlarken küçük kasabalara atanmaları ve yalnızca diğer devlet memurları ile sosyalleşebilmeleri, hakimlerin ve savcılarının aynı lojmanlarda oturmaları, adliye binalarında aynı ofislerde çalışmalarının onların aynı topluluğun mensubu gibi düşünülmesine neden olması⁵⁸⁹ son olarak da mahkeme içindeki görünüş bakımından hakim ve savcılarının yakın ilişkileri⁵⁹⁰, yargı tarafsızlığına ve yargı tarafsızlığı algısına (dolayısıyla yargı bağımsızlığına) zarar vermektedir.

Önemli sorunları barındıran Türkiye'deki hakim ve savcılara ilişkin düzenlemelerin, iyileştirilmesi çabaları ve atılan olumlu adımlar göz ardı edilemez. Ancak bunların yeterli olduğu da söylenemez. Özellikle yeni anayasa yapımı tartışmalarının yaşandığı günümüzdeki süreç, söz konusu sistem eksikliklerinin tartışılması için oldukça iyi değerlendirilmelidir. Anayasada yargı bağımsızlığına ilişkin temel düzenlemeler yer almadıkça, yasama ve yürütmenin kendi çıkarları

⁵⁸⁶ Venedik Komisyonu'nun 610/2011 sayılı Görüşü, 2011, paragraf 18.

⁵⁸⁷ HAMMERBERG Raporu, paragraf 119.

⁵⁸⁸ Venedik Komisyonu'nun 610/2011 sayılı Görüşü, 2011, paragraf 103.

⁵⁸⁹ HAMMERBERG Raporu, paragraf 112, 115, 121.

⁵⁹⁰ Hakim ve savcılarının mahkeme salonuna aynı kapıdan ve birlikte girmeleri, hakim ve savcılarının birbirleri ile eşit yükseklikte (bazen birbirlerine bitişik) kürsülerde oturmasına karşın avukatların daha alçak kürsüde oturup ayrı kapıdan salona girmeleri, oturumlar arasında hakimlerin ve savcılarının kendi aralarında gizli görüşmeler yapmaları, hakimlerin tarafsızlığını zedelediği gibi devlet lehine içselleşmiş önyargının güçlenmesine neden olan durumlardır: HAMMERBERG Raporu, paragraf 122, 123.

yönünde bu düzenlemeleri yaptığı tecrübe ile sabit olduğundan, tekrar aynı risk alınmamalıdır. Eğer oluşturulursa, yeni anayasa, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda temel reform niteliği taşıyacak düzenlemeler getirmelidir. Gerçek anlamda demokratik hukuk devleti olmak için, yeni anayasa fırsatının iyi değerlendirilmesi zorunludur.

ÖZET

Modern devletin yönetim sisteminde üç hukuki güç vardır. Bunlardan yasama ve yürütme, siyasal niteliktedir. Üçüncüsü olan yargı ise, bir yönüyle bu iki siyasal gücü birey ve toplum yararına frenlemekle görevlidir. Yargının diğer işlevi ise toplumdaki uyuşmazlıkların, bireyler birbirlerine düşman olmadan, çözülmesini sağlamaktır. Bir taraftan toplumu ve bireyi devletin etkili iki gücüne karşı korumak zorunda olan diğer taraftan da bireylerin huzur içinde bir arada yaşamasını sağlamak zorunda olan yargı, bu görevlerini sağlıklı yerine getirebilmek için bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğini kaybetmemelidir.

Bağımsızlığın ve tarafsızlığın korunması için adalet sistemi içinde bazı tedbirler almak gerektiği gibi; hakimlerde ve savcılarda yaptıkları işte, bağımsız ve tarafsız olmak zorunda oldukları inancı yerleştirilmelidir. Hakimlerin ve savcıların etki altına alınması ile kısa vadede bazı menfaatler elde etmeyi umanlar, uzun vadede çürümüş bir sistem oluşturacaklarını bilmelidirler.

Nitekim Türkiye tarihi, olağanüstü mahkemelerin çok sık tecrübe edildiği ve siyasal güçlerin hizmetindeki yargının, bu gücün karşısındaki kesimleri öğütme aracına dönüştüğü örneklerle doludur. Kazanan, kısa vadede yargıyı kontrol eden güç olsa da; uzun vadede toplumsal gelişmenin yavaşladığı, hatta yargıyı araçlaştıran gücün toplumda kınandığı bir gerçektir.

Türkiye tarihinde ne geçmişte ne de bugün yargının bağımsız ve tarafsız olduğu söylenemez. 2010 sonrası atılan bazı adımlar yargı bağımsızlığı adına umut verici olsa da ne yazık ki yetersizdir. Yeni anayasa Türkiye için büyük bir fırsat olabilir. Bu fırsat iyi değerlendirilmeli ve yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayacak özenli düzenlemeler yapılmalıdır.

ABSTRACT

In modern political systems so called modern states, there are three fundamental powers. Two of them; legislation and execution have politic character, while the third one; judiciary, the judicial power, at one point is responsible to curb the other two political powers for the benefit of both individual and society. Other function of judicial power is to solve conflicts in society, preventing the possibility of anarchy. Judicial power which in one hand have to protect society and person from strong powers of legislation and executive, on the other hand have to make people live together in peace, should not lose its independence and impartiality in order to perform its functions well.

In addition to taking precautionary measures to maintain judicial independence and impartiality, it is needed that judges and prosecutors have to internalize the perception of being independent and impartial while using judicial power. Ones expecting short term benefits by repressing judges and prosecutors should know that they will lead to corruption in system in long term.

In fact, Turkey's history is full of examples where extraordinary courts are frequently taken place and at the service of politic powers, judicial power had become an instrument, grinding the opposite parties against it. Although the winner is the force that controls judicial power in short term, it is, in fact, in long term; social development is slowed down and the force which controls the judicial power is condemned by the society. For Turkey, it is hard to say that the judicial power has been independent and impartial.

Even though some hope giving steps for judicial independence had been taken after year 2010, yet it is not enough. New constitution may be considered as a crucial opportunity for Turkey. Turkey must do its best and take this chance for careful rearrangements to obtain judicial independence and impartiality in judicial system.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

ABADAN Neriman, **Halk Efkarı: Mefhumu Tesir Sahaları**, Yeni Matbaa, Ankara, 1956.

AKIN Rıdvan, **Türk Siyasal Tarihi 1908 – 2000**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

ALDIKAÇTI Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “*Adil Yargılanma Hakkı Etik Açısından Yargı Bağımsızlığı ve Yansızlığı*”, **Fazıl Sağlam’a Armağan**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2006, ss. 9–40.

ANIL Yaşar Şahin, **Osmanlı’da Kadılık**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993.

ARİSTOPHANES, **Eşekarıları**, Çeviren: Sabahattin Eyüpoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2002.

ARİSTOTELES, **Politika**, Remzi Kitapevi, İstanbul, 2009.

ARSEL İlhan, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları Birinci Kitap: Cumhuriyet’in Temel Kuruluşu**, Mars Matbaası, Ankara, 1965.

AYBARS Ergün, **İstiklal Mahkemeleri**, Milliyet Yayınları, İstanbul 1998.

AYDINALP Sezai, **Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1997.

BAYRAKTAR Köksal, “*Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine*”, **Güncel Hukuk**, Temmuz, 2010, ss. 7.

BAYRAM Ahmet Kemal, “*Türkiye’de Askeri Darbeler Kemalizm ve Demokrasi, Demokrasi Sorunu ve Türk Demokrasisi* (Derleyen: Davut Dursun), Şehir Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 207 - 231.

BAYTAL Yaşar, “*Demokrat Parti Dönemi Ekonomi Politikaları (1950 – 1957)*”, **Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, S.40, Kasım 2007, ss. 545 - 567.

BELGESAY Mustafa Reşit, **Adliye**, Şirketi Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1935.

BELGESAY Mustafa Reşit, “*Adliye Teşkilatının Esasları ve Hakimler Kanununun Tadiline Dair Kanunun Anahtarı*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. IX, 1943, ss.592 - 600.

BERDER Bülent – ALTUNDİŞ Mehmet, “*Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi*”,
<http://www.avsar.av.tr/default.asp?x=1&y=1&id=139&maid=651> (son erişim: 13.10.2011).

BİBEROĞLU M. Kemal, **Yassıada Kararları ve Tahkikat Komisyonunun Bilinmeyen Gerçekleri**, Demokratlar Kulübü Yayınları, Ankara, 1996

BİLGE Necip – ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

BİRAND Mehmet Ali – DÜNDAR Can – ÇAPLI Bülent, **Demirkırat Bir Demokrasinin Doğuşu**, Doğan Kitap, İstanbul, 2001.

BİRAND Mehmet Ali – DÜNDAR Can – ÇAPLI Bülent, **12 Mart İhtilalin Pençesinde Demokrasi**, İmge Kitapevi, Ankara, 2002.

BLOCH March, **Feodal Toplum**, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2005.

BURÇAK Rıfkı Salim, **İdamların İçyüzü**, Demokratlar Kulübü Yayınları No:12, Ankara, 1997.

CENTEL Nur, **Hakimin Tarafsızlığı**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1996.

CENTEL Nur, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ve Türk Hukuku*”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, ss. 45 - 57.

CENTEL Nur, “*Adil/Düzgün Yargılama Hakkı ve ‘Silahların Eşitliği’ Bağlamında Savcılık ve Savunma*” **Başlıklı Oturumdaki Konuşması, Bir Adli Organ Olarak Savcılık**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, ss.186 – 219.

ÇAĞLAR Selda, “*Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetinden Sorululuğu*”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S.2, 2006, ss. 707 - 714.

ÇELENK Halit, “*Böyle Mahkeme Olmaz Bunlar Mahkeme Değil Birer ‘Kurul’dur*”, **Güncel Hukuk**, Temmuz, 2010, ss.23.

ÇELİK Burak, **Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.

DEMİR Abdullah, **Osmanlı Mahkemesi**, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, 2010.

DEMİRKOL Ferman, **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991.

DEMİRKOL Ferman, **Bağımsız Yargının Fonksiyonları**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.

DERDİMAN Ramazan Cengiz, **Karşılaştırmalı Türk Anayasaları ve TBMM İktüzüğü**, Alfa Aktüel Yayınları, İstanbul, 2006

DİNÇKOL Belkıs, **Eski Önasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza**, Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2003.

DOĞRU Osman, **27 Mayıs Rejimi**, İmge Kitapevi, Ankara, 1998.

DURSUN Suat, **Hakimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007.

ERDOĞAN Mustafa, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, Liberte Yayınları, Ankara, 2003.

- ERDOĞAN Mustafa, **Anayasa Hukuku**, Orion Yayınevi, Ankara, 2007.
- ERDOĞAN Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2010.
- ERGÜL Ozan, **Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, **İslam ve Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı**, Beyan Yayınları, İstanbul, 1996.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- FEREJOHN John, “*Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*”, **Southern California Law Review**, Jan.-March, Vol.72 (2-3), 1999.
- FEYZİOĞLU Metin, <http://www.gençbaro.org/feyzioglusikiyonetim-mahkemesi-gibi-calisan-ozel-gorevli-agir-ceza-mahkemeleri-kaldirilmali/>, 19.10.2011.
- FEYZİOĞLU Turan, **Kanunların Anayasa’ya Uygunluğunun Kazai Murakebesi**, A.Ü.S.B.F. Yayını, 1951.
- GIEGERICH Thomas, “*Yargının Bağımsızlığı – Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye üzerine Gözlemler*”, **Yargının Bağımsızlığı Tarafsızlığı ve Etkililiği Sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 6, Ankara, 2009, ss.21 - 53.
- GİRİTLİ İsmet – BİLGİN Pertev – AKGÜNER Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- GÖKCAN Hasan Tahsin – ARTUÇ Mustafa, **Ceza Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- GÖNENÇ Levent, “*Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”,

http://www.tepav.org.tr/upload/files/12998515620.Yarginin_Bagimsizligi_ve_Tarafsizligi.pdf , (son erişim: 30.06.2011).

GÖNENÇ Levent, “*Dünya’da ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları*”, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1299852383-2.Dunyada_ve_Turkiye_de_Yuksek_Yargi_Kurullari.pdf (son erişim: 15.10.2011).

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt:II, Ekin Basım Yayım, Bursa, 2011.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2008.

GUARNIERI Carlo, “*Do Judicial Councils Further Judicial Independence? Some Lessons From Europe*”, http://www.tepav.org.tr/upload/files/haber/1306504278-1.CARLO_GUARNIERI_Do_Judicial_Councils_further_Judicial_Independence__Some_Lessons_from_Europe__Paper_.pdf, (son erişim:07.07.2011).

HACIMURATLAR Zeliha, “*Hukuk – Politika - Adalet İlişkisi Açısından Yassıada Yargılamalarına Kısa Bir Bakış*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 3, 2008, ss. 82- 90.

HAZIR Hayati, **Olağanüstü Hal Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlandırılması ve 12 Mart Olağanüstü Rejimi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Trabzon, 1982.

İLKİZ Fikret, “*Anayasa Değişikliklerinde Asıl Sorun*”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 16-17.

İNANICI Haluk, “*Örfi İdare Yargısından Yeni Devlet Güvenlik Mahkemelerine Sanık Hakları*”, **Parçalanmış Adalet Türkiye’de Özel Ceza Yargısı** (Derleyen: Haluk İnancı), İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 13-63.

İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008.

İNCEOĞLU Sibel, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008.

İNCEOĞLU Sibel, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”, **Yargının Bağımsızlığı Tarafsızlığı ve Etkililiği Sempozyumu** (Editör: Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 6, Ankara, 2009, ss.54–64.

İSTANBULLU Tahsin, **Hakimler ve Hukuku**, Rıza Koşkun Basımevi, İstanbul, 1939.

İstanbul Barosu, “*Devlet Güvenlik Mahkemeleri Hakkındaki İstanbul Barosu Raporu*”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.50, S. 708, İstanbul, 1976, ss.15 – 20.

JEFFREY Thomas E., “*Hukukun Üstünlüğünü Kavramak / Hukukun Üstünlüğü ve Türkiye ve Dünyada Önündeki Engeller*”, **Uluslararası Anayasa Kongresi**, İstanbul Üniversitesi, 12.05.2011.

KABOĞLU İbrahim Ö., **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası Halk Neyi Oylayacak?**, İmge Kitapevi, İstanbul, 2010.

KALAYCIOĞLU Ersin, “*27 Mayıs 1960 İhtilaline Giden Yol*”, **27 Mayıs 1960 Derimi Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası** (Editör: Suna Kili), Boyut Kitapları, İstanbul, 1998, ss. 33-50.

KANADOĞLU Korkut, “*Anayasanın Değiştirilmez Maddelerine Aykırı Anayasa Değişiklikleri*”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss.22-24.

KANAR Ercan, “*Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri’nce Üretilen Hukuk*”, **Parçalanmış Adalet Türkiye’de Özel Ceza Yargısı** (Derleyen: Haluk İnancı), İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 65-128.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

- KAPANI Münici, **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından: 93, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- KARAL AKGÜN Seçil, **27 Mayıs, Bir İhtilal Bir Devrim Bir Anayasa**, ODTÜ Yayıncılık, Ankara, 2009.
- KARAVELİOĞLU Kamil, **Bir Devrim İki Darbe 27 Mayıs, 12 Mart, 12 Eylül**, Güner Yayınları, İstanbul, 2007.
- KAZAN Turgut, *“Özel Yetkili Mahkemeler Kaldırılmalıdır”*, **Güncel Hukuk**, Temmuz, 2010, ss. 24-25.
- KESKİN Kadri, **Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Yapısı, Görevleri ve Yargılama Usulleri**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1987.
- KEYMAN Selahattin, **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- KILIÇOĞLU Ahmet, *“Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”*, **AÜHFD**, C.30, S.1-4, 1973, ss. 231–269.
- KIRLANGIÇ Kemal, **Politik Yargı ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri**, (Yayınevi ve Yayın Yeri Belirtilmemiş), 1992.
- KIRMAZ Birol, **Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı**, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.
- KİLİ Suna – GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Senedi İttifak’tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.
- KOÇAK Cemil, **Belgelerle Heyet-i Mahsusalar**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005, ss. 17-43.
- KÖYBAŞI Serkan, *“Referandumda Konunun Tekliği İlkesi”*, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 32-34.

KRAMER Noah Samuel, **Tarih Sümer’de Başlar**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1990.

KUIJER Martin, **The Blindfold of Lady Justice**, Leiden University, 2004.

KUMKUMOĞLU Kemal –KUMKUMOĞLU Ahmet Kemal, “*HSYK’nın 1961 ve 1982 Anayasaları’ndaki Durumu*”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

KUNTER Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1967.

KUNTER Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989.

KUNTER Nurullah –YENİSEY Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 1989.

KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

KURU Baki, **Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966.

KURU Baki – ARSLAN Ramazan – YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

MARDİN Şerif, **Jön Türklerin Siyasi Fikirleri: 1895 – 1908**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992.

MATUR Bejan, “*Hukuk, Hayat, Tecavüz*”, Zaman, 04.11.2011.

MCNEILL William H., **Dünya Tarihi**, Çeviren: Alaeddin Şenel, İmge Kitapevi, Ankara, 2003.

MEYER Thomas, **Medya Demokrasisi (Medya Siyaseti Nasıl Sömürgeleştirir)**, Çeviren: Ahmet Fethi, Kültür Yayınları, İstanbul, 2002.

MONTESQUIEU, **Kanunların Ruhu Üzerine I**, Çeviren: Fehmi Baldaş, Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1998.

- NADİ Nadir, **27 Mayıs'tan 12 Marta**, Yeni Gün Haber Ajansı Basım ve Yayıncılık, (Yayın Yeri Belirtilmemiş), 1999.
- NEBİLER Halil, **Devlet Güvenlik Mahkemeleri**, Sel Yayıncılık, İstanbul, 1990.
- NEDİM Ahmed, **Ankara İstiklal Mahkemesi Zabıtları 1926**, İşaret Yayınları, İstanbul, 1993.
- OCAKÇIOĞLU İsmet, **1990 – 1991 Adalet Yılı Açış Konuşması**, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 1990.
- ODER Bertil Emrah, “*Anayasa Değişikliklerinde Demokratik Süreç Toplum ve Birey*”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 13-15.
- ORTAYLI İlber, **Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008.
- ORTAYLI İlber, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1994.
- ÖDEN Merih, “*Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya Bakamaması*”, **AÜHFD** 43, 1993/1-4.
- ÖZAY İl Han, **Gün Işığında Yönetim**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004.
- ÖZBEK Kadir – ERTOSUN Ali Suat, **Hakimler ve Savcılar Kurulu'na İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- ÖZBUDUN Ergun, **1921 Anayasası**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992.
- ÖZEN Muharrem, **Hakimin Cezai Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- ÖZEN Muharrem, “*Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Yargı Bağımsızlığını Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 68, 2010/1, s.31–65.

ÖZER Attila, **Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003.

PLATON, **Sokrates’in Savunması**, Bordo Siyah Yayınları, İstanbul, 2004.

PIMENTEL David, “*Yargının Yönetişi: Anayasal Düzenin Bir Ürünü Olarak Yargının Bağımsızlığı ve Hesap Verebilirliği*”, **Uluslararası Anayasa Kongresi**, İstanbul Üniversitesi, 12.05.2011.

POSTACIOĞLU İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

RUSSELL Peter H., “*Toward a General Theory of Judicial Independence*”, **Judicial Independence In Age Of Democracy**, University Press of Virginia, USA, 2001.

SALDIRIM Mustafa, **Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005.

SANCAR Mithat, **Devlet Akli Kısılacında Hukuk Devleti**, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2000.

SANCAR Mithat – ATILGAN Eylem Ümit, **Adalet Biraz Es Geçiliyor**, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009.

SAYGILI Abdurrahman, ‘*Modern Devletin Çıplak Sureti*’, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.59, S.01, Yıl 2010, ss. 61-97

SELÇUK Sami, **Bağımsız Yargı Özgür Düşünce**, İmge Kitapevi, Ankara, 2007.

SENEMOĞLU Nuray, **Gelişim Öğrenme ve Öğretim**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2004.

SEVER Ömer, **Hakim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

SEZER Abdullah – KIRIT Emrah – BOYAR Oya, **Hukuk Devleti**, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı Yayını, İstanbul, 2003.

SOMER Pervin, “*Roma Hukuku’nda Torba Kanun Yasağı*”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasa’nın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1974.

SÖĞÜTLÜ ERIŞKİN Özlem, “*Roma Hukukunda Yargıcın Reddi*”, **AÜHFD**, C. 51, S.1, Yıl 2002, ss. 97–115.

ŞAHBAZ İbrahim, “*AIHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”,

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ibrahim_sahbaz.pdf, (son erişim: 30.06.2011).

ŞAHİN Kemal, “*Kutsal Yapıya Dokununca*”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 18-20.

ŞEN Erdal, **Belgelerin Dilinden Yassıada’nın Kara Kutusu**, Zaman Kitap, İstanbul, 2007.

ŞEN Ersan, “*Rafa Kalkan Demokrasi ve Hukuk Bumerang Etkisi*”, **Güncel Hukuk**, Temmuz 2010, ss. 16-18.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK Sultan, “*2010 Anayasa Değişiklikleri*”,

https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:y_1fpYfysPwJ:m.friendfeed-media.com/0609e9513867139788df92e161d9b19567d7cd3e+tahmazo%C4%9Flu+%C3%BCzelt%C3%BCrk&hl=tr&gl=tr&pid=bl&srcid=ADGEEShBC05T-qMX0W7Ozf1ESV-6FG1q5oBWraHXctwbGi6n9fmyxqmRmBQqtoNWF8qXY5tnGXh-H6iDxrx7KJqLKbIdY_qTuLBqVFfm5KwW_8h7OZuHWU7jEUm0rq8D3q61J71zVY0p&sig=AHIEtbQqqFwhm92znUHtn_rk6pe2-Pnkcw, (son erişim: 03.11.2011).

TALAS Cahit, “*DGM’ler, Demokrasi ve Sendikacılık Hareketleri...*”, **Cahit Talas’a Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları: 9, Ankara, 1990, ss.81-85.

- TANER Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.
- TAŞTAN Asuman Zeynep, **Hakimin Tarafsızlığı**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara, 2005.
- TOKALP Feridun, “*Yargı Bağımsızlığı*”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 9.
- TOSUN Öztekin, **Suç Muhakemesi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984.
- TUNCER Gülizar, “*Bugünden ‘Özel’*”, **Güncel Hukuk**, Temmuz, 2010, ss. 19.
- TUNÇAY Mete, “Heyet-i Mahsusalar (1923-1938): Cumhuriyete Geçişte Osmanlı Asker ve Sivil Bürokrasisinin Ayıklanması”, **Belgelerle Heyet-i Mahsusalar** (Derleyen: Cemil Koçak), İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2005, ss. 45-68.
- TÜSİAD, Yargılama Düzeninde Kalite,
http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/yargilama.pdf, (son erişim:14.11.2011).
- UMUR Ziya, **Roma Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1984.
- ÜNAL ÖZKORKUT Nevin, “*Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bakış*”, **AÜHFD**, C. 57, S.1, Yıl 2008, ss. 225–242.
- ÜNVER Yener, “*Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı 1–4, 1988 – 1990, ss.153-196.
- VELDEN A. H. Van, ‘Yüksek Yargı Konseyi’ İsimli Oturum, **Yargının Bağımsızlığı Tarafsızlığı ve Etkililiği Sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları (Editör: Ahmet Taşkın), Yayın No: 6, Ankara, 2009.
- YARSAV, “*Yargısız İnfaz Olmasın*”, **Güncel Hukuk**, Mayıs, 2010, ss. 21.
- YAZICI Serap, “*Anayasa Değişikliği ve Siyasi Parti Hürriyeti*”, **Güncel Hukuk**, Mayıs 2010, ss. 30-31.

YAZICI Serap, “*Yargı Reformu Projesi: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*”, **Yargısal Düğüm: Türkiye’de Anayasal Reforma İlişkin Değerlendirme ve Öneriler** (Editör: Serap Yazıcı), TESEV Yargı Siyasa Raporları 1, İstanbul, 2010, ss. 17-20.

YAZICI Serap, “*Yüksek Yargı Konseylerinin Oluşturulmasında Demokratik Temsil İlkesi*”, **Yargının Bağımsızlığı Tarafsızlığı ve Etkililiği Sempozyumu** (Editör: Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 6, Ankara, 2009, ss. 97-119.

YILMAZ Halit, **Türkiye’nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2009.

YÜCE Turhan Tufan, **1924 Anayasası ile 1961 Anayasası Arasında Temel Yapıları Yönünden Bir Karşılaştırma ve Özellikle Danıştay Meselesi**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum, 1971.

WOODHOUSE Diana, “*Anayasal Reform Kanunu 2005 – Yargı Bağımsızlığını Korumanın İngiliz Yolu*”, Çeviren: Serkan Yolcu, **Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi**, Yıl:1, C.1, S.2, Ankara, 2011, ss. 149-165.

Uluslararası Belgeler:

Avrupa Birliği Komisyonu, Türkiye Cumhuriyeti’nde Yargı Sisteminin İşleyişi, İstişari Ziyaret Raporu 28.09.2003 – 10.10.2003, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tercümesi, T.C. Adalet Bakanlığı Yayını.

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi’nin Yargının Bağımsızlığı ve Hakimlerin Görevden Alınmaması Standartlarına Dair 1(2001) Nolu Görüşü, Strazburg, 23 Kasım 2001. (Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi, 1(2001) Nolu Görüşü)

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Referandumla ilgili Uygulamalar Kılavuzu, 371/2006 sayılı Raporu, <http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD%282007%29008-f.pdf>, 18.10.2011.

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Yargı Sisteminin Bağımsızlığı
Bölüm I: Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu, Çalışma No: 494/2008, Strazburg,
16 Mart 2010. (Venedik Komisyonu, Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu)

Avrupa İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammerberg'in Türkiye Ziyaretini
Müteakiben Hazırladığı Rapor, Strasbourg, 2012. (HAMMERBERG Raporu)
Avrupa Komisyonu, Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu, Brüksel 9 Kasım 2010.

Avrupa Komisyonu, Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu, Brüksel 12 Ekim 2011.

Avrupa Konseyi Hakimlerin Rolü ve Bağımsızlığı Tavsiye Kararı, R(94)12, Adalet
Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Yargı Etiği ve Yargı
Bağımsızlığı ile İlgili Belgeler, Ankara, 2004. (R(94)12 sayılı Tavsiye Kararı)

Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkeleri, 1985, Adalet Bakanlığı Avrupa
Birliği Genel Müdürlüğü, Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı ile İlgili
Belgeler, Ankara, 2004. (BM Yargı Bağımsızlığı İlkeleri)

Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 2003/43, Adalet Bakanlığı Avrupa
Birliği Genel Müdürlüğü, Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı ile İlgili
Belgeler, Ankara, 2004. (Bangalor Yargı Etiği İlkeleri)

8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansında Kabul
Edilen Savcıların Rolüne Dair İlkeler, Küba, 27 Ağustos – 7 Eylül 1990.

European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion
on The Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey, Strazburg, 29 March
2011. (Venedik Komisyonu'nun 610/2011 sayılı Görüşü)

United Nations Office on Drugs and Crime, Commentary on The Bangalore
Principles on Judicial Conduct, September, 2007. (Commentary on The
Bangalore Principles on Judicial Conduct)

Gazeteler:

Cumhuriyet, Maksut MUMCUOĞLU, “*Hukuk Devleti ve Yargıçlık Güvencesi*”, 29.01.1989.

Milliyet, <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/Arsiv/1960/05/29> (son erişim: 06.09.2011).

Milliyet, 22.06.2011.

Milliyet, 01.11.2011.

Resmi Gazete’nin çeşitli sayıları. (RG)

The Guardian, <http://www.guardian.co.uk/uk/2009/nov/05/freemasons-judges-magistrates-review-policy>, (son erişim: 29.01.2012).

Yeni Şafak, “*Anayasa Paketi Referandum Öncesi Anayasa Mahkemesine Götürülemez*”, <http://yenisafak.com.tr/Roportaj/?i=255967>, (son erişim: 07.11.2011).

Zaman, 21.06.2011.

Zaman, “*Avukatlar Hakimlik Sınavında Sınıfta Kaldı*”, <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=699785>, (son erişim: 23.10.2011).

Zaman, 29.07.2011.

Zaman, 01.01.2011.

Mahkeme Kararları

AİHM, *Ringeisen – Avusturya*, 16.07.1971.

AİHM, *Le Compte, Van Leuven ve De Meyere - Belçika*, 23.06.1981.

AİHM, *Piersack – Belçika*, 01.10.1982.

AİHM, *Campbell ve Fell – Birleşik Krallık*, 28.06.1984.

AİHM, *De Cubber – Belçika*, 26.10.1984.

AİHM, *Holm – İsveç*, 25.11.1993.

AİHM, *Diennet – France*, 26.09.1995.

AİHM, *Thomman –Switzerland*, 10.06.1996.

AİHM, *İncal – Türkiye*, 09.06.1998.

AİHM, *Willie –Lihtenştayn*, 28.10.1999.

AİHM, *Öcalan – Türkiye*, 12.03.2003.

AİHM, *Sigurdsson – İzlanda*, 10.04.2003.

AİHM, *Saday – Türkiye*, 10.04.2003.

AİHM, *Kayasu – Türkiye*, 13.11.2008.

AİHM, *Özpınar - Türkiye*, 19.10.2010.

AYM, E:1963/169, K:1963/113, KT: 15.05.1963.

AYM, E:1963/99, K.1964/38 KT: 13.05.1964.

AYM, E:1976/43, K:1977/74, KT: 27.01.1972.

AYM, E:1974/35, K:1975/126, KT: 06.05.1975.

AYM, E:1977/82, K:1977/117, KT: 27.09.1977.

AYM, E:1992/37, K: 1993/18, KT: 27.04.1993.

AYM, E:2005/047, K:2007/014, KT: 07.02.2007.

AYM, E:2010/49, K:2010/87, KT: 07.07.2010.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD İtiraz No:2008/774.

Danıştay İkinci Dairesi, E:2006/6124, K:2008/7315, KT:29.12.2008.

Danıştay İkinci Dairesi'nin verdiği karar E:2009/183, K:2009/3413, KT:
07.10.2009.

Diğer Kaynaklar

AKSİYON, “*Vicdan ile Cüzdan Arasında Yolsuzluk*”,
[http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/haber-5660-34-cuzdanla-vicdan-
arasinda-yolsuzluk.html](http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/haber-5660-34-cuzdanla-vicdan-arasinda-yolsuzluk.html), (son erişim:19.12.2011).

Demokrat Parti Meclis Grubu Müzakere Zabıtları, D:10, c.CLLIV.

TBMM Zabıt Ceridesi, D:XI, C:18, İ:3.

TBMM Zabıt Ceridesi, D:XI, C:13, İ:3.

TBMM Zabıt Ceridesi, D:10, C. XII, Kısım:1.

TBMM Zabıt Ceridesi, D:XI, C:18, İ:3.

TBMM Zabıt Ceridesi, D:XI, C:18, İ:3.

NTVMSNBC, “*AKP’nin Anayasa Değişikliği için Gerekçesi Yok*”,
<http://www.ntvmsnbc.com/id/25074887/>, 07.11.2011.

[http://www.turktime.com/haber/Hukukcular-Bolundu-Degisikligi-Iptal-Davasi-
Referandumdan-Once-mi-Sonra-mi-Acilacak-/90506](http://www.turktime.com/haber/Hukukcular-Bolundu-Degisikligi-Iptal-Davasi-Referandumdan-Once-mi-Sonra-mi-Acilacak-/90506) (son erişim: 07.11.2011).

(yazar belirsiz) “*Yargı*”, **Türk Dil Kurumu Büyük Sözlük**,
<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=yarg%FD&ayn=tam>
(son erişim: 24.07.2010).