



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Musa TALİH

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE
TÜRKİYE'DE YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Musa TALİH

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE
TÜRKİYE’DE YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Danışman

Doç. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Musa TALİH'in bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Tezli Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Doç. Dr. Halit YILMAZ (İmza)

Üye (Danışmanı) : Doç. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN (İmza)

Tez Başlığı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığının Değerlendirilmesi
--

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 28/06/2019

Mezuniyet Tarihi : 05/09/2019

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığının Değerlendirilmesi ” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Musa TALİH





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Musa TALİH
Öğrenci Numarası	20128519202
Enstitü Ana Bilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM
Tez Başlığı	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığının Değerlendirilmesi
Turnitin Ödev Numarası	1155907873

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 109 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 29/07/2019 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç %14

alıntılar dahil % 29 'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esas'larında öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

26/08/2019

(imzası)

Doç.Dr.Mehmet Hanifi Bayram

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iv
ÖZET	v
SUMMARY	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYEDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

1.1. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığına İlişkin Kavramsal Çerçeve	3
1.1.1. Genel Olarak.....	3
1.1.2. Yargının Bağımsızlığı.....	4
1.1.3. Yargının Tarafsızlığı.....	7
1.2. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İle İlgili Kavramlar	12
1.2.1. Kuvvetler Ayrılığı.....	12
1.2.2. Hukuk Devleti.....	14
1.2.3. Adil Yargılanma Hakkı.....	15
1.2.4. Tabii Hakim İlkesi	17
1.3. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığının Tarafları.....	18
1.3.1. Genel Olarak.....	18
1.3.2. Yargı-Yasama İlişkileri.....	19
1.3.3. Yargı-Yürütme İlişkileri.....	22
1.3.4. Yargı İçi İlişkiler.....	28
1.3.4.1. Hakimin Kendi Dünya Görüşü Karşısında Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı.....	29
1.3.4.2. Mahkeme Başkanına Karşı Hakimin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ...	31
1.3.4.3. İstinaf veya Temyiz Merciiine Karşı Hakimin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı.....	32
1.3.5. Yargı-Medya ve Kamuoyu İlişkileri.....	35
1.3.6. Yargılamanın Tarafları ile Yargı İlişkileri	38
1.4. Yargı Bağımsızlığı İçin Önemli Bir Güvence : Hakimlik Teminatı.....	40

1.4.1. Genel Olarak.....	40
1.4.2. Hakim ve Savcıların Azledilememesi.....	43
1.4.3. Kendileri İstemedikçe Emekliye Ayrılamamaları	47
1.4.4. Aylık, Ödenek ve Diğer Özlük Haklarından Mahrum Bırakılamaması.....	48
1.5. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Açısından Üst Kurullar ve Yüksek Yargı Mercilerinin Değerlendirilmesi.....	49
1.5.1. Hakimler ve Savcılar için bir Üst Kurul Olarak: Hakimler ve Savcılar Kurulu	49
1.5.1.1. Genel Olarak.....	49
1.5.1.2. Hakim ve Savcıların Mesleğe Kabul, Atanma ve Seçilmeleri Bakımından Hakimler ve Savcılar Kurulu	54
1.5.1.3. Hakim ve Savcıların Tayin ve Terfileri Bakımından Hakimler ve Savcılar Kurulu	56
1.5.1.4. Hakim ve Savcıların Denetlenmesi Bakımından Hakimler ve Savcılar Kurulu.....	59
1.5.2. Hakim ve Savcılar İçin Yargısal Denetim ve Yüksek Yargı Mercileri	62
1.5.2.1. Yargıtay	62
1.5.2.2. Bölge Adliye Mahkemeleri	64

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

2.1. Genel Olarak	66
2.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve Oluşumu	66
2.3. AİHM Kararlarında Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme	68
2.3.1. Yasayla Kurulmuş Mahkeme	68
2.3.1.1. Mahkeme	68
2.3.1.2. Yasayla Kurulmuş Olma	71
2.3.2. Bağımsız Mahkeme.....	74

2.3.2.1. Yapısal Bağımsızlık	75
2.3.2.1.1. Hakimlerin Niteliği	75
2.3.2.1.2. Hakimlerin Atanması	76
2.3.2.1.3. Hakimlerin Görev Süreleri ve Güvenceleri	77
2.3.2.1.4. Mahkemenin Görünümü	79
2.3.2.2. Fonksiyonel Bağımsızlık	81
2.3.2.2.1. Yürütme Organından Bağımsızlık	81
2.3.2.2.2. Yasama Organından Bağımsızlık	81
2.3.2.2.3. Yargı Organından Bağımsızlık	82
2.3.3. Tarafsız Mahkeme	85
2.3.3.1. Subjektif Tarafsızlık	85
2.3.3.2. Objektif tarafsızlık	87
2.3.3.3. Tarafsızlık İlkesi Bakımından Önemli Müesseseler	92
2.3.3.3.1. Hakimin çekinmesi	93
2.3.3.3.2. Hakimin reddi	95
2.3.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğü ile Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlişkisi	97
SONUÇ	102
KAYNAKÇA	106
ÖZGEÇMİŞ	115

KISALTMALAR LİSTESİ

AYM	Anayasa Mahkemesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSK	Hakimler ve Savcılar Kurulu
HSYK	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
p.	Paragraf
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu

ÖZET

Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi olarak hazırlanmış bu çalışma Türkiye’de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının kurumsal yapısının ve işleyişinin incelenmesi ve bunların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını yorumlaması temelinde değerlendirilmesi üzerine kurulmuştur. Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramı ve bu kavram ile bağlantılı olduğu değerlendirilen kavramlar ele alınmış, sonrasında Türkiye’deki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının kurumsal yapısı ve işleyişi değerlendirilmiştir. Ülkemizdeki yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususu değerlendirilirken yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin uluslararası belgeler de değerlendirmeye dahil edilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramının nasıl ele alındığı incelenmiştir. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının unsurları olan yasayla kurulmuş mahkeme, bağımsız mahkeme, tarafsız mahkeme kavramlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında nasıl değerlendirildiği üzerinde durulmuştur. Bu değerlendirme yapılırken Mahkeme’nin Türkiye ile ilgili verdiği kararlar da incelenmiş ve Mahkeme içtihatları dikkate alınarak ülkemizdeki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramının işleyişi ile ilgili açıklamalarda bulunulmuştur. Bununla ise, Türkiye’deki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları dikkate alınarak değerlendirilmesi hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yargı bağımsızlığı, yasayla kurulmuş mahkeme, bağımsız mahkeme, tarafsız mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

SUMMARY

**EVALUATION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISIONS
WITHIN THE FRAMEWORK OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND
IMPARTIALITY IN TURKEY**

This study that has been prepared as the Post Graduate Thesis for Akdeniz University's Institute Of Social Sciences; has been constituted on the basis of examining the organizational structure and functioning of the judicial independence and the judicial impartiality in Turkey, and evaluating these aspects on the basis of how European Court Of Human Rights interprets the judicial independence and the judicial impartiality. The study consist of two parts. Within the first part, the concepts of the judicial independence and the judicial impartiality and the concepts which are considered as connected with these concepts have been discussed, and after that the organizational structure and functioning of the judicial independence and the judicial impartiality in Turkey have been examined. While evaluating the judicial independence and the judicial impartiality in our country, it has been tried to include the international documents on the judicial independence and the judicial impartiality.

Within the second part of the study, it has been evaluated how the European Court Of Human Rights approaches to the concepts of the judicial independence and the judicial impartiality. In this scope, it is emphasized on the fact that how the concepts of legal court, independent court, impartial court are being evaluated which are the aspects of the fair trial right pursuant to 6th article of European Convention On Human Rights. While making this evaluation, Court's decess about Turkey have been also examined and explanations about the functioning of the judicial independence ant the judicial impartiality in our country have been made by considering the Court's precedents. And by this, it is aimed to evaluate the judicial independence and the judicial impartiality in our country by considering the precedents of the European Court Of Human Rights.

Key words: Judicial Independence, Legal Court, Independent Court, Impartial Court, European Court Of Human Rights

GİRİŞ

İnsanların egemenlik hakkını kabul ettikleri devletten en temel beklentileri arasında adaletin tesis edilmesi isteğinin bulunduğu ifade edilebilir. Adaletin tesisi toplum nezdinde devletin de meşruiyetini sağlayan bir duruma işaret etmektedir. Bununla birlikte adaletin gerçekleştirilmesi devletin temel iki erki olan yürütme ve yargı organlarının da temel amaçları arasında yer almaktadır. Adalet kavramının toplum ve devlet nezdinde bu kadar önemli bir yeri olmasına rağmen kavramın somut olarak ifade ettiği anlam konusunda bir birliklilik olduğunu ifade etmemiz mümkün değildir.

Yargı organı bakımından ise adaletin özel bir anlamı olduğu söylenebilir. Yargının varlık nedeninin genellikle adalet dağıtmak olduğu ifade edilmektedir. Adalet kavramı ise yargı işlevi söz konusu olduğunda öncelikle tarafsızlık ve eşitlik kavramlarıyla somutlaştırılmaktadır¹. Bu bakımdan yargının temel görevi olan adaleti tesis edebilmek için öncelikle yargı organının tarafsızlığının tesis edilmesi gerekir. Yargı organının tarafsızlığı bu nedenle yargının asli ve kurucu bir unsurudur. Tarafsızlık toplum nezdinde yargının meşruiyetini de sağlayan bir anlayışa hizmet etmektedir. Peki bu kadar önemli olan yargı organının tarafsızlığı nasıl sağlanacaktır? Yargının tarafsızlığını sağlamak için temin edilmesi gereken en önemli unsur yargının bağımsızlığının sağlanmasıdır. Tarafsız bir yargı organı ancak yargının bağımsız olduğu bir sistemde varlığını koruyup sürdürebilecektir. Yargının bağımsızlığı tek başına bir anlam ve değer ifade etmemekte yargının tarafsızlığını sağlamaya yönelik önemli bir güvence sunmaktadır. Diğer bir deyişle yargının bağımsızlığı, tarafsızlığını sağlamak için vardır. Bu şekilde yargının bağımsızlığı tarafsızlığı arasında bir öncelik ve sonralık ilişkisi bulunsa da, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı birçok metinde birlikte değerlendirilmekte ve ele alınmaktadır. Tez konumuzun üzerine yoğunlaştığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının dayanağı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde bağımsız ve tarafsız mahkemeye başvurma hakkı adil yargılanma hakkının bir parçası olarak birlikte değerlendirilmiştir. Mahkeme de çalışmamızda üzerinde duracağımız üzere bazı kararlarında bağımsızlık ve tarafsızlığı birlikte ele almıştır. Bunun yanında Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi 47. maddesinde etkili hukuki bir yola başvurma ve adil yargılanma hakkı başlığı altında bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkına yer verilmiştir. Uluslararası bu belgelerdeki anlayışa uygun olarak yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı bu çalışmada birlikte ele alınmaya çalışılmıştır.

¹ Mithat Sancar, Eylem Ümit Atılğan, “Adalet Biraz Es Geçiliyor...” **Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar**, Tesev Yayınları, İstanbul, 2009, s.108

Yargının tarafsızlığının bağımsızlık ile olan ilişkisi yanında yargılama usulü ve hakimnin bireysel olarak nesnelliği ile ilgili bir yönü de bulunmaktadır. Tarafsızlığın yargılama usulü ile ilgili yönü bakımından hakimnin tarafsız bir görünüm sergilemesi için ceza ve hukuk yargılamasında öngörülmüş olan hakimnin çekinmesi ve reddi müesseseleri önem arz etmektedir. Hakimnin nesnel olarak hareket etmesi ise hakimnin bizzat kendisinden kaynaklanan subjektif etkilerden sıyrılarak objektif ve nesnel bir anlayışın üzerine nihai kararını tesis etmesini anlatmaktadır. Yargının tarafsızlığı tüm bu unsurların birlikte gerçekleştirilmesi halinde mümkün olacaktır.

Yukarıda da açıklandığı üzere yargının bağımsızlığı tarafsızlığını sağlamak için öngörülmüş bir güvencedir. Ancak bağımsızlık olmadan tarafsızlıktan da bahsetmek mümkün değildir. Öncelikle yargının bağımsızlığı sağlanmalı, sonrasında tarafsızlıkla ilgili yargılama usulünü ilgilendiren düzenlemelere yer verilmeli ve en nihayetinde hakimnin kendi kişisel ve subjektif kanaatlerinden arınarak karar vermesi temin edilmelidir. Bu durumda bağımsız ve tarafsız bir yargıdan bahsedilebilecektir. Yargının asli vazifesi olan adaletin tesisi bu şekilde bağımsız ve tarafsız bir yargı organı temin edilmesi halinde mümkün olacaktır.

Uluslararası birçok metinde de bağımsız ve tarafsız mahkemeye başvurma hakkı adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak ele alınmaktadır. Bu anlayıştan hareketle adil bir yargılamadan bahsedebilmemizin ön koşulu bağımsız ve tarafsız bir yargı organına başvurma hakkının sağlanmasından geçmektedir. Bağımsız ve tarafsız yargı organının arz ettiği bu önem dikkate alınarak çalışmanın ilk bölümünde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından ülkemizdeki kurum ve uygulamalar incelenmeye çalışılmış ikinci kısımda ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında Türkiye'deki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin uygulamalar değerlendirilmiştir. Ülkemizin de yargı yetkisini tanımış olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları bu bakımdan ülkemiz için ayrı bir önem teşkil etmektedir. Son yıllarda ülkemizdeki yüksek yargı organları da dahil olmak üzere mahkemelerin kararlarında doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına atıf yaparak karar verilmesi bu önemin en önemli göstergelerinden biri sayılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının ülkemiz için taşıdığı önem dikkate alınarak çalışmanın ikinci bölümünde bu kararların ışığında ülkemizdeki durum incelenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

1.1. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığına İlişkin Kavramsal Çerçeve

1.1.1. Genel Olarak

Devlet, günümüzde insanlar için hayatın tüm alanlarını neredeyse tamamen kuşatan en önemli güç olarak tanımlanabilir. Bu önerme şüphesiz yalnızca günümüz için geçerli değildir. Devletin ortaya çıktığı ilk andan itibaren insan toplulukları üzerindeki etkisi yadsınamaz bir belirleyiciliğe sahip olagelmıştır. Bu, modern ve modern öncesi devletler için de geçerli bir durumdur. Modern devletin ortaya çıkışı ile birlikte ise devletin kaynağına ilişkin teoriler daha yoğun tartışılır hale gelmiştir. Bu teoriler genellikle farazi açıklamalar üzerine kurulmuştur². Bu teorilerden en yaygın olarak kabul edilen sosyal sözleşme teorisine göre “İnsanlar sosyal yazgılarını bağımsız iradeleriyle, bir sosyal birlik sözleşmesi , topluluğun ortak ve üstün bir otoriteye, kamusal bir güce boyun eğmesi demek olan bir bağımlılık anlaşması yaparlar³.” Böylece insanlar bazı haklarından devlet lehine feragat etmektedirler. Ancak kamu gücünü kullanacak olana bahşedilen bu üstün yetkiler sınırsız ve ölçüsüz değildir. Bu yetki kamu gücünü kullananlara *adaleti sağlama, devletin çıkarlarını gözetme görevi ve yükümlülüğü*⁴ karşılığında devredilmiştir. Bununla birlikte kamu gücü ilk zamanlarda doğrudan doğruya bir hükümdar tarafından kullanılmış ve hükümdar ile devlet kavramları birbirinin yerine geçmeye başlamıştır. Fransa Kralı XIV. Louis’nin ünlü “devlet benim” sözü bu durumu veciz bir şekilde ifade etmiştir⁵. Ancak zamanla devlet ve hükümdar kavramları ayrışmaya başlamış ve devlet *haklara sahip ve yerine getireceği yükümlülükleri olan*⁶ bir varlığa dönüşmüştür. Meşruti monarşilerde halkın temsilcileri ile hükümdar devlet gücünü kullanan kuvvetler olarak karşı karşıya gelmiş ve bu durum güçler ayrılığı ilkesine doğru evrilmeye başlamıştır⁷.

Sosyal sözleşme teorisinin önemli temsilcilerinden John Locke’a göre insanların tabiat halinden, sözleşme ile oluşturdukları devlet otoritesinin bulunduğu düzene geçmelerinin önemli sebeplerinden biri de yargılama fonksiyonuna duyulan ihtiyaçtan kaynaklanmıştır⁸.

² İlber Ortaylı, “Devlet’e Nasıl Bakmalı”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi* S:1 (1997), s.11

³ Cemal Bali Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010, s. 254

⁴ Akal, s. 256

⁵ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 48

⁶ Doehring s. 49

⁷ Doehring s. 49

⁸ Bülent Yavuz, *Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.1

Locke’a göre tabiat halinde insanların doğal yasalara karşı gelenleri cezalandırma hakkı bulunmaktadır. Ancak hakkına tecavüz edilen ile hükmü verecek kişinin aynı kişi olması nedeniyle verilecek cezanın keyfiligi ciddi bir sorun teşkil etmektedir⁹. Diğer bir deyişle tabiat halinin bulunduğu düzende tarafsız bir yargılama imkanının bulunmaması, devlet otoritesinin bulunduğu düzene geçmenin önemli bir sebebi haline gelmiştir. Zira devlet otoritesinin bulunduğu düzenin önemli güvencelerinden biri tarafsız bir yargılama imkanı sunmuş olmasıdır. Bunun yanında yukarıda da değindiğimiz üzere devlet ve hükümdar kavramlarının farklılaşmaya başlaması ile birlikte devlet erkleri arasındaki ayrışma kuvvetler ayrımına doğru evrilmiş bu durum da devletin önemli erklerinden yargının bağımsızlaşmasına doğru gelişmiştir. Böylece modern devletin oluşumu ile birlikte yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının da bu gelişime koşut olarak bir ilerleme sağladığı anlaşılmaktadır.

1.1.2. Yargının Bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığı günümüzde bir çok hukuk sistemi tarafından açıkça benimsenmiş bir kavram olarak yaygın bir kullanım alanına sahip olmuştur¹⁰. Yargı bağımsızlığı, içine mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlerin bağımsızlığına da alan bir üst kavram olarak değerlendirilebilir¹¹. Bağımsızlık iki organ arasındaki ilişkinin niteliğini açıklayan bir durumu ifade etmektedir¹². Bu nedenle yargı bağımsızlığından, ancak yargının ayrı bir organ olarak benimsendiği bir durumda bahsetmek mümkün olabilir. Bu açıdan modern anlamda yargı bağımsızlığı kavramının kuvvetler ayrımı ilkesinin gelişimi ve yargının hükümdardan (yöneticiden) ayrı, bağımsız bir erk olarak kabul edilmesi ile ortaya çıktığı söylenebilir¹³. Ancak mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı kavramlarının modern öncesi dönem içinde de karşılığı olduğunu ifade edebiliriz¹⁴. İslam hukukunda kadılarda bulunması gereken şartlar arasında yer alan köle olmama Diğer bir deyişle hürriyet şartının hakim bağımsızlığı kapsamında değerlendirildiği olmuştur¹⁵. Bu nedenle mahkeme ve hakim bağımsızlığı

⁹ H. Gökçe Zabunoğlu, “Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke’un Devlet Anlayışı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt:7 Sayı:2 2016 s.436,437; Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yayınları, İstanbul, 2012 s.155

¹⁰ “Günümüzde yürürlükte olan Anayasaların %65’inde yargı bağımsızlığının açıkça tanındığı ifade edilmektedir.” Levent Gönenç, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı**, Adalet Yayınevi, 2014, Ankara, s.138

¹¹ Halit Yılmaz, **Türkiye’nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009, s. 9-11

¹² Şeref Ünal, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür ve Sanat Yayınları, Ankara, 1994, s.6

¹³ **Sancar/ Atılğan**, s.62-63

¹⁴ “Yargıç insanlık tarihinin başından beri her dönemde adalet dağıtırken sürgit bir güç(otorite) olmuştur. Metafizik dönemde mistik; dinsel (teolojik) dönemde tanrısal; bilimsel (pozitif) dönemde laik bir güçtür o.” Sami Selçuk, **Bağımsız Yargı Özgür Düşünce**, İmge Kitabevi, Ankara, 2007, s.88

¹⁵ Nasi Aslan, **İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri**, Karahan Kitabevi, Adana, 2014, s.37-38

kavramlarının, yargı organının bağımsızlığı kavramına nazaran daha eski kavramlar olduğu belirtilebilir. Osmanlı Devletinin ilk anayasası olan 1876 Anayasası'na göre de yargı bir kuvvet olarak nitelendirilmediği halde Anayasanın 86 maddesine göre “ mahkemeler her türlü müdahelattan azadedir” denilmek suretiyle mahkemelerin bağımsızlığı kabul edilmiştir¹⁶. Tarihsel süreç içerisinde mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlerin bağımsızlığı ve yargı¹⁷ (organının) bağımsızlığı farklı anlamlarda kullanılsa da günümüzde yargı bağımsızlığı, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlerin bağımsızlığını da içine alan geniş bir kavram olarak kullanılmaktadır. Biz de çalışmamızda tüm yargılama fonksiyonunu ifade etmesi bakımından yargı bağımsızlığını kullanmaya dikkat edip yeri geldiğinde de hakim bağımsızlığı ve mahkeme bağımsızlığı kavramlarını da kullanacağız.

Yargı bağımsızlığını “Yargı mercilerinin (hakimlerin, mahkemelerin) önlerine gelen uyuşmazlıklarda olayı tam olarak tespit edip, siyasal ve yargısal yetkiye sahip olanların normu nasıl yorumladıklarıyla bağlı olmaksızın ve siyasal, sosyal, ekonomik güç odaklarının her türlü uygunsuz etkisinden bağımsız bir şekilde, hukuku yorumlayarak olaya uygulamalarını ve uyuşmazlığı çözmelerini sağlayan kurumsallaşmış özellik”¹⁸ olarak tanımlamak mümkündür. Yargı bağımsızlığından söz edebilmemiz için öncelikle yargının dışarıdan ve içeriden gelecek her türlü uygunsuz etkiden bağımsız olması gerekir. Yargı bağımsızlığının tam olarak anlaşılabilmesi için uygunsuz etki kavramını vurgulamak özellikle önemlidir. Zira yargı organının diğer devlet organları veya güç odaklarından tamamen bağımsız ve etkiden uzak olması gerektiğini ifade etmek mümkün değildir. Böyle bir durumu kabul edecek olsak, yargılama dediğimiz usuli sürecin ve yapılan duruşmaların hiçbir anlamı kalmazdı. Aksine yargılama ve duruşma sürecinin belli usuli kuralları izlemek şartıyla karar verecek olan hakimi etkilemek için yapıldığı söylenebilir. Tarafların iddialarını dikkate almak yargılamanın olmazsa olmazıdır¹⁹. Bu bakımdan kanunun çizdiği usuli düzenlemeler çerçevesinde tarafların yargılamayı etkilemeye çalışması uygunsuz bir etki sayılamayacağı için yargı bağımsızlığını zedelemeyiz. Aynı zamanda, diğer devlet organlarına karşı da mutlak anlamda bağımsızlık ve etkisizlikten söz etmek mümkün değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yargının bağımsızlığı devlet organları arasında hiçbir bağ olmayacağı anlamına gelmez. Sağlıklı işleyen bir

¹⁶ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2005, (Özbudun, Türk) s.355; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002, s.168

¹⁷ “Yargı kuvvetini de organik anlamda ve fonksiyonel anlamda ele almak mümkündür. Fonksiyonel anlamda yargı, maddi hukukun mahkemelerce belli bir olaya uygulanması ya da hukuki uyuşmazlıkların çözülmesi anlamına gelir. Fonksiyonel anlamda yargı için kullanılabilecek en uygun kelime yargılamadır. Organik anlamda yargı ise yargılama fonksiyonunu yerine getiren organ, kurum, kuruluş ya da makamdır.” **Yavuz**, s.7

¹⁸ **Yılmaz**, s.13

¹⁹ Bu konuda bkz. Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi** cilt:3, sayı:2, 2015; Muhammet Özkes, “Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları”, **Legal Hukuk Dergisi**, sayı:28, 2005

sistemde yasamanın koyduğu kurallar yürütme ve yargıyı bağlar²⁰. Yargının yasamanın koyduğu kurallarla bağlı olması da yargı bağımsızlığını zedeleyen bir husus olarak değerlendirilemez. Bu açıklamalardan sonra diyebiliriz ki, yargı bağımsızlığı ancak dışarıdan gelecek olan uygunsuz müdahaleler söz konusu olduğunda gündeme gelecektir. Dışarıdan gelecek uygunsuz etkiler denildiğinde akla ilk olarak diğer devlet organları olan yasama ve yürütmeden gelecek etkilere karşı bağımsızlık gelmektedir²¹. Yasama, yürütme ve yargı organları arasında bağımsızlığı en çok vurgulanan yargı organıdır²². Anayasamız da yargının diğer devlet organları karşısındaki bağımsızlığını ‘Mahkemelerin bağımsızlığı’ başlıklı 138/3-4 maddesinde: “Görülmede olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” şeklinde ifade etmiştir. Yasama ve yürütme organının etkisi dışında hukuk dışı yollarla kaba güç kullanılarak da yargının baskı altına alınmaya çalışıldığı örnekler bulunmaktadır²³. Bunun yanında yargı içinden yapılacak etki ve müdahaleler ile de yargı bağımsızlığının zarar görme ihtimali bulunduğundan yargı içi etki ve müdahalelere karşı da yargı bağımsızlığının korunması gerekmektedir. Buna göre hakimler aynı veya üst düzeydeki meslektaşlarının etki, yönlendirme ve talimatı ile karşı karşıya kalmamalıdır²⁴.

Anayasamızda da yargı bağımsızlığı ile ilgili önemli düzenlemeler ve güvenceler bulunmaktadır. Anayasa’nın 9. maddesinde “Yargı yetkisi” başlığı ile yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağını ifade etmek suretiyle yargının bağımsız ve tarafsızlığını açıkça vurgulamıştır. Aynı zamanda Anayasa’nın üçüncü kısmında “Cumhuriyetin Temel Organları” üst başlığı ile devlet organları düzenlemiş yasama ve yürütmeden sonra Üçüncü Bölümde yargıya ilişkin hükümlere yer almıştır. Üçüncü Bölümün ilk maddesi olan 138. maddede de mahkemelerin bağımsızlığı düzenleme altına alınmıştır. Bu maddeye göre: “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı

²⁰ Yılmaz, s.14

²¹ Gönenç, s.127

²² Yavuz, s.13

²³ Gönenç, s.129,130; Bu konuda İtalya’da mafya yapısının çökertilmesinde önemli bir görev üstlenmiş olan İtalyan Hakim Giovanni Falcone ile ilgili olarak bkz. Ersan Şen, Mahmut Can Şenyurt, Mafyaya Karşı Sembol Hukukçu: Giovanni Falcone ve Düşündürdükleri, <http://www.adalet.org/arama/hepsi.php?konu=Mafyaya%20Kar%FE%FD%20Sembol%20Hukuk%E7u:%20G.%20Falcone%20ve%20D%FC%FE%FCnd%FCrd%FCkleri&fid=624174&gos1=hepsi&alan=Mesleki%20Konu lar&gelen=&anahtar=ersan%20%FEen> (E.T.: 07/03/2019)

²⁴ Gönenç, s.128

yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” Madde metninde hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ifadesinden sonra Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar vereceklerinin belirtilmesi önemlidir. Zira bu husus hakim bağımsızlığının mutlak olmadığını ifade etmektedir. Başka bir deyişle hakim Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar verebilmek için bağımsızlığa sahip olmalıdır. Anayasa’nın 140 maddesi de hakimlik ve savcılık mesleği üst başlığı ile hakimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yapacağını, hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceğini ifade etmiştir. Anayasa’daki düzenlemeler dikkate alındığında mahkemelerin bağımsızlığı kavramı daha yoğun olarak kullanılmış, ancak mahkemelerin bağımsızlığının da hakimlerin bağımsızlığının sağlanması ile birlikte ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.

1.1.3.Yargının Tarafsızlığı

Tarafsızlık kelime olarak, “yansız, taraflar arasında ayırım yapmayıp, hepsine eşit olarak davranma” anlamlarına gelmektedir²⁵. Yargı organı bakımından tarafsızlık ise, yargılama esnasında objektif olunmasını ve nesnel bir mantıkla hareket edilmesi durumunu ifade etmektedir²⁶. Yargının tarafsızlığının hakim bağımsızlığı ile görünür hale geldiği söylenebilir. Hakim bağımsız olması ise, görev yaparken kimseyi kayırmaması, kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemesi, duygularına kapılmaması, kişisel görüşlerinin ve önyargılarının etkisinde kalmaması olarak tanımlanabilir²⁷. Hakim bağımsızlığı kararın sıhhati

²⁵ Ejder Yılmaz’dan aktaran Gökçen Topuz, Belkıs Konan, “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Hakim Bağımsızlığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt: 66, sayı:4, 2017, s.764

²⁶ **Yavuz**, s.37; Selçuk, s.27

²⁷ Merih Öden, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 43, sayı 1, 1993, s. 61

onun tarafsızlığı ile doğrudan bağlantılıdır²⁸. Bu nedenle verilen kararın sıhhatini etkileyen tarafsızlık her dönemde yargılamanın asli ve kurucu unsuru olarak değerlendirilmiştir. Her yargılamada bir hukuksal ihlal, dolayısıyla bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu uyuşmazlığı ise, o uyuşmazlıkla doğrudan ya da dolaylı ilgisi bulunanlar çözemez, sadece taraflar dışındaki başkaları çözebilir. Buna ise, "yabancı/uzak ya da üçüncü olmaklık" denilmektedir²⁹. Üçüncü kişinin çözüm sunma görevini gereği gibi yerine getirebilmesinin temel şartı ise vereceği kararın kendisini olumlu ya da olumsuz şekilde etkilememesidir³⁰. Bu nedenle yargılama dediğimiz hukuksal uyuşmazlığı ancak tarafsız üçüncü kişi konumundaki bir hakimin çözebileceğini ifade edebiliriz. Üçüncü kişi konumunda olan hakimin tarafsız olması, bu bakımdan yargılamanın olmazsa olmaz şartları arasındadır³¹.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere yargılama esasen tarafların iddia ve argümanlarının dikkate alınması için öngörülmüş bir süreçtir. Bu durumda hakimin tarafların iddialarının etkisine kendisini tamamen kapatması düşünülemez. Hakim tarafların iddialarından etkilenecektir. Yargılama bunun için vardır. Ancak hakim tarafların iddialarını değerlendirirken objektif olup, her iki tarafa da eşit uzaklıkta bulunup³², nesnel bir mantıkla hareket edecektir. Tarafsızlığın gereği budur. Nesnel bir mantık süzgecinden geçirilip hukuka ve maddi olaya uygun bulunan tarafların iddialarına hakimin kendini kapaması yargılamanın özü ile bağdaşmaz. Ancak hakimin bunu yaparken kişisel görüşlerinden sıyrılması, duygularına kapılmaması, önyargılarına teslim olmaması tarafsızlığın gereğidir.

Tarafsızlık yargılamanın asli ve kurucu unsurudur. Yargı organının tarafsızlığını, yargılamanın bir özelliğinden ziyade, özü olarak nitelemek mümkün olup, tarafsızlığını yitirmiş bir yargılama makamını 'yargı' olarak nitelemenin dahi zor olduğu ifade edebiliriz³³. Tarafsız bir yargı uygulamasının önemi ise yokluğu halinde daha iyi anlaşılır. Yargı organlarının eşitlik kaygısı gütmeyen, kuralları keyfi bir biçimde uygulamaları açık ve

²⁸ Esasen verilen her türlü karar için geçerli bir önermedir bu. Ünlü bilim adamı John Nash'in hayatını konu edinen Akıl Oyunları filminde John Nash'in hayalinde oluşturduğu karakterin ona söylediği "Hüküm vermek işin içinde olmayanların tattığı bir ayrıcalıktır." sözü bu durumu veciz bir biçimde ifade etmektedir.

²⁹ Selçuk, s.27

³⁰ Yılmaz, s.24-25

³¹ Vuslat Dirim, Yargıtay 13. Ceza Dairesi Başkanı, Yargılamada Etik Geçmişte ve Günümüzde, Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, 2017 s. 63; Öden, s.61

³² Hz. Ömer'in Basra Kadılığına atadığı Ebu Musa el-Eş'ari'ye gönderdiği yargılama usulü ile ilgili meşhur olmuş mektupta hakimin tarafsızlığının "Duruşmada taraflara verdiği yer ve duruşma sırasındaki bakışlarında insanlara eşit davran ki güçlü kendisini kayırabileceğin beklentisine kapılmasın , güçsüz de adaletinden ümit kesmesin." şeklinde ifade edilmesi tarafsızlık ile eşitlik arasındaki bağı ifade etmektedir. Hakim yargılamayla ilgili tüm konularda taraflara eşit davranmalıdır. Bu konularda adil davranan ve eşitliğe riayet eden bir hakimin hüküm verirken de adil davranması beklenir. Abdüsselam Arı, "Hz. Ömer'in Ebu Musa El-Eş'ari'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı:2, 2003 s.85-99)

³³ Sancar/ Atılğan, s. 108

katlanılamaz bir adaletsizlik oluşturur³⁴. Geçmişten buyana yargının varlık nedeninin adalet dağıtmak olduğu söylenegelmiştir. Öyle ki yargı ile adalet kavramları çoğu zaman birbirinin yerine dahi kullanılmıştır. Soyut bir kavram olan adalet, yargı işlevi söz konusu olduğunda öncelikle tarafsızlık ve eşitlik ölçütleriyle tanımlanıp somutlaştırılabilir³⁵. Yargının ana misyonu olan adaleti sağlamanın öncelikli şartı tarafsız bir yargılama makamı tesis edebilmektir. Tarafsız bir yargı, ülkedeki hukuk sisteminin meşruiyet kazanmasında ve bu meşruiyetin sürdürülmesinde de önemli bir katkı sağlar³⁶. Ancak Ergun Özbudun'un da söylediği gibi “yargının tarafsızlığını sağlamak, onun bağımsızlığını sağlamaktan çok daha güçtür. Çünkü bağımsızlık, kurumsal bir konu olduğu halde, tarafsızlık psikolojik bir yönelimdir. Bağımsızlık, tarafsızlığın sağlanmasında çok önemli bir araç olmakla birlikte, tek başına onu gerçekleştirmeye yeterli değildir. Hâkim, yasama ve yürütme organları karşısında tam bağımsız olsa da, çeşitli ideolojik etkilere ve menfaat ilişkilerine açık olabilir³⁷.” Levent Gönenç'in sembolik bir dille ifade ettiği üzere, mahkeme salonu hakimın uygunsuz etki ve müdahalelerden uzak kaldığı ‘fildişi kulesi’dir. Hakimın bağımsızlığı sağlandıktan sonra yani hakim ‘fildişi kulesi’ne çekilip hukuk kuralları ve vicdanıyla baş başa kaldıktan sonra tarafsızlık devreye girer³⁸. Tarafsızlık, hakimın tüm uygunsuz dış etkilere uzaklaştıktan sonra, karar verme aşamasındaki içsel karar verme sürecini anlatmaktadır. Bu karar verme sürecinde hakim, kendi zihnindeki, vicdanındaki önyargılardan, peşin hükümlerden, engellerden de sıyrılmak durumundadır³⁹. Bu bakımdan tarafsızlık, yargılamada taraflardan birine meyletmemek olduğu kadar, hakimın kendi zihinsel önyargılarından da arınmasını ifade etmektedir.

Yargının tarafsız olması kadar tarafsız görünmesi de önem arzeden bir durumdur. Yargının tarafsız olduğuna dair toplumda bir inanç bulunmadığı takdirde adalet duyulan güven de ciddi anlamda olumsuz olarak etkilenecektir. Bunun için yargının tarafsız olduğuna dair inancı zedeleyecek eylem ve işlemler de yargının tarafsızlığına gölge düşürecektir. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin 1989 yılında vermiş olduğu bir karar önemle üzerinde durulmayı hak etmektedir. 3454 sayılı Adalet Teşkilatını Güçlendirme Fonu Kurulmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Bu kanun ile adalet hizmetlerinin süratli ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi için Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatıyla bağlı kuruluşları, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin

³⁴ Sancar/ Atılğan, s. 108

³⁵ Mithat Sancar, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.187.

³⁶ Gönenç, s.134

³⁷ Ergun Özbudun'dan aktaran, Sancar/ Atılğan, s. 112

³⁸ Gönenç, s.133

³⁹ Gönenç, s.133

bina, eğitim tesisi, konut, araç, gereç ve tefriş ihtiyaçlarının karşılanmasına yardımcı olmak amacıyla gerekli kaynakların sağlanması için Adalet Teşkilatını Güçlendirme Fonu kurulmuştur. Fonun kaynaklarından biri de, kanuna göre idari nitelikteki para cezalarının % 25'i'dir. Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi iptal ederken şu gerekçelere dayanmıştır:

“Maddenin para cezalarının % 25'inin Fona aktarılacağını öngören (c) bendi, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini kurala bağlayan Anayasa'nın 138. maddesi yönünden incelenecektir. Mahkemelerin bağımsızlığı, 'Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.' biçimindeki 140. maddenin ikinci fıkrasıyla da kurala bağlanmakta ise de, konu, 138. madde ile özel olarak düzenlendiğine göre incelemede bu madde esas alınacaktır. Yasanın 1. maddesiyle incelenirken, hâkim bağımsızlığının 138. maddenin sözleriyle sınırlı olarak ele alınmamasından, hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermelerini olumsuz yönde etkileyecek her hususun bu kavram içinde değerlendirilmesi gerektiğinden söz edilmiştir. Hâkim bağımsızlığını sağlamaya yönelik objektif koşulların hazırlanması, bir yandan hâkimlerin her türlü baskı ve kuşkudan uzak karar vermelerine, diğer yandan yurttaşların, yargının her türlü etki dışında görev yapacağına inanç beslemesine yarayacaktır. Hâkim ne ölçüde dürüst, âdil, yetenekli, tarafsız olursa olsun yurttaşların yargıya olan güvenim sarsacak düzenlemeler varsa, o ülkede yargı töhmet ve şaibeden kurtulamaz. Şu halde, yargı bağımsızlığı konusunda düzenlemeler yapılırken, hâkimlerin her türlü dış etkiden uzak karar vermeleri koşullarının hazırlanması kadar, yurttaşların yargıya olan güveninin sağlanmasına da özen gösterilmelidir. Para cezalarının % 25'inin Fona aktarılması bu açıdan ele alınmalıdır. Hiç bir hâkimin, 'Fona gelir olsun' düşüncesiyle gerekmediği halde para cezası belirlemeye yönelmesi olasılığı yoktur, işe, sade yurttaşlar açısından bakıldığında, aynı sonuca varmak çoğu kez mümkün olmayabilir. Ceza davalarında genellikle mağdur ve sanık olmak üzere, yargılama sonucundan çıkarları ters doğrultuda etkilenen, beklentileri çelişen iki taraf vardır. Bunlar verilecek karara şüphe ile bakabilirler. İnceleme konusu kuralın, bu şüpheyi, yargı organı kararlarına güvensizliğe dönüştürmesi olasılığı vardır. Gerçekten, mahkemeler para cezaları konusunda oldukça geniş yetkilerle donatılmışlardır. Alt ve üst sınırlar arasında para cezasının saptanması, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi, bu durumda bir gün karşılığı para cezasının belirlenmesi, yasanın para cezası ya da hapis cezası seçeneği tanıdığı durumlarda bu seçimin yapılması, verilen para cezasının ertelenip ertelenmemesi hep bu yetki kapsamındadır. Burada, fona sağlanacak kaynakların lojman, araç, gereç ve tefriş gibi kısmen de olsa hâkim ve savcılarının sosyal ihtiyaçlarıyla ilgili harcamalarda kullanılacağı göz önüne alınarak her türlü kuşku ve duraksamanın dışında tutulması gereken yargı güvencesinin zanla da olsa vatandaşlarımızın indinde zayıflamasına yol açabilecek düzenlemelere yer verilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle 3. maddenin (c) bendi Anayasa'nın 138. maddesine aykırıdır, iptal edilmelidir⁴⁰.”

⁴⁰AYM, 1988/37 E. 1989/36 K. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e_5940f62-16d3-4a5a-b189-de7c53b4221c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False

Anayasa Mahkemesi her ne kadar kararında açıkça yargı tarafsızlığı kavramına değinmemiş ise de; Anayasa'nın 138. maddesindeki mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin düzenlemenin ve daha geniş anlamıyla yargı bağımsızlığının, esasen yargı tarafsızlığını sağlamaya yönelik olduğu değerlendirildiğinde, 138. maddenin bir anlamda yargı tarafsızlığı ile de ilişkili olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca karardaki, yargı güvencesi ve yargı organı kararlarının güvensizliğe yol açması ibarelerinin açıkça yargı tarafsızlığını ifade ettiği de açıktır. Bu kararda Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere yargının tarafsızlığı kadar, yargı organlarının vatandaşlar tarafından tarafsız olarak algılanması da önemlidir.

Hakimin tarafsızlığı söz, eylem, davranış ve karar ile ortaya çıkar. Bu şekilde ortaya çıkana kadar hakimin tarafsızlığını anlamak mümkün değildir. Tarafsızlık içsel bir süreç olduğuna göre onun tarafsızlığı ortaya çıkana kadar ancak hakimin kendisi tarafından bilinebilecektir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu nedenle hakimin tarafsızlığını sağlamak bağımsızlığını temin etmeye göre daha zor bir süreci anlatmaktadır. Tarafsızlık zihinsel bir süreç olduğu halde, hakimin bazı durumlarda tarafsız kalamayacağı öngörülebilir. Bu tip durumlarda hakimin tarafsızlığını zedeleyecek bir davranışı bulunmasa bile, hakimin varsayımsal olarak tarafsız olmadığı değerlendirilir. Hakimin kendisini doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren veya yakın akrabalarıyla ilgili yargılamalarda tarafsız olarak hareket edemeyeceği varsayılabilir. Yahut hakim söz, eylem ve kararları ile tarafsızlığını zedeleyecek şekilde hareket etmişse bu durumda da hakimin tarafsızlığını zedelediği değerlendirilir. Böylesi durumlarda tarafsızlığı sağlamanın bir yöntemi olarak hakimin reddedilmesi veya hakimin çekilmesi usuli bir güvence oluşturur.

Yargı sistemimizde de tarafsızlığın sağlanması amacıyla çeşitli güvenceler, teminatlar ve usuller belirlenmiştir. 1982 Anayasası'nda yargı tarafsızlığına ilişkin açık bir hüküm yok ise de, 16/04/2017 tarihli Anayasa değişikliği ile, Anayasa'nın 7. maddesine yargı yetkisinin tarafsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin ibare eklenmiştir. Anayasamızda tarafsızlık kavramı açıkça kullanılsa da, mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığını düzenleyen 138. madde, demokratik hukuk devletini düzenleyen 2. madde, kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. madde ve kanuni hakim güvencesini düzenleyen 37. maddesinin özünde tarafsızlık ilkesinin saklı olduğu söylenebilir⁴¹. Ayrıca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda hakimin tarafsızlığını korumaya yönelik düzenlemelere yer verilmiştir⁴².

⁴¹ Öden, s.64

⁴² Bu konuda 3. Bölümde "Yargılamanın Tarafları ile Yargı İlişkileri" başlığı altında açıklamalarda bulunulacaktır.

1.2. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ile İlgili Önemli Kavramlar

1.2.1. Kuvvetler Ayrılığı

Yargı bağımsızlığının sıklıkla kuvvetler ayrılığı kavramıyla birlikte kullanıldığını ve bu iki kavramın çok yakın bir ilişki içerisinde olduğu söylenebilir⁴³. Kuvvetler ayrılığı tarihsel süreç içerisinde iktidar gücünün tek bir elde toplanmasının sebebiyet verdiği mutlak gücün sınırlanması amacıyla ortaya konulmuş bir ilkedir. Bir başka deyişle kuvvetin kuvvetle birleşip siyasi iktidar karşısında zayıf olan halkı korunaksız bırakmasına karşılık, kuvvetin kuvvetle durdurulması suretiyle kişi hürriyetlerinin korunması amacıyla matuf olarak bu kavram anlam kazanmıştır⁴⁴. Kuvvetler ayrılığı ilkesini savunanlar kuvvetlerin tek bir elde toplanmasının önüne geçerek yönetimde baskıyı (istibdatı) önlemeye çalışmışlardır⁴⁵. Montesquieu ile çağdaş anlamını bulan kuvvetler ayrılığı ilkesine göre devlet yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç kuvvetten oluşmaktadır⁴⁶. Bu kuvvetlerden her biri diğerine karşı özerk bir yapıya sahiptir ve bu kuvvetler güvenceye bağlanmış olarak kendi alanlarında faaliyet gösterirler⁴⁷. Ancak birbirine karşı özerk bir yapıya sahip olan organların, birbirleri ile hiçbir bağlantıları olmadığı sonucuna varmak doğru değildir. Özellikle günümüzde kuvvetler ayrılığı, devlet iktidarının çeşitli fonksiyonlarını⁴⁸ kullanan kuvvetlerin aralarında bir işbirliği bulunan organlarca yerine getirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁴⁹. 1982 Anayasası da bu anlayışa uygun olarak başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesini “*Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu*” şeklinde ifade etmiştir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin öngördüğü sınırlanmış iktidar en çok yargı organının diğer devlet organlarını denetlemesi yolu ile sağlanır⁵⁰. Bu nedenle yargı organının bağımsızlığı

⁴³ Ali Altıntaş, **Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Adliye Yönetimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.116-121; Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Doktora tezi, 1987 s.3-31 <http://acikerisim.istanbul.edu.tr/handle/123456789/10809>; Yavuz, s.12-21; Yılmaz, s. 38-47; Ünal, s.1-5;

⁴⁴ Kuvvetler ayrımı kavramı sıklıkla Montesquieu’den nakille kuvvetin kuvvetle sınırlandırılması olarak tarif edilmektedir. Bkz. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.394; Demirkol, s.9,

⁴⁵ Teziç, s.394

⁴⁶ Buna karşılık yargının ayrı bir kuvvet olmadığı, bir devlette ancak iki kuvvet bulunabileceği, bunların ise kanunları yapan kuvvet (yasama) ve kanunları uygulayan kuvvet(yürütme) olduğu yargının yürütme kuvveti içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde de görüşler bulunmakta olup, bu husustaki tartışmalar ile ilgili bkz. Münci Kapani, **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1956,s.7-14; Hasan Tahsin Fendoğlu, **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010,s.96-98; Özbudun, s.353-354

⁴⁷ Doebling, s.195

⁴⁸ “Devletin hukuki fonksiyonlarının yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrıldığı hemen hemen tartışmasız kabul edilmektedir. “**Özbudun**, s.171

⁴⁹ **Özbudun**, s.171; **Ünal**, s.4

⁵⁰ **Yavuz**, s.14

kuvvetler ayrılığının en önemli ve yerine getirilmesi kaçınılmaz koşuludur⁵¹. Bireyin hak ve özgürlüklerini teminat altına almayı hedef edinen kuvvetler ayrılığı ilkesinde yargının bu amaçla yasama ve yürütmeyi sınırlandıran bir kuvvet olarak görev yapması olağan bir duruma işaret etmektedir⁵². Bunun öncelikli şartı da bahsedildiği üzere yargının bağımsız olmasıdır. Bağımsızlığı sağlanmamış, özellikle yasama ve yürütme organlarının etki ve yönlendirmesine açık bir yargı organının birey hak ve özgürlüklerinin güvencesi olamayacağı açıktır. Yargı, “kesinliğin erki”⁵³ olarak hukukun ne olduğuna dair son sözü söyleyerek, bir anlamda yasama ve yürütme organlarının bireyin hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi noktasında yetkilerini aşıp aşmadığını denetlemektedir⁵⁴. Şüphesiz yargı organının bu denetleme yetkisinin de bir sınırı vardır. Anayasa’nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu ifade etmiş; ancak aynı kanunun 4. fıkrasında *“Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”* şeklindeki düzenleme ile yargının denetim yetkisinin sınırlarını çizmiştir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi’ne ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 146. vd. maddelerinde Anayasa Mahkemesinin kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetleyeceği ifade edilmiş ancak 153/2 maddesinde *“Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez”* ibarelerine yer vermek suretiyle anayasal denetimin sınırları çizilmiş, bir anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesine de uygun olarak yargı erkinin, yasama fonksiyonunu gasp edecek şekilde hareket etmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Tüm bunlarla birlikte denetleme işlevinin sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiğini belirlemek de yargının bağımsızlığı gereği yargı organlarının görevleri arasındadır. Ancak yargı organı denetleme görevini yerine getirirken yasama ve yürütme organı gibi hareket ederek karar vermemelidir. Halit Yılmaz’ın da isabetli bir şekilde ifade ettiği üzere

⁵¹ Doebring, s.197; Özbudun, s.41

⁵² Yavuz, s.14

⁵³ “Kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde, egemenliğin üç unsurundan birini oluşturan yargı, diğer iki organ tarafından üretilmiş hukuk kurallarını somut olaya uygulayan, böylelikle somut menfaat çatışmasında hukukun içeriğini tespit eden organdır; bu anlamda, ‘hukukun son söz’ünü temsil eder, bir bakıma ‘hukukun hakikati’ni belirler. Başka bir deyişle, yargı, yasama ve yürütmenin kararlarını somut olay bağlamında nihai bilgiye dönüştürür. Bu nedenle, yargıyı ‘kesinliğin erki’ olarak tanımlamakta bir isabetsizlik yoktur.” Sancar/ Atılğan, s. 16

⁵⁴ Yılmaz, s. 41

yargının bağımsızlığı yargı fonksiyonunun icra edilmesi için verilmiş bir özellik olup, yargı işlevinin dışına taşan eğilimler her şeyden önce kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çelişecektir⁵⁵.

1.2.2. Hukuk Devleti

Hukuk devleti günümüzde bütün uygar demokratik rejimlerin vazgeçilmez özellikleri arasında sayılmaktadır⁵⁶. 1982 Anayasası da güncel gelişmelere uygun olarak 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliklerini sıralarken Türkiye Cumhuriyeti'nin “demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti” olduğunu açıkça ifade etmiştir. Hukuk devleti, tersinden hareketle tanımlanacak olursa “keyfi” uygulamaların bulunmadığı düzeni ifade etmektedir⁵⁷. Hukuk devletinde kamu gücünü kullananlar ancak hukuk kurallarının çizdiği sınırlar içerisinde bu yetkiyi kullanabilecek keyfi uygulamalara başvuramayacaklardır. Bu nedenle “hukuk devletinde hukuk, devlet kudretinin hem temeli/meşruluk kaynağı hem de sınırı durumundadır⁵⁸.” Bu anlayışa göre devlet meşruiyetini hukuktan aldığı gibi hukuk, devleti sınırlamanın da bir aracı haline dönüşmüştür. Hukuk devleti bu bakımdan sınırlı bir devlet anlayışını ifade etmektedir. Hukuk devletini sınırlı devlet anlayışı olarak kabul ettiğimizde hukuk devleti ile kuvvetler ayrılığı arasında bir bağ kurmamak da mümkün değildir. Gerek kuvvetler ayrılığı gerekse hukuk devleti anlayışı bu bakımdan bireyin devlet karşısında korunması için devletin sınırlanması ihtiyacından doğmuştur.

Yukarıda değinildiği üzere hukuk devletinde devletin sınırı hukuktur. Hukuk devletinde yasama organı anayasaya, yürütme organı anayasa ve kanunlara uygun olarak sınırlı bir alanda faaliyette bulunacaktır⁵⁹. Yargı ise yasama ve yürütme organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimini yapacaktır. Devletin hukukla bağlı olarak hareket edip etmediğini denetlemesi için en önemli görevlerden biri ise yargı organına verilmiştir. Yargı organına verilmiş olan bu görevin yargının bağımsızlığı sağlanmadan etkin

⁵⁵ Yılmaz, s. 43

⁵⁶ Özbudun, s.113; Doebling, s.209

⁵⁷ Zühtü Arslan, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, sayı:13 (2000-2001), s.81; Ertuğ Tombuş, “Demokratik Meşruiyet İlkesi olarak Hukuk Devleti”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, sayı:21 (2002-2003), s.73; Doebling, s.209; Bununla birlikte hukuk devleti, polis devletinin karşiti olarak da tanımlanmaktadır. Esasen polis devletini tanımlarken de keyfi uygulamaların devlete temel vasfını vermesi nedeniyle polis devletiyle keyfi uygulamaların bulunduğu düzenin aynı anlama geldiği söylenebilir. Bkz. Özbudun, s.113; Demirkol, s.73

⁵⁸ Mithat Sancar, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, sayı:13 (2000-2001), s.39

⁵⁹ Serap Yazıcı, “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletinin Değişen İçeriği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 54, Sayı 4, s.79; Esasen bu durum hukuk devletinin şekli boyutunu ifade eder ve literatürde daha çok ‘kanun devleti’ olarak ifade edilir. Hukuk devletindeki ‘hukuk’ daha aşkın bir anlamı ifade etmektedir. Devlet iktidarının sınırları anayasa ve yasalarla çizilmektedir. Ancak hukuk devleti anlayışında sadece yasaları uygulayanlara değil, yapanlara da sınırlamalar getirilmektedir. Hukuk devletinin ‘maddi’ boyutu açısından değerlendirildiğinde kanun koyucu ve anayasa yapıcı da belirli sınırlar içerisinde ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan düzenlemelere yer vermek zorundadır. Bkz. Arslan, s.82-89

bir şekilde yerine getirilmesi beklenemez. Bu nedenle insan haklarına dayalı demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biri yargının bağımsız oluşudur⁶⁰. Yargının bağımsızlık zırhıyla korunmasının nedeni bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devlete karşı korunması için bir güvence oluşturmaktır. Yargı organı bu anlayışla hukukun ve devletin sınırlarını çizmektedir. Ancak bunu yaparken yargı da hukukla mukayyettir. Aksi durum yargının keyfiliğine sebebiyet verir ki, yukarıda açıkladığımız üzere hukuk devleti, keyfi uygulamaların bulunmadığı düzeni ifade etmektedir. Kısacası hukuk devletinde kamu gücünü kullanan tüm organlar hukukla sınırlı olarak hareket etmektedirler.

Hukuk devleti kavramı üzerine çok fazla teorik ve akademik söz söylendiği ifade edilebilir. Ancak daha somut olarak hukuk devletinin kapsamını ve sınırlarını belirlemek için AYM'nin içtihatları yol gösterici olabilir. AYM müstakar içtihatlarında hukuk devletini “insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir⁶¹.” şeklinde tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesinin de ifade ettiği üzere bir devletin hukuk devleti olarak nitelenebilmesi için birden çok şartın yerine gelmesi gerekmektedir. Devletin, Anayasa ve yasalarla bağlı olması kadar, insan haklarına dayanması, temel hak ve özgürlükleri koruyup, güçlendirmesi de hukuk devleti için olmazsa olmaz şartlardandır. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi’nin isabetli bir şekilde ifade ettiği üzere yargısal denetim de hukuk devletinin zorunlu şartları arasındadır. Ancak bağımsızlığını sağlayamamış, tarafsızlığını koruyamamış bir yargılama makamının hakiki manada yargısal bir denetim yapamayacağı açık olduğuna göre, hukuk devleti anlayışı ancak yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamış olduğu bir düzende anlam ifade edecektir. Bu bakımdan hukuk devleti ile yargı bağımsızlığı arasında ayrılması mümkün olmayan bir bağ olduğu net bir şekilde ifade edilebilir.

1.2.3.Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının, yargılamaya dair temel usul kaidelerini belirleyip, nesnel bir yargılama neticesinde adil bir karara varılmasını sağladığı ve böylece hukuk devletinin

⁶⁰ Fazıl Hüsnü Erdem, **Türkiye’de ‘İdeolojik Devlet’ Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu**, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, s.1049; Muharrem Özen, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2010, cilt sayı 1, s.31

⁶¹ AYM’nin, 2017/162 E. 2018/100 K. ; 2018/33 E. 2018/ 113 K.; 2018/1 E. 2018/83 K.; 2016/159 E. 2018/108 K.; 2014/171 E. 2015/41 K.

temel unsurunu oluşturduğu söylenebilir.⁶² Adil yargılanma hakkında daha çok yargılama süreci önem arz etmektedir. Yani içerik olarak adil bir karar verilip verilmediğinden ziyade, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların oluşturulup oluşturulmadığı adil yargılanma hakkının konusunu oluşturmaktadır⁶³. Günümüzde adil yargılanma hakkı temel bir insan hakkı olarak algılanmaktadır⁶⁴. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 maddesinde adil yargılanma hakkı kapsamındaki hak ve ilkeler; yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme, kamuya açık yargılama ve makul sürede yargılanma olarak sayılmıştır. Ancak bu hak ve ilkelerin yanına mahkemeye başvurma hakkı, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma, etkili katılım haklarını da ekleyebiliriz⁶⁵. Bununla birlikte adil yargılanmanın öncelikli olarak bağımsız ve güvenceli hakimler tarafından yapılan tarafsız yargılama olduğunu ifade edebiliriz⁶⁶. Zira 2003 tarihli Bangalor Yargı Etiği ilkelerinde birinci değer olan bağımsızlık başlığı altında “yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğünün ön koşulu ve adil yargılanmanın temel garantisi⁶⁷.” olarak belirlenmiştir. Tüm bunları değerlendirdiğimizde adil yargılanma hakkı bakımından yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının özel bir yere sahip olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasa’nın 36. maddesi de hak arama hürriyeti başlığı ile adil yargılanmaya ilişkin düzenlemeye yer vermiştir. Kanun maddesine göre:“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Maddeye göre adil yargılanma hakkı, hak arama hürriyetinin güvencesini oluşturmaktadır. Bunun yanında adil yargılanma hakkının daha birçok temel hakkın güvencesini oluşturduğunu söyleyebiliriz. AYM de benzer bir düşünceyle adil yargılanma hakkını diğer temel hak ve özgürlükler için de bir güvence saymıştır. AYM bu anlayıştan hareketle bir kararında, “.....maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı

⁶² Sibel İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Ankara, 2018, (İnceoğlu, Adil) s.1

⁶³ İnceoğlu, s.1, Benzer yönde bir AYM kararı için bkz. AYM 2018/71 E., 2018/118 K.

⁶⁴ Abdullah Çelik, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s.11; Aslan, s.85

⁶⁵ Devrim Aydın, “Adil Yargılanma Hakkı ve Özel Görevli Mahkemeler”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı** 2012, s.338; İnceoğlu, s.3

⁶⁶ Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, 2011, Ankara, s.238

⁶⁷ Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Türkçe metni için bkz. <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (E.T.: 07/03/2019)

mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesi⁶⁸” olduğunu ifade etmiştir. Başka bir kararında ise adil yargılanma ilkesinin zımni olarak mahkemelerin tarafsızlığını da kapsadığını ifade etmiştir⁶⁹. Bu nedenle adil yargılanma hakkı temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınması için günümüzde vazgeçilmez bir haktır. Bu hakkın en önemli görünümü ise bağımsız ve tarafsız bir yargılama makamıdır.

1.2.4. Tabii Hakim İlkesi

Mahkemelerin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinde dikkate alınan temel ilkelerden biri tabii hakim ilkesidir. Yargılamaya konu uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce, uyuşmazlığı çözecek görevi, yetkisi ve işleyişi belirlenmiş yargı organlarının kanunla düzenlenmiş olması tabii hakim ilkesinin esasını oluşturmaktadır.⁷⁰ Buna göre tabii hakim ilkesi öncedenlik ve kanunilik olmak üzere iki unsuru bünyesinde barındırır⁷¹. Bu ilkeye göre mahkemelerin kuruluşu yani görev ve yetkileri genel ve soyut olarak uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce kanun ile oluşturulmuş olmalıdır⁷². Bu ilkeyle kişiye veya olaya özgü olağanüstü mahkemeler kurulmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir⁷³. Tabii hakim ilkesi aynı zamanda adil yargılanma hakkının da önemli parçalarından birisidir⁷⁴. Tabii hakim olmadığı yerde adil bir yargılamadan söz etmek mümkün değildir.

Tabii hakim ilkesi yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından da büyük önem arz etmektedir. Yürütmenin yargı bağımsızlığını zedeleyecek uygunsuz etkilerinin önüne geçmek için tabii hakim ilkesi önemli bir güvence sunmaktadır. Bu bakımdan mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirleniyor olması yargı bağımsızlığı için bir teminattır. Aynı zamanda uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce mahkemelerin görev ve yetkilerinin belirlenmesi zorunluluğu ise yasama organına karşı yargı bağımsızlığı açısından önemli bir imkanı

⁶⁸ AYM 2013/71, E. 2013/ 77 K. K.T:18/06/2013

⁶⁹ “Sözleşme’nin 6. maddesinde, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından açıkça söz edilmiştir. Anayasa’nın 36. maddesinde ise mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca bu hak da adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu dikkate alındığında, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği Anayasa’nın 138, 139 ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.” Anayasa Mahkemesi’nin 2015/7908 başvuru numaralı bireysel başvuru kararı, p. 127, <https://legalbank.net/belge/aym-bireysel-basvuru-2015-7908-t-20-01-2016-mustafa-baser-ve-metin-ozcelik-basvurusu/1535961> (E.T.: 16/03/2019)

⁷⁰ Süha Tanrıver, “Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı: 104, 2013, s. 12

⁷¹ Süha Tanrıver tabii hakim ilkesi ile kanuni hakim ilkesinin birbirinden farklı kavramlar olduğunu tabii hakim ilkesinin öncedenlik ve kanunilik unsurları ile ifade edildiğini ancak kanuni hakim ilkesinden bahsedilebilmesi için mahkemenin görev ve yetkisiyle izleyeceği yargılama usulünün kanun ile belirlenmiş olmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir. **Tanrıver**, s. 14

⁷² **Tanrıver**, s. 12-13

⁷³ **Tanrıver**, s. 15; **Özbudun**, s.119

⁷⁴ **Erdoğan**, s.238; **Gönenç**, s.136

bünyesinde barındırmaktadır. Yargı tarafsızlığı açısından ise, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce yargılama yapacak mercinin oluşturulmuş olmasının hak arayanlarda bıraktığı güven verici izlenim nedeniyle yargılama süresince taraflara eşit davranılacağı yönünde genel bir görüntü oluşturacağı söylenebilir⁷⁵. Benzer bir anlayış Venedik Komisyonunun 2010 tarihli yargı sisteminin bağımsızlığı raporunda da ifade edilmiştir. Raporun sonuç bölümünde yargı bağımsızlığının temin edilmesi için uyulması gereken standartlar tespit edilmiş ve önceden kanunla belirlenmiş olan tabii hakim ilkesinin gereği olarak, davaların hakimlere tevziinin mümkün olduğu ölçüde önceden kanunla veya kanuna dayalı olarak çıkarılan düzenlemelere dayanması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁶.

1982 Anayasası da tabii hakim ilkesine 37. maddesinde kanuni hakim güvencesi başlığı altında yer vermiştir. Anayasa maddesine göre “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” Kanun başlığındaki kanuni hakim güvencesinin tabii hakim ilkesine işaret ettiği belirtilebilir. Zira tabii hakim ilkesinin temel işlevinin kişiye ve olaya göre değişkenlik gösteren olağanüstü mahkemelerin kurulmasını önlemek olduğu, maddede de bunun açıkça yasaklandığı, diğer yandan Anayasa’nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olduğuna göre tabii hakim ilkesinin de hukuk devletinin bir parçası olması nedeniyle tabii hakim ilkesinin Anayasa da açıkça düzenlendiğini söyleyebiliriz⁷⁷ AYM de kanuni hakim güvencesini benzer bir anlayıştan hareketle tabii hakim ilkesine uygun olarak “suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görececek yargı yerini yasanın belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁸.”

1.3. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığının Tarafları

1.3.1. Genel Olarak

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı muhataplarına karşı korunmadığı takdirde, anayasalarda ve kanunlarda tanımlanmış ancak pratiğe geçirilememiş ideal bir kavram olarak kalacağını söyleyebiliriz. Bunun için yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlayabilmek asgari şartlardan birisi yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını muhataplarına koruyacak önlemleri ve tedbirleri almaktır. Yargı bağımsızlığının siyasi ve tarihi anlamı, yargıyı daha çok siyasi

⁷⁵ Tanrıver, s.17

⁷⁶ Venedik Komisyonu Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakimlerin Bağımsızlığı (2010) başlıklı raporunun 16 numaralı sonucuna için bkz. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur) (E.T.:09/03/2019)

⁷⁷ Tanrıver, s.16

⁷⁸ AYM, 2014/164 E. 2015/12 K. K.T:14/01/2015

organlardan, yani yasama ve yürütme organlarından, gelecek uygunsuz etkilere karşı korumakla özdeşleşmiştir⁷⁹. Günümüzde yargının özellikle siyasal organlara karşı bağımsızlığını sağlamak hukuk devletinin ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin de en temel meselelerinden biri haline gelmiştir. Ancak yargı organına müdahaleler yalnızca yasama ve yürütme organlarından gelmez. Bunun dışında yargılamanın taraflarından, medyadan ve kamuoyundan ve hatta yargının kendi içindeki unsurlardan gelecek olan uygunsuz etkiler de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını olumsuz manada etkiler. Aşağıda bu hususlarla ilgili açıklamalarda bulunulacaktır.

1.3.2. Yargı-Yasama İlişkileri

Devletin en temel fonksiyonlarından olan yasa yapma fonksiyonunu kullanan yasama organının bu yetkisi asli bir yetkiye dayanmaktadır. Yasama organı anayasaya aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi gerçekleştirebilir⁸⁰. Buna karşılık yargı organının yetkisi türetilmiş bir yetkidir ve yasaya bağlı olarak ortaya çıkmaktadır⁸¹. Bu bakımdan yargı organı, yasama organının çıkardığı kanunlar ile bağlıdır. Yasama organı bir konuda kanuni bir düzenleme gerçekleştirdikten sonra, yargı organı bu kanuni düzenlemeyi yorumlayıp somut olaya uygulamakta ve kanunun müşahhaslaştırılmasını sağlamaktadır. Yargı organı böylece somut olayda kanunun görüntüsünü ortaya çıkarmaktadır. Yargı organının bu rolünün önemi açıktır. Zira somut olarak uygulanmayacak bir kanunun hiçbir anlam ifade etmeyeceği açıktır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak kanun yapma ve kanunların somut uyuşmazlıklarda uygulanmasını temin etme farklı organlara verilmiş yetkililerdir. Ancak bunu yaparken yargı organı doğal olarak yasama organının çıkardığı kanunu yorumlarken bu düzenleme ile bağlı kalacak, yasama organı ise asli bir yetki kullanmasına rağmen, çıkardığı kanunların anayasaya aykırı olmamasını sağlayacaktır. Kanunların anayasaya aykırı olup olmamasını ise, yine yargı organı denetleyecektir⁸². Yasama ve yargı organları arasındaki bu etkileşim doğaldır. Ancak yasama organı tarafından yargı fonksiyonunun kullanılmasına ilişkin gelecek uygunsuz etkiler, yargı bağımsızlığını zedeleyeceği gibi, yargı organının yasama organının kanun yapma yetkisini gasp eder şekilde yetki alanına müdahalesi yasama fonksiyonunun asliliği ile çelişecektir. Önemli olan yargı bağımsızlığını bu denge içerisinde

⁷⁹ Ergun Özbudun, “Yargı Bağımsızlığı ve Anayasa Yargısı”, *Yeni Türkiye Dergisi*, sayı:52, Mayıs- Haziran 2013, s. 275; Birol Kırmaz, *Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı* Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.22; Yüksel Metin, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, sayı:27, 2010, s.223; **Yavuz**, s.47;

⁸⁰ A. Ülkü Azrak, “Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Deneme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt:34 sayı:1-4, s. 153-154; **Özbudun**, Türk, s.191

⁸¹ **Azrak**, s.154; **Yavuz**, s.48

⁸² **Ünal**, s.124; **Yavuz**, s.

sağlamaktır. Zira yargı bağımsızlığını sağlamak adına yargıya tanınacak yetkilerle yargı organının yerindelik denetimi yapmasının önüne açmak da “yargısal aktivizm” ve “yargıçlar hükümeti”⁸³ne sebep olacaktır ki yargı bağımsızlığından murad edilen bu değildir.

1982 Anayasasının 138. maddesinde yargı organının diğer organlara karşı korunmasına ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Maddenin birinci fıkrasında hakimlerin bağımsızlığı açıkça vurgulandıktan sonra hakimlerin anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm tesis edecekleri belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği tavsiye ve telkinde bulunamayacağı ifade edilmiştir. Madde metnindeki “hiçbir organ” ifadesinden bağımsızlığın, öncelikle yasama ve yürütme organlarına karşı sağlanması, anlatılmak istenmektedir⁸⁴.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise, doğrudan yasama organının yargı bağımsızlığını zedeleyecek müdahaleleri konu edilmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: ”Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.” Madde metnine göre yasama meclisine getirilen kısıtlama; görülmekte olan bir davayla ilgili ve yargılama yetkisinin kullanılmasına ilişkindir. Görülmekte olan dava ifadesinden, ceza yargılamasında savcılığın soruşturmaya başladığı hazırlık sürecinden kararın kesinleşmesine kadar geçen safha, hukuk yargılamasında ise, davanın açılmasından kararın kesinleşmesine kadar olan aşama anlaşılmalıdır⁸⁵. Görülmekte olan bir davayla ilgili yargılama yetkisinin kapsamına girmeyen konularla ilgili ise görüşme yapıp beyanda bulunulabilecektir. Düzenleme ile somut bir davada yargının yasama tarafından etkilenmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır⁸⁶. Söz konusu düzenlemenin bir anlamının olmadığını ve yasama organında görülmekte olan her türlü dava ile ilgili görüşme yapılabileceğini savunanlar⁸⁷ olduğu gibi yargılama yetkisi kavramını çok dar yorumlayıp, görülmekte olan bir davayla ilgili hakim görevini kötüye kullanması, sanığın gereksiz yere tutuklu bırakılması, davanın sürüncemede bırakılması gibi konularda yasama organında soru sorulabileceğini de ifade edenler olmuştur⁸⁸. Yargı

⁸³ Yargısal Aktivizm ve yargıçlar hükümeti, yargının siyasal alana daha fazla müdahale eder hale gelmesini ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Yavuz**, s. 58-70; **Gönenç**, s. 119-120

⁸⁴ **Yılmaz**, s.47; **Yavuz**, s.51

⁸⁵ Atilla Özer, **Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.36; **Yavuz**, s.51; **Ünal**, s.15

⁸⁶ **Yavuz**, s.52

⁸⁷ Bkz. **Demirkol**, s. 90-91

⁸⁸ Bkz. **Ünal**, s.15-16; “..... Görülmekte olan bir davayı etkileme niteliğinde olmayan adalet hizmetlerinin işleyişine ve dolayısıyla yargının temel sorunlarına eleştiri ve buna cevap niteliğindeki beyanların meşru sayılması gerektiğini söyleyebiliriz. Bu bağlamda bir milletvekilinin soru önergesi üzerine Adalet Bakanının bu

bağımsızlığının korunması açısından görülmekte olan dava hakkında soru sorulamaması, görüşme yapılamaması veya herhangi bir beyanda bulunulamaması yasağının mutlak olarak uygulanması, ancak somut bir davayla ilgili bulunmayan yargı yetkisinin kullanımı ile ilgili konularda soru sorma, görüşme yapma veya beyanda bulunmanın serbest olduğunu kabul etmenin daha isabetli olacağını kabul edebiliriz⁸⁹. Bununla birlikte görülmekte olan bir davayla ilgili yasama organının kanun çıkarmasına engel bir durum yoktur⁹⁰. Ancak böyle bir durumda da genellik özelliğini yitirmiş, bir mahkemede görülmekte olan bir uyuşmazlığı çözme amacındaki bir kanunun kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ile bağdaşmayacağı ifade edilebilir⁹¹.

Anayasanın 138 maddesinin 4 fıkrasında ise “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu madde ile yasama organının hakim tarafından verilen kararları değiştirmesi ve verilen kararların yerine getirilmesini geciktirmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Ancak yasama organının genel veya özel af çıkarması bu yasağın istisnasını oluşturmaktadır⁹². Zira yasama organı af ilanı ile kararların yerine getirilmesinin önüne geçmektedir. Bununla birlikte görülmekte olan somut bir davayı etkilemeye yönelik af kanunun çıkarılması, kişiye özel af kanunu çıkarıldığı kanaatini oluşturması nedeniyle kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı açısından sorun teşkil edecektir⁹³.

Anayasadaki yargı bağımsızlığını temin eden düzenlemelerden birisi de 140/3 maddesidir. Madde metnine göre hakimlerin özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasları uyarınca kanunla düzenlenecektir. Bu düzenleme ile yasa koyucunun mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına aykırı düzenlemede bulunması yasaklanarak, yargı bağımsızlığı yasama organına karşı korunmuştur⁹⁴.

Son olarak Anayasadaki kanuni hakim güvencesi de yargı bağımsızlığı için önemli bir güvence oluşturmaktadır. Anayasanın 37 maddesinde düzenlenen kanuni hakim ilkesine göre, hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mahkemenin önüne çıkarılamayacak ve kişiyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuracak yargı yetkisine sahip merciler oluşturulamayacaktır. Bu anayasa hükmü ile birlikte

konuda düşünce ve kanaatlerini açıklamayı, Anayasada yer alan yasağın ihlali anlamına gelmez. Zira adalet hizmetlerinin yerine getirilmesinde siyasal açıdan sorumluluğu bulunan bir bakanın yasama organında bu konudaki değerlendirme ve eleştirilere karşı düşüncelerini açıklamayı gerekmektedir.” **Özen**, s. 37

⁸⁹ **Yavuz**, s.52

⁹⁰ **Yılmaz**, s.51-52

⁹¹ **Yılmaz**, s.53

⁹² **Kırmaz**, s. 88-89; **Demirkol**, s.92

⁹³ **Yavuz**, s.54

⁹⁴ **Özen**, s. 36

yasama organının tabii hakim önüne çıkarmama sonucunu doğuracak şekilde olağanüstü mahkemeler kurması engellenmiş ve bu suretle yasama organına hakim bağımsızlığını ihlal etmeme direktifi de verilmiş bulunmaktadır⁹⁵.

1.3.3. Yargı-Yürütme İlişkileri

Yürütme ve yargı organları arasında çok yakın bir bağ olduğu muhakkaktır. Yukarıda da değinildiği üzere, esasen yasama organının yetkisi asli, yürütme ve yargı organının ise talidir ve kanundan kaynaklanmaktadır. Her iki organ da temel olarak kanunu uygulamakla yükümlüdür. Bu benzerlikler dikkate alınarak bazı yazarlar tarafından yargının ayrı bir erk olmayıp yürütme erki içerisinde değerlendirildiği dahi olmuştur⁹⁶. Ancak yargı ister ayrı bir erk olarak kabul edilsin ister edilmesin yargının ve doğal olarak mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı tüm modern demokratik devletlerde kabul edilmiş bir ilkedir⁹⁷. Yargı bağımsızlığına en ciddi tehdidin ise üzerinde çok büyük bir ittifakla durulduğu üzere, en fazla benzerliğinin olduğu, yürütme erkinden geldiği kabul edilmektedir⁹⁸. Bu bakımdan yargı bağımsızlığını sağlamanın yollarından birisi de yargının yürütmeden gelecek ve bağımsızlığı zedeleyecek uygunsuz etkilerini önlemek ve bunlara karşı güvenceler oluşturmaktır. Hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri olan idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun gerçek anlamıyla denetlenebilmesi ancak yargının yürütmeden bağımsızlığın sağlanması ile mümkün olabilecektir.

Yargı organı ile yürütme arasındaki bağlardan birini mahkemelerin verdikleri kararların infazı oluşturmaktadır. Yargılama mercileri verdikleri kararların icrası bakımından idareye bağlı bir konumdadırlar. Mahkemelerin verdikleri kararlara tarafların kendi rızaları ile uymamaları halinde kararların icrası ancak idare eliyle mümkündür⁹⁹. Mahkemelerin verdikleri kararların icrasının sağlanamadığı bir düzende, yargı organının gerçek manada varlığından da söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan mahkemelerce verilen kararların icrasının yargının varlığı açısından çok önemli bir yere sahip olduğu açıktır. 1982 Anayasası da bu konuda önemli bir güvence getirerek bu hususu 138. maddenin 4. fıkrasında şu şekilde düzenleme altına almıştır : “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” Mahkeme kararlarının yürütme

⁹⁵ Özen, s. 38

⁹⁶ Kapani, s.7-14; Azrak, s.129-155; Demirkol, s.17-21

⁹⁷ Özbudun, Türk, s. 354-355

⁹⁸ Kırmaz, s.28; Altıntaş, s. 142-143; Yavuz, s.70; Özer, s. 18; Özen, s. 39; Demirkol, s. 94; Metin, s.220; Sancar/ Atılğan, s. 64

⁹⁹ Demirkol, s.94; Kırmaz, s.29

organı tarafından yerine getirilmesinin geciktirilememesinin yargı bağımsızlığına tesir eden mühim bir mesele olduğu da açıktır. Yürütmenin, kararların uygulanması aşamasında üzerine düşeni gereği gibi yerine getirmedeği takdirde yargıya pasif bir müdahalede bulunduğu da iddia edilmektedir¹⁰⁰. Bu durumun ise yargının bağımsızlığını zedeleyeceği izahtan varestedir. Yine bu kapsamda hakimlerin verdikleri kararlara yürütme organı tarafından müdahale edilememesi de yargı bağımsızlığının bir gereğidir. AYM'nin 1964 yılında vermiş olduğu bir karar bu durumu çok açık bir şekilde ifade etmiştir. AYM, mahkeme başkanının verdiği şartlı tahliye kararı sonrasında Adalet Bakanlığının bu kararı onaylamasını öngören kanun hükmünü yargı bağımsızlığına aykırı görerek iptal etmiştir¹⁰¹. Mahkemece verilmiş kararların değiştirilmeksizin idarece aynen yerine getirilmesinin Anayasadaki istisnası ise 104. maddede düzenlenmiştir. Bu maddede Cumhurbaşkanının yetkileri sayılırken Cumhurbaşkanının, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletip, kaldırabileceği de ifade edilerek mahkeme kararlarının icrasına bir istisna getirilmiştir.

Yargı bağımsızlığına en ciddi tehdidin yürütme organından geldiği yukarıda ifade edilmişti. Yürütme organı içinde ise Adalet Bakanlığı ile yargının ilişkileri yargı bağımsızlığı açısından özel bir önemi hak etmektedir. Anayasanın 138/2 maddesinde “Hiçbir organ,

¹⁰⁰ Yavuz, s.80

¹⁰¹ “Anayasa'nın 132 nci maddesinin birinci fıkrasında, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları yazılıdır. Bu hükmün, hâkimlerin şahıslarına ilişkin teminatla ilgisi yoktur. Hâkimlik teminatı Anayasa'nın 133 üncü maddesinde düzenlenmiştir. 132 nci maddenin birinci fıkrasında yer alan hükmün amacı, Anayasa Komisyonunun bu madde ile ilgili gerekçesinde açıklanmıştır. Bu gerekçede, Anayasa tasarısının, kabul ettiği prensiplerden birisinin yargı görevinin bağımsızlığı olduğu, maddenin birinci fıkrasında hâkimler hakkında bu esasın ifade edildiği, hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere ve mahkemelere müdahale edilememesi esasının, yargı görevinin bağımsızlığı prensibinin sonuçlarından bulunduğu belirtilmiştir. Bu gerekçeye göre, bağımsızlık ilkesi, özellikle, hâkimlerin kararlarına, yasama ve yürütme organları ile idare tarafından müdahale edilememesi anlamını taşımaktadır. 132 nci maddenin ikinci fıkrası hükmü de bu anlamı desteklemektedir.

Anayasa'nın 132 nci maddesinin yer aldığı üçüncü bölümün (Yargı) başlığını taşıması, maddenin birinci fıkrasında hâkimlerin (Görevlerinde) bağımsız olduklarının yazılı bulunması ve ikinci ve üçüncü fıkralarında (Yargı yetkisinin kullanılmasından söz edilmesi, hâkimlerin sadece kazai nitelikteki tasarruflarının maddenin kapsamına girdiği ve idarî nitelikte olanlarının bağımsızlık anlamının dışında kaldığı sonucuna varmak için sebep teşkil etmez. Zira hâkimlerin görevi, kanunun verdiği yargı yetkisini kullanmaktır. Esas fonksiyonları budur. Bu bakımdan hâkim sıfatıyla yaptıkları bütün tasarruflar yargı yetkisini kullanmalarının bir sonucudur. İdarî nitelikte olanlarda bu yetkiye dayanır. Doktrinde de bunların uzvî bakımdan kazai oldukları kabul edilmektedir.

Hâkimler ve mahkemeler, kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için de işlem yaparlar. Ancak bu işlemlerde, hakim sıfatıyla değil, idari bir makam olarak hareket ederler. Bunlar, Adalet Bakanlığı adına yapılır ve bu işlemlerden hakimlik sıfatıyla hiçbir ilgisi yoktur Nitekim, bu ve benzeri işlemler, Devletin diğer teşkilâtında hâkim sıfatını taşımayan idari makamlar tarafından yapılır. Anayasa Komisyonu raporunun 132 nci maddesine ilişkin gerekçesinde mahkemelerin idarî işlemleri de söz konusu edilmiş ve hâkimlere ve mahkemelere müdahale edilememesi ilkesinin, yargı yetkisinin kullanılması halinde göz önünde tutulmak gerektiği ve mahkemelerin idari işlerinin düzenlenmesinde Adalet Bakanlığının genelge gönderme veya tedbir alma yetkisinin mevcut olduğu açıklanmıştır.

Anayasa Koyucusu bu gibi işlemler dışında hâkimlerin ve mahkemelerin her çeşit hukuki tasarruflarını 132 nci maddenin kapsamı içinde gördüğünü bu gerekçe ile anlatmış bulunmaktadır. Eğer hâkimlerin maddi bakımdan idari nitelikteki tasarruflarını yargı yetkisinin kullanılması dışında görse idi Anayasa koyucusunun, bağımsızlık konusuna verdiği büyük önem dolayısıyla, bu istisnaya da işaret etmiş olacağı şüphesizdi.

825 sayılı kanunun 5 inci maddesinde, meşruten tahliyeye karar vermeğe ve bu kararı geri almağa yetkili kılınmış olan mahkeme başkanının verdiği karar, uzvî bakımdan; bir hâkim kararı olduğuna göre yasama ve yürütme organlarının, bu karara müdahale edememeleri, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin gereklerindendir. Böyle olunca, sözü geçen maddenin bu kararın Adalet Bakanlığı tarafından tasvibini öngören hükmü Anayasa'nın 132 nci maddesine aykırıdır.” AYM, 1963/99 E. 1964/38 K.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8e097b95-445d-4617-ad85-7aa00c31aec7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T.:14/03/2019)

makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.” ifadeleri yer alırken hakimlere emir ve talimat verilememesi, genelge gönderilememesi, tavsiye ve telkinde bulunulamamasının akla gelen ilk muhatabının ise Adalet Bakanlığı olduğu belirtilmektedir¹⁰². Bir kamu hizmeti olan adalet hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu olan Adalet Bakanlığı bu hizmeti yürütürken mahkemeler ile yakın bir işbirliği içerisinde¹⁰³. Bu yakın işbirliği yargılama faaliyetini etkileyebilme potansiyelini de ortaya çıkarmaktadır¹⁰⁴. Anayasa’nın 140/6 maddesindeki “hakim ve savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı’na bağlı” olmaları hususu Adalet Bakanlığı ile yargı mercileri arasındaki yakın ilişkiyi net bir şekilde izah etmektedir. Anayasa’nın da kabul ettiği üzere hakimlerin vazifeleri yargısal ve idari görev olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁰⁵. Hakimlerin idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığına bağlı olmalarının hakimlerin bağımsızlığı ile bağdaşmadığını ileri sürenler de olmuştur¹⁰⁶. Bunun yanında hakimlerin idari görevleri yönünden HSK’ye bağlı olması gerektiği de savunulmaktadır¹⁰⁷.

2010 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar Adalet Bakanının teftiş kurulu aracılığıyla hakim savcılar üzerinde gerçekleştirdiği denetim yetkisi yargı bağımsızlığı açısından ciddi bir sorun teşkil etmekteydi¹⁰⁸. 2010 değişikliği öncesindeki hakimlerin ve savcılarının denetimi başlıklı Anayasa’nın 144 maddesinde “Hakim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.” düzenlemesi bulunmaktaydı. Adalet Bakanının hem soruşturma izni verme, hem bu soruşturmayı yaptırma, hem de soruşturma neticesinde karar verecek olan HSK de bulunması eleştirilmekteydi¹⁰⁹. Ancak 2010 Anayasa Değişikliği sonrasında Anayasanın 144. maddesi “Adalet hizmetleri ile savcılarının idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca

¹⁰² Yavuz, s.73-74; Ünal, s.13

¹⁰³ Yavuz, s.74; Ünal, s.13

¹⁰⁴ Yavuz, s.74

¹⁰⁵ Kırmaz, s.90

¹⁰⁶ Eraslan Özkaya, 2003-2004 Adli Yıl Açılış Konuşması, s.10, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/acilisKonusma/2003-2004.pdf> (E.T.: 15/03/2019); Kırmaz, s.90

¹⁰⁷ Fatih Özkul, “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, cilt sayı:3, 2016, s.235-236

¹⁰⁸ Yavuz, s.83-84; Yılmaz, s.87-88

¹⁰⁹ Yavuz, s.84; Yılmaz, s.89-90

denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.” şeklinde değiştirilmiş ve Anayasa’daki Adalet Bakanı emrindeki adalet müfettişleri eliyle hakimlerin denetimine son verilmiştir. Ancak bu durum hakimlerin idari olarak Adalet Bakanlığına bağlı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zira Anayasanın 140/6 maddesi hala yürürlükte olduğu gibi, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 5/3-4 maddesindeki “Adalet Bakanı, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere hakim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını haizdir. Hakim ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.” hükmü de geçerliliğini korumaktadır. 2010 Anayasa değişikliği sonrası hakimlerin idari bakımdan denetimi HSK bünyesindeki müfettişler tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır. Anayasa’nın yürürlükte olan 159/9 maddesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir. “Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun ve diğer mevzuata (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.” Hakim ve savcılar hakkındaki denetimi gerçekleştiren teftiş kurulunun HSK’ye bağlanması yargı bağımsızlığı açısından olumlu bir adım olarak nitelenebilir¹¹⁰. Bunun yanında Adalet Bakanı’na HSK’nin Başkanı olarak inceleme ve soruşturma işlemleri için olur verme yetkisi de eleştirilmektedir¹¹¹. Yine Hakimler ve Savcılar Kanunun 82. maddesiyle “hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması(nın) Adalet Bakanlığının iznine bağlı” olması ve “Adalet Bakanı(nın) inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırılabil(mesi)” yargı bağımsızlığını zedeleyen bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir¹¹².

Yürütme yargı ilişkileri bakımından önemli olan bir başka husus ise hakimlerin mesleğe kabul ve atanmaları hususudur. Hakimlerin mesleğe kabulleri ve kariyerleri konusunda karar verecek olan mercinin yürütme organından bağımsız olması gerektiği ifade

¹¹⁰ Thomas Giegerich, **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor**, 2011, s. 25 [http://www.abgm.adalet.gov.tr/avrupabirligi/turkyargisi/istisariyaret/tr/ThomasGiegerich-YargininBagimsizligiTarafsizligiveIdaresi-\(17-21Ocak2011\)-TR.pdf](http://www.abgm.adalet.gov.tr/avrupabirligi/turkyargisi/istisariyaret/tr/ThomasGiegerich-YargininBagimsizligiTarafsizligiveIdaresi-(17-21Ocak2011)-TR.pdf) (E.T.:15/03/2019)

¹¹¹ Giegerich, s.24-25; Gönenç, s.149-150

¹¹² Altıntaş, s.144; Özen, s. 52-53

edilmektedir¹¹³. Venedik Komisyonu da bu konuda aynı fikirdedir¹¹⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 1966 tarihli bir kararında Yargıtay'daki daire başkanlarının seçimini Yargıtay birinci başkanının görüşü alındıktan sonra, Adalet Bakanına bırakan kanun hükmünü yargı bağımsızlığına aykırı bularak iptal etmiştir¹¹⁵. Ülkemizde uygulanan cari sistemde ise, hakim adaylığından sonra hakimlerin mesleğe kabulleri ve atanmaları, “bağımsız” olarak, “mahkemelerin bağımsızlığı¹¹⁶” esasına göre görev yapan Hakimler ve Savcılar Kuruluna aittir. Bu bakımdan hakimlerin mesleğe kabulleri ve atanmaları hususunda bağımsız olarak görev yapan Hakimler ve Savcılar Kurulunun yetkili olmasının yargı bağımsızlığı açısından önemli bir güvence olduğunu ifade edebiliriz.

Hakimlerin ve savcılarının mesleğe kabullerinde bağımsız olarak görev yapan Hakimler ve Savcılar Kurulu yetkili ise de, ülkemizde uygulanan sistem gereğince, öncelikle mesleğe hakim ve savcı adayı olarak başlanılmakta, bir dönem staj gördükten sonra, hakim ve savcı olmak için kurulun mesleğe kabul etmesi gerekmektedir. Hakim ve savcı adaylığı için ise Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yazılı bir sınav yapılmakta ve sınav

¹¹³ “Hâkimlerin seçim ve kariyerleri hakkında karar veren merci, yasama ve yürütme organlarından bağımsız olmalıdır. Söz konusu mercinin bağımsızlığının güvence altına alınması için üyelerinin en az yarısının meslektaşları tarafından seçilecek hâkimlerden oluşması gerekir.” Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, p. 46, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (E.T.:16/03/2019)

¹¹⁴ “Özetle, Venedik Komisyonu, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri konusunda bağımsız bir yargı konseyinin belirleyici bir etkiye sahip olmasının yargı bağımsızlığını teminat altına almak için uygun bir usul olduğu görüşündedir.” Venedik Komisyonu, Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu (2010), p. 32, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f56c431c-62f7-4170-9209-b31288180209.pdf> (E.T.: 16/03/2019)

¹¹⁵ “Dâva dilekçesinin dayandığı Anayasa'nın 132 nci maddesinde; hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiç bir organ, makam, merci ve kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları ve 133 üncü maddesinde de; hâkimlerin azlolunamayacağı kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacakları, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebepleri ile de olsa aylıklarından yoksun kılınmayacakları kesin ve açık olarak yazılıdır. Anayasa'nın 134 üncü maddesinde ise genel olarak; hâkimlerin niteliklerinin, atanmalarının hakları ve ödevleri ile meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin değiştirilmesinin mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre kanunla düzenleneceği açıklanmakla beraber 139 uncu maddesinde; Yargıtay üyelerinin Yüksek Hâkimler Kurulunca, Yargıtay Birinci Başkanı ile ikinci Başkanlarının Yargıtay Büyük Genel Kurulunca seçileceği belirtilmiştir. Görülüyor ki, Anayasa Yargıtay üyelerinin Yüksek Hâkimler Kurulunca seçilmesine 139 uncu madde ile cevaz verdiği halde Yargıtay Başkanlarını seçme yetkisini Yargıtay Büyük Genel Kuruluna bırakmış bulunmaktadır. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarının gereği olarak bütün hâkimlerin tâyni ile görevlerinin ve görev yerlerinin değiştirilmesi ve Yargıtay Üyelerinin seçilmesi yetkisi yürütme organından alınarak yargı organı içinde teşkil edilecek Yüksek Hâkimler Kuruluna verildiği ve bu suretle yürütme organının hâkimler hakkında herhangi bir tasarrufta bulunabilme yolu kapatıldığı halde Yargıtay Büyük Genel Kurulunca kendi yapısı içindeki Yüksek Hâkimler tarafından seçilen ikinci başkanların vazife ifa edecekleri dairelerin tâyin ve tebdilinin icra organının yetki alanı içinde kalmasına Anayasa'nın evleviyetle müsaade etmeyeceği ve Temyiz Mahkemesi Teşkilâtı Kanununda yer alan böyle bir hükmün mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin teminatı esasları ile bağdaşmadığından Anayasa'ya açıkça aykırı düşeceği tabiidir. “ AYM 1963/109 E. 1966/17 K. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/5787bd5d-87ad-412e-9208-c5d2e48902ea?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T.: 16/03/2019)

¹¹⁶ Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu 3/6-7 maddeleri

sonucunda başarılı olanlar mülakata çağrılmaktadır¹¹⁷. Mülakat kurulunda ise Adalet Bakanının görevlendireceği bakan yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri olmak üzere toplam beş üye bulunmaktadır. Hakim ve savcı adaylığına atanabilmek için mülakatta da başarı göstermek gerekmektedir. Mülakatın Adalet Bakanlığı tarafından yapılması ve objektif kriterlere dayanmaması yargı bağımsızlığı açısından eleştirilmekte muhakkak bir mülakat yapılacaksa da mülakat sınavını yapma yetkisinin HSK'ye devredilmesinin daha uygun olacağı belirtilmektedir¹¹⁸.

Hakimlerin meslek öncesi ve meslek içi eğitimlerinin de yargı bağımsızlığı açısından önem arz ettiğini söyleyebiliriz. Anayasa'nın 140/3 maddesinde de hakimlerin meslek içi eğitimlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine göre düzenleneceği ifade edilmiştir. Hakim ve savcılarının meslek içi ve meslek öncesi eğitimleri ile ilgili kurslar açmak, belli alanlarda uzmanlık programları, seminer, sempozyum düzenlemek, hakim ve savcı adaylarının eğitimlerinin hazırlık ve son dönemlerini yürütmek üzere 4954 sayılı kanunla Türkiye Adalet Akademisi kurulmuştu¹¹⁹. Kanunun 4 maddesine göre Türkiye Adalet Akademisi idari, mali ve bilimsel özerkliğe sahipti¹²⁰. Hakim ve savcılarının meslek öncesi ve meslek içi eğitimlerinin tüzel kişiliğe ve özerkliğe sahip bir kurum tarafından yerine getirilmesi yargı bağımsızlığı açısından bir güvence olduğu ifade edilebilir. Özellikle çok genç yaşta hakimlik ve savcılık mesleğine başlanılabilen ülkemizde mesleğe başladıktan sonra mesleki gelişim bakımından meslek içi eğitimler çok önemli bir yer tutmaktadır. Ülkemizde mesleki gelişimin en önemli araçlarından birini meslek içi eğitim oluşturmaktadır. Hakim ve savcılarının eğitimi meslek formasyonlarının oluşmasında, meslek yaşamlarında kullanacakları bilgi ve yeteneklerin elde edilmesinde önemli bir rol oynamaktadır¹²¹. Meslek içi eğitimin, özellikle ülkemizdeki, önemi dikkate alındığında meslek öncesi ve meslek içi eğitimin özerkliğe ve tüzel kişiliğe sahip bir kurum tarafından yerine getirilmesi yerinde bir düzenleme olarak nitelenebilir. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi de hakimlerin eğitiminin ayrı bütçesi bulunan ve eğitim programlarının hazırlanması konusunda yetkili olan bağımsız bir kuruluş tarafından verilmesini tavsiye etmektedir¹²². Tüm bunlara rağmen 02/07/2018 tarihli 703 sayılı

¹¹⁷ Hakim ve Savcı Adaylığı sınavı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Nesibe Kurt Konca, **Hakim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye'de Uygulanabilirliği**, Seta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 41-46

¹¹⁸ **Özen**, s. 52; **Yılmaz**, s.124-125

¹¹⁹ Türkiye Adalet Akademisinin kuruluş süreci ile ilgili bilgi için bkz. Yaşar Karayalçın/Aynur Yongalık, **Hukukta Öğretim Kaynaklar Metod Problem Çözme**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 53-61

¹²⁰ Türkiye Adalet Akademisi ve meslek öncesi eğitim ile ilgili sorunlar bakımından detaylı bilgi için bkz. İsmail Büyükgümüş, "Adli Yargı Hakim ve Savcı Adaylarının Meslek Öncesi Eğitim Sorunları ve Muhtemel Çözüm Yolları", **Hukuk Kuramı Dergisi**, cilt:1, sayı:2, 2014, s. 10-23

¹²¹ **Gönenç**, s.188

¹²² Avrupa Yargı Sistemleri Adalet Etkinliği ve Kalitesi Raporu, Avrupa Adalet Etkinliği Komisyonu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, 2014, s. 299

Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu yürürlükte kaldırılmış ve 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Türkiye Adalet Akademisinin üstlendiği görev Adalet Bakanlığı bünyesindeki Eğitim Dairesi Başkanlığı'na devredilmiştir. Hakimlerin ve savcılarının meslek öncesi ve meslek içi eğitimlerini yürütme görevinin yürütme organı içerisindeki Adalet Bakanlığına devredilmesi yargı bağımsızlığı açısından bir geriye gidiş olarak nitelenebilir. Ancak, bu durum 02/05/2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 34 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ortadan kaldırılmış, yeniden kamu tüzel kişiliğini haiz, bilimsel, idari ve mali özerkliği sahip olarak Türkiye Adalet Akademisi kurulmuştur. Türkiye Adalet Akademisi'nin yeniden kurulması yargı bağımsızlığı açısından olumlu bir duruma işaret etse de, akademinin yasama organı tarafından yapılacak bir kanunla kurulması ve yapısının kanunla belirlenmesi yerine Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesinin yargı bağımsızlığı açısından yeterli güvenceyi içermediği ifade edilebilir.

Yukarıda bahsedilenlerin dışında tamamen yargı organının hizmetinde bir adli kolluk bulunmaması ve yargılama mercilerinin hiyerarşik olarak idareye bağlı olan kolluk kuvvetini kullanmaları¹²³ ile yargı bütçesinin hazırlanmasında yargı organının ağırlığının bulunmaması ve yargı bütçesinin tamamen idarenin takdirine bırakılmasının¹²⁴ da yargı bağımsızlığını zedelediği ifade edilmektedir.

1.3.4. Yargı İçi İlişkiler

Yargı bağımsızlığına yönelik tehditler yalnızca yasama ve yürütme organından kaynaklanmaz. Yargı organının bağımsızlığına yönelik tehditler yargı organı içinden de doğabilir. Yargı bağımsızlığını dış bağımsızlık ve iç bağımsızlık olarak tasnif eden bir anlayışa göre dış bağımsızlık, yargı organına dışarıdan yapılan müdahaleleri tanımlarken; iç bağımsızlık, yargı erki içindeki üst makamlardan bağımsız olmayı ifade etmektedir. Bu bağımsızlık hakim, meslektaşları ve özellikle kendinden yukarı seviyedeki hakimlere karşı bağımsızlığını içermektedir¹²⁵. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 2010 tarihli tavsiye kararında bağımsızlığı dış bağımsızlık ve iç bağımsızlık olarak sınıflandırmış ve iç bağımsızlığın gereği olarak “üst derece mahkemeleri(nin), hâkimlere, davaları ne şekilde

¹²³ **Yavuz**, s.79

¹²⁴ **Yavuz**, s.75; **Gönenç**, s.153; “Uluslararası belgelerde yargının mali özerkliğe sahip olması yönünde bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, bütçenin hazırlanması esnasında yargının görüşlerinin dikkate alınması yönünde yaygın bir görüş mevcuttur.”

¹²⁵ **Metin**, s.226

karara bağlamaları gerektiği konusunda talimat ver(emeyeceklerini)”¹²⁶ ifade etmiştir. Bu başlık altında bu anlayışa uygun olarak yargıya, yargı içinden yargı bağımsızlığını zedeleme potansiyeli taşıyan etkiler incelenmeye çalışılacaktır.

1.3.4.1. Hakimin Kendi Dünya Görüşü Karşısında Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Hakimin tarafsız olduğunun kabul edilebilmesi için yalnızca dışarıdan gelecek olan etkilerden ve müdahalelerden korunması yeterli değildir. Hakim önündeki somut uyuşmazlığı çözerken kişisel görüş, duygu ve ön yargılarından da sıyrılmalıdır¹²⁷. Zira yargılama yapan hakimin iç dünyasının da yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını tehdit etme ihtimali bulunmaktadır. Hakimin kişisel tercihleri, sahip olduğu ideoloji ya da siyasi eğilimlerinin vereceği kararlar üzerinde etkili olabileceği kabul edilmektedir¹²⁸.

Hakimlerin yargılamaya konu olay ve bu olaya uygulanacak norm konusunda belli bir “önanlayış”a sahip oldukları, bunun da çoğu zaman bir “önkararı” cisimlendirdiği ifade edilmektedir¹²⁹. Bir hukukçunun somut bir uyuşmazlıkla karşılaştığında inceleme ve araştırma işlemlerine başlamadan önce zekasına, bilgi ve tecrübe birikimine, hukuk duygu ve değerlerine göre bir “ön değerlendirme” yaptığı da belirtilmektedir¹³⁰. Hakimi kanunun lafzını birebir tekrar eden bir otomat¹³¹ olarak kabul etmediğimiz sürece hakimin de hukukun oluşumunda bir etkiye sahip olduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Modern hayatın karmaşık yapısı kanun koyucunun her alanı ayrıntılı düzenlemesini imkansızlaştırmış, pek çok konunun genel hükümlerle düzenlenmesini zorunlu hale getirmiştir. Bu durum ise hakimin takdir yetkisini genişletmiş ve yargının hukuku biçimlendirme işlevini artırmıştır¹³². Yargının hukukun biçimlenmesindeki öneminin artması, hakimin karar verme sürecindeki zihinsel yolculuğunu anlamayı da zorunlu hale getirmektedir. Hakim önündeki hukuksal uyuşmazlığı çözerken hangi aşamalardan geçerek karar vermektedir? Hakim önündeki uyuşmazlığı çözerken öncelikle maddi vakıayı tespit etmekte daha sonra tespit edilen maddi vakıayı

¹²⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik (2010)12 Sayılı Tavsiye Kararı, p. 23, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (E.T.:19/03/2019)

¹²⁷ Öden, s. 62

¹²⁸ Yavuz, s.117

¹²⁹ Sancar/Atılğan, s. 30; Ön anlayışın ön kararı cisimlendirmesi meselesinin başarılı bir örneğini 1957 yapımı bir Amerikan filmi olan 12 Kızgın Adam filminde bulabileceğimizi düşünmekteyim. Filmde babasını öldürmekle suçlanan bir çocuğun yargılanması konu edilmektedir. 12 jüri üyesi çocuğun suçlu olup olmadığına karar vermek için bir odaya çekilir ve çocuğun suçluluğu ile ilgili oylamaya başlarlar. Biri dışında diğerleri çocuğun suçlu olduğu konusunda son derece emindirler. Kural gereği oy birliği ile karar almaları gerektiğinden tartışmaya başlarlar ve tartışma esnasında bazı jüri üyelerinin “çocukla” ilgili ön yargıları nedeniyle olayı çok da sorgulamadan çocuğun mahkumiyetine oy kullandıkları yavaş yavaş ortaya çıkar.

¹³⁰ Karayalçın/Yongalılık, s.162

¹³¹ Hakimi otomat olarak gören görüş için bkz. Sancar/ Atılğan, s. 23-25

¹³² Sancar/ Atılğan, s. 29

hukuken tavsif edip, hukuki problemi ortaya koymakta ve nihayetinde hukuki problemi çözmektedir¹³³. Hakim, maddi vakıayı tam anlamıyla belirlerken ve hukuksal vasıflandırmayı yaparken bir önanlayış¹³⁴ ile hareket edebilir. Bir önanlayış olmadan muhakeme yapmanın mümkün olmadığı da ifade edilmektedir¹³⁵. Önanlayış, muhakemenin zorunlu şartı olarak kabul edilse dahi, önanlayışın; somut olayın özellikleri, kuralın belli yöntem ve ilkelere göre belirlenen anlamı ve adalet ölçütleri bir kenara bırakılarak, “sonanlayış”(karar) haline getirilmesini meşru bir davranış olarak görmek mümkün değildir¹³⁶. Hakimin “içinde yaşadığı dünya, onu çevreleyen sosyal, ekonomik, dinsel, kültürel atmosfer¹³⁷”in de etkisi ile şekillenen önanlayışının, yargılama süreci sonunda sonanlayışa dönüşüp karara yansması, hakimin tarafsızlığını da zedeleyen bir duruma işaret etmektedir. Bu durumun önüne geçilebilmesi için ise, hukuku uygulayanların bir önanlayışa sahip olduklarını kabul etmeleri, önanlayışın oynadığı rolün açığa çıkarılabilmesi için her bir olayda uygulayıcıların önanlayışının tartışılabilir ve denetlenebilir hale gelmesi gerekmektedir¹³⁸. Bununla birlikte “önanlayışın, uygulama sürecinin objektifliğini ve tarafsızlığını bozmasını önlemenin vazgeçilmez şartı, uygulayıcının bu anlayışı her ne pahasına olursa olsun yaşama geçirmeye değil, sürekli test edip düzeltmeye açık ve hazır bulunmasıdır¹³⁹.”

Hakimin ön anlayışını şekillendiren unsurlar arasında siyasal görüşü ve değer yargıları da önemli bir yere sahiptir. Hakimin karar verme sürecine şahsi değer yargılarını karıştırmasının toplum mühendisliği anlayışına hizmet ettiği, bu durumun ise toplumun bazı kesimlerince yargıya “kurtarıcılık rolü” biçilmesine sebebiyet verdiği ifade edilmektedir. Yargının toplumun bazı kesimlerince kurtarıcı olarak görülmesi yargının tarafsızlık misyonu ile bağdaşmamaktadır. Kendisini bir kurtarıcı pozisyonunda gören yargı mensubunun devleti veya toplumu bir tehlikeden kurtarmak için tarafsızlığını ve hatta hukuku bir kenara bırakması çok da beklenmedik bir davranış değildir. Zira böyle bir durumda hakim devletin ideolojik önceliklerini esas alacak ve hukuku devletin ideolojik kalıplarına uydurmaya çalışacaktır¹⁴⁰. Hakimin kararını verirken hukuku ve adaleti değil, egemen ya da resmi ideolojiyi esas alması

¹³³ Bir hukukçunun somut bir hukuk problemi ile karşılaştığında izlemesi gereken işlemler için bkz. **Karayaçım/Yongalık**, s.174

¹³⁴ Bir yargı mensubunun şu sözleri “ön anlayış” kavramına gönderme olarak nitelenebilir: “Hâkim, savcı dediğimiz nihayetinde bir insandır. Onun da kendine uygun bir görüşü, hayat tarzı, düşüncesi, ideolojisi vardır. Bundan yüzde yüz arındıramazsınız. (Görüşme 44) “**Sancar/ Atılğan**, s. 31

¹³⁵ **Yavuz**, s.117

¹³⁶ **Sancar/ Atılğan**, s. 33

¹³⁷ Arthur Kaufmann’dan aktaran, **Sancar/ Atılğan**, s. 31

¹³⁸ **Sancar/ Atılğan**, s. 34

¹³⁹ **Sancar/ Atılğan**, s. 34

¹⁴⁰ **Erdem**, 1066-1067

durumunda ise “siyasal yargı”dan söz edilecektir¹⁴¹. Siyasallaşmış bir yargılama makamının ise tarafsızlığını koruyabileceğini söylemek mümkün değildir.

1.3.4.2. Mahkeme Başkanına Karşı Hakimin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından üzerinde durulması gereken hususlardan biri de heyet halinde çalışan mahkemeler bakımından hakimin bağımsızlığı meselesidir. Yargı sistemimizde bazı dava konularının ve bazı suçların heyet halinde görev yapan ilk derece mahkemelerce görülmesi kararlaştırılmıştır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5. maddesi uyarınca bazı dava konularına bakmakla yetkili olarak kurulacak olan Asliye Ticaret Mahkemelerinin yargılama aşamalarının bir başkan ve iki üye tarafından yürütülüp sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir. Yine aynı kanunun 12. maddesinde görevi belirlenmiş olan Ağır Ceza Mahkemelerinin bir başkan ve iki üye ile toplanacağı düzenleme altına alınmıştır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 5/2 maddesinde ise mahkeme başkanlarının yargılamanın düzenli bir şekilde yürütülmesine ilişkin olarak görevli oldukları mahkeme dairelerindeki hakimler üzerinde gözetim hakkı olduğu belirtilmiştir. Buradaki gözetim yetkisinin hakimlerin yargılamaya ilişkin yetkileri üzerinde değil, mahkemenin idari mahiyetteki iç işleyişine ilişkin olduğunu ifade edebiliriz. Zira Anayasanın 138/2 maddesinde de ifade edildiği üzere yargılama yetkisine ilişkin hususlarda hiç kimse hakimlere emir ve talimat veremez. Anayasa hükmünün özüne uygun olarak toplu mahkemelerde hüküm verme aşamasında müzakereye katılan en kıdemsiz üyeden başlanarak oylamanın yapılacağı ve mahkeme başkanının oyunu en son kullanacağı belirtilmiştir¹⁴². Bu düzenlemelerin mahkeme başkanının kıdemsiz üyeler üzerindeki dolaylı da olsa etkisini önlemek ve kıdemsiz hakimlerin bağımsızlığını sağlamak için önemli bir güvence olduğu ifade edilebilir.

Heyet halinde çalışan mahkeme hakimlerinin mahkeme başkanlarına karşı bağımsızlığı ulusal belgelerde olduğu kadar uluslararası belgelerde de kendisine yer bulmaktadır. Bangalor Yargı Etiğinin bağımsızlık ilkesinin düzenlendiği 1.4 maddesinde hakimlerin meslektaşlarından da bağımsız olmaları gerektiği ifade edilmiştir. Yine aynı şekilde Venedik Komisyonu raporlarında hakimin yargılama esnasında mahkeme başkanına karşı da bağımsız olması gerekliliği belirtilmektedir¹⁴³. Avrupa Konseyi Bakanlar

¹⁴¹ Sancar/ Atılğan, s. 114; Yavuz, s.119

¹⁴² 6100 sayılı HMK 296. maddesi:” Toplu mahkemelerde hüküm hakkındaki müzakereyi mahkeme başkanı idare eder. Müzakere yapıldıktan sonra, başkan, müzakereye katılan en kıdemsiz üyeden başlayarak her üyenin ayrı ayrı oyunu alır ve en son kendi oyunu açıklar.”

5271 sayılı CMK 229. maddesi:” Mahkeme başkanı, kıdemsiz üyeden başlayarak oyları ayrı ayrı toplar ve en sonra kendi oyunu verir.”

¹⁴³ Venedik Komisyonu, Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu(2010), p. 71

Komitesinin 2010 tarihli raporunda da yargı içerisindeki hiyerarşik yapılanmanın bireysel bağımsızlığı zedelememesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁴⁴. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin Mahkeme Başkanlarının Rolü başlıklı görüşüne göre ise, hakimlerin davalar hakkında karar verirken mahkeme başkanının direktiflerinden ve baskısından bağımsız olmaları ve mahkeme başkanlarının da mahkeme dahilindeki hakimlerin bağımsızlığına saygı göstermeleri gerekmektedir. Mahkeme başkanlarına verilen idari görevlerin ise her bir hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığına saygı gösteren bir çerçeveye oturtulması gerekmektedir¹⁴⁵. Tüm bunlarla birlikte heyet halinde çalışan mahkemelerde mahkemenin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için mahkeme başkanına idari anlamda yetkiler verilebilirse de, bu yetkilerin hakimlerin yargılamaya ilişkin görevlerine müdahale eder noktaya gelmesi halinde hakim bağımsızlığının ve tarafsızlığının bu durumdan zarar göreceği muhakkaktır.

1.3.4.3. İstinaf veya Temyiz Merciiine Karşı Hakimin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Yargılama makamları tarafından verilmiş olan kararlara karşı yargı sistemi içinde yargısal denetim yolları oluşturulması yargı bağımsızlığına aykırı bir durum olarak nitelendirilemez¹⁴⁶. Hatta yargılama makamları tarafından verilen kararların üst bir yargılama mercii tarafından olaya ve hukuka uygunluk bakımından denetlenmesi yargılamadaki hataların ortadan kaldırılması bakımından elzemdir. Ancak yargı bağımsızlığı açısından denetimin kapsamı, sınırları ve içeriği büyük önem taşır. Gerek CMK de gerekse HMK de ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay'ca yargısal denetimleri düzenleme altına alınmıştır. Bahsedildiği üzere usul kanunlarımızdaki bu düzenlemeler mahkeme hakiminin verdiği kararlar üzerinde denetimdir ki, bu durum başlı başına yargı bağımsızlığını zedeleyen bir husus değildir. Bu yargısal denetimin bir hiyerarşi ilişkisi olarak anlaşılamayacağı, bu durumun yargının kendine has yöntemlerle denetlenmesi ve değerlendirilmesi olduğu ve 2802 sayılı Kanunu'nun 5/1. Maddesindeki “Yargıtay, bütün adalet mahkemeleri üzerinde, Danıştay, bütün idari mahkemeler üzerinde yargı denetimi ve gözetimi hakkına sahiptir.” düzenlemesini de bu çerçevede anlamak gerektiği ifade

¹⁴⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında üye devletlere yönelik CM/Rec(2010) 12 sayılı Tavsiye Kararı, p. 22

¹⁴⁵ Avrupa Hakimler Danışma Konseyi, Mahkeme Başkanlarının Rolü, 19 No'lu Görüş(2016), p. 13-24, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/5174c3b3-d2f0-49a1-bd01-b0e7a8093633.pdf> (E.T.:24/03/2019)

¹⁴⁶ Kırmaz, s.30; Demirkol, s. 112-116; Bu durum Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkelerinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Yargılama sürecine usulsüz ve yetkisiz müdahale yapılamaz ve yargısal kararlar değişikliğe tabi tutulamaz. Yargısal organların verdikleri cezaların hukuka uygun olarak yargısal denetime tabi tutulması veya yargı organlarının verdikleri cezaların yetkili makamlar tarafından azaltılması veya başka bir ceza ile değiştirilmesi bu prensibi ihlal etmez.” Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri ilke 4, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (E.T.: 24/03/2019)

edilmiştir¹⁴⁷. Yargısal denetim esnasında Yargıtay'ın verdiği kararlara karşı ilk derece mahkemesinin bu karara uyma zorunluluğunun bulunmayıp, daha önce verdiği kararda ısrar etme ve direnme imkanı bulunduğundan bu durumun yargı bağımsızlığını koruyan bir anlayışı ifade ettiği de söylenebilir¹⁴⁸. AYM de 1967 tarihli bir kararında “*Anayasa'nın 132. maddesi, kanun yollarına başvurmayı ve bir hakim kararının, başka bir hakim veya mahkemece incelenmesini engelleyici bir hüküm de koymuş değildir. Bu maddenin öngördüğü bağımsızlığın ereği, herhangi bir işi veya davayı tek bir hakime veya tek bir mahkemeye gördürüp yalnızca o hakim veya o mahkemenin kanısına göre hükme bağlatmak olmayıp, yargı işlerinin dışarıdan gelecek etkilerden uzak ve yalnız hukuki ölçülere göre değerlendirilip hükme bağlanmasını sağlamaktır. Buna göre bir hakim kararının, başka bir hakim tarafından denetlenmesi, bu maddenin kapsamı dışındadır*”¹⁴⁹.” gerekçesini benimseyerek ilk derece mahkemesi hakimnin verdiği karar üzerindeki yargısal denetimin yargı bağımsızlığına aykırı olmadığını ifade etmiştir.

İstinaf veya temyiz mercilerince yapılan denetimin yargı bağımsızlığını zedeleyen tarafı, kanun yolu incelemesi esnasında hakimlere not verilmesi uygulamasından kaynaklanmaktadır¹⁵⁰. Aslında not sistemine getirilen eleştiriler bir anlamda yerini bulmuş ve 2011 yılında yapılan 6217 sayılı Kanunun 31. maddesiyle not verme sisteminin kanuni temelini oluşturan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 28. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve hakimlere temyiz merciince not verilmesi uygulamasından vazgeçilmişti. Ancak daha sonra 2016 yılında yapılan 6723 sayılı Kanunun 25. maddesiyle Hakimler ve Savcılar Kanununun mülga haldeki 28. maddesinin yeniden düzenlenmesi yoluna gidilmiş ve not verme sistemi yeniden hukuk düzenimizde kendisine yer bulmuştur¹⁵¹. Kanunun 28.

¹⁴⁷ Yılmaz, s. 77

¹⁴⁸ Mahkemenin direnme kararı sonrasında Yargıtay Hukuk veya Ceza Genel Kurullarınca verilecek kararlar ilk derece mahkemesini bağlayacaktır.

¹⁴⁹ AYM 1967/11 E. 1968/7 K. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7c27ef12-5c13-4c39-8533-1094121253f4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T.: 24/03/2019)

¹⁵⁰ Bu durumun hakim bağımsızlığını zedelediği hususunda çok sayıda görüş vardır. Bu yönde görüşler için bkz. Cengiz Otacı, “Adli Yargı Hâkimlerinin Görevde Yükselme Şartlarının (Terfi Sisteminin) Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, İstanbul Barosu Yayınları, 24.Kitap, 2012, s.156-171; **Yavuz**, s.98-99; **Gönenç**, s.146; **Aktaş**, 132-138

¹⁵¹ 6723 sayılı Kanunun 25. maddesi ile Hakimler ve Savcılar Kanunun 28. maddesi yeniden düzenlenmiş ve kanunun gerekçesinde ise şu hususlar yer almıştır: “2802 sayılı Kanunun mülga 28 inci maddesi uyarınca, hakim ve savcılar kanun yolu incelemesinden geçen işleri için yüksek mahkemeler ile bölge idare mahkemeleri ilgili hâkim ve savcılara not vermekte, bu notlar ise 2802 sayılı Kanunun 21 inci ve 33 üncü maddeleri uyarınca hakim ve savcılar terfilerinde aranan kriterler arasında yer almaktaydı. Ancak, 31/3/2011 tarihli ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 31 inci maddesiyle 2802 sayılı Kanunun 28 inci maddesi yürürlükten kaldırılarak hakim ve savcılar kanun yolu incelemesinden geçen işleri için not verilmesi uygulamasına son verilmiştir. Aradan geçen zamanda, hakim ve savcılar, yüksek mahkemelerin içtihatlarını yeteri kadar takip etmedikleri ve kararlardaki isabet oranlarında beklenen artışın sağlanamadığı aksine düşüş olduğu görülmüştür. İlk derece ve istinaf mahkemelerince verilen kararların mahiyeti ve niteliği hususunda maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen kriterler dikkate alınarak en

maddesine göre “*kanun yolu değerlendirme formu; soruşturmanın niteliği, iddianame, karar veya hükmün hukuka uygunluğu ve isabet derecesi, soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması, gereksiz masrafa sebebiyet verilmesi, duruşmalara hazırlıklı çıkılması veya hazırlıksız çıkılarak gecikmelere neden olunması, dosyaların eksiklik nedeniyle geri çevrilmeye neden olmayacak şekilde görevli daire veya birime gönderilmesi, bilirkişi görevlendirilmesinin hukuka uygun yapılması, soruşturma, kovuşturma veya yargılama işlemlerinin usul hükümlerine uygun olarak doğru ve zamanında yapılması, dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi ile mütalaa, gerekçeli karar ve tebliğnamelerin yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında başarı gösterilmesi gibi hususlar dikkate alınarak çok iyi, iyi, orta ve zayıf şeklinde düzenlen(ecektir.)*” bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte ilk derece mahkemesi hakimleri için, Yargıtay ve bölge adliye mahkemesi daire başkanları, bölge adliye mahkemesi daire başkanları ve üyeleri için Yargıtay daire başkanı kararı itiraza uğrayan hakim hakkında kanun yolu değerlendirme formu düzenleyecektir. Daire Başkanı tarafından verilen nota 28/5 maddesi uyarınca ilgili hakim tarafından itiraz edilebilecek, itiraz üzerine incelemeyi yapan daire oyçokluğuyla karar verecektir. Hakim ve savcılarının görevde mümtazen yükselbilmeleri için birinci ve ikinci bölgelerde çalışanlar bakımından en az 20, diğer bölgelerde çalışanlar bakımından en az 10 kanun yolu değerlendirme formu düzenlenmesi ve bunların % 80’inin “çok iyi” ve “iyi” olması şartı aranmaktadır¹⁵². Hakimlerin görevde yükselmelerinin istinaf veya temyiz mercilerince düzenlenmiş olan kanun yolu değerlendirme formlarına bağlı olması hakim bağımsızlığını zedelediği iddiasıyla ciddi eleştirilere uğramıştır¹⁵³. Not sistemine getirilen önemli eleştirilerden biri verilen notların objektif olarak gerekçelendirilmemesine ilişkindir. Hatta Yargıtay dairelerinde farklı kriterlere dayalı olarak not verildiği dahi ileri sürülmektedir¹⁵⁴. Bunun yanında hakimlerin alacakları not konusunda tedirgin olmaları ve bu nedenle iyi not alma kaygısıyla temyizen denetleme yapan hakimlere ve onların yorumlarına bağlı hale gelmelerinin yargı bağımsızlığından çok bağımlılığa yol açtığı belirtilmektedir¹⁵⁵. Bu

doğru tespiti, kanun yolu incelemesini gerçekleştiren merciler yapabilecektir. Bu itibarla kanun yolu incelemesi yapan mercilerce düzenlenecek kanun yolu değerlendirme formu, hâkim ve savcılarının dosyalardaki hukuki bilgi ve performanslarını ölçecek en etkili yoldur. Düzenlemeyle hâkim ve savcılarının, duruşmalara hazırlıklı çıkmaları, hukuki gelişmeleri takip etmeleri, soruşturma ve davaları makul sürede sonuçlandırmaları ve daha isabetli karar vermeleri amaçlanmaktadır.”
<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=201289&pkanunnumarasi=6723>
 (E.T.:24/03/2019)

¹⁵² Hakim ve savcılarının Derece Yükselmesi Esaslarına ilişkin İlke Kararı madde 10, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/2ea8a077-ba65-49c5-88cd-75dd042a8517.pdf> (E.T.:24/03/2019)

¹⁵³ Giegerich, s.32; Not sisteminin hakimler üzerindeki olumsuz etkisini bizzat yargı mensuplarının görüşleri üzerinden aktaran bir çalışma için bkz. Sancar/Atılğan, s. 62, 86-87

¹⁵⁴ Thomas Giegerich'den aktaran Otacı, s.161

¹⁵⁵ Otacı, s. 161

bakımdan terfi sisteminin hakimleri kuruma (Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemeleri) ve kurumsal görüşe (içtihat) bağlı hale getirdiği¹⁵⁶ ve bu durumun ise hakim bağımsızlığına zarar verdiği ifade edilebilir.

Yargı bağımsızlığı açısından üzerinde durulan bir başka mesele ise içtihatları birleştirme kararıdır. Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının, Yargıtay dairelerinin farklı içtihatlarını birleştirmek üzere verdikleri kararlar 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 45. maddesine göre “benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağla(yacaktır.)” İctihadı birleştirme kararının hakimi bağlayıcı nitelikte olması hakim bağımsızlığını zedelemesi ve hakimlerin özgür karar vermesinin önüne geçmesi nedeniyle eleştirilmektedir.¹⁵⁷ Bununla birlikte içtihadı birleştirme kararlarının mahkemeleri bağlamasının anayasaya aykırılık teşkil etmediği de ifade edilmiş, Anayasa Mahkemesi de 1968 tarihli kararında benzer bir görüşü benimsemiştir¹⁵⁸.

1.3.5. Yargı-Medya ve Kamuoyu İlişkileri

İfade özgürlüğü günümüzde demokratik toplumların olmazsa olmaz özellikleri arasında sayılmaktadır¹⁵⁹. Bu bakımdan ifade özgürlüğü demokrasinin işleyişi açısından hayati bir öneme sahiptir. Günümüzün karmaşık ve kalabalık toplumlarında ise bireysel ifade özgürlüğünün yerini büyük ölçüde kitle iletişim araçlarının aldığı ve en önemli sorunlardan birinin kitle iletişim araçlarının (medya)¹⁶⁰ özgürlüğü meselesi olduğu ifade edilmektedir¹⁶¹. Günümüzde medyanın özgürlüğü, ifade hürriyetinin özel bir görünüm şeklini oluşturmaktadır.

Medyanın, gerektiğinde siyasal iktidarı etkileme ve sınırlandırma işlevine sahip bulunan kamuoyunu oluşturmada bakımından da çok önemli bir etkisinin olduğu kabul edilmektedir¹⁶². Medyanın kamuoyunu oluşturma gücü, yargılama faaliyetini etkileme ihtimalini de bünyesinde barındırır¹⁶³. Günümüzde medyanın konusu suç teşkil eden haberlere

¹⁵⁶ Otacı, s. 160

¹⁵⁷ Özen, s.48; Demirkol, s. 119

¹⁵⁸“Türkiye’de adli yargı alanındaki hukuk uygulamalarında görüş birliğini sağlamak için Anayasa’nın 139. maddesi ile görevlendirilen Yüksek Mahkemenin bağlayıcı nitelikteki yorum kararının 132. maddenin ikinci fıkrası kapsamına giren bir genelge veya buyruk saymak bu yüksek mahkemeye verilen görevin gereklerine aykırı düşer.” Anayasa Mahkemesinin 1968/38 Esas, 1969/34 Karar sayılı kararı <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c5118a41-6bb8-4dcf-8585-295bcd465207?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T.:24/03/2019)

¹⁵⁹ Abdulkadir Pekel, “İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak ‘Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması’”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 18, sayı 2, 2014, s. 368

¹⁶⁰ Günümüzde medya kelimesiyle tüm kitle iletişim araçları kast edilmektedir.

¹⁶¹ A. Şeref Gözübüyük, A. Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.360

¹⁶² Nur Centel, “Dürüst Yargılama ve Medya Bakımında Demokrasi Kültürü”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, cilt 49, sayı 3, 1994, s. 57

¹⁶³ Yavuz, s.107

geniş bir ilgi duyduğu ifade edilmektedir¹⁶⁴. Medyanın kamuyu bilgilendirme ödevi karşısında soruşturmaya veya yargılamaya konu olabilecek olayların medyada yer almasını olağan karşılamak gerekir. Bununla birlikte medyanın yargılamaya konu bir uyuşmazlığı taraflı yayınlarla haberleştirip önyargılı bir kamuoyu oluşturarak, mahkemelerin tarafsızlığını bertaraf etmesi ve hakimleri etki altına alması da her zaman ihtimal dahilindedir¹⁶⁵. Bu gibi durumlarda hakim yargısal görevlerini yerine getirirken yayınların etkisinden uzak olmak zorundadır¹⁶⁶. İdeal olan durum bunu işaret etse de, hakimin yapılan yayınların etkisinden uzak olarak karar vermesi o kadar da kolay değildir. Hakimin yapılan yayınlardan her zaman için etkilenme ihtimali bulunmaktadır¹⁶⁷. Bu durumda medyanın kamuyu bilgilendirme ödevini kabul etmekle birlikte, medya mensubunun yargısal konuları haberleştirirken sınırsız bir özgürlüğe sahip olmadığını ifade etmek gerekir. Görülmekte olan bir davayla ilgili medya mensubunu adil yargılanma hakkının bağımsız ve tarafsız yargı unsuru sınırlamaktadır. Hakimin tarafsızlığını korumak için medyanın da yaratılan kamuoyundan kendisini uzak tutma yükümlülüğü vardır¹⁶⁸. Esasen zorluk da buradan kaynaklanmaktadır. Venedik Komisyonunun ve Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin birçok raporunda da bahsedildiği üzere basın özgürlüğü üstün ilkelere biri olmasının yanı sıra, yargı usullerinin de istenmeyen dış etkilerden korunması gerekmektedir. Zorluk neyin uygunsuz etki olduğunu tayin etmek ve adli süreci siyasetin, medyanın veya başkalarının baskı ve saptırmasına karşı koruma ihtiyacı ile kamu yararı ile ilgili konuların kamuoyunda ve özgür bir medyada tartışmanın yararlılığı arasında bir denge kurmak noktasında ortaya çıkmaktadır¹⁶⁹.

AİHS'nin 10. maddesinde de ifade özgürlüğü başlığı altında herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu ve bu hakkın haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsadığı ifade edilmiştir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında bu özgürlüğün görev ve sorumluluk yüklediği de ifade edilerek hangi durumlarda sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir. Sınırlama sebeplerinden biri ise, “yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına

¹⁶⁴ Centel, s. 58

¹⁶⁵ Centel, s.59

¹⁶⁶ Sibel İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, (İnceoğlu, Yargı) s.30

¹⁶⁷ Bu konuda Amerika’da yapılan bir deney örnek olarak gösterilebilir. “Bu araştırmalarda, düzmece bir jüri oluşturularak, deneklerin bir kısmına olay hakkındaki. taraflı, tek yanlı gazete haberleri, diğerlerine ise, objektif haberler okutulmuştur. Daha sonra. videodan duruşma aşaması izlettirilmiştir ve yapılan oylamada, tek yanlı gazete haberlerini okuyan jüri üyelerinin, diğerlerine oranla, sanığı suçlu kabul etmeye daha yatkın oldukları saptanmıştır.” Centel, s.59

¹⁶⁸ Eylem Ümit Atılğan, **Yargı Haberleri**, s.282, <http://ilefarsiv.com/etik/wp-content/uploads/yargi-haberleri.pdf> (E.T.:28/03/2019)

¹⁶⁹ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar Konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 1(2001) Sayılı Görüş, p. 63; Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin Hakimlerin Mesleki Davranışlarını Düzenleyen İlke ve Kurallar Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 3(2002) Sayılı Görüş, p. 40; Venedik Komisyonu, Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu(2010), p. 58-64

alınması” olarak ifade edilmiştir. Buna göre yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü ancak yasayla ve demokratik toplumun gereklerine uygun olarak sınırlanabilecektir¹⁷⁰.

Anayasamızda ise bu durum AİHS’deki gibi ifade özgürlüğü başlığı altında değil, müstakil bir düzenleme ile kendisine yer bulmuştur. Anayasanın 28. maddesinde basın hürriyeti başlığı ile basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. Maddenin 5. fıkrasında ise basın hürriyetinin “yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hakim tarafından verilen karar” ile sınırlandırılabil(eceği) ifade edilmiştir. Aynı şekilde 5187 sayılı Basın Kanunun 3/2 maddesinde “basın özgürlüğünün kullanılması(nın) ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlandırılabil(eceği)” düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’nin 277. maddesinde ise “görülmede olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı etkilemeye teşebbüs eden kişi(nin) cezalandırılır(acağı)” ifade edilerek yargı gücünün kullanılmasına uygunsuz etkilerle müdahale edilmesi yaptırıma bağlanmıştır. Şüphesiz ki bu düzenleme herkes için geçerli olduğu gibi basın mensupları için de geçerlidir.

Son olarak yargı medya ilişkileri bakımından önemli bir başka kurumun ise “basın sözcülüğü” olduğunu ifade edebiliriz. HSK’nin 2018 yılı performans programında medya ile ilişkilerin kurumsal yapıya kavuşturulması amacıyla basın sözcülüğünün kurulması ve adliyelerdeki basın sözcülüğü uygulamasının desteklenmesi hedefler arasında sayılmıştır¹⁷¹. Kamuoyunun medyada haber konusu olan veya konusu olacağı değerlendirilen olaylarda standartları önceden oluşturulacak şekilde toplumun haber alma özgürlüğüne hizmet edecek tarzda ve soruşturma-yargılama faaliyetine zarar vermeden kamuyu bilgilendirmenin önemli bir ihtiyaç haline geldiği ve bu ihtiyacın da adliyelerde görevlendirilecek basın sözcüsü hakim ve savcılarla yapılmasının kamuoyunun doğru bilgilendirilmesine önemli bir katkı sunacağı ifade edilmektedir¹⁷². Avrupa Konseyinin raporlarında da adli sistem içerisinde basın

¹⁷⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 375-377

¹⁷¹ HSK 2018 yılı Performans Programı, s.54 <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/b03a90c2-5dfa-4bf9-937f-a5019db616a8.pdf> (E.T.:29/03/2019)

¹⁷² Barış Duman, “Adliye Basın Sözcülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 101, 2012, s.313

sözcülüğü kurumunun oluşturulmasının yargı ve medya ilişkilerini daha sağlıklı bir zemine oturtacak olması nedeniyle tavsiye edildiği görülmektedir¹⁷³.

1.3.6. Yargılamanın Tarafları ile Yargı İlişkileri

Adil bir yargılama için yargı merciilerinin yargılamanın tarafları karşısındaki bağımsızlık ve tarafsızlığının da sağlanması gerekir¹⁷⁴. Hatta hakimin tarafsızlığı konusunda dava taraflarında oluşması muhtemel şüpheleri gidermek için de çaba sarf edilmelidir¹⁷⁵. Bangalor Yargı Etiği İlkelerine göre hakim karara bağlamak durumunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsız olmalıdır¹⁷⁶. Yine hakim dava taraflarının yargı ve hakim tarafsızlığına duyduğu güveni koruyacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır¹⁷⁷. Bu durumlara uyulmadığı takdirde adil yargılama hakkının bir gereği olarak hukuk sistemleri taraflara yargılamayı gerçekleştiren hakimleri reddetmek de dahil olmak üzere bazı imkanlar tanımlanmıştır.

6100 sayılı HMK de hakimin taraflar karşısındaki tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 6100 sayılı HMK'nin 34. maddesinde¹⁷⁸ yasaklılık sebepleri sayılmıştır. Kanun maddesine göre, hakim doğrudan ya da dolaylı bir şekilde ilgili olduğu bir davaya veya yakın akrabalarının davalarına bakamayacak, bu davalardan çekinmek zorunda kalacaktır. Zira birçok hukuk sisteminde de vücut bulan bir ilkeye göre “Kimse kendi davasının yargıci olamaz¹⁷⁹.” Bu durumda hakimin tarafsızlığını zedeleyen mutlak bir hal bulunmakta olup, hakimin davaya bakması tarafsızlığın kesin ihlalidir. Tarafların talebi olmasa dahi hakim davadan çekilmek zorundadır. Kanunun 35. maddesinde ise hakimin davadan çekilmediği durumlarda üst mahkemece yapılacak tüm işlemlerin iptal olacağı ve hatta hakimin bu durumda yargılama giderlerine dahi mahkum edilebileceği hüküm altına

¹⁷³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 12(2010) sayılı Tavsiye Kararı, p.19 ; Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 3(2002) Sayılı Görüşü, p. 40; Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 18 (2015) Sayılı Görüşü, p. 32; **Giegerich**, s. 31

¹⁷⁴ **Yavuz**, s.112

¹⁷⁵ **Ünal**, s.17

¹⁷⁶ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, İlke 1.2

¹⁷⁷ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, İlke 2.2

¹⁷⁸ Madde 34:Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır:

- a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada.
- b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında.
- c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında
- d) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında
- e) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında.
- f) Nişanlısının davasında.
- g) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada.

¹⁷⁹ Topuz/Konan, s.769; Yavuz, s.115; İnceoğlu, Yargı, s. 41

alınmıştır. Aynı Kanunun 36. maddesinde¹⁸⁰ ise, hakim reddi sebepleri sayılmıştır. Kanun özellikle hakim taraflardan birine yol göstermesi, görüşünü açıklaması veya taraflardan biri ile arasında düşmanlık bulunmasını hakim reddi sebebi olarak değerlendirmiş ve bu durumda taraflara hakimi reddetme hakkı tanımıştır. Hakim ise böyle bir durumda davadan çekilebileceğini düzenleme altına almıştır. Kanun tahdidi olarak hakim reddi sebeplerini saymamış, kanunda sayılı haller dışında somut olayın özelliklerine göre hakim tarafsızlığından şüphe edilebilecek bir durumda hakim reddi sebebinin varlığını kabul etmiştir. Hakim reddi sebepleri mutlak bir tarafsızlık ihlali olarak değerlendirilmemiş, ancak tarafların hakimi reddedebileceği veya hakim de bu tür davalarda çekilebileceğini düzenleme altına almıştır. Kanuna göre hakim reddi belli bir sürede ileri sürülmediği takdirde dinlenemeyecektir.

5271 sayılı CMK'de de hakim tarafsızlığını zedeleyen durumları düzenlemiştir. CMK'nin 22. maddesinde¹⁸¹ hakim davaya bakamayacağı haller düzenleme altına alınmıştır. Suçtan kendisinin zarar görmesi veya yakın akrabalarının şüpheli, sanık veya mağdur olmaları durumunda hakim bu davaya bakamayacaktır. Aynı zamanda yargılamaya konu davanın soruşturma veya yargılama aşamasında başka bir görev (tanıklık, bilirkişilik, müdafilik, vekillik, adli, kolluk) yapmışsa da hakim bu davaya bakamayacaktır. Bu düzenleme de mutlak bir düzenleme olup, hakim bu gibi durumlarda davadan çekilmesi gerekmektedir. Bu durumda hakim davaya bakmaya devam etmesi tarafsızlığının açık bir ihlalidir. Kanunun 23. maddesinde ise, bir karar veya hükme katılan hakim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamayacağı, aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hakim, kovuşturma evresinde görev yapamayacağı, yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hakim,

¹⁸⁰ Madde 36: Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir:

- a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması.
- 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 bulunması.

¹⁸¹ Madde 22: Hakim;

- a) Suçtan kendisi zarar görmüşse,
 - b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa,
 - c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,
 - d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme bağlantısı varsa,
 - e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı 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 görevini yapamaz.

aynı işte görev alamayacağı düzenleme altına alınmıştır. 24. maddede ise herhangi bir örnek sıralanmadan hakimın tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek durumlarda hakimın reddinin istenebileceği düzenlenmiştir. Ancak bu durumda da hakimın reddinin istenebilmesi belli sürelerle tabi tutulmuş, bu sürelerin geçirilmesi halinde hakimın reddi isteminin incelenmeden geri çevrileceği ifade edilmiştir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 46 maddesinde de hakim tarafsızlığını sağlamak amacıyla karı – koca, ikinci derece dahil kan ve sıhri hısımların bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Yargıtay’da eşlerden birinin hazırladığı iddianame üzerine açılan davada kovuşturma ve hüküm aşamasına diğer eşin katılamayacağına karar vermiştir¹⁸².

Tüm bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere kanunlarımızda yargılamaya katılan hakimlerin doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgili oldukları uyuşmazlıklara bakmaları yasaklanmış, ancak kendisi ile ilgili olmamakla birlikte tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek bir durumda bulunan hakimın o davaya bakması ancak tarafların itirazına bırakılmıştır.

1.4. Yargı Bağımsızlığı İçin Önemli Bir Güvence: Hakimlik Teminatı

1.4.1. Genel Olarak

Yukarıda yargının dışarıdan ve içeriden gelecek uygunsuz etkilere karşı bağımsız olması gerektiğine dair açıklamalar yapılmıştı. Yargıya yapılacak uygunsuz müdahaleleri düzenlemek tek başına bir işe yaramaz. Bu müdahalelere karşı hakimlerin bazı teminatlara sahip olması, hakimleri yapılması muhtemel uygunsuz müdahalelere karşı daha bağımsız hale getirir. Bu bakımdan bağımsızlık nihai olarak tarafsızlığı sağlamaya yönelik bir araç, hakimlik teminatı da bağımsızlığı sağlamaya yönelik bir araç olarak değerlendirilebilir¹⁸³. Hakim bağımsızlığı ile hakimlik teminatı birbirini tamamlayan kavramlardır¹⁸⁴. Hatta Alman hukukunda maddi ve kişisel bağımsızlık ayrımının yapıldığı, maddi bağımsızlıkla yargı organına dışarıdan yapılacak müdahalelerden yargı organının bağımsızlığının, kişisel bağımsızlıkla ise hakimlere tanınan güvencelerin ve teminatların ifade edildiği belirtilmektedir¹⁸⁵. Hakimlere tanınan bu teminatlar bir imtiyaz olarak değerlendirilemez. Bu teminatlar adaletin tesisi için hakimlerin serbestçe ve tarafsızca karar vermesi amacıyla getirilmiştir¹⁸⁶. Anayasa Mahkemesi de bu durumu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: “Hakimlik güvencesi, hakimlere tanınan bir ayrıcalık olmayıp, görevlerini tam bir yansızlık

¹⁸² Topuz/Konan, s.780

¹⁸³ Yavuz, s. 144

¹⁸⁴ Kırmaz, s.100; Ünal, s.21

¹⁸⁵ Metin, s.223-224

¹⁸⁶ Kapani, s.85-86

içinde ve doyurucu biçimde yapmalarını sağlayarak mahkemelere başvuran yurttaşlara bu hususlarda güven duyuran bir kurumdur. Gözetilen, hakim değil, halkın, kamunun yararadır. Hakimlere, Anayasa'nın öngördüğü düzeyde ve doğrultuda çalışma yapmak olanağını veren güvence, yargı bağımsızlığının olmazsa olmaz koşuludur. Bağımsızlığı güvenceyle pekiştirilmeyen yargının varlığı önemsizdir¹⁸⁷.”

Yargının tarafsız ve bağımsız olmasını sağlayacak en önemli teminatın hakimlerin ahlak ve seciyeleri olduğu ifade edilse de, bunun yanında hakimlerin özellikle yürütme organı karşısındaki bağımsızlıklarını sağlayabilmek için hakimlik teminatına ihtiyaç vardır¹⁸⁸. Hakimlik teminatı dar ve geniş anlamda olmak üzere iki biçimde değerlendirilebilir. Dar anlamda teminat, hakimlerin azledilememesini, geniş anlamda teminat ise, azledilememe yanında kanunda gösterilen haller dışında geçici de olsa görevlerinden alınamamaları, rızaları olmaksızın yerlerinin değiştirilememesi, emekliye sevkedilememeleri ve maaşlarından mahrum edilememeleri olarak belirtilmektedir¹⁸⁹. Anayasamızın 139. maddesinde de hakimlik teminatının kapsamı şu şekilde belirlenmiştir:” Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayırlamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.” Ancak maddenin ikinci fıkrasında “meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklı” tutulmuştur. Hakimlik teminatının en üst düzey iç hukuk metni olan Anayasada düzenlenmesi yargı bağımsızlığı açısından önemli bir adım olarak nitelenebilir¹⁹⁰.

Anayasamızda hakimlik teminatı düzenlenirken hakimlik teminatının kapsamı; hakimlerin azledilememesi, Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayırlamaması ve bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle özlük haklarından yoksun bırakılamaması olarak belirlenmiştir. Ülkemizde, hakimlik teminatı kapsamında değerlendirilen coğrafi teminat, hakimlere tanınmamıştır. Coğrafi teminat, hakimlerin kendi isteği dışında görev yaptığı yerden başka bir yere tayin edilememeleri anlamına gelir¹⁹¹. Anayasamızın 140/3

¹⁸⁷ AYM 1988/32 E. 1989/10 K. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/937c542e-f2a3-4825-a652-f185ccd45aef?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T.:31/03/2019)

¹⁸⁸ **Kapani**, s.83-84; Yavuz, s.144; Münci Kapani, hakimlik teminatını hakimlerin yürütme organı karşısındaki bağımsızlıklarını sağlamaya yönelik bir müessese olarak değerlendirmektedir.

¹⁸⁹ **Kapani**, s. 84

¹⁹⁰ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 1 (2001) sayılı görüşü 16. paragrafında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:”Hakimlerin azledilememesi, en üst düzey iç hukuk düzenlemelerinde yer alan bağımsızlık kavramının açık bir unsuru olmalıdır.”

¹⁹¹ Ömer Sever, **Hakim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s.105,

maddesinde hakimlerin görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 35. maddesine göre hakim ve savcılar, HSK'nin hazırlayacağı Atama ve Nakil Yönetmeliğine uygun olarak, aynı veya başka yerlerdeki eşit veya daha üst görevlere kazanılmış hak, aylık ve kadro dereceleriyle naklen atanırlar. Yine aynı kanunun 47 maddesine göre ise, HSK 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 ise hizmetin aksamaması için Adalet Bakanı, kadro durumu müsait bulunan bir yargı çevresindeki hakim veya savcını ihtiyaç duyulan başka bir yargı çevresinde görev yapmak üzere geçici olarak yetkili kılabilir. Ayrıca; Adalet Bakanı, adli ara verme süresinde HSK'nin onayına sunmadan verdiği geçici yetkileri kaldırabilir. Bu takdirde verilen karar, Kurulun ilk toplantısında onaya sunulur. Yine aynı Kanunun 77. maddesine göre hakkında soruşturma yapılan hakim ve savcının göreve devamının, soruşturmanın selametine yahut yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceğine kanaat getirilirse, HSK tarafından geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırılmasına veya soruşturmanın sonuçlanmasına kadar geçici yetki ile bir başka yargı çevresinde görevlendirilmesine karar verilebilir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere ülkemizde coğrafi yer teminatı tanınmamakla birlikte hakimlerin tayini ve görev yerlerinin geçici olarak değiştirilmesi konusunda HSK'ye yetkiler tanınmıştır. Coğrafi yer teminatının bulunmamasının mutlak manada hakim bağımsızlığını zedelediğini ifade eden görüşler bulunmaktadır¹⁹². Venedik Komisyonunun raporları ve Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin bazı görüşlerinde ise hakimlerin görev yerlerinin kendi rızaları dışında değiştirilmemesi ancak istisnai durumlarda bu yola başvurulması gerektiği savunulmuştur¹⁹³. Bu bakımdan coğrafi teminatın tanınmasının hakim bağımsızlığını güçlendireceğini ifade etmekle birlikte, coğrafi teminatın tanınmaması halinde ise önceden kesin bir şekilde belirlenmiş kaidelere göre bağımsız kurullar tarafından hakimlerin görev yerlerinin değiştirilmesi esasının uygulanması düşünülmelidir¹⁹⁴.

<http://acikerisim.istanbul.edu.tr/bitstream/handle/123456789/26974/43120.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

(E.T.:31/03/2019); Kırmaz, s.112

¹⁹² Kırmaz, s.113; Yavuz, s.148

¹⁹³ Venedik Komisyonu, Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu(2010), p. 43; Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 18 (2015) Sayılı Görüşü, p. 32

¹⁹⁴ Kırmaz, s.113

1.4.2. Hakim ve Savcıların Azledilememesi

Azledilemezlik, hakimler için sağlanmış en önemli teminat olarak nitelenebilir. Azletmek kelimesinin sözlükteki karşılığı işten çıkarmak, görevine son vermektir¹⁹⁵. Bu nedenle azledilemezlik teminatının görev teminatı olarak nitelendirildiği de olmuştur¹⁹⁶. Azledilemezlik teminatı ile hakimler görevlerini, işlerine son verileceği korkusu olmaksızın bağımsız ve tarafsız bir şekilde yapma güvencesine kavuşmaktadırlar. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, dar anlamda hakimlik teminatı ile azledilemezlik teminatı anlatılmaktadır. Avrupa Konseyinin raporlarında da hakimlik teminatı, azledilemezlik güvencesi ile sürekli bir şekilde yan yana kullanılmıştır¹⁹⁷. Anayasamızın 139. maddesinde hakimlik teminatlarını sayarken ilk olarak hakimler ve savcılar azlolanamayacaklarını ifade etmiştir. Azledilemezlik teminatı bu kadar önemli bir teminat olmasına rağmen mutlak bir teminat değildir. Neredeyse tüm hukuk sistemlerinde bu teminata çeşitli istisnalar getirilmiş ve bazı durumlarda hakimlerin azledilebileceklerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir¹⁹⁸. Aksi bir durumda, eğer hakimlere mutlak bir azledilemezlik teminatı sağlanırsa hakim ve savcılar keyfi davranışlarının önüne geçmenin mümkün olmayacağı ifade edilmektedir¹⁹⁹. Ancak azledilemezlik teminatının bir anlam ifade edebilmesi için hakimlerin görevlerine son verilmesine ilişkin düzenlemelerin, istisnai durumlarda ve kanunla belirlenmiş usuller çerçevesinde uygulanması gerekmektedir²⁰⁰. Anayasamızın 139. maddesinde de hakimlerin azledilemeyeceği düzenlendikten sonra maddenin ikinci fıkrasında “meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler” azledilemezlik teminatının istisnası olarak belirlenmiştir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 69. maddesinde disiplin cezaları üst başlığının altında meslekten çıkarma cezası düzenlenmiştir. Hakimler ve savcılar hakkındaki meslekten çıkarma kararlarını HSK verecektir. Maddenin 1. fıkrasında meslekten çıkarmanın, bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesini ifade ettiği belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise; “68 inci maddenin (e) bendinde yazılı hallerden dolayı hangi sınıf ve derecede olursa olsun iki defa, diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası almış olmak veya taksirli suçlar hariç olmak üzere, altı aydan fazla hapis veya affa uğramış

¹⁹⁵ İlhan Ayverdi, **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, Kubbealtı Neşriyat, 2011

¹⁹⁶ **Demirkol**, s.180

¹⁹⁷ Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 12(2010) sayılı Tavsiye Kararı, p. 49-52; Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 1 (2001) sayılı görüşü p. 57-60

¹⁹⁸ **Ünal**, s.30; **Kapani**, s.96-99

¹⁹⁹ **Yavuz**, s. 150

²⁰⁰ **Yavuz**, s.149; **Kapani**, s. 96

olsa bile 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan biri ile kesin hüküm giymek meslekten çıkarılmayı gerektirir. Ancak, verilen cezanın 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan dolayı verilmemiş olması ve cezanın ertelenmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki tedbirlerden birine çevrilmiş veya yüzseksen günden fazla adli para cezası olması halinde meslekten çıkarma cezası yerine, yer değiştirme cezası veril(eceği)” düzenlenmiştir. Kanunun 8 maddesinin (h) bendinde düzenlenen ve meslekten çıkarılmayı gerektiren suçlar ise şunlardır: “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 veya kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçları.” 69. maddenin 4. fıkrasına göre ise, “Hükümlülüğü gerektiren suç, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güveni gideren nitelikte görülürse, Kanunda daha alt derecede bir disiplin cezası öngörülmemiş olmak kaydıyla, cezanın miktarına ve ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlerden birine çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, meslekten çıkarma cezası veril(ecektir.)” Maddenin 5. fıkrasında ise, meslekten çıkarma sebeplerini genişletici bir hükme yer verilmiştir. Buna göre “Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası veril(ebilecektir.)” Meslekten çıkarma kararlarının yürütmeden bağımsız olan Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından verilmesi azledilmezlik teminatı için bir güvence sayılabilir. Ancak Kanunun 69/5 maddesinde yer alan, konusu suç teşkil etmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikteki tüm fiillerin meslekten çıkarma cezasına gerekçe olmasının azledilemezlik ilkesini zedelediği ifade edilmektedir²⁰¹. Bu sakıncanın önüne geçmenin yollarından biri olarak ise, mesleğin onur ve şerefiyle bağdaşmayan fiillerin neler olduğunun somut olarak tespit edilmesinden geçtiği belirtilmektedir²⁰².

Ülkemizde yakın bir zamanda azledilmezlik teminatının istisnası kapsamında bazı hakim ve savcılarının görevlerine son verildiğine dair örnekler yaşanmıştır. Özellikle 15 Temmuz 2016 tarihinde ülkemizde gerçekleşen darbe teşebbüsü²⁰³ sonrasında, bu darbe teşebbüsünü gerçekleştiren örgüte mensup veya bu örgütle irtibat ve iltisaklı olan bir çok

²⁰¹ Kırmaz, s.108-109; Yavuz, s.160

²⁰² Yavuz, s.160

²⁰³ Darbe girişimi Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) olarak isimlendirilen bir örgüt tarafından gerçekleştirilmiş ve darbe girişiminde 250 vatandaşımız şehit olmuştur. Darbe girişiminde yaşananlar ve darbe girişimi sonrası hazırlanan iddianameler üzerinden FETÖ ile darbe girişimi arasındaki bağı anlatan bir çalışma için bkz. <https://setav.org/assets/uploads/2017/07/Rapor87.pdf> (E.T.:05/04/2019)

hakim savcının görevine son verilmiştir. Darbe girişiminden hemen sonra 20/07/2016 tarihinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 21/07/2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle Anayasanın 120. maddesi uyarınca olağanüstü hal ilan edilmiştir²⁰⁴. Olağanüstü Hal kapsamında bazı kanun hükmünde kararnameler çıkarılmıştır. Bunlardan biri olan 23/07/2016 tarihinde Resmi Gazete yayımlanarak yürürlüğe giren 667 Sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/1'inci maddesinde; 'Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca; Yargıtay daire başkanı ve üyeleri hakkında Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca; Danıştay daire başkanı ve üyeleri hakkında Danıştay Başkanlık Kurulunca; hakim ve savcılar hakkında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunca ve Sayıştay meslek mensupları hakkında Sayıştay Başkanının başkanlığında, başkan yardımcıları ile Sayıştay Başkanı tarafından belirlenecek bir daire başkanı ve bir üyeden oluşan komisyonca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir...' düzenlemesine yer verilmiştir²⁰⁵. Bu düzenleme uyarınca 24/08/2016 tarihinde toplanan HSYK'nin 2016/426 Karar sayılı kararı ile 2847 hakim ve savcının meslekten çıkarılmalarına karar verilmiştir²⁰⁶. Bu kararın sonrasında da farklı tarihlerde toplanan HSYK tarafından verilen kararlarla darbe girişimini gerçekleştiren örgüt ile irtibatlı birçok hakim ve savcının meslekten çıkarılmalarına karar verilmiştir²⁰⁷. Kararlarda, örgütün hakimlik sınavı sorularını usulsüz bir şekilde ele geçirerek örgüt mensuplarına vermesi ve örgüt mensuplarının hakim ve

²⁰⁴ Olağanüstü Hal Resmi Gazetenin 21/07/2016 tarihli sayısında yayımlanmıştır.

²⁰⁵ Kanunun 3. maddesinin gerekçesi ise şu şekildedir: "Anayasanın 139 uncu maddesinde hâkimlik ve savcılık teminatı düzenlenerek azlolunamayacakları hükme bağlanmış ise de, aynı maddede meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklı tutulmuştur. Benzer düzenleme 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 44 üncü maddesinde de yer almaktadır. 15/07/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve kalkışmanın sorumlusu olan FETÖ/PDY ile bağlantılı yargı mensuplarının görevde tutulmaları en başta yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Anayasanın 138 inci maddesine göre Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre hüküm verme ödevi altındaki yargı mensuplarının bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesiyle hiçbir biçimde bağdaşmayacak yapılanmaların içine girmesi, örgüt hiyerarşisi içinde ve ideolojik bağlılık duygularıyla hareket etmesi en başta yargının saygınlığı ve güvenilirliğine zarar vermektedir. Devlet organizasyonu dışındaki başka bir hiyerarşik yapının talimatlarına boyun eğen yargı mensuplarının varlığı, vatandaşların yine Anayasanın teminatı altındaki adil yargılanma hakkı önünde büyük bir engel teşkil etmektedir. Bu nedenlerle, belirtilen türde irtibatları değerlendirilen yargı mensuplarının meslekte kalmalarının doğuracağı sakıncaları gidermek amacıyla, Anayasanın 139 uncu maddesinin ikinci fıkrasında tanınan takdir hakkı da gözetilerek bu düzenleme yapılmaktadır."

²⁰⁶ HSYK'nin 24/08/2016 tarih 2016/426 sayılı kararı, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/karar.pdf> (E.T.:05/04/2019)

²⁰⁷ Adalet Bakanı 05/04/2018 tarihinde yaptığı açıklamada FETÖ ile bağlantılı 4.000 hakim ve savcının ihraç edildiğini açıklamıştır. <https://www.aa.com.tr/tr/politika/adalet-bakani-gul-yaklasik-4-bin-fetocu-hakim-savci-ihrac-edildi/1109367> (E.T.:05/04/2019)

savcı olmalarını sağlaması, adaylık döneminde örgüt mensubu hakim ve savcılarının sorumlu ağabeyleri veya ablalarının nezaretinde örgüte ait evlerde kalmaları, Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın örgüte mensup olmayan hakimler için bir silah olarak kullanılması, 2014 yılındaki HSYK seçimlerinde örgüt lideri Fetullah Gülen'in talimatı ile örgüte mensup adayların seçimi kazanması için çalışılması, örgüte mensup hakim ve savcılarının örgütün çıkar ve menfaatlerini gözeterek kararlar vermeleri²⁰⁸ ve bunun gibi birçok usulsüzlüğe ilişkin örgüte mensup hakim ve savcılarının itirafları da dahil olmak üzere çeşitli delillere dayanan vakıalara yer verilmiştir²⁰⁹.

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi tarafından Avrupa Konseyine üye devletlerdeki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının değerlendirildiği 2017 tarihli raporda Türkiye de değinilmiş ve darbe girişimi sonrasında çok sayıda hakim ve savcının ihracı da raporda kendisine yer bulmuştur. Konseyin raporunda azledilmezlik teminatının yargı bağımsızlığının temel unsuru olduğu belirtilmiş ve görevden alınma kararlarının darbe girişimi ile bağlantılı olan hakimler bakımından uygulanması gerektiği ifade edilmiştir²¹⁰. Ayrıca raporda meslekten çıkarma kararlarının bireyselleştirilmeden uygulanmasının diğer hakimler üzerinde “soğutma etkisi²¹¹” oluşturacağı ve bu durumun da yargı bağımsızlığını olumsuz etkileyeceği belirtilmiştir²¹². Raporda meslekten çıkarma kararlarına karşı Danıştay'a başvuru yolunun açılması ise olumlu bir adım olarak nitelenmiştir²¹³. Gerçekten de 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11/2 maddesi ile meslekten çıkarılmalarına karar verilen hakim ve savcılara, bu kararlara karşı ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'a dava açma hakkı

²⁰⁸ Örgütün çıkar ve menfaatini gözeterek kararlara verilebilecek en bariz örnek İstanbul Hakimî İlhan Karagöz'ün 04/07/2016 tarihinde vermiş olduğu karardır. Balyoz davası bilirkişilerinin bilirkişilik görevini kötüye kullanma suçundan yargılandıkları davada hakim, kararının gerekçesinde kararla hiçbir ilgisi bulunmayan şu ifadelere de yer vermiştir: “İşte buradan ilan ediyoruz, Fetullah Gülen Hocaefendi Son Peygamber Hazreti Muhammed Mustafa Sallallahu Aleyhivesellem Efendimizin kendi soyundan ehl-i Beytinden geleceğini haber verdiği ve bizim de hem Hazreti Ali ve hem de yine El-i Beytten olan Abdülkadir Geylani Hazretlerinin kitaplarından aktardığımız gibi o seçilmiş bir kişi olur ve Hazreti Ebubekir, Hazreti Ömer, Hazreti Osman ve Hazreti Ali Peygamber Efendimizin halifeleri iken, Mehdi Aleyhisselam ayrı ve özel olarak son kez insanlığı doğru yola sevk ederek yanlışlıkları gösterecek özel bir insan olduğu için her ne kadar harikuladeliği ve kerametleri olacak ise de zaten ortaya çıktığında birçok kişi hazır beklediği için ona biat edecek ve derhal tamir ve onarıma başlayacak ve kendisi her türlü hareket serbestisine sahip olduğu için nasıl ve ne şekilde davranacağını ve insanların nasıl yönlendirileceğini bildiği için Allah'ın Halifesi olarak Huruc edecektir.” HSYK kararı, s. 9

²⁰⁹ HSYK Kararı, s.16-25

²¹⁰ Consultative Council of European Judges, Report on Judicial Independence and Impartiality in the Council of Europe Member States in 2017, p. 88, <https://rm.coe.int/2017-report-situation-of-judges-in-member-states/1680786ae1> (E.T.:05/04/2019)

²¹¹ Aynı kavram Venedik Komisyonunun 15 Temmuz Darbe Girişimi ile ilgili raporunda da yer almıştır. Bkz. Venedik Komisyonu, 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ila 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Görüş, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur) (E.T.:06/04/2019)

²¹² Report on Judicial Independence and Impartiality in the Council of Europe Member States in 2017, p. 96

²¹³ Report on Judicial Independence and Impartiality in the Council of Europe Member States in 2017, p. 98

tanınmıştır²¹⁴. 01/02/2018 tarihinde kabul edilen 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 11/2 maddesi ile ise, bu durum yasal bir zemine kavuşmuştur. Meslekten çıkarma kararlarına karşı etkili bir iç hukuk yolunun bulunması azledilemezlik teminatı bakımından da önemli bir güvence oluşturmaktadır.

1.4.3. Kendileri İstemedikçe Emekliye Ayrılamamaları

Hakim ve savcıların kendileri istemedikçe emekliye ayrılamamalarına ilişkin teminat özellikle yasama ve yürütme organı tarafından re'sen emekli edilememelerini kapsayan bir güvencedir. Hakim ve savcılara bu güvence verilmediği takdirde yürütme ya da yasamaya dolaylı olarak hakim veya savcılar azledilme imkanı tanınmış olacaktır²¹⁵. Ancak bu teminat hakimlerin hayatları boyunca hakimlik görevlerini sürdürebilecekleri anlamına da gelmez. Hakimlerin herhangi bir yaş sınırı olmaksızın hayat boyu görevde kalmalarının bağımsızlığa olumlu katkısının olduğu ifade edilse de, bu durumun yaşlılık nedeniyle bedeni ve fikri melekeleri bakımından vazifelerini gereği gibi yapamayacak olanların görevlerini terk etmeme temayülünü doğurması bakımından sakıncalarının da bulunduğu dile getirilmiştir²¹⁶. Belirli bir yaşa gelinceye kadar görevinden uzaklaştırılmayacağını bilmek hakimlik teminatı için yeterli bir güvence sayılmaktadır. Bu durumda hakimin görevini bağımsızca yapmak için teminata sahip olduğu söylenebilir²¹⁷. Hakimlerin emeklilik yaşları her hukuk sisteminde kendine özgü bir düzenleme alanı bulmuştur²¹⁸. Anayasamızın 139 maddesinde ise hakimlerin ve savcılarının kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacaklarına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş, 140/5 maddesinde ise hakim ve savcılarının 65 yaşını bitirinceye kadar hizmet görecekları belirtilmiştir. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 44. maddesinde de bu düzenleme tekrar edilerek hakim ve savcılarının 65 yaşından önce emekliye sevkedilemeyecekleri ifade edilmiştir. Avrupa Konseyi ve Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin raporlarına göre de mecburi emeklilik yaşına ulaşıncaya

²¹⁴ Madde şu şekildedir:” 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinin birinci fıkrası ile 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilenler, kararın kesinleşmesinden itibaren altmış gün içinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’a dava açabilir.”

²¹⁵ **Yavuz**, s.160

²¹⁶ **Yılmaz**, s. 133-134; **Kapani**, s.101-102

²¹⁷ **Kapani**, s.101

²¹⁸ Almanya’da 65 yaş sınır olarak kabul edilmiş, Fransa’da bu yaş sınırı 67 olarak belirlenmiş, İngiltere’de ise Sulh Hakimleri için 70, Yüksek Mahkemeler ve İstinaf Mahkemeleri hakimleri için 75 yaş sınırı emeklilik için belirlenmiştir. Bkz. **Ünal**, s.38-39

kadar hakimlik teminatının sağlanması yargı bağımsızlığının temel unsurlarından biridir²¹⁹. Yine Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığın Temel İlkelerinde de hakimlerin zorunlu emeklilik yaşına kadar görev yapmalarının güvence altına alınması gerektiği vurgulanmıştır²²⁰. Tüm bu ulusal ve uluslararası metinlerde de açıkça ifade edildiği üzere hakimlerin önceden belirlenmiş bir yaş sınırına kadar görev yapmaları ve bu yaş sınırına gelmeden görevden alınamamalarının önemli bir hakimlik teminatı olmasının yanı sıra hakimlerin bağımsız bir şekilde görev yapmaları için de elzem olduğunu söylemek mümkündür.

1.4.4. Aylık, Ödenek ve Diğer Özlük Haklarından Mahrum Bırakılamaması

Hakimlerin verdikleri veya verecekleri kararlar sebebiyle aylık ve ödeneklerinden mahrum bırakılmaması hususu da hakimlik teminatı arasında yer almaktadır. Maaş ve ödenek teminatının da azledilmezlik teminatı ile bağlantısı olduğu ifade edilmiş ve doğrudan hakim azledilmesi yetkisi tanınmasa bile hakimlerin ödeneğini ve alacakları maaşı belirleyen siyasi iradenin, ödeneği kısmak suretiyle hakimleri istifaya zorlayarak azildeki hedefe dolaylı olarak da olsa ulaşabileceği belirtilmiştir²²¹. Hakimin bağımsızlığının, maddi ve ekonomik bir boyutunun bulunduğu, hakim adalet dağıtırken maddi endişelerden kurtulması için kendisine tatmin edici bir maaş verilmesi gerektiği söylenebilir²²². Bu bakımdan yürütmenin keyfi olarak müdahale edemeyeceği, kanun tarafından sabit bir biçimde belirlenmiş ve ülkedeki hayat pahalılığı oranında yükseltilem maaş hakkı, hakimlerin bağımsızlığı için elzem bir durumu işaret etmektedir²²³. Anayasamızın hakimlik ve savcılık teminatının düzenlendiği 139. maddesinde de hakimlerin bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle dahi olsa hakimlerin aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından mahrum edilemeyecekleri açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenleme 2802 sayılı Kanunun 44. maddesine de aynen aktarılmıştır. Aynı kanunun 45. maddesinde ise “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.” düzenlemesine yer verilmiştir. Hakimlerin aldıkları maaş konusunun önemine binaen uluslararası belgelerde de bu hususa yer verilmiştir. Avrupa Konseyi ve Avrupa Hakimleri

²¹⁹ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar Konusunda 1(2001) Sayılı Görüşü, p. 52; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, p. 49

²²⁰ Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, ilke 12

²²¹ Yavuz, s.163-164; Ünal, s.40

²²² Kapani, s.4

²²³ İnceoğlu, Yargı, s.23

Danışma Konseyine göre, hakimlerin maaşlarını düzenleyen sistemin temel kuralları kanunla belirlenmeli ve hakimler meslekleri ve sorumlulukları ile orantılı bir maaş almalıdırlar²²⁴. Venedik Komisyonu da hakimlerin sorumlulukları ile orantılı bir biçimde maaş almaları gerektiği hususunu tekrar etmiştir. Bunun yanında dağıtımı takdir payına bağlı olan ikramiyelerin ve ayni yardımların sübjektif kıstasların uygulanmasına sebebiyet vermesi nedeniyle ortadan kaldırılmasını ve yerine herkes için uygun seviyede maddi yardım yapılmasını tavsiye etmektedir²²⁵.

Aylık ve ödenek dışında Anayasamızın 159/12 maddesine göre hakim ve savcıların istemedikleri sürece idari bir göreve atanmama teminatları da bulunmaktadır. Hakim ve savcılar ancak muvafakatleri alındığı takdirde Adalet Bakanlığında idari bir göreve atanabileceklerdir. Bu durumun da hakimlik teminatı için önemli bir güvence sağladığını ifade edebiliriz.

1.5. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Açısından Üst Kurullar ve Yüksek Yargı Mercilerinin Değerlendirilmesi

Yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması bakımından yüksek yargı mercileri ve yargısal üst kurullar da çok büyük bir görev üstlenmektedirler. Yüksek yargı mercilerinin yargısal denetim gerçekleştirmek suretiyle, yargısal üst kurulların ise hakimlerin idari denetimlerini gerçekleştirmek suretiyle yargı teşkilatı bakımından önemli yetkilere sahip oldukları ifade edilebilir.

1.5.1. Hakimler ve Savcılar İçin Bir Üst Kurul Olarak: Hakimler ve Savcılar Kurulu

1.5.1.1. Genel Olarak

Çalışmamızın şimdiye kadarki bölümünde yargının tarafsızlığının yargının asli ve kurucu unsuru olduğunu, tarafsızlığı sağlamak içinse yargının bağımsızlığını sağlamak gerektiğini ifade etmeye çalıştık. Yargının dışarıdan ve içeriden gelecek uygunsuz etkilere karşı bağımsız olması ve hakimlerin görevlerini yaparken bazı teminatlara sahip olmaları yargı bağımsızlığının vazgeçilmez unsurlarıdır. Ancak yine de yargı bağımsızlığı için yeterli değildir. Ne kadar anayasal ve yasal güvenceler getirilirse getirilsin bu anayasal ve yasal güvenceleri hayata geçirecek bir sistem kurulmazsa, anayasal ve yasal güvenceler gerçek manada yargı bağımsızlığını sağlayamaz. Bunun için şu sorulara cevap aramak gerekecektir:

²²⁴ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar Konusunda 1(2001) Sayılı Görüşü, p. 61; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, p. 53-54

²²⁵ Venedik Komisyonu Yargı Sisteminin Bağımsızlığı (2010) raporu, p. 50-51

Hakimlerin mesleğe kabul, tayin, terfi, denetim ve diğer özlük işlemleri ne şekilde yapılacaktır? Bu işlemler için kimler görevli olacaktır? Bu işlemler için görevli olanlar hangi şartlar altında çalışacaktır? Kısacası yargının yönetimi nasıl sağlanacaktır? Yargının yönetim yapısının nasıl oluşturulacağı, yargı bağımsızlığını doğrudan etkileyen bir duruma işaret edecektir.

Yargının yönetiminin (hakim ve savcılar mesleğe alma, atama, tayin, terfi, disiplin ve diğer özlük işleri) yargının bağımsızlığını sağlamak adına yasama ve yürütme organlarından bağımsız idari kurullar tarafından yerine getirilmesi günümüzde tercih edilen bir düzenlemeye dönüşmüştür²²⁶. Bu kurullar, yargı konseyi veya yargı kurulları olarak isimlendirilmektedir²²⁷. Hakim ve savcılarının özlük işlerinin bu özel kurullar tarafından yürütülmesi yargı bağımsızlığının önemli bir güvencesi olarak ifade edilmektedir²²⁸.

Ülkemizde ise ilk kez hakimler ve savcılarının özlük işlerinin yürütülmesi ile görevli olmak üzere 1961 Anayasasında Yüksek Hakimler Kurulu oluşturulmuştur²²⁹. 1971 Anayasa değişikliği ile Yüksek Hakimler Kurulunun yapısında değişikliğe gidilerek ayrıca savcılar için Yüksek Savcılar Kurulu meydana getirilmiştir²³⁰. 1982 Anayasasında ise hakimler için ayrı

²²⁶ Kasım Erdem, Mehmet Solak, “Bazı Ülkelerde Yargı Konseylelerinin Oluşumu ve Görevleri”, **Yasama Dergisi**, sayı:13, Eylül-Aralık 2009, s.124; **Yavuz**, s.171

²²⁷ **Yavuz**, s.171; **Erdem/Solak**, s. 124; Yargı kurullarının oluşumunun ise iki başlık altında incelendiği görülmektedir. Kuzey Avrupa Modelinde, yargı kurulları esas olarak adalet hizmetlerine ilişkin idari işlemlerle ilgilenirken; Güney Avrupa Modelinde ise yargı kurulları yargı bağımsızlığı için önem taşıyan hakimlerin atanmaları, yükseltmeleri, görevden uzaklaştırılmaları ve disiplin işlerinde karar vermektedir. Kuzey Avrupa Modeline İsveç, Danimarka, Hollanda örnek gösterilirken, Güney Avrupa Modeline ise, Fransa, İtalya, İspanya, Portekiz ve Türkiye örnek gösterilmektedir. (Gönenç, s.157-158)

²²⁸ Nur Centel, “Yargı Reformu Üzerine Düşünceler”, **Yeni Türkiye Dergisi**, sayı:52, Mayıs- Haziran 2013, s. 214

²²⁹ Münci Kapani 1956 yılında yayımlanmış olan kitabında hakimlerin bağımsızlığı için bir yüksek organ kurulmasını şu sözlerle savunmuştur:” Kanaatimizce, hakimlerin istiklali ve teminatı meselesinin bir Anayasa meselesi olarak ele alınması halledilmesi lâzımdır. Bu hususta en iyi hal sureti, hakimlerin tayin, terfi, nakil ve disiplini mevzuunda her türlü selahiyeti haiz olmak ve onların istiklallerini korumakla mükellef bulunmak üzere, Fransa’da ve İtalya’da olduğu gibi, Anayasa ile bir yüksek muhtelit organın kurulması olacaktır. Bu şekilde kurulacak bir organ vasıtasile doğrudan doğruya Anayasa tarafından sağlanacak teminatın, alelade bir kanunla tanınacak teminata nazaran daha sağlam ve daha esaslı olacağına şüphe yoktur.” (**Kapani**, s.152)

²³⁰ “Hakimlerin özlük hakları ile ilgili karar alma yetkisinin yargısal kurul aracılığıyla gerçekleştirilmesi uygulamasına Türkiye’de anayasal düzeyde ilk kez 1961 Anayasası ile başlanmıştır. 1961 Anayasasının 143. maddesinde Yüksek Hakimler Kurulunun 18 asıl ve beş yedek üyeden oluşacağı öngörülmüştür. Asıl üyelerden altısı Yargıtay Genel Kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hakimlerce ve kendi aralarından, üçer üye ise yüksek mahkemelerde hakimlik yapmış veya bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosunca seçilmekteydi. Yedek üyelerin ikisinin Yargıtay Genel Kurulunca, birer yedek üyenin ise birinci sınıfa ayrılmış hakimler, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosunca seçilmesi öngörülmüştür. Üyelerin görev süresi dört yıl olarak belirlenmişti. Bir kişinin iki defa üst üste seçilme imkanı bulunmamaktaydı. Adalet Bakanı Kurul toplantılarına oy hakkı olmaksızın katılabilmekteydi. Yüksek Hakimler Kurulu, hakimlerin tüm özlük işleri hakkında karar verme yetkisine sahipti. 1961 Anayasasında 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında Yüksek Hakimler Kurulunun oluşumu farklı bir hal almıştır. Değişiklik sonrasındaki şekline göre Yüksek Hakimler Kurulu, 11 asıl ve üç yedek üyeden oluşmaktaydı. Yeni düzenlemede Adalet Bakanının gerekli gördüğü hallerde Yüksek Hakimler Kurulu toplantılarına başkanlık edeceği hususuna da yer verilmiştir. Tüm üyelerin Yargıtay Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından seçilmesi esası getirilmiştir. Ayrıca Kurul üyelerinin görev süresi dört yıl olarak kalmış olmakla birlikte süresi bitenlerin yeniden seçilebilmesi öngörülmüştür. 1971 Anayasa değişikliği ile getirilen

savcılar için ayrı kurul oluşturulması anlayışından vazgeçilerek hakimler ve savcılar için ortak bir kurul oluşturulmuştur. Anayasanın 159. maddesinin ilk metninde HSYK başlığı altında kurulun oluşumu düzenleme altına alınmıştır²³¹. Kurulun bu ilk oluşumu; kurulun başkanının yürütmenin bir temsilcisi olan Adalet Bakanı olması nedeniyle yargı bağımsızlığının zedelenmesi, Yargıtay'ın ve Danıştay'ın kendi üyeleri arasından seçecekleri kişilerin çoğunlukta olması nedeniyle “kooptasyon” usulüne ve bir çeşit kast sistemine yol açması, kurulun ayrı bir personel ve sekretaryasının bulunmaması nedeniyle Adalet Bakanlığına bağımlı olması ve kurulun kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması gibi nedenlerle eleştiriye uğramıştır²³². Bu eleştirilerin de etkisiyle 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kurulun üye yapısı çeşitlendirilmiş, kurul bünyesinde hakimlerin denetimi için teftiş kurulu oluşturulmuş, kurulun meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yolu açılmış ve kurul ayrı bir personel yapısına ve sekretaryaya kavuşmuştur. Ancak Adalet Bakanı ile müsteşarı kurulun doğal üyesi olmaya devam etmişlerdir²³³. Son olarak ise 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kurulun ismi HSK olarak yeniden belirlenmiş ve 159 maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: ”Hakimler ve Savcılar Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Hakimler ve Savcılar Kurulu on üç üyeden oluşur; iki daire halinde çalışır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hakim ve savcılar arasından, bir üyesi birinci sınıf

Yüksek Savcılar Kurulu ise Adalet Bakanının başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulunca seçilen üç asıl ve iki yedek üye ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdürlüğünden oluşmaktaydı.” (Yusuf Şevki Hakyemez, “**Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu**”, Stratejik Düşünce Enstitüsü Yargı Raporu, Öncü Basımevi, 2010, (Hakyemez, Hakimler) s.58-59)

²³¹ 159 maddesinin ilk hali şu şekildeydi:” Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun 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. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir Başkanvekili seçer.”

²³² Yusuf Şevki Hakyemez, **Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt:XIII, sayı:1-2, 2009, (Hakyemez, Demokratik) s.61-62; Yener Ünver, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cilt:53, sayı:1-4, 1990, s.189-191

²³³ 2010 yılında yapılan Anayasa Değişikliği ile 159 maddesi şu şekle gelmiştir:” Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmi iki asıl ve on iki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile 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 biten üyeler yeniden seçilebilir.”

olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hakim ve savcılar arasında Cumhurbaşkanınca; üç üyesi Yargıtay üyeleri, bir üyesi Danıştay üyeleri, üç üyesi nitelikleri kanunda belirtilen yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilir. Öğretim üyeleri ile avukatlar arasında seçilen üyelerden, en az birinin öğretim üyesi ve en az birinin de avukat olması zorunludur. Kurulun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek üyeliklerine ilişkin başvurular, Meclis Başkanlığına yapılır. Başkanlık, başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyona gönderir. Komisyon her bir üyelik için üç adayı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapar. Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır.” Bu son düzenleme ile birlikte 1982 Anayasasının ilk halinden buyana devam eden Adalet Bakanının kurula başkanlık etmesi ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının kurulun doğal üyesi olması anlayışından vazgeçilmemiş ve ayrıca kurulun oluşumunda yürütme organının tek temsilcisi Cumhurbaşkanı ve yasama organı belirleyici hale gelmiştir. Bu durumun HSK’nin yasama ve yürütmenin etkisine açık hale getirdiği ortadadır. Ancak TBMM’nin kurula üye seçerken son olarak beşte üç çoğunlukla üye seçmek zorunda olmasının, bunun gerçekleşmemesi halinde ise, en çok oy alan iki aday arasında kura çekilmesinin, üye seçimini mecliste çoğunluğu elinde bulunduran siyasi partinin iradesine bırakmaması ve üye seçimi için uzlaşmayı teşvik etmesi nedeniyle yargı bağımsızlığı açısından olumlu bir duruma işaret ettiğini ifade edebiliriz.

HSK hakim ve savcılarının özlük işleri ile ilgili görev yapan idari bir organdır²³⁴. İdari bir organ mahiyetindeki Hakimler ve Savcılar Kurulunun görevleri ise Anayasanın 159/8. maddesinde ve 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 4. maddesinde şu şekilde belirlenmiştir: “Adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden

²³⁴ **Hakyemez**, Hakimler, s.62

uzaklaştırma işlemlerini yapma(k); Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlama(k).”

Uluslararası belgelerde de yargısal üst kurullar konusunda çeşitli tavsiye ve görüşlere yer verilmiştir. Avrupa Konseyinin danışma organı mahiyetindeki Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 2007 tarihli 10 sayılı görüşü “Yargı Kurulları” üzerinedir. Bu görüşte Yargı Kurullarının hem yargı sisteminin bağımsızlığını hem de tek tek hakimlerin bağımsızlığını güvence altına almayı amaçlaması gerektiği ve kurulun yapısının bağımsızlığı temin edecek şekilde olması gerektiği ifade edilmektedir²³⁵. Yargı kurullarının çoğunluğunun veya tamamının hakimlerden oluşması ve bu üyelerin büyük bir çoğunluğunun ise meslektaşları tarafından seçilmesi gerektiği vurgulanmakla birlikte kurulun oluşumunda karma bir yapılanmaya gidilmesinin kurula ek bir meşruiyet kazandıracak ancak üyelik yapısı karma olduğunda dahi parlamentodaki çoğunluğun etkileşimine ve yürütmeden gelecek baskılara taviz vermeyecek şekilde kurulun oluşumunun sağlanması tavsiye edilmektedir²³⁶. Hakim olmayan üyeler, mümtaz hukukçular, bir süredir meslekte bulunan akademisyenler ve muteber statüdeki vatandaşlar arasından seçilebilecektir²³⁷. Bunun yanında yargı kurulu üyelerine hakim olsun ya da olmasın bağımsızlık ve tarafsızlıkları için güvence sağlanmalıdır²³⁸. Ayrıca yargı kurulunun kendisine ait bir bütçesinin, binasının ve sekreteryasının bulunması da gerekmektedir²³⁹. Yargı Kurulunun kararlarına karşı ise yargısal inceleme yolu açık olmalıdır²⁴⁰. Son olarak ise Yargı Kurulları hakimlerin seçilmesi, atanması, terfisi, değerlendirilmesi, eğitimi, imajının korunması, disiplin konuları ve etik meselelerinde bizzat veya başka organlarla işbirliği içerisinde bağımsız bir şekilde görev yapmalıdır.²⁴¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında üye devletlere yönelik (2010) 12 sayılı Tavsiye Kararı’nda da yargı kurulları ile ilgili benzer görüşler dile getirilmiştir. Yine Venedik Komisyonu da hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri konusunda bağımsız bir yargı konseyinin belirleyici bir etkiye sahip olmasının yargı bağımsızlığını teminat altına almak için uygun bir usul olduğu görüşündedir²⁴².

²³⁵ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin (CCJE), toplum yararına çalışan Yargı Kurulları hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin dikkatine sunduğu 10(2007) sayılı Görüşü, p. 8-15 <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f40877d4-9ece-4cd6-ae9d-0cf4e4fca059.pdf> (E.T.:14/04/2019)

²³⁶ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 10 (2007) sayılı Görüşü, p. 16-19

²³⁷ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 10 (2007) sayılı Görüşü, p. 22

²³⁸ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 10 (2007) sayılı Görüşü, p. 36

²³⁹ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 10 (2007) sayılı Görüşü, p. 37-38

²⁴⁰ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 10 (2007) sayılı Görüşü, p. 39

²⁴¹ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 10 (2007) sayılı Görüşü, p. 42

²⁴² Venedik Komisyonu, Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu (2010), p. 32

1.5.1.2. Hakim ve Savcıların Mesleğe Kabul, Atanma ve Seçilmeleri Bakımından Hakimler ve Savcılar Kurulu

Hakim ve savcılarının mesleğe kabulleri ve atanmalarının yargı bağımsızlığı açısından çok büyük bir önem arz ettiği belirtilmektedir²⁴³. Ancak bu kadar önemli bir husus olmasına rağmen hakimlerin atanması hususunda üzerinde mutabakata varılmış çözüm yolları da bulunmamaktadır. Hakimlerin mesleğe kabullerinin ve atamalarının kimler tarafından ve hangi kriterlere dayalı olarak yapılacağı sorusuna verilecek cevap yargı bağımsızlığını doğrudan etkileyen bir duruma işaret edecektir. Hakimlerin kimler tarafından atanacağı sorusuna verilecek cevap, “seçim sistemi” ve “doğrudan atama sistemi” olarak iki başlık altında değerlendirilebilir. Seçim sistemi ile hakimlerin doğrudan halk tarafından seçildiği bir yöntem anlatılmaktadır. Doğrudan atama sistemi ile ise, hakimlerin yasama, yürütme, yargı organları veya özel kurullar tarafından atanması ile hakimlik sıfatını kazanmaları anlatılmaktadır²⁴⁴. Doğrudan atama sisteminde yasama, yürütme ve yargı arasında dengeli bir çözüm bulmanın güçleştiği ifade edilmektedir²⁴⁵. Hakimlerin atanmasının kimler tarafından yapılacağı sorusuna bu nedenle üzerinde mutabakata varılmış bir cevap bulunamamış, her ülkenin kendi geleneği ve anlayışı çerçevesinde verilmiş farklı cevaplar bu alanda farklı uygulamaları da beraberinde getirmiştir. Hakimlerin hangi kriterlere dayalı olarak atanması gerektiği hususunda sorulacak soruya verilecek cevap, hakimlerin kimler tarafından atanacağı sorusuna verilecek cevaba kıyasla üzerinde nispeten mutabakata varılmış bir alanı işaret etmektedir. Zira yargıçların mesleğe kabullerinin ve atanmalarının hukuken öngörülmüş, nesnel ölçütlere dayalı olarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁴⁶. Bu hususta subjektif değerlendirmelerden uzaklaşıp, objektif kıstaslara bağlı olarak liyakate dayalı bir seçim gerçekleştirilmelidir²⁴⁷. Objektif kriterlere göre liyakate dayalı olarak hakimlerin belirlenmesinin ise yargı bağımsızlığının güçlenmesine yol açacağı muhakkaktır.

Ülkemizde ise hakim ve savcı olabilmek için öncelikle Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yazılı olarak yapılan Hakim ve Savcı Adaylığı sınavını kazanmak gerekmektedir. Sonrasında ise Adalet Bakanlığı bürokratları oluşan mülakat kurulunun sözlü sınavında başarı göstermek gerekir. Yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler ise Adalet Bakanlığınca hakim-savcı adaylığına atanırlar²⁴⁸. Açıkça görüleceği üzere ülkemizde hakim ve savcılığın ilk aşaması olan adaylığa atanma yürütmeyi temsilen Adalet Bakanlığının

²⁴³ Yavuz, s.223

²⁴⁴ Gönenç, s.142-143

²⁴⁵ Yılmaz, s. 117

²⁴⁶ Sibel İncoğlu, “Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı?”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı 95, 2011, (İnceoğlu, Yeni) s.246

²⁴⁷ Hakyemez(2009), s.84; Yılmaz, s. 117; İncoğlu, Yeni, s.247; Gönenç, s.144

²⁴⁸ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu madde 9-9/A

yetkisi dahilindedir. İki yıl olan adaylık süresinin tamamlanmasının ardından Adalet Bakanlığına bağlı Eğitim Daire Başkanlığınca yazılı bir sınav ve sonrasında Adalet Bakanlığı bürokratları tarafından sözlü bir sınav yapılmakta yazılı ve sözlü sınavın ortalamasının yetmiş puan olması gerekmektedir²⁴⁹. Adalet Bakanlığınca yapılan yazılı ve sözlü sınav da geçildikten sonra HSK tarafından hakim ve savcıların mesleğe kabulü yapılmakta ve adaylar hakim veya savcı olarak atanmaktadırlar²⁵⁰. Tüm bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere ülkemizde hakimlerin atanması bakımından yürütme organı ve HSK ortak bir yetki kullanmaktadır. Ancak yürütme organının hakim adaylarını seçmesi, adaylık süreci boyunca hakim adaylarının Adalet Bakanlığına bağlı olarak görev yapmaları ve hakimliğe atanabilmek için adaylık döneminin sonunda bakanlık bürokratları tarafından yapılan mülakatı geçme zorunluluğu hakimlerin atanmasında bakanlığın daha etkili bir güç olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca hakim adaylığına atanabilmek için öngörülen yazılı sınavın nesnelliği sağladığı ifade edilse de, sonrasında öngörülen mülakat sürecinin subjektif değerlendirmelere açık olması ve yargı bağımsızlığını zedelemesi nedeniyle eleştiri konusu yapılmaktadır²⁵¹.

Hakim ve savcılarının yüksek mahkemelere seçilmesi hususunda ise HSK yetkilidir. Anayasanın 154/2 maddesi uyarınca “Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hakim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hakimler ve Savcılar Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçil(ecektir.)” Hakim ve savcılarının Yargıtay’a seçilmesinde münhasıran Hakimler ve Savcılar Kurulu yetkili ise de, Danıştay bakımından bu yetkisini Cumhurbaşkanı ile birlikte kullanmaktadır. Anayasanın 155/2 maddesine göre ise “Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idari yargı hakim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hakimler ve Savcılar Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçil(ecektir.)”

Uluslararası belgelerde de hakimlerin atanması hususu kendisine önemli bir yer bulmuştur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2010 tarihli tavsiye kararında hakimlerin seçim ve kariyerleri hakkında karar veren mercinin yasama ve yürütme organından bağımsız olması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak anayasa ve diğer yasalarda hükümete hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda yetki tanındığı durumlarda üyelerinin önemli bir bölümü hakimlerden oluşan yargı kurullarının tavsiyede bulunmasına veya görüş bildirmesine olanak tanınması gerektiği vurgulanmaktadır.²⁵² Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartında da aynı anlayışla yasama ve yürütmeden bağımsız yargısal otoritelere, hakimlerin atanması

²⁴⁹ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu madde 10

²⁵⁰ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu madde 13

²⁵¹ İncoğlu, Yeni, s.247-248; Yavuz, s.237-241; Yılmaz, s. 124

²⁵² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, p. 44-47

hususunda yetki tanınması veya atama yapılırken bu kurulların görüşlerinin alınması gerektiği belirtilmektedir²⁵³. Belgelerde hakimlerin kimler tarafından atanması gerektiği sorusuna verilecek cevap kadar hangi kriterlere dayalı olarak atanması gerektiği hususu da düzenleme alanı bulmuştur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine göre hakimlerin seçimi önceden belirlenmiş nesnel ölçütlere dayalı olarak yapılmalıdır. Bu kararlar alınırken de liyakat esası geçerli olmalıdır. Ayrıca hakimlere veya hakim adaylarına karşı cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet, maluliyet, doğum, cinsel yönelim ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapılmamalıdır²⁵⁴. Zira toplumun bir kesiminin hakim savcı olmak bakımından engellerle karşılaşması durumunda yargıya güven duygusu zedelenecaktır²⁵⁵. Diğer yönden ülkede yaşayan vatandaşlar kendilerinden pek de farklı olmayan hakimlerden oluşan mahkemelere daha derin bir saygı duyacaklardır²⁵⁶. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi, atama işlemini gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, “hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmektedir. Ancak genel olarak bu özellikleri taşıyan ve yayımlanmış olan böylesi kıstasların bulunmadığı da görüşte ifade edilmiştir²⁵⁷.

1.5.1.3. Hakim ve Savcıların Tayin ve Terfileri Bakımından Hakimler ve Savcılar Kurulu

Hakim ve savcılarının tayin ve terfileri de yargı bağımsızlığı açısından hassas bir konudur²⁵⁸. Terfi etme ümit ve endişesinin, hakimlerin bağımsızlığını görevden azledilme korkusundan daha fazla ihlal edeceği belirtilmektedir. Hakim bağımsızlığının tam manada sağlanabilmesi için hakimlerin terfi hususunda huzur ve istikrara kavuşturulması gerekmektedir. Bunun için de hakimlerin terfilerini olabildiğince objektif esaslara ve belirli kaidelere bağlamak gerekmektedir²⁵⁹. Bunun yanında yukarıda hakimlerin atanma hususunda da

²⁵³ Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, prensip 1.3, 3.1 <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/6b93439f-7312-4e49-a52d-7e0e2790845a.pdf> (E.T.:18/04/2019)

²⁵⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, p. 44-45; Aynı yönde bkz. Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri, ilke 10

²⁵⁵ Yavuz, s.224

²⁵⁶ Yılmaz, s.118; Venedik Komisyonu da bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Netice olarak, liyakatin birincil kıstas olmasına ilaveten, yargı içindeki farklılıklar kamuoyunun yargıya bir bütün halinde güvenmesini ve onu kabullenmesini mümkün kılacaktır. Yargı temsil yeri olmamakla birlikte açık bir karaktere sahip olmalı ve toplumun tüm bölümlerinden nitelikli kişilere katılım imkanı verilmelidir.” Venedik Komisyonu Yargı Sisteminin Bağımsızlığı (2010) raporu, p. 26

²⁵⁷ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi Yargı Bağımsızlığı 1(2001) Sayılı Görüşü, p. 25-26

²⁵⁸ Yavuz, s.282

²⁵⁹ Kapani, s.115-116

belirttiğimiz üzere hakim ve savcıların tayin ve terfileri hususunda karar verecek olan makamların, yasama ve yürütme organından da bağımsız olmaları gerekmektedir.

Ülkemizde hakim ve savcıların terfileri hususunda yetkili makam HSK'dir. 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nun 4. maddesinde hakim ve savcıların her türlü yükselmesi hakkında HSK'nin yetkili olduğu belirtilmiştir. Hakimler her yıl kademe ilerlemesi suretiyle iki yılda bir ise derece yükselmesine tabi olarak mesleklerinde terfi ederler²⁶⁰. Kademe ilerlemesi her yıl neredeyse otomatik halde yapılmaktadır²⁶¹. Hakimlerin terfileri bakımından esas önemli olan ise derece yükselmesidir. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunun 21 maddesine göre derece yükselmesinin koşulları ise şunlardır:

“a) Derecesi içinde iki yıl bulunmuş veya bu Kanuna göre bulunmuş sayılmaları,

b) Yükselmeye engel kesinleşmiş mahkeme hükmü veya disiplin cezalarının bulunmaması,

c) Ahlakî gidişleri, meslekî bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çalışmaları, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hâl kâğıtları ve sicil fişleri, kanun yolu incelemesinden geçen işleri, kanun yolu değerlendirme formları, örnek karar ve mütalâaları ve varsa meslekî eser ve yazıları ile katıldıkları meslek içi ve uzmanlık eğitimleri göz önünde tutularak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca ilân edilen derece yükselme ilkelerinde aranan koşulları taşımaları”

Yine Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından yayımlanan “Hakim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararı”nda da kanundaki hükümler tekrar edilmekle birlikte daha detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Hakimlerin “C defterinde Mümtazen” yükselebilmeleri için devreden ve gelen iş miktarının %80'ini karara bağlamaları ve haklarında düzenlenecek kanun yolu değerlendirme formlarının %80'inin çok iyi veya iyi olması gerekmektedir²⁶². Esasen gelen iş miktarının belli bir miktarının çıkarılması son derece objektif ve nesnel bir kriter olarak ifade edilebilir. Kanun yolu değerlendirme formlarını düzenleyenler Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay olduğu için bu konuda Hakimler ve Savcılar Kurulunun bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak bu iki kriterin yanında Hakimler ve Savcılar Kurulu müfettişlerince düzenlenen hal kâğıtlarının da terfi de etkili olacağı düşünüldüğünde terfide kurulun da önemli bir etkisinin olduğu ifade edilebilir. Bunların

²⁶⁰ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu madde 18

²⁶¹ **Otaç**, s.157

²⁶² Hakim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararı, madde 10; Ancak emsaline göre işi çok olan yerlerde hakim ve savcılarının terfi edebilmeleri için minimum sayı belirlenmiş bu sayıda karar verenlerin yine mümtazen terfi edecekleri belirtilmiştir.

yanında Hakimler ve Savcılar Kanununun 24 maddesindeki “Adalet müfettişleri, denetimleri sırasında inceledikleri belgelere ve gözlemlerine dayanarak hakim ve savcılar hakkında düzenleyecekleri hal kağıtlarını ilgilinin gizli sicil dosyasına konulmak üzere Teftiş Kurulu Başkanlığına gönderirler.” hükmü ile hakimlerin terfisinde Adalet Bakanlığının da kısmi bir etkisinin bulunduğu belirtilebilir.

Ülkemizde hakimlik teminatı bakımından coğrafi yer teminatının hakimlere tanınmadığını yukarıda ifade etmiştik. Ülkemizde hakimler yer değiştirme esasına göre görev yaparlar. Bu hususta 2802 sayılı Kanunu’nun 35 maddesinde hakim ve savcıların HSYK’nin hazırlayacağı Atama ve Nakil Yönetmeliğine uygun olarak görev yapacakları belirtilmiştir. Yönetmeliğe göre adalet teşkilatı bulunan yerler, coğrafi ve ekonomik şartları, sağlık, sosyal ve kültürel durumları; mahrumiyet dereceleri ile ulaşım, gelişme ve önemli merkezlere yakınlıkları ve diğer durumları bakımından beş bölgeye ayrılmıştır²⁶³. Hakim ve savcılar bu bölgelerde asgari ne kadar çalışmaları gerektiği yönetmelikle belirlenmiştir²⁶⁴. Ancak ülkemizde bu yönetmelik hükümlerine uyulduğunu ifade etmek mümkün değildir. Her kararname döneminde HSK tarafından kararname prensipleri yayımlanmakta hakimlerin tayinleri bu esasa göre belirlenmektedir²⁶⁵. Özellikle evli ve çocuklu hakimlerin bir süre sonra yerleşik bir hayata geçme istekleri ve sık sık görev yerlerinin değiştirilmesini istememeleri düşünüldüğünde hakimlerin kendilerini bu durumda tayin tehdidi altında hissettikleri ifade edilebilir²⁶⁶. Bu konuda hakimler hakkında yapılan bir saha araştırmasında da benzer bir durum ortaya çıkmış görev yeri değişikliği hakim ve savcılar için bir “kabus” olarak ifade edilmiştir²⁶⁷. Ülkemizde hakim ve savcılar için coğrafi yer teminatı tanınmasa bile, önceden belirlenmiş nesnel ve objektif ilkelere göre hakimlerin bulundukları görev yerinde ne kadar süreyle görev yapacaklarını bilmelerinin hakimlerin tayin kabusu olmadan daha verimli ve

²⁶³ Hakimler ve Savcılar Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliği, madde 2

²⁶⁴ Hakimler ve Savcılar Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliği, madde 3

²⁶⁵ Hakimler ve Savcılar Kurulunun sitesinde son olarak 2019 yılı Ana Kararname Prensipleri yayımlanmıştır. Bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/EK-1%20Adl%C3%AE%20Yarg%C4%B1%202019%20Y%C4%B1%C4%B1%20Ana%20Kararname%20Prensip-1.pdf> (E.T.:20/04/2019)

²⁶⁶ **Gönenç**, s.146

²⁶⁷ Hakim ve savcılar hakkında saha araştırmasına dayanan bir çalışmada görüşlerini beyan eden bir savcının şu sözleri durumu özetlemektedir:” Mevcut uygulamalardan, hâkimi, savcayı en çok korkutan tayin olaylarıdır, onun dışında hakikaten bir bağımsızlığa sahibiz. Ben 19-20 yıldır bu mesleği yapıyorum, verdiğim hiçbir karara karşı hiçbir şekilde ben, benden büyük meslektaşlarıma, benden yüksek yargıda hiçbir şekilde tek kalmadım bak. Ama işte biraz önce de söyledim, bizim idare görevlerimiz de var. Ha bunun nedeniyle de şu anda on birinci evimde oturuyorum... Ben tatile çıkmıştım tayinim çıktı, başka bir şey söyleyeyim mi? Buraya geldim. Başsavcıyıldım çocuklarımı aldım yaz tatiline çıktım, kızım ÖYS sınavına girecekti, İstanbul’a tayinim çıktı. Başka bir şey söylemiyorum. Benim bağımsız olarak yaşayabilmem, hayatımı devam ettirebilmem için insanlarla yüz yüze gelirken geleceğime yönelik, mesleğime yönelik hiçbir korkum olmaması gerekir. Nokta. (Görüşme 24)” **Sancar/ Atılğan**, s. 80

huzurlu çalışmalarını temin edeceği bu durumun ise hakim bağımsızlığını güçlendireceği ifade edilebilir.

Uluslararası belgelerde de hakimlerin tayin ve terfilerine ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartına göre, mahkemede görevli bir hakim, prensip olarak, başka bir mahkemeye veya başka bir göreve, terfi yoluyla da olsa, hür rızası olmadan atanmamalıdır²⁶⁸. Yine kıdem esasına dayanmadığı hallerde, terfi sistemi, bir veya birkaç hakim tarafından objektif kriterler gözetilerek ve ilgili hakimle de tartışılarak münhasıran hakimlerin mesleklerindeki performanslarına dayanmalıdır²⁶⁹. Birleşmiş Milletlere göre ise, hakimlerin mesleklerinde yükselmeleri, başta yeterlilik, dürüstlük ve deneyim olmak üzere nesnel faktörlere dayalı olarak yapılmalıdır²⁷⁰. Venedik Komisyonu da aynı anlayışla hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin kararların hukuk çerçevesinde, objektif kriterler uygulanarak ve liyakat esasına göre alınması gerektiğini ifade etmektedir²⁷¹. Avrupa Konseyi de yukarıdaki ilkeleri tekrarlamakla birlikte hakimlerin kariyerleri hakkında karar verecek olan mercilerin yasama ve yürütme organından bağımsız olmaları gerektiğini de belirtmektedir²⁷².

1.5.1.4. Hakim ve Savcıların Denetlenmesi Bakımından Hakimler ve Savcılar Kurulu

Yargı bağımsızlığı, yargının her türlü eleştiriden ve sorgulamadan muaf olduğu anlamına gelmez. Bağımsızlık bu şekilde anlaşılır ve uygulanırsa yargının oligarşik bir yapıya dönüşmesi ve sahip olacağı güçle demokratik sistemin işleyişini sakatlaması gibi ciddi bir tehlike ortaya çıkar²⁷³. Bu durumun ise yargı bağımsızlığının nihai amacına hizmet etmeyeceği açıktır. Bu bakımdan hakimlere sağlanan bağımsızlığın bir sorumsuzluk değil, sorumluluk anlayışıyla tamamlanması gerekir²⁷⁴. Hakimlerin bağımsızlığı ile sorumluluğunun bir arada hassas bir denge içerisinde kurulması önem arz etmektedir²⁷⁵. Hakimlerin sorumluluğu; disiplin sorumluluğu, cezai sorumluluk ve hukuki sorumluluk olmak üzere 3 başlık altında değerlendirilebilir²⁷⁶. Hakimlerin icra ettikleri görev nedeniyle sorumluluklarının bulunduğu düşüncesi ise bizi hakimlerin denetlenmesi anlayışına götürür. Hakimin yargılama esnasında hakimlik mesleğinin sorumluluklarını gereği gibi yerine getirip

²⁶⁸ Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, prensip 3.4

²⁶⁹ Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, prensip 4.1

²⁷⁰ Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, ilke 13

²⁷¹ Venedik Komisyonu Yargı Sisteminin Bağımsızlığı (2010) raporu, p. 27

²⁷² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, p. 46

²⁷³ **Sancar/ Atılgan**, s. 182

²⁷⁴ **Yılmaz**, s.61

²⁷⁵ Metin Kıratlı, “Yargının Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, cilt:3, sayı:3, 1995, s.3

²⁷⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt:30, sayı:1-4, 1973, s. 232

getirmediği, davaların gereksiz yere ertelenmesine sebebiyet vermeden sonuçlandırıp sonuçlandırmadığı, emrindeki personelinin işlerini gereği gibi yapmaları konusunda etkinliğinin olup olmadığı ve kalem personeline yapılan mahkemenin her türlü akçalı ve akçasız işlemlerinin yapılmasında denetim görevini yapıp yapmadığı gibi hususlarda hakimlerin de denetime tabi tutulması bir zorunluluktur. Hakimlerin önceden kuralları belirlenmiş yargı bağımsızlığını ve hakimlik teminatını ihlal etmeyen bir denetime tabi tutulmalarının, hakimlerin iyi yetişmesine, hataların tekrar edilmemesi ve yargı sisteminin daha sağlıklı yürümesine sebebiyet vereceği belirtilmektedir²⁷⁷. Ancak hakimlerin denetiminin yargı bağımsızlığına zarar vermesinin önüne geçmek adına bu konuda yürütme organına herhangi bir yetki tanımamak gerektiğini ifade edebiliriz²⁷⁸.

Ülkemizde hakim ve savcıların idari açıdan denetimleri bakımından yetkili olan kurum HSK'dir. Kurul bu yetkisini bünyesindeki Teftiş Kurulu aracılığıyla yerine getirir. Teftiş Kurulunun hakim ve savcılar üzerindeki denetim yetkisi 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanununun 14/4-a maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: " Adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarının görevlerini kanun ve diğer mevzuata (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetlemek; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırmak ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerini yapmak." Hakimler ve Savcılar Kurulunun yayımlamış olduğu rehberde de ifade edildiği üzere yapılacak denetimde hakimlerin Anayasa ve kanunlarla güvence altına alınan yargı yetkilerine ve buna dayanan takdir yetkilerine karışamaz. Ancak kanunlarda değerlendirme ve yoruma ihtiyaç duyulmayacak şekilde açıkça düzenlenmiş hususlar takdir hakkı kapsamında değerlendirilemez²⁷⁹. Teftiş Kurulu, HSK Başkanı olan Adalet Bakanının gözetiminde görev yapar. Bununla birlikte kurul müfettişleri, Teftiş Kurulu Başkanına, Teftiş Kurulu Başkanı ise kurula karşı sorumludur²⁸⁰. 2014 yılında 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunun'da yapılan değişiklik²⁸¹ ile Teftiş Kurulu Başkanının Adalet Bakanı olan HSK Başkanına karşı sorumlu olacağı düzenleme altına alınmış ise de Anayasa Mahkemesince bu düzenleme şu nedenlerle Anayasaya aykırı bulunup iptal edilmiştir:

" 'Sorumluluk', bir görevin gereği gibi yerine getirilip getirilmediği yönünden yapılacak değerlendirmeyi ve bu değerlendirmenin sonucuna göre işlem yapılmasını gerektirir. Bir

²⁷⁷ Kırmaz, s. 304-305

²⁷⁸ Kapani, s. 128

²⁷⁹ Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Teftiş Rehberi, madde2/2 http://www.hsk.gov.tr/TeftisKuruluIcerik/4_teftis-rehberi--ve-ekleri.aspx (E.T.:22/04/2019)

²⁸⁰ 6807 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu madde 14/2-3

²⁸¹ 2014 yılında yapılan değişiklikler ile ilgili Anayasa Mahkemesinin kararı üzerinden yapılan detaylı bir inceleme için bkz. Gönenç, s.178-213

makamın diğer bir makama karşı sorumluluğu ise hiyerarşik nitelikteki ilişkilerde söz konusudur. Bu nedenle, Teftiş Kurulu Başkanının “Başkana” karşı sorumlu olması, Teftiş Kurulu Başkanı ile HSYK Başkanı arasında Anayasaya göre kurulması mümkün olmayan hiyerarşik bir ilişkinin varlığı anlamına gelir. Teftiş Kurulu, HSYK’nın bir hizmet birimi olmakla birlikte, ‘mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına’ göre görev yapmakta olduğu gözetildiğinde, Teftiş Kurulu Başkanının, HSYK Başkanına karşı sorumlu olması Anayasanın 159. maddesinde yapılan değişikliğin amacıyla da bağdaşmamaktadır²⁸².”

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nda hakimlerin disiplin sorumluluğu bakımından yetkili kurumun HSK olduğu belirlenmiştir. Kanunun 62 maddesinde hakim ve savcılara; sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine; uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme ve meslekten çıkarma disiplin cezalarının HSK tarafından verileceği düzenleme altına alınmıştır.

Uluslararası belgelerde de hakimlerin denetlenmesi hususuna ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine göre hakimlerin değerlendirmeye tabi tutulması amacıyla adli makamlarca kurulacak sistemler, nesnel ölçütlere dayalı olmalıdır. Ayrıca hakimler tarafından davaları karara bağlamak amacıyla gerçekleştirilen kanunu yorumlama, maddi olayları veya delilleri değerlendirme işlemleri; kötü niyet ve ağır ihmal halleri dışında, hakimler açısından hukuki, cezai veya disiplin sorumluluğu doğurmamalıdır. Hakimlerin görevlerini etkin ve usulüne uygun olarak yerine getirmemeleri halinde ise hakimler hakkında disiplin süreci başlatılabilir. Ancak bu durumda da hakime, karar ve cezaya itiraz etme hakkı tanınmalıdır²⁸³. Birleşmiş Milletlere göre ise, bütün disiplin işlemleri yargısal faaliyetin yerleşik standartlarına uygun olarak karara bağlanmalıdır²⁸⁴. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyine göre de yargı; gücünü, yetkilerini ve bağımsızlığını ne şekilde kullandığını devletin diğer erklerine ve topluma gösterme sorumluluğu kapsamında hesap verebilmelidir. Konseye göre hakimler verdikleri kararlara karşı temyiz yoluna gidilebilmesi nedeniyle “adli” ; açık duruşmalar yaparak ve gerekçeli kararlar yazarak “açıklayıcı” ve disiplin ve ceza hukuku işlemlerinin uygulanması suretiyle “cezai” olarak hesap

²⁸² Anayasa Mahkemesi 2014/57 Esas, 2014/81 Karar sayılı Kararı <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/52c4144a-5923-4ae7-bb7b-1e6ccf296679?highlightText=hakimler%20ve%20savc%C4%B1lar%20y%C3%BCksek%20kurulu&excludeGer ekce=False&wordsOnly=False> (E.T.:22/04/2019)

²⁸³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, p. 58-69

²⁸⁴ Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, ilke 19

verebilmelidir²⁸⁵. Ancak hakimlere yönelik tüm bireysel değerlendirmeler yargı bağımsızlığına tamamen saygılı bir çerçevede gerçekleştirilmelidir²⁸⁶.

1.5.2. Hakim ve Savcılar İçin Yargısal Denetim ve Yüksek Yargı Mercileri

İlk derece mahkemesince verilen kararların bir üst derece mahkemesi tarafından yeniden incelenmesi suretiyle de yargısal denetim sağlanabilir²⁸⁷. Bu denetim ile yargısal hataların önüne geçilmesi mümkün hale gelir. Ayrıca, kuralların keyfi olarak hakimlerce farklı şekilde yorumlanması ve ülkenin farklı yerlerinde aynı kuralın farklı uygulanması suretiyle oluşacak adaletsizliklerin de yargısal denetim yoluyla önüne geçilebileceği söylenebilir. Ülkemizde ise adli yargı bakımından yargısal denetim makamları Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleridir. İlk derece Mahkemesince verilen ve kesin nitelikte bulunmayan kararlar bakımından taraflarca ilk olarak ilgili Bölge Adliye Mahkemesine kanun yolu incelemesi için başvurulabilmektedir. İlgili Bölge Adliye Mahkemesinin kesin nitelikte olmayan kararlarına karşı ise taraflarca Yargıtay’a temyiz yoluna başvurmak mümkündür.

1.5.2.1. Yargıtay

Bir hukuk sisteminde verilen kararlara karşı bir temyiz yolunun bulunması yargı kararlarının niteliğini yükselteceği gibi kararların makul bir zamanlama içerisinde verilmesini de güvence altına alır. Bu durum ise hem tarafların hem de tüm toplumun lehine bir sonuç doğmasına sebep olacaktır²⁸⁸. Ülkemizde Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merci olarak görev yapmaktadır. Bunun yanında 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 5. maddesinde Yargıtay’ın bütün adalet mahkemeleri üzerinde yargı denetimi ve gözetimi yetkisi bulunduğu da düzenleme altına alınmıştır. Bölge Adliye Mahkemelerin tüm yurtda 20/07/2016 tarihinde göreve başlamaları²⁸⁹ ile birlikte Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemelerinden verilen ve kesin nitelikte bulunmayan kararlara karşı temyiz merci konumuna gelmiştir²⁹⁰. Böylece ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı doğrudan temyiz merci olarak Yargıtay’a başvurma imkanı bulunmamaktadır.

²⁸⁵ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE) 18(2015) Numaralı Modern Demokraside Yargının ve Diğer Erklerin Yeri Konulu Görüş, p. 26

²⁸⁶ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE) 17(2014) Numaralı Yargıçların Çalışmalarının Değerlendirilmesi, Adaletin Kalitesi ve Bağımsız Yargıya Saygı Konulu Görüş, p. 6

²⁸⁷ Fendoğlu, s.271

²⁸⁸ Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE) 18(2015) Numaralı Modern Demokraside Yargının ve Diğer Erklerin Yeri Konulu Görüş, p. 28

²⁸⁹ 07/11/2015 tarih 29525 sayılı Resmi Gazete

²⁹⁰ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 361. ve 362. maddeleri; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 286. maddesi

2802 sayılı Kanunun 5. maddesinde de ifade edildiği üzere Yargıtay'ın tüm adalet mahkemeleri üzerinde yargısal denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu yargısal denetimin doğrudan yargı bağımsızlığını ihlal ettiğinden söz etmek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir:

” Hâkimler de her insan gibi yanılabilirler, usul ve kanuna aykırı olarak karar verebilirler veya verdikleri kararlar taraflar için doyurucu olmayabilir. Bu durum, mahkeme kararlarına karşı mahkemenin kendisine veya başka bir mahkemeye başvurarak bu kararların yeniden incelettirilmesi, bunlardan yanlış olanların bozulması, doğru olanların da doğru olduklarının belirtilmesi ve bunun sonucu olarak doğru kararlar üzerindeki yanlışlık kuşkusunun ortadan kaldırılması zorunluğunu doğurmaktadır. Yargıtay, her şeyden önce, bu zorunluğu karşılamak ereği ile ve özel kanunla kurulmuştur. Anayasa'da bu niteliğini belirterek Yargıtay'ı Anayasa kurumları arasına almıştır. Bundan başka Yargıtay, ülkede içtihat birliğini de gerçekleştirmektedir; zira, hâkimlerin belli olaylarda uyguladıkları kanunları ve öbür hukuk kurallarını kendi kanılarına göre başka başka biçimde yorumlamaları mümkün olduğundan, mahkemelerden, benzeri olaylarda verilecek kararlar arasında çelişmeler olabilmekte ve bu çelişmeler Anayasa'nın 12. maddesiyle tanınan kanun önünde eşitlik ilkesini zedelemekte ve bundan dolayı içtihatlar arasında birlik sağlanması da zorunlu bulunmaktadır. Yargıtay'ın, gerek alt mahkemelerin verdikleri kararları denetleme görevini, gerekse hukuk kurallarının yorumlanmasında birliği gerçekleştirme görevini, yapabilmesi için, verdiği kararların mahkemeleri bağlayıcı kararlar olması gerekir. Gerçekten, Yargıtay kararlarına bağlayıcı nitelik tanınmayacak olursa, Yargıtay görüşünün benimsenmesi, mahkemelerin iradesine bağlı kalacak ve Yargıtay'ın durumu, danışma yoluyla karar veren bir yer olmaktan ileri gitmeyecektir. Oysa ki Anayasa'nın az yukarıda sözü edilen 139. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Yargıtay, Adliye Mahkemelerinden verilmiş kararların ve hükümlerin son inceleme yeridir. Başka deyimle, bu kararları ve hükümleri inceleyerek denetleyerek ve hüküm uygulamalarında görüş birliğini gerçekleştirecek bir yüksek mahkemedir; bir danışma yeri değildir. Kaldı ki Anayasa'nın 132. maddesi, kanun yollarına başvurmayı ve bir hâkim kararının, başka bir hâkim veya mahkemece incelenmesini engelleyici bir hüküm de koymuş değildir. Bu maddenin öngördüğü bağımsızlığın ereği, herhangi bir işi veya dâvayı tek bir hâkime veya tek bir mahkemeye gördürüp yalnızca o hâkim veya o mahkemenin kanısına göre hükme bağlatmak olmayıp, yargı işlerinin dışarıdan gelecek etkilerden uzak ve yalnız hukukî ölçülere göre değerlendirilip hükme bağlanmasını sağlamaktır. Buna göre bir hâkim kararının, başka bir hâkim tarafından denetlenmesi, bu maddenin kapsamı dışındadır. Bu bakımdan, verilen kararların veya hükümlerin, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygunluğunu güvenlik altına almak üzere bir işin., veya dâvanın, başka bir hâkim veya mahkemeye incelettirilmesini ve o hâkim veya mahkeme kararının ilk hâkim veya mahkeme için bağlayıcı olmasını öngören, bir kanun hükmü, Anayasa'nın sözü edilen maddesindeki bağımsızlık ilkesine aykırı sayılamaz²⁹¹. ”

²⁹¹ Anayasa Mahkemesinin 1967/11 Esas, 1968/7 Karar sayılı kararı <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7c27ef12-5c13-4c39-8533-1094121253f4?excludeGereke=False&wordsOnly=False> (E.T.:23/04/2019)

Yargıtay'ın adalet mahkemeleri üzerinde yargısal denetim yetkisi bulunuyor ise de, Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesinin kararlarının bozulması üzerine dosyanın ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesine gönderilmesi durumunda ilgili mahkemece ilk verilen kararda ısrar edilmesi ve Yargıtay kararına karşı direnilmesi de mümkündür. İlk derece mahkemesince veya bölge adliye mahkemesince Yargıtay kararına uymak zorunda olunmaması ve ilk verilen kararda ısrar edilme imkanının bulunmasının yargı bağımsızlığını güçlendiren bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir²⁹². Ancak ısrar üzerine Yargıtay Genel Kurulunca verilecek kararlar kesin nitelikte olup, bu karara ilgili mahkeme uymak zorundadır²⁹³. Bu durum ise Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesinin kararında da bahsedildiği üzere bir danışma merci değil, yargısal denetim merci olmasının bir sonucudur.

Yargı bağımsızlığı açısından üzerinde durulması gereken konulardan biri de Yargıtay tarafından verilen içtihadı birleştirme kararlarıdır. 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 45 maddesine göre “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.” İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının yargı bağımsızlığını zedeleyip zedelediği hususunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır²⁹⁴. AYM ise, bir kararında içtihadı birleştirme kararlarının yargı bağımsızlığını zedelediğini belirtmiştir²⁹⁵.

Yukarıda Yargı Bağımsızlığının ve Tarafsızlığının Tarafları başlığında da değindiğimiz üzere yargı bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyen başka bir husus ise hakimlerin terfisi için önemli bir etkisi bulunan kanun yolu değerlendirme formları yolu ile hakim ve savcılara verdikleri kararlar nedeniyle yargısal denetim makamlarınca not verilmesidir. Bu düzenleme yerel mahkeme hakimini, çözeceği uyuşmazlıkta, yüksek mahkemenin içtihatlarına bağımlı hale getirmesi nedeniyle yargı bağımsızlığını zedelemesi bakımından eleştirilmektedir²⁹⁶.

1.5.2.2. Bölge Adliye Mahkemeleri

Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlaması ile birlikte ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında yeni bir yargısal denetim makamı hukuk sistemimize girmiştir. Bundan böyle ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı kanun yolu incelemesi amacıyla

²⁹² Yılmaz, s.76; Yavuz, s.98

²⁹³ 6100 sayılı HMK'nin 373. maddesi; 5271 sayılı CMK'nin 307. maddesi

²⁹⁴ Demirkol, s.116-121

²⁹⁵ AYM 1968/38 E. 1969/34 K <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c5118a41-6bb8-4dcf-8585-295bcd465207?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T.:23/04/2019)

²⁹⁶ Kemal Şahin, “Bağımsızlık Etik İlkesi ve Hakimlerin Bağımsızlığı”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, sayı:5, 2006, s.20

doğrudan Yargıtay'a gitme imkanı ortadan kalkmıştır. İlk derece mahkemesince verilen kararlara karşı istinaf incelemesi amacıyla bölge adliye mahkemesine itiraz edilebilecektir²⁹⁷.

Bölge adliye mahkemeleri bu düzenlemeler ile birlikte ilk derece mahkemesi kararları üzerinde yargısal denetim yapan bir merci konumundadır. Bu bakımdan yukarıda yargısal denetim ile ilgili yaptığımız açıklamalar bu bakımdan bölge adliye mahkemeleri için de geçerlidir. Bölge adliye mahkemeleri ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararları itiraz üzerine incelemekte ya itirazın gelen başvuruyu reddetmekte, ya dosyayı yeniden delilleri toplayıp değerlendirmek üzere ilk derece mahkemesine göndermekte ya da dosyayı kendisi ele alarak ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmakta ve yeni bir karar tesis etmektedir. Bölge adliye mahkemesinin kararlarına karşı ise ilk derece mahkemesinin kararında ısrar etmesi ve önceki kararında direnmesi mümkün değildir²⁹⁸. İlk derece mahkemesinin Yargıtay kararına karşı direnme imkanı varken bölge adliye mahkemesinin kararlarına karşı direnme imkanının bulunmaması eleştiri konusu yapılabilirse de²⁹⁹, bu durum Yargıtay kararına karşı direnme imkanından farklılıklar taşır. Zira bölge adliye mahkemesi önüne gelen dosya bakımından karar verebilecek durumdaysa dosyayı ilk derece mahkemesine göndermemekte ve kararı kendisi vermektedir. Ancak delillerin hiç toplanmaması, görevli mahkemede davanın görülmemesi gibi yargılamanın yeniden yapılması gerektiği durumlarda dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir. Bu ise, ilk derece mahkemesinin hangi yönde hüküm tesis etmesi gerektiğini gösteren bir karar niteliğinde değildir. Bu bakımdan eksik deliller toplandıktan sonra verilecek kararı ilk derece mahkemesi hakimi yine hukukla bağlı olarak bağımsız olarak verecektir. Bu nedenle bölge adliye mahkemesinin kararlarına direnme imkanının bulunmaması başka yönlerden eleştirilebilirse de, hakim bağımsızlığını ihlal etmediği ifade edilebilir³⁰⁰.

İlk derece mahkemesi hakimlerinin verdikleri kararlar hakkında Yargıtay tarafından olduğu gibi bölge adliye mahkemeleri tarafından da kanun yolu değerlendirme formları ile hakimlere not verilmektedir. Daha önce değinildiği üzere bu durumun hakimleri yargısal denetim mercilerinin kararlarına bağlı hale getirmesi nedeniyle yargı bağımsızlığını zedelediği ifade edilebilir.

²⁹⁷ 6100 sayılı HMK'nin 341. maddesi; 5271 sayılı CMK'nin 272. maddesi

²⁹⁸ 6100 sayılı HMK'nin 353. maddesi; 5271 sayılı CMK'nin 284. maddesi

²⁹⁹ Muharrem Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt: 65 sayı:4, 2016, s.2384

³⁰⁰ Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde direnme yasağının Anayasaya aykırı olmadığına ve yargı bağımsızlığını ihlal etmediğine karar vermiştir. Bkz. AYM 2017/48 E. 2017/129 K. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/61aa0027-8276-4a60-b849-67bd169415b7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T.:23/04/2019)

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

2.1. Genel Olarak

Çalışmamızın şimdiye kadarki birinci bölümünde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının Türkiye’deki kurum ve uygulamalar bakımından görünümü incelenmeye çalışıldı. Bundan sonraki ikinci bölümde ise, Türkiye’deki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının görünümünün AİHM kararları bakımından değerlendirilmesi üzerinde durulacaktır. Bu bölümde AİHM’nin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki içtihatları incelenip bunun Türkiye’ye bakan kısmı üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkının bir parçası olan (kişinin) yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yargılanma hakkına dair AİHM kararları kapsamında bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

2.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve Oluşumu

AİHM, Avrupa Konseyi’nin yargı organı olarak görev yapmaktadır. Avrupa Konseyi, 10 Avrupa ülkesinin bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Türkiye de Yunanistan ile birlikte 1949 yılında kurucu üye olarak konseye katılmıştır. Konseyin kuruluş gayesini de büyük ölçüde yansıtan AİHS ise 1950 yılında imzalanmıştır³⁰¹. Sözleşme’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte³⁰² bazı hak ve özgürlükler güvence altına alınmış, bazı fiil ve eylemler de yasaklanmıştır³⁰³. Sözleşme ile tanınan insan haklarının Sözleşme’ye taraf olan devletler tarafından uygulanıp uygulanmadıklarının denetlenmesi amacıyla bir denetim organı olarak AİHM oluşturulmuştur³⁰⁴. Sözleşme’ye taraf olan devlet insan haklarını korumak ve uygulamakla görevli hem de olası bir ihlal durumunda Mahkeme önünde sanık statüsünde

³⁰¹ http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa (E.T.:29/04/2019)

³⁰² Sözleşme 1953 yılında yürürlüğe girmiş, Türkiye ise sözleşmeyi 1954 yılında onaylamıştır. Bkz. Resmi Gazete 19/03/1954, sayı:8662

³⁰³ Güvence altına alınan haklar; yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, evlenme hakkı, etkili başvuru hakkı, eğitim hakkı, mülkiyet hakkı, serbest seçim hakkı, serbest dolaşım özgürlüğüdür. Yasaklanan fiil ve eylemler; işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, ayrımcılık yasağı, hakları kötüye kullanma yasağı, borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı, vatandaşların sınırdışı edilme yasağı, yabancıların topluca sınır dışı edilme yasağı, ölüm cezasının yasaklanmasıdır.

³⁰⁴ AİHM Sözleşmeye ek 11 nolu protokolün 01/11/1998 tarihinde yürürlüğe girmesi ile faaliyete başlamıştır. Bu tarihe kadar sözleşmenin denetim organları: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ydi. 11 nolu ek protokolün yürürlüğe girmesi ile birlikte ise AİHM Sözleşmeye göre yargısal işleve sahip tek yetkili oluşum haline gelmiştir. Vahit Bıçak, “Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Liberal Düşünce Dergisi*, sayı:17, 2000, s. 48

bulunmaktadır. Mahkeme, Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri korumak amacıyla görev yapmaktadır. Mahkeme, Sözleşme ve ek protokollerde belirtilen haklar yönünden inceleme yapmakta ve ihlalin olup olmadığı hakkında karar vermektedir.

AIHS ek 11 nolu protokol ile oluşturulan AIHM, protokolün yürürlük tarihi olan 01/11/1998 tarihinde faaliyete başlamıştır³⁰⁵. Mahkeme, Sözleşmeciler tarafların sayısına eşit sayıda hakimden oluşmakta ve hakimler dokuz yıl için seçilmektedirler³⁰⁶. Hakimler, Mahkeme’de kendi adlarına görev yapmakta ve seçildikleri ülkeyi temsil etmemektedirler. Görev süreleri içinde ise bağımsızlık ve tarafsızlıkları ile bağdaşmayacak hiçbir görev üstlenememektedirler³⁰⁷. Mahkemenin bir başkanı ve iki başkan yardımcısı bulunmaktadır³⁰⁸. Mahkemenin yargısal görevleri için dereceli bir yapı oluşturulmuştur. Bu yapıya göre Mahkeme bünyesinde oluşturulan Büyük Daire, Mahkeme Başkanı, başkan yardımcıları ve bölüm başkanlarından oluşan 17 asıl 3 yedek üyesi bulunan bir yapıdır. Dairenin diğer üyeleri iç tüzüğün 24 maddesine göre belirlenmektedir. Mahkeme için önemli olan bir başka yapı ise bölümlerdir. Mahkeme iç tüzük gereği Mahkeme genel kurulu tarafından kurulan en az 4 bölümden oluşmaktadır³⁰⁹. Mahkemedeki her hakim bir bölümün üyesidir³¹⁰. Bölümlerin içinden ise 7 hakimli daireler oluşturulmaktadır. Bu dairede bölüm başkanı ve her bir dava için ilgili sözleşmeciler devletin hakiminin yer alması gerekmektedir. Diğer üyeler rotasyon usulüyle görev yapmaktadırlar³¹¹. Ayrıca bölümlerin içinden üç hakimli komiteler oluşturulmaktadır. Kaç komite kurulacağına Bölüm Başkanına danıştıktan sonra, Mahkeme Başkanı karar vermektedir. Komiteler Mahkeme için bir nevi filtre görevi görmektedir. Yapılan bireysel başvurular, üç kişilik komite tarafından incelenmekte “kabul edilemez” bulunursa başvurular burada kesin olarak sonuçlandırılmaktadır. Komiteler genellikle Mahkemenin yerleşik içtihatları söz konusu olduğunda karar vermektedir. Komitelerden ayrı olarak da 14 nolu ek protokolle tek hakim müessesesi getirilmiştir. Tek hakimlerin görevi ise “açıkça kabul edilemez” başvurular ile “açıkça dayanaktan yoksun” başvuruları karara bağlamaktır. Tek hakimden veya komiteden geçen başvurular bölüm tarafından oluşturulmuş olan dairelerin önüne gelir. Asıl davalar burada görülmektedir. 17 üyeli Büyük Daire ise

³⁰⁵ Türkiye 11 nolu ek protokolü 1997 yılında onaylamıştır. Bkz. Resmi Gazete 20/06/1997, sayı:23025; Ancak Türkiye 1997 yılından daha önce 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun bireysel başvuruları inceleme yetkisini, 1989 yılında ise Avrupa İnsan Hakları Divanının yargılama yetkisini tanımıştır. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/43-avrupa-insan-haklar-mahkemesi/> (E.T.:29/04/2019)

³⁰⁶ AIHS madde 20 ve 23 ; Üyelerin seçim süreçleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Bıçak, s. 51-52

³⁰⁷ AIHS madde 21/2-3

³⁰⁸ AIHM İç Tüzüğü madde 8

³⁰⁹ AIHM İç Tüzüğü madde 25; Bugün itibariyle Mahkeme’de 5 bölüm bulunmaktadır. https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=#newComponent_1346152041442_pointer (E.T.:30/04/2019)

³¹⁰ AIHM İç Tüzüğü madde 25/2

³¹¹ AIHM İç Tüzüğü madde 26/1

doğrudan bazı davalara bakabildiği gibi, alt dairelerde verilmiş olan kararların temyiz merci olarak da görev yapmaktadır. Büyük Dairenin verdiği kararlar ise kesin niteliktedir³¹².

2.3. AİHM Kararlarında Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme

AİHM, yukarıda da bahsedildiği üzere, AİHS ile tanınmış olan temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak amacıyla oluşturulmuştur. Taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkları çözecek olan yargı merciinin bağımsız ve tarafsız olması zorunluluğu da bu temel hak ve özgürlükler içerisinde değerlendirilebilir. Sözleşmenin 6 maddesi de adil yargılanma hakkı başlığı altında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: ” Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının (.....) görülmesini isteme hakkına sahiptir” Sözleşmeye göre kişilerin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkı alt başlığında altında değerlendirilen bir kavramdır. Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı ise sözleşmeye göre üç ana başlık altında değerlendirilebilir. Bunlar; yasayla kurulmuş mahkeme, bağımsız mahkeme, tarafsız mahkeme. Çalışmanın bu noktasında bu üç ana başlığın AİHM içtihatlarında nasıl değerlendirildiğini açıklamaya çalışacağız.

2.3.1. Yasayla Kurulmuş Mahkeme

Yasayla kurulmuş mahkeme başlığını iki alt başlıkta değerlendirmek daha uygun olacaktır. Bu kapsamda ilk başlıkta AİHM’nin “mahkeme” kavramını nasıl değerlendirdiği hususunda durulacak, daha sonra da mahkemenin “yasayla kurulmuş olması” hususunda açıklamalarda bulunulacaktır.

2.3.1.1. Mahkeme

Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi yargılamanın bir mahkeme tarafından gerçekleştirilmesidir. Bu kapsamda bireyleri yargılayacak ve gerekirse onları cezalandıracak olan kurumun mahkeme olması zorunluluğu bulunmaktadır³¹³. AİHS’nin ifade ettiği şekilde söyleyecek olursak: “Herkes, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da kendisine yöneltilen suçlamaların esası hakkında karar verecek olan bir mahkeme tarafından davasının görülmesini isteme hakkına sahiptir.” Burada “mahkeme” kavramının ne şekilde ele alındığı ve nasıl değerlendirildiği hususu önem arz eder. Öncelikle

³¹² Hüseyin Turan, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.33-34

³¹³ **Turan**, s.152-153

AIHM kararlarında mahkemenin “özerk” bir kavram olarak ele alındığını ifade edebiliriz. Bu nedenle iç hukukta ilgili karar organının mahkeme olarak nitelenip nitelenmemesinden bağımsız olarak AIHM ilgili karar organını mahkeme olarak niteleyebilir yahut iç hukukta mahkeme olarak faaliyet gösteren organı mahkeme olarak değerlendirmeyebilir³¹⁴. Mahkeme yargısal işlev ve adli fonksiyona sahip olmalıdır³¹⁵. AIHM kararları dikkate alınarak mahkeme; görevine giren konularda belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarını uygulayarak³¹⁶, gerektiğinde uyuşmazlık konusu hakkında devlet zoruyla yerine getirilebilen bağlayıcı kararlar verme yetkisine³¹⁷ sahip organ olarak tanımlanabilir³¹⁸. İlgili karar organları dava konusu olayı hem maddi hem de hukuki açıdan incelemek ve bu konuda karar vermek üzere tam bir yargı yetkisine sahip olmalıdır³¹⁹. Bir mahkemenin tam yargı yetkisi kullanması, onun yargı işlevinin unsurlarından hiçbirisini bırakmamasını gerektirir³²⁰. Bu konuda tam bir yetki sahibi olmayan organının mahkeme olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak mahkeme olarak nitelendirilemeyecek olan bir organın kararı, tam yargı yetkisine sahip olan bir mercinin kontrolüne ve denetimine tabi ise, AIHM mahkemeye başvuru hakkının ihlal edilmediğine kanaat getirmektedir³²¹. Mahkeme, birçok kararında ise yargı sistemimizde temyiz makamı olarak görev yapan Yargıtay’ı tam yargı yetkisine sahip bir mercii olarak değerlendirmemiştir. Bu nedenle ilk derece mahkemesindeki bağımsızlık ve tarafsızlık ihlallerinin Yargıtay tarafından giderilemediği ifade edilmiştir³²².

Mahkeme olarak nitelenecek organın bağlayıcı karar verme unsurunun bir parçası olarak yalnızca mütalaa ve tavsiye vermekle yetkili kılınmış organlar mahkeme değildir³²³. Ancak bunun yanında bu organ yargısal işlev görme fonksiyonuna da sahipse, bu organının mahkeme sayılmasına engel bir durum da bulunmamaktadır³²⁴. Bir mahkemenin verdiği

³¹⁴ Sezin Aktepe Artık, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 175; **İnceoğlu**, Adil, s.69; AIHM bir kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Mahkeme’nin, iç hukuk yargı sistemi dışındaki belli bir iç hukuk organını bir ‘mahkeme’ olarak nitelendirmesi engellenmemektedir. Bir idare veya parlamento organı, terimin maddi anlamıyla bir ‘mahkeme’ olarak görülebilir.” Oleksandr Volkov/Ukraine kararı, p. 88

³¹⁵ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.280; Kıbrıs/Türkiye (Büyük Daire) kararı p. 233

³¹⁶ Sramek/Austria kararı, p. 36

³¹⁷ Campbell and Fell/The United Kingdom kararı, p. 76

³¹⁸ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.280; **İnceoğlu**, Adil, s.69-70

³¹⁹ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.280; **İnceoğlu**, Adil, s.70; **Turan**, s. 155

³²⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), çev. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2014, s. 19

³²¹ Fazia Ali/The United Kingdom kararı; AIHM 6. Madde Rehberi, s. 19

³²² İncal/Türkiye kararı p. 72; Gerger/Türkiye kararı p. 61; Şener/Türkiye kararı p. 57

³²³ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.280; **İnceoğlu**, Adil, s.70; **Turan**, s. 156; AIHM 6. Madde Rehberi, s. 18 https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (E.T.:07/05/2019)

³²⁴ **Turan**, s.156; “Bizde Danıştay’ın yargısal iş yapmasının yanı sıra, kimi durumlarda görüş de bildirmekle, hukukumuzda Yüksek Mahkeme olduğu gibi, AIHM kararında belirtildiği gibi bir mahkemedir.” İbrahim

kararın yerine getirilip getirilmeyeceği başka bir organın uygun bulmasına bağlı ise, uyuşmazlık veya suç isnadı hakkında karar verenin mahkeme olduğu ifade edilemez³²⁵. Ancak adli sistem içerisinde bulunan bir makam tarafından kararın değiştirilmesi, karar veren organının mahkeme sıfatını etkilemez³²⁶. Bazı konularda yorum yapma yetkisi bulunmayan, yorum yapma yetkisini idari bir kuruma bırakmış olan makam da AİHM kararları kapsamında mahkeme olarak kabul görmemektedir³²⁷.

“Yargısal bir rol” veya “adli fonksiyona” sahip olan bir organın üyeleri meslekten hakim veya hukukçu olmasalar dahi bu organın mahkeme olarak nitelendirilebilmesi mümkündür³²⁸. AİHM bugüne kadar vermiş olduğu kararlarda; disiplin suçlarını istinaf derecesinde yargılayan Belçika Hekimler Odası’nı³²⁹, İngiltere’de cezaevi disiplin kurulu görevi yürüten Cezaevi Müfettişler Komitesi’ni, Yukarı Avusturya Gayrimenkullere İlişkin Ticari İşlemler Bölge Komisyonu’nu³³⁰, Avusturya’daki Taşınmaz Muameleler Kurulu’nu, İngiltere’deki Tahkim Kurulu’nu³³¹, İsveç’teki Kriminal Hasar Tazmin Komisyonu’nu, Yunanistan’daki Ormancılık Uyuşmazlıkları Çözüm Komisyonu’nu³³² Fransa’da Mali Piyasalar Kurulu’nu³³³ AİHS madde 6. kapsamında mahkeme olarak değerlendirmiştir.

AYM de AİHM’ye uygun bir şekilde mahkeme kavramını geniş bir şekilde değerlendirmektedir³³⁴. AYM bir kararında Baro Hakem Kurullarının yargı işlevi yerine getiren bir kurul olduğunu vurguladıktan sonra, bu kurullar tarafından verilen kararların taraflar açısından bağlayıcı, kesin hüküm oluşturan, ilam hükmünde kararlar olduğunu belirtip hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı hususunun kanun ile düzenlenme zorunluluğu bulunduğunu ifade etmiştir³³⁵. AYM başka bir kararında ise, infaz hâkimliğini, mahkumlar ve cezaevi idaresi arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan ve kendi yargılama usulü çerçevesinde kesin karara ulaştıran bir yargı mercii olarak kabul etmiştir³³⁶. Yine AYM İlçe Seçim Kurulu Başkanının seçim konularıyla ilgili

Şahbaz, “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, sayı:25, 2008, s.240

³²⁵ Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler)*, 1.cilt, Şen Matbaa, Ankara, 2012, Findlay/Birleşik Krallık Kararı p. 77, s. 717

³²⁶ AİHM 6. Madde Rehberi, s. 18

³²⁷ İncoğlu, Adil, s. 70

³²⁸ Turan, s. 156

³²⁹ Doğru/Nalbant, Albert ve Le Compte/Belçika kararı, s.699

³³⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s.281

³³¹ Artık, s.175

³³² AİHM 6. Madde Rehberi, s. 19

³³³ Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s.102

³³⁴ İncoğlu, Adil, s. 70

³³⁵ AYM, 2003/98 E. 2004/31 K.

³³⁶ AYM, Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası:2013/583, K.T.: 10/12/2014

şikayet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet icra ettiğini, hakim bağımsızlığı ve tarafsızlığına sahip olduğunu kabul etmiş, seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının klasik yargı teşkilatı içindeki mahkemeler dışında kalan ancak yargılama faaliyetinde bulunan bir “yargı yeri” olduğu sonucuna ulaşmıştır³³⁷.

2.3.1.2. Yasayla Kurulmuş Olma

AİHS kapsamında mahkeme olarak nitelendirilen organın yasayla kurulmuş olması gerekmektedir. Yasayla kurulmuş olma, mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile izleyecekleri yargılama usulünün, yürütmenin düzenleyici işlemleriyle değil, yasal düzenleme ile uyumsuzluk veya suça konu eylem ortaya çıkmadan önce belirlenmesini ifade etmektedir³³⁸. Mahkemelerin yasayla kurulmaları zorunluluğu, tabii hakim ilkesinin sözleşmedeki karşılığı olarak ifade edilebilir³³⁹. Tabii hakim ilkesi ile uyumsuzluk ortaya çıkmadan önce yargılama makamları oluşturularak kişiye veya olaya özel yargılamanın önüne geçilmesi amaçlanmaktadır³⁴⁰. Tabii hakim ilkesinin bir diğer unsuru ise, mahkemelerin kanun ile kurulması zorunluluğudur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun, Zand/Avusturya davasında da ifade ettiği üzere demokratik bir toplumda yargı teşkilatı, yürütmenin takdirine bağlı olmamalı ve Parlamento tarafından çıkarılan kanun ile düzenlenmelidir. Fakat bu durum yargı teşkilatına ilişkin her bir detayın kanun ile düzenlenmesi anlamına gelmez. Yargı teşkilatının esas yapısının kanun ile düzenlenmesi yeterlidir. Bazı konularda yasal düzenleme ile yürütmeye yetki devredilebilmesi ise mümkündür. Kuruluş şekli ve görevleri kanun ile

³³⁷ AYM İsmail Taşpınar Başvurusu, Başvuru Numarası:2013/3912, K. T. : 06/02/2014

³³⁸ İnceoğlu , Adil, s. 71; AİHM, Kıbrıs/Türkiye davasında KKTC’nin uluslararası hukuka göre devlet olarak kabul edilmemesine rağmen KKTC mahkemelerini şu şekilde yasayla kurulmuş mahkeme olarak kabul etmiştir: ” Mahkeme, uluslararası hukuka göre ‘KKTC’nin yasa dışılığına karşın, başvuranların şikâyetlerini yerel mahkemelere götürme zorunluluklarının olabileceğine dikkat çekmektedir. (...) Mahkeme, Komisyona sunulan kanıtlardan ‘KKTC’de medeni hak ve yükümlülükler açısından ortaya çıkan ihtilafları çözmek için iç hukukta işleyen ve Kıbrıs Rum halkı için de geçerli olan bir yargı sistemi olduğunu gözlemlemektedir. Komisyonun gözlemlediği gibi, yargı sistemi çalışma şekli ve usul olarak, Kıbrıs’ın common-law geleneğini yansıtmaktadır. Mahkeme, bütünüyle halkın yararına olan hak ve yükümlülüklerin esasını tanımlayan hukukun ‘KKTC iç hukuku’ olduğunu göz önünde bulunduran Mahkeme, ‘KKTC hukukuyla’ kurulan iç hukuk mahkemelerinin bu hak ve yükümlülüklerin icrasında yetkili merciler olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Mahkemeye göre, yerel mahkemeler, ‘medeni hak ve yükümlülükler’ üzerinde hüküm vermek bakımından, görev yaptıkları ‘anayasal ve yasal temelde’, ‘yasayla kurulmuş’ mahkemeler olarak görülebilir.” Kıbrıs/Türkiye (Büyük Daire) kararı, p. 236-237 <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-123597%22%5D%7D> (E.T.:11/05/2019)

³³⁹ İnceoğlu , Adil, s. 71; Turan, s.158; Şahbaz, s. 244; Nurcan Yılmaz, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Ortaya Çıkan Adil Yargılama Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.75-76 <http://acikerisim.istanbul.edu.tr/bitstream/handle/123456789/33499/53837.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T.:10/05/2019)

³⁴⁰ Yılmaz, s. 76; Turan, s.161; Şahbaz, s.244

belirlenmiş olan bir mahkemenin hangi yerde kurulacağına ilişkin yetki “ihtiyaçlar gözetilmek şartıyla” yürütme organına bırakılabilir³⁴¹.

Mahkemelerin kanunla kurulmuş olmaları kaydıyla, suç veya dava türlerine özgü özel mahkemelerin kurulması, AİHS 6. maddesine aykırılık teşkil etmez³⁴². Özel mahkemeler belirli uyuşmazlıkları çözmek yahut belirli suç veya suçlularla ilgili yargılama yapmak üzere kanunla kurulmuş ihtisas mahkemeleridir³⁴³. AİHM’de Langborger/İsveç kararında meslekten yargıçlar ve meslekten olmayan yardımcı yargıçların görev yaptığı Konut ve Kira Mahkemesi’ni Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında yasayla kurulmuş mahkeme olarak kabul etmiştir.³⁴⁴ Yine AİHM Türkiye ile ilgili verdiği kararlarda Askeri Yüksek İdare Mahkeme’sinin açıkça Anayasa ve yasalarda öngörülmesi nedeniyle, yasayla kurulmuş mahkeme durumunda olduğunu kabul etmektedir³⁴⁵.

Mahkemenin yasayla kurulmuş olması, yasaya uygun olarak kurulmasını da ihtiva etmektedir. Mahkeme kendisini düzenleyen kurallara uygun olarak kurulmalı ve görev yaparken kendisini düzenleyen özel kurallara uymalıdır. AİHM, iç hukuk kurallarını yorumlamanın öncelikle ulusal mahkemelere ait olduğunu, açık bir ihlal bulunmadığı sürece, ulusal mahkemelerin takdirine karışmayacağını ifade etmektedir. Mahkeme, kuruluş kanunlarına uygun olarak oluşturulmamışsa Sözleşme’nin 6. maddesi bağlamında adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur³⁴⁶. AİHM de Posokhov/Rusya kararında meslekten olmayan iki hakimin yasada öngörülen on dört günlük süreyi aşar şekilde kanuna aykırı olarak görev yapmalarını yasayla kurulmuş mahkeme ilkesine aykırı bulmuştur³⁴⁷. Yine AİHM, meslekten olmayan hakimlere ilişkin yasanın yürürlükten kalkması ve yeni bir yasanın kabul edilmesine rağmen meslekten olmayan hakimlerin yerleşik geleneğe göre davalar hakkında karar vermeye devam etmeleri hakkında Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine kararı vermiştir³⁴⁸. Volkov/Ukrayna kararında ise mahkemenin yasayla kurulması ibaresinin yalnızca bir mahkemenin bizatihi varlığının yasal dayanağını değil, aynı zamanda heyetin her

³⁴¹ İnceoğlu, Adil, s. 71-72; Yılmaz, s. 76

³⁴² İnceoğlu, Adil, s. 72; Turan, s. 168

³⁴³ Turan, s. 168; Artık, s. 179

³⁴⁴ Doğru/Nalbant,, Langborberger/İsveç kararı, p. 34, s. 706

³⁴⁵ “Mahkeme, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin kuruluş ve oluşumunun Anayasa ve kanunla açıkça öngörüldüğünü gözlemlemektedir. Dolayısıyla, başvuruların mahkeme heyetindeki hakimlerin orduya mensup oldukları gerekçesiyle mahkemenin oluşumuna ilişkin yapacakları tüm itirazlar başarısızlığa mahkum olacaktır.” İnan/Türkiye davası, p. 11 <https://legalbank.net/belge/aihm-2-dsi-40757-10-t-28-11-2017-askeri-yuksek-idare-mahkemesi-heyetinde-yer-alan-iki-subayin-askeri/3284986/ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1z+mahkeme> (E.T.:11/05/2019); Benzer yönde AİHM içtihatları için bkz. Çulhaoğlu/Türkiye davası, Bilgiç/Türkiye davası, Satık/Türkiye davası

³⁴⁶ İnceoğlu, Adil, s. 72-73; AİHM 6. Madde Rehberi, s. 24

³⁴⁷ Yılmaz, s. 77; Cengiz/ Demirağ/ Ergül/ McBride/ Tezcan, s.103

³⁴⁸ Dovydas Vitkauskas, Grigoy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, çev. Serkan Cengiz, Avrupa Konseyi, 2018, s.52

bir davada oluşumunu da kapsadığını ifade edip, kanunda öngörülen görev süresinin sona ermesinin ardından hakimlerin tekrar atanıncaya kadar, görevlerinin belirsiz bir süre devam etmesini “kanunen kurulmuş mahkeme” ilkesine aykırı bulmuştur³⁴⁹.

Mahkemelerin yasayla kurulması ilkesinin bir gereği olarak yargı sisteminin organizasyonuna ilişkin kuralların yargısal makamların takdirine bırakılmaması gerekir³⁵⁰. Ayrıca mahkemelerin idaresine ve işleyişine ilişkin kuralların bulunması ve iç hukukta buna uyulmuş olması da her zaman yeterli değildir. AİHM bu kuralların niteliğini de tartışabilmektedir. AİHM bir kararında, derdest bir davanın başkanının, davayı bizzat kendisine tevzii etmesi ve davanın şeffaflıktan yoksun bir şekilde aynı gün karara çıkmasını Sözleşme’nin 6. maddesinin bir ihlali olarak değerlendirmiştir³⁵¹. Bu nedenle dosyaların dağılımı gibi idari bir takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı hususunun da şeffaf ve nesnel ölçütlerle gösterilmesi gerekmektedir.

AYM de tabii hakim ilkesini adil yargılanma hakkını koruyan bir ilke olarak değerlendirmektedir. AYM tabii hakim ilkesinin “yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına; başka bir anlatımla, sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluştur(duğunu)” ifade etmektedir. Ancak devamla şunları ifade etmektedir: “Yeni kurulan mahkemelerin veya kurulu bulunan mahkemelere yeni atanan hâkimlerin, önceden işlenen suçlara ilişkin olarak hiçbir şekilde yargılama yapamayacakları biçiminde anlaşılamaz. Belirli bir olay, kişi veya toplulukla sınırlı olmamak kaydıyla yeni kurulan bir mahkemenin veya kurulu bulunan bir mahkemeye yeni atanan hâkimin, kurulma veya atanma tarihinden önce gerçekleşen uyuşmazlıklara bakmaları kanuni hâkim güvencesine aykırılık teşkil etmez. Aksi takdirde, yer değiştirme esasına göre görev yapan hâkimlerin atandığı yerdeki derdest davalara bakmalarının tabii hâkim ilkesine aykırı görülmesi sonucu doğar ki, anılan ilkenin bunu amaçladığı söylenemez³⁵².” AYM kanuni hakim güvencesinin yalnızca yargı yetkisi içinde yer alan konuların kanunla belirlenmesini ihtiva etmediğini aynı zamanda her bir mahkemenin kuruluşu ve yer bakımından yetkisi de dahil olmak üzere mahkemelerin organizasyonlarına ilişkin tüm düzenlemeleri içerdiğini ve mahkemelerin görev ve yetkisinin açık ve anlaşılır bir biçimde tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır³⁵³.

³⁴⁹ Oleksandr Volkov/Ukraine kararı, p. 151

³⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü), çev. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2013, s. 17; **İnceoğlu**, Adil, s. 73

³⁵¹ **Vitkauskas/Dikov**, s. 52

³⁵² AYM, 2014/164 Esas, 2015/12 Karar

³⁵³ AYM, Tahir Göktaay Başvurusu, Başvuru Numarası:2013/1780, K.T. : 20/03/2014

AIHM nezdinde Türkiye “mahkeme” ve yasayla kurulmuş olma” şartları bakımından şimdiye kadar mahkum olmamıştır³⁵⁴. Ülkemiz bakımından mahkeme olarak nitelenebilecek kurumlardan birisi de Olağanüstü Hal İnceleme Komisyonu’dur. 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile kurulan komisyonun görevi Olağanüstü Hal kapsamında kanun hükmünde kararnameler ile meslekten çıkarılan kamu görevlileri, ilişkili kesilen öğrenciler, kapatılan dernek ve benzeri gibi kurumlar hakkında tesis edilen işlemlerle ilgili itirazları incelemektir. Komisyon’un 7075 sayılı Kanun ile yasal bir zemine kavuşması, verdikleri kararların uygulanmak zorunda olması (madde 10) dikkate alındığında AIHM içtihatları kapsamında “mahkeme” olarak nitelendirilmesi mümkündür. Her ne kadar üyelerin görev süreleri, güvenceleri gibi unsurlar bakımından Komisyon’un bağımsızlık sıfatı sorgulanabilirse de, Kanun’un 11. maddesiyle komisyon kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabildiğinden, tam yargı yetkisine haiz bir organca bu eksikliğin giderilebilecek olması nedeniyle bağımsız mahkeme ilkesinin zedelenmeyeceğinden bahsedebiliriz.

2.3.2. Bağımsız Mahkeme

Mahkemelerin bağımsızlığı hakimlerin taraflardan olduğu kadar, yasama ve yürütme organlarından, meslektaşlarından ve diğer tüm etkenlerin baskısından bağımsız olmayı gerektirmektedir³⁵⁵. Bağımsızlık mahkemelerin olmazsa olmaz vasıfları arasındadır. AIHM kararlarında bağımsızlık mahkeme kavramının doğal bir parçası olarak değerlendirilmektedir³⁵⁶. Mahkemelerin bağımsızlığı bakımından, özellikle yürütme ile yargı arasındaki ilişkide kuvvetler ayrılığı kavramı giderek artan bir öneme sahip olmaya başlamıştır. Ancak erkler arasındaki bu ayrım müsaade edilebilir etkileşime de engel olmamaktadır³⁵⁷. AIHM içtihatlarında bağımsızlık ile tarafsızlık birbirleri ile çok yakından ilişkili iki kavram olarak değerlendirilmekte ve sıkça birlikte ele alınmaktadırlar³⁵⁸. AIHM bağımsız bir mahkemeden bahsedebilmek için iki koşulun yerine getirilmiş olmasını dikkate almaktadır. Bunlardan birincisi mahkemenin oluşum biçiminin mahkemenin bağımsız olduğuna dair bir kanaat uyandırmasıdır. İkincisi ise, mahkemenin yargılama görevini gerçekleştirirken tamamen bağımsız olmasıdır³⁵⁹. Mahkemenin oluşum biçimi bakımından

³⁵⁴ Turan, s.190

³⁵⁵ İnceoğlu, Adil, s. 79-80

³⁵⁶ Turan, s.172

³⁵⁷ AIHM 6. Madde Rehberi(Ceza Hukuku Yönü), s. 18-19

³⁵⁸ Nuala Mole, Catharina Harby, **Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No:3, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, s.27; Şahbaz, s.248

³⁵⁹ Artık, s.185

bağımsızlığı yapısal bağımsızlık olarak tanımlayabiliriz³⁶⁰. Mahkemenin yargılama görevini yerine getirirken bağımsız olmasını ise fonksiyonel bağımsızlık olarak niteleyebiliriz³⁶¹. Şimdi bu hususları değerlendirmeye çalışacağız.

2.3.2.1. Yapısal Bağımsızlık

Mahkemelerin oluşum biçimi bakımından bağımsızlığı yapısal bağımsızlık olarak ifade edebileceğimizi belirtmiştik. AİHM bu bakımdan mahkemelerin bağımsızlığını değerlendirirken ise hakimlerin niteliği, atanması, görev süreleri, güvenceleri ve mahkemelerin görünümünü incelemektedir³⁶².

2.3.2.1.1. Hakimlerin Niteliği

Mahkemelerin bağımsızlığını değerlendirirken, tek başına bir anlam ifade etmese de mahkemeyi oluşturan üyelerin nitelikleri de bağımsızlık açısından dikkate alınmaktadır. Mahkeme üyelerinin hukukçu veya meslekten hakim olmaları bağımsızlık açısından olumlu bir durumdur³⁶³. AİHM de Maktouf ve Damjanovic / Bosna Hersek kararında mahkeme üyelerinin meslekten hakimler arasından görevlendirilmiş olmasının dış baskılara karşı ek bir güvence sağladığını belirtmiştir³⁶⁴. Ancak mahkeme üyelerinin hukuk eğitimi almamış olmaları tek başına bağımsızlığı zedeleyen bir durum olarak değerlendirilemez. Bu durumda görev yapılan mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin güvencelerin bulunup bulunmadığı, yargı işlevi yerine getirilirken kamu otoritelerinden talimat alınıp alınmadığı, mahkeme üyelerinin yargılamanın taraflarından birinin astı olup olmadığı hususunda denetim yapılmaktadır.

AİHM Tanışma / Türkiye davasında da hukuk eğitimi almamış ve meslekten olmayan kurmay subayların mahkemeye katılmalarının tek başına Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı olmadığını belirtmiş ve devamında da bağımsızlığa ve tarafsızlığa ilişkin olarak belirlenen ilkelerin meslekten hakimlere uygulandığı gibi meslekten olmayan hakimlere de uygulanacağını ifade etmiştir. Mahkeme üyesi olan kurmay subayların, mahkemenin diğer üyeleri olan askeri hakimlerle aynı güvencelere sahip olmamaları nedeniyle ise Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁶⁵.

³⁶⁰ Gökhan Güneysu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hakimin Tarafsızlığı", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 2012, s.76;

³⁶¹ Artık, s.191

³⁶² İncoğlu, Adil, s. 80-81; Serdar Özersin, Ahmet Cemal Ruhi, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararları (1995-2011)**, **Başkent Üniversitesi Geliştirme Vakfı İktisadi İşletmesi**, Ankara, 2012, Çıraklar/Türkiye kararı (1998 yılı AİHM Kararları), s.56

³⁶³ İncoğlu, Adil, s. 80

³⁶⁴ Maktouf and Damjanovic / Bosnia and Herzegovina kararı p. 51

³⁶⁵ Tanışma / Türkiye kararı p. 82-83

2.3.2.1.2. Hakimlerin Atanması

AIHM bir mahkemenin bağımsız olup olmadığını değerlendirirken mahkeme üyelerinin atanma şekillerini de dikkate almaktadır³⁶⁶. Ancak bağımsızlığı sağlamak için gösterilebilecek tek tip bir atanma usulü bulunmamaktadır. Devletler, hakimlerin atanmasına veya seçilmesine ilişkin usullerini kendileri oluşturabilmektedirler. Bu konuda devletlerin bir takdir yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir. Bazı ülkelerde hakimler; yürütme organınca, bazılarında parlamento tarafından, bazılarında ise özerk bir kurul tarafından atanmaktadır³⁶⁷. Kuvvetler ayrılığı kavramı Mahkeme'nin kararlarında gün geçtikçe daha da artan bir öneme kavuşsa da, hakimlerin görevlerini yerine getirirken her türlü etki ve baskıdan bağımsız olmaları ve bazı güvencelere sahip olmaları koşuluyla yasama ve yürütme organları tarafından atanmasına izin verilmektedir³⁶⁸. Bu bakımdan hakimlerin atanması açısından kimlerin veya hangi organların görevli olduğu hususu tek başına bağımsızlığı etkileyen bir unsur olarak değerlendirilemez. Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında bir ihlalden bahsedebilmek için başvurunun, atamanın tamamıyla tatminkar olmaktan uzak olduğunu veya mahkemenin oluşumunun davanın sonucunu etkileme girişimine yönelik olarak sağlandığını ispat etmesi gerekmektedir³⁶⁹. Zira AIHM, Campbell ve Fell / Birleşik Krallık kararında cezaevi disiplin komisyonu üyelerinin İçişleri Bakanı tarafından atanmalarına rağmen, bakanın mahkeme üyelerine talimat verme yetkisi bulunmadığı için, bu durumu Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirmemiştir³⁷⁰.

Hakimlerin atanması ve görevlendirilmesinde objektif ve nesnel kıstasların dikkate alınması mahkemelerin oluşumunda bağımsızlığın şartları arasındadır. Hakim adaylarının mesleğe seçilmesinde de şeffaflığa ve objektifliğe önem verilmemesinin Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından sorun oluşturabileceği ifade edilmektedir³⁷¹. Volkov / Ukrayna kararında da Avrupa İnsan Hakları Komiseri'nin Ukrayna raporuna da atıf yapılmıştır. Raporda ise hakimlerin atanmasına ilişkin usul ve ölçütlerin düzene konulması ve açıklığa kavuşturulması ifade edildikten sonra, yargısal atamaların bireylerin nitelik ve meziyetlerine göre gerçekleştirilmesi gereği vurgulanmıştır³⁷².

Yukarıda birinci bölümde de üzerinde durulduğu üzere Türkiye'de hakimlerin atanması bakımından yetkili olan kurum HSK'dir. AIHM'nin önüne giden bazı bireysel

³⁶⁶ Doğru/Nalbant, Saraiva de Carvalho/Portekiz kararı, s. 709; Tanışma / Türkiye kararı p. 74

³⁶⁷ Artık, s.186

³⁶⁸ Maktouf and Damjanovic / Bosnia and Herzegovina kararı p. 49

³⁶⁹ Mole/Harby, s. 27-28

³⁷⁰ Turan, s.175

³⁷¹ Artık, s.187

³⁷² Volkov / Ukraine kararı p. 80

başvurularda HSK'nin, kararlarına itiraz edilememesi³⁷³, Adalet Bakanlığına bağlı olması³⁷⁴ ve Adalet Bakanı ile müsteşarının kurulun üyesi olması³⁷⁵ nedeniyle kurul tarafından gerçekleştirilen hakim atamaları bakımından hakimlerin bağımsızlıklarını kaybettikleri iddialarında bulunulmuştur. AİHM bu iddiaları genel ve belirsiz nitelikte değerlendirerek açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Hakimlerin atanması bakımından, ülkemizdeki uygulama dikkate alındığında hakim adaylarının durumu da özellik arz etmektedir. Ülkemizde hakim olarak atanabilmek için öncelikle hakim aday olmak gerekmektedir. Hakim aday olarak atanabilmek için ise, yazılı yarışma sınavını ve Adalet Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen sözlü mülakatı geçme şartı aranmaktadır. Yazılı yarışma sınavı her ne kadar objektifliği sağlasa da mülakat için aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir. Mülakatın bu bakımdan subjektif değerlendirmelere kapı aralayan bir yöntem olduğunu ifade edebiliriz. Bu nedenle yazılı yarışma sınavından sonra, yine bir değerlendirme yapılması düşünülüyorsa bunun objektif kriterlere göre ve denetime açık bir şekilde yapılmasının daha uygun olacağı ifade edilebilir. Zira AİHM'nin Volkov/Ukrayna kararında da ifade ettiği üzere hakimlerin atanmasında liyakatin esas alındığı objektif kriterlerin uygulanması gerekir. Ülkemizde hakim adaylığının, hakimliğe geçmeden önceki son aşama olduğu dikkate alındığında, hakimlerin atanmasına ilişkin temel kaidelerin hakim adaylarına da uygulanması gerektiği söylenebilir.

2.3.2.1.3. Hakimlerin Görev Süreleri ve Güvenceleri

AİHM, mahkemelerin bağımsızlığını değerlendirirken hakimlerin görev sürelerini ve dış baskılar karşısında güvencelerinin bulunup bulunmadığını da dikkate almaktadır. Hakimlerin belirli dönemler için seçilmeleri ve görev yerlerinin değiştirilememesi bir bağımsızlık teminatıdır³⁷⁶. Mahkeme, hakimlerin görev sürelerinin, bağımsızlıklarının doğal bir sonucu olduğunu belirtse de, gerekli olan diğer koşulların bulunması halinde görev süresinin kısa oluşunun, hakimlerin bağımsızlığını değerlendirmek için tek başına yeterli olmayacağını ifade etmektedir³⁷⁷. Bir mahkemenin üyelerinin sabit bir süre için atanmasını bağımsızlığın güvencesi olarak değerlendirmektedir. Le Compte/Belçika kararında Danıştay üyelerinin sabit altı yıllık görev süresini bağımsızlığın güvencesi olarak değerlendirmiştir. Campbell ve Fell/Birleşik Krallık kararında ise, Cezaevi Disiplin Kurulu'nun üç yıllık süre için atanmasını kısa bulmasına rağmen, bu görevin ücret karşılığı olmaksızın yapılması ve bu

³⁷³ Özersin/Ruhi, Görkan/Türkiye kararı (2010 yılı kararları), s.628

³⁷⁴ Özersin/Ruhi, Ulu ve diğerleri/Türkiye kararı (2010 yılı kararları), s.1518

³⁷⁵ Özersin/Ruhi, Hasan Polat/Türkiye kararı (2009 yılı kararları), s.896

³⁷⁶ Artık, s.187

³⁷⁷ Özersin/Ruhi, İrfan Bayrak/Türkiye kararı (2007 yılı kararları), s.667

nedenle gönüllü bulunamamasını değerlendirerek, mahkemenin bağımsızlığının zedelenmediğine karar vermiştir³⁷⁸. İncal/Türkiye kararında ise Devlet Güvenlik Mahkemesi bünyesinde görev yapan asker kökenli üyeler yönünden diğer bazı sakıncaları da belirtmekle birlikte dört yıllık bir görev süresi için seçilmelerini kısa bulmuş ve üyelerin bağımsızlıklarına aykırı olarak değerlendirmiştir³⁷⁹.

AİHM'ye göre mahkemelerin bağımsızlığının önemli göstergelerinden biri hakimlerin dış baskılara karşı güvencelerinin bulunması hususudur. Yürütme organının veya idari makamların mahkeme üyelerini görevden alabildikleri bir sistemde hakimlerin bağımsız olduğundan bahsetmek mümkün değildir³⁸⁰. Mahkeme de, bir kararında yargılamaya konu bir uyuşmazlığa bakan mahkeme başkanının ve mahkemenin üyesinin Adalet Bakanı tarafından görevden alınmasını bağımsızlığın ihlali olarak değerlendirmiştir³⁸¹. Bunun yanında hakimlere emir ve talimat verilememesi de dış baskılara karşı önemli bir teminat olarak ifade edilebilir³⁸². Yine AİHM Türkiye ile ilgili verdiği kararlarda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bağımsız bir yargılama makamı olmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme bünyesinde görev yapan muvazzaf subayların ordunun hizmetinde bulunmaları, subayların terfilerinin hiyerarşik üstleri tarafından önerilmesi nedeniyle muvazzaf subayların, askeri üye olan diğer üç hakimin sahip olduğu anayasal güvencelerden tam olarak yararlanamadıkları, bu durumun ise bağımsızlıklarını olumsuz etkilediği kararlarda ifade edilmektedir³⁸³. 2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 145. maddesinde düzenlenmiş olan Askeri Mahkemeler ve 157. maddesinde düzenlenmiş olan Askeri Yüksek İdare Mahkemeleri kaldırılmıştır.³⁸⁴ Bu Anayasa değişikliği ile birlikte AİHM nezdinde bağımsız bir mahkeme

³⁷⁸ Mole/Harby, s. 28

³⁷⁹ İncal / Türkiye kararı p. 68; Ancak bu karara Mahkeme üyesi 8 hakim muhalif kalmış, Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesi subayların dört yıl süreyle seçilmesine ilişkin düzenlemenin bağımsızlık ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini, zira Mahkemenin daha önceki bir kararında üç yıllık görev süresini dahi bağımsızlık için yeterli gördüğünü belirtmişlerdir.

³⁸⁰ Maktouf and Damjanovic / Bosnia and Herzegovina kararı p. 49

³⁸¹ Artık, s.187

³⁸² İncoğlu, Adil, s.82-83

³⁸³ Tanışma/ Türkiye kararı p. 83; AİHM, 25/05/2000 tarihli Yavuz/ Türkiye kararında kararında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ni bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak kabul etmişti. Bu kararını 2005 tarihli Şenay Aksoy(Eroğlu)/ Türkiye, 2010 tarihli Bek/Türkiye ve diğer bazı kararlarında da devam ettirmişti. (Kararlar için bkz. Özersin/Ruhi, 2005 ve 2010 yılı kararları) Ancak daha sonra bu içtihadını 2012 tarihli Gürkan/Türkiye kararı ile değiştirmiş, Gürkan/Türkiye kararında Askeri Ceza Mahkemelerini bağımsız ve tarafsız bir yargılama makamı olarak görmediğini ifade etmiştir. Daha sonraki bir çok kararında da Gürkan/Türkiye kararı ile görüş değiştirdiğini de ifade edip, özellikle Tanışma/Türkiye kararına atıf yaparak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bağımsız bir yargılama merci olmadığını belirtmiştir. Bkz. Şehmuz Ekinci/Türkiye davası p. 48-49, İnan/Türkiye davası p. 13-14, Çulhaoğlu/Türkiye davası p. 13-14, Erden/Türkiye davası p. 38-39 <https://legalbank.net/belge/aihm-2-dsi-54901-10-t-13-02-2018-basvurusunu-inceleyen-yukse-mahkemenin-hkim-heyetinde-iki-muvazzaf/3356743/ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1z+mahkeme> (E.T:17/05/2019)

³⁸⁴ 6771 sayılı Kanun madde 17 ile eklenen Geçici 21. Madde E bendi

olarak değerlendirilmeyen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılarak Türkiye'nin AİHM kararlarındaki önemli bir mahkumiyet gerekçesi bertaraf edilmiştir.

Anayasamızın 140/4 maddesi uyarınca hakimlerin 65 yaşını tamamlayıncaya kadar görev yapmaları öngörülmüştür. AİHM'nin görev süresine ilişkin içtihatları dikkate alınarak, hakimlerin kendi istekleri dışında 65 yaşından önce emekliye ayırlamamaları hakimler için önemli bir güvence oluşturmaktadır.

Hakimlerin azledilememesi hususunda ise ülkemizde Anayasal güvenceleri vardır³⁸⁵. Ancak hakimlerin görevden alınamamalarına ilişkin güvence mutlak bir güvence değildir. Bazı durumlarda hakimlerin görevden alınmaları mümkündür. Hakimlerin meslekten çıkarılmaları bakımından yürütme organının değil de bağımsız bir üst kurul olan HSK'nin yetkili olması da azledilmezlik teminatını güçlendiren bir duruma işaret etmektedir. Bununla birlikte HSK'nin oluşumundaki yasama ve yürütme ağırlıklı yapısı kurulun bağımsızlığı bakımından bazı soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Bunların dışında meslekten çıkarma bakımından hangi eylemlerin meslekten çıkarmaya sebebiyet vereceğinin daha somut şekilde belirlenmesi hakimlerin daha güvenceli bir yapıya kavuşmasına sebebiyet verecektir³⁸⁶. Zira Volkov/Ukrayna kararında atıf yapılan Venedik Komisyonu raporunda da ifade edildiği üzere hakimlerin disiplin sorumluluğunun kesin ve öngörülebilir nitelikte olması hakim bağımsızlığını güçlendiren bir duruma işaret edecektir³⁸⁷.

2.3.2.1.4. Mahkemenin Görünümü

AİHM mahkemelerin bağımsızlıklarını değerlendirirken, mahkemelerin sundukları görünümü de dikkate almaktadır. Zira, AİHM'nin birçok kararında da ifade ettiği üzere “adaletin sadece yerine gelmesi yetmez, yerine geldiğinin de görülmesi gerekir”.³⁸⁸ Bu noktada mahkeme, demokratik bir toplumda mahkemelerin halkta ve yargılanan kişide uyandırdıkları güvene vurgu yapmaktadır³⁸⁹. AİHM, bir mahkemenin bağımsız olup olmadığının değerlendirirken yargılanmakta olan sanığın düşüncelerini de dikkate almaktadır. Ancak bu durum sanığın düşüncelerine kesin olarak itibar edileceği anlamına gelmez. Sanığın, düşüncelerinin nesnel olarak haklı olabileceğini göstermesi gerekir. AİHM, burada “nesnel bir gözlemcinin” bakış açısıyla mahkemenin bağımsızlığı hususunda şüphe duyulmasını gerektirecek bir durumun bulunup bulunmadığını incelemektedir³⁹⁰.

³⁸⁵ Detaylı bilgi için yukarıda Birinci Bölümde Hakim ve Savcılar İçin Önemli Bir Güvence: Hakimlik Teminatı başlığının Hakimlerin Azledilememesi alt başlığına bakınız.

³⁸⁶ İncoğlu (2008), s. 246

³⁸⁷ Volkov / Ukraine kararı p. 79

³⁸⁸ Volkov / Ukraine kararı p. 106

³⁸⁹ Şahbaz, s. 260

³⁹⁰ AİHM 6. Madde Rehberi (Ceza Hukuku Yönü), s. 20

AIHM, Sramek/Avusturya kararında, yargılama makamında görevli bir üyenin, görev ve organizasyon bakımından taraflardan birinin hiyerarşik olarak altında olmasını, davanın diğer tarafının bağımsızlıkla ilgili meşru bir şüpheyne düşmesine neden olabileceği gerekçesiyle mahkemenin bağımsız bir görünüm sunmadığı şeklinde yorumlamıştır. Bu durum ise mahkemelerin demokratik bir toplumda sunmaları gereken güveni olumsuz olarak etkilemiştir³⁹¹. Belilos/İsviçre kararında ise tek bir kişiden müteşekkil Polis Kurulu'nda hakim vasfıyla görev yapan, emirlere tabi olmayan ve hakimlik güvencelerine sahip olan polis memurunun, sonradan yeniden görevine dönecek olması ve üstlerine bağıllık gösterme şüphesinin bulunması nedeniyle davacı olan amiri hakkında görölmekte olan davada, yeterli bağımsızlık görüntüsü vermediğine ve bu nedenle mahkemenin bağımsız olarak nitelendirilemeyeceğine kanaat getirilmiştir³⁹².

AIHM bir sivil yargılamakla görevli olan askeri mahkemelerin de bağımsız bir görünüm sunmadıklarını ifade etmektedir. Arap Yalğın ve diğerleri/Türkiye davasında sivil olan sanıkların, iki askeri hakim ve sıkıyönetim komutanına bağılı bir subayın da içinde bulunduğu Sıkıyönetim Mahkemesi'nde yargılanmasını sanıkların meşru bir şüpheyne düşmeleri açısından nesnel olarak haklı bulup, mahkemenin bağımsız bir görünüm sunmaması nedeniyle mahkemenin oluşumunun Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir³⁹³. Yine Ergin/Türkiye davasında, sivillerin zorlayıcı nedenlerin bulunması dışında askeri mahkemelerde yargılanmaması gerektiğini ifade edip, bir sivilin askerlik hizmeti aleyhinde propaganda suçundan dolayı askeri mahkemede yargılanmasını, sanığın davada taraf olarak değerlendirilebilecek askeri hakimlerin önüne çıkmaktan meşru olarak endişe duyması nedeniyle haklı bularak mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına kanaat getirmiştir³⁹⁴. Yukarıda da bahsedildiği üzere Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile birlikte Askeri Mahkemelerin de kaldırılmış olması, Türkiye'nin AIHM nezdinde önemli mahkumiyet gerekçelerinden biri olan sivillerin bağımsız bir görünüm sunmayan Askeri Mahkemelerde yargılanması durumunu sona erdirmiştir.

2.3.2.2. Fonksiyonel Bağımsızlık

Bir mercinin mahkeme olarak nitelenebilmesi için yukarıda da açıklandığı üzere yargısal bir role ve adli bir fonksiyona sahip olması gerekir. Mahkeme belli bir usul izleyerek

³⁹¹ Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, s.162, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf> (E.T.:18/05/2019)

³⁹² Turan, s.178

³⁹³ Özersin/Ruhi, Arap Yalğın ve diğerleri/Türkiye kararı (2001 yılı kararları), s.18

³⁹⁴ Özersin/Ruhi, Ergin/Türkiye kararı (2006 yılı kararları), s. 507-508; AIHM'nin benzer yönde kararları için Düzgören/Türkiye (2006 yılı kararları), Erçep/Türkiye (2011 yılı kararları)

ve hukuk kurallarını uygulayarak bağlayıcı kararlar verirken, yani yargılama görevini icra ederken fonksiyonel olarak da bağımsız olmalıdır. Fonksiyonel bağımsızlık ise mahkemelerin yasama, yürütme ve yargı organları karşısındaki bağımsızlığını ifade etmektedir³⁹⁵.

2.3.2.2.1. Yürütme Organından Bağımsızlık

AİHM'ye göre mahkeme kavramının en önemli özelliklerinden birisi yürütme organına karşı tamamen bağımsız bir yapıda olmasıdır. Zira, yargı organının bağımsızlığını zedeleyecek uygunsuz etki ve müdahaleler bakımından en büyük tehditlerden birini yürütme organı oluşturmaktadır. Ancak yürütme organından bağımsızlık yürütme organına yargının oluşumunda hiçbir yetki tanınmaması anlamına gelmez. Mahkemede görev alan üyelerin yürütme organı tarafından atanmaları tek başına bağımsızlığın ihlal edildiği sonucunu doğurmaz³⁹⁶. Ancak böylesi bir durumda, hakimlerin atandıktan sonra yürütmeden gelebilecek her türlü etki ve baskılardan bağımsız olmaları ve görevlerini bağımsız olarak yerine getirebilmeleri için bazı güvencelere sahip olmaları gerekir³⁹⁷. Yürütmenin görülmekte olan bir davanın neticesine etki etmek için yargılamaya müdahalede bulunması hakim bağımsızlığını tehlikeye düşüren bir duruma işaret eder. Bu kapsamda AİHM, bir davada Ukrayna Devlet Başkanı'nın mahkeme başkanına bir mektup yazarak "Ukrayna'nın milli menfaatlerini savunmasını istemesi"ni "yargıya müdahaledeki en yüksek seviye" olarak nitelendirmiştir³⁹⁸. AİHM, İhsan Yinal Özbek/Türkiye kararında yerel mahkemenin teknik bir konuda Vakıflar Bölge Müdürlüğü'ne sorduğu bir soru üzerine Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nün verdiği cevabın ulusal mahkemelerin yaptığı yorumu baskın bir şekilde etkileyebileceği anlaşılamadığından Sözleşme'nin 6. maddesine aykırılık görmemiştir³⁹⁹.

2.3.2.2.2. Yasama Organından Bağımsızlık

Hakimlerin görevlerini yerine getirirken yasama organından da bağımsız olmaları gerekir. Yargı görevinin yerine getirilmesi esnasında baskı veya talimatla karşı karşıya kalmadıkları sürece, hakimlerin yasama organı tarafından atanması bağımsızlığa aykırı bir durum olarak değerlendirilemez. AİHM bir kararında da üyelerinin çoğunluğunu meslekten hakimlerin oluşturduğu İstinaf Mahkemesi'nin uzman üyelerinden birinin mahkemedeki

³⁹⁵ Artık, s.191, İnceoğlu, Adil, s.80

³⁹⁶ İnceoğlu, Adil, s. 81-82; Vitkauskas/ Dikov s.54-55

³⁹⁷ AİHM 6. Madde Rehberi (Madeni Hukuk Yönü), s. 26

³⁹⁸ Artık, s.194; AİHM 6. Madde Rehberi (Madeni Hukuk Yönü), s. 26

³⁹⁹ Özersin/Ruhi, İhsan Yinal Özbek/Türkiye kararı (2005 yılı kararları), s. 1077

görevinin dışında yasama organının da üyesi olmasını tek başına Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirmemiştir⁴⁰⁰.

Yasama organının görülmekte olan bir uyuşmazlıkla ilgili bu uyuşmazlığın neticesini etkilemek için yasama faaliyeti kapsamında bazı düzenlemeler getirmesi mahkemelerin bağımsızlığının ihlali olarak değerlendirilir. AİHM önüne gelen bir uyuşmazlıkta yerel mahkemenin başvuru hakkı bulması üzerine, kararın temyizi aşamasında davaya konu uyuşmazlığın yasama organına taşınması ve yargılama konusunu ilgilendiren konu ile ilgili bir düzenlemeye gidilmesini mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı bulmuştur. Söz konusu kararda hukukun üstünlüğü ve adil yargılama kavramları gereğince görülmekte olan bir davayı etkileyebilmek için yasama organı tarafından gerçekleştirilebilecek her türlü müdahaleye karşı olmak gerektiği ifade edilmektedir. AİHM, bir hususta yeni bir düzenlemeye gidilmesi bakımından yasama organını yetkili görse de, yasama organının görülmekte olan bir davayı etkileyecek ve hakimi belli bir yönde karar vermeye sevkedecek düzenlemelerinin yargıya müdahale olduğu kanaatindedir⁴⁰¹.

2.3.2.2.3. Yargı Organından Bağımsızlık

Yargı bağımsızlığı, yargının dışından olduğu kadar içinden gelebilecek uygunsuz etki ve müdahalelerden de bağışık olmayı gerektirir. Hakimler, üst yargısal mercilere ve diğer meslektaşlarına karşı da bağımsız olmalıdır. Hakimlerin, yargı içerisinde gelebilecek uygunsuz etki ve müdahalelere karşı yeterli güvenceye sahip olmamaları, bir mahkemenin bağımsızlığı konusunda, yargılanan kişilerin objektif olarak endişe duymalarına sebep olabilir⁴⁰². AİHM'de yargı içinden gelecek müdahalelerle hakimlerin bağımsızlık ve tarafsızlığının olumsuz olarak etkilenebileceğini düşünmektedir. Daktaras/Litvanya davasında ilk derece mahkemesinin kararını sanık temyiz etmiştir. Bunun üzerine Temyiz Mahkemesince, ilk derece mahkemesinin sanığa yüklediği eylem daha da hafifletilerek, sanık esas fail değil, suça yardım eden kişi olarak cezalandırılmıştır. Temyiz Mahkemesinin bu kararına karşı sanık ile birlikte İlk Derece Mahkemesi hakimi de Yüksek Mahkeme Ceza Dairesi Başkanına dilekçe vererek itiraz etmiştir. Başkan ise, ilk derece mahkemesi hakiminin itirazını esas alarak Ceza Dairesi Başkanlığına bir dilekçe sunarak Temyiz Mahkemesinin kararının kaldırılmasını, ilk derece mahkemesi kararının onanmasını talep etmiştir. Aynı zamanda Başkan, bir tetkik hakimi atayıp, itirazı görecektir üç kişilik daireyi oluşturmuştur. Yüksek Mahkemenin dairesi ise başkanın itirazı gibi temyiz mahkemesinin kararını kaldırmış

⁴⁰⁰ AİHM 6. Madde Rehberi (Medeni Hukuk Yönü), s. 26

⁴⁰¹ Artık, s.197

⁴⁰² AİHM 6. Madde Rehberi (Ceza Hukuku Yönü), s. 19-20

ve ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Bu davada AİHM, Yüksek Mahkemenin başkanının kararı veren dairenin duruşmalarına katılmamakla birlikte, dairenin oluşmasını sağlaması, sanığın aleyhine olarak ilk derece mahkemesi kararının onanması için görüş bildirmesi ve aynı zamanda teşkilat ve idare bakımından Ceza Dairesinin Başkanı olması nedeniyle Ceza Dairesi'nin Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında bağımsız ve tarafsız bir yargılama yeri olmadığına karar vermiştir⁴⁰³.

Volkov/Ukrayna kararında ise mahkeme yargısal üst kurulların oluşumunu incelemiş, bir yüksek mahkeme yargıcının görevine son verilmesine ilişkin bireysel başvuruda meslekten çıkarma kararı konusunda yetkisi bulunan bu kurullarının üyelerinin çoğunun yasama ve yürütme organları tarafından atanmasının bağımsızlığı zedeleyen bir durum olduğu belirtilmiştir. Venedik Komisyonunun kararlarına da atıf yaparak yargısal üst kurulların üyelerinin çoğunluğunun meslektaşları arasından hakimlerce seçilmesinin bağımsızlığı güçlendireceği ifade edilmiştir. Aynı zamanda, Yüksek Adalet Konseyi⁴⁰⁴,nin dört üyesi dışındakilerin kurulda tam zamanlı olarak çalışmadıkları, bu üyelerin birincil işverenlerine maddi, hiyerarşik ve idari bakımdan bağımlı oldukları belirtilerek özellikle doğal üye olan Adalet Bakanı ve Başsavcı'nın konseyden istifa etmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Daha başka unsurlara da değinerek Mahkeme, Yüksek Adalet Konseyi'ni bağımsız ve tarafsız bir yargılama mercii olarak görmemiştir⁴⁰⁵. Yüksek Adalet Konseyi'nin kararlarına karşı Yüksek İdare Mahkemesi'ne itiraz edilebilmektedir. Ancak Yüksek İdare Mahkemesi tam yargı yetkisine haiz olarak başvuru tarafından ortaya konulan tüm itirazları değerlendirip yeterli bir inceleme yapmadığından tam yargı yetkisine sahip olan bir mahkemece ihlallerin giderilmediğine kararda değinilmiştir. Yine Yüksek İdare Mahkemesi tam yargı yetkisine sahip olarak bir denetim yapsa dahi Yüksek Adalet Konseyi'nin, Yüksek İdare Mahkemesi hakimleri üzerinde disiplin yetkisine sahip olması nedeniyle Yüksek İdare Mahkemesi'nin bu dava bakımından bağımsız ve tarafsız değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır⁴⁰⁶.

Ülkemizdeki, hakimlerin Olağanüstü Hal döneminde meslekten çıkarılmaları hususu da ilgililerin bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakları kapsamında değerlendirilebilir. Daha önce yukarıda da bahsedildiği üzere Olağanüstü Hal dönemindeki Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun kararlarına karşı Danıştay'a dava yolu açılmıştır⁴⁰⁷. HSK tarafından meslekten çıkarılmasına karar verilen bir hakimin AİHM'ye başvurması üzerine

⁴⁰³ Dakaras/Lithuania kararı, p. 36

⁴⁰⁴ Ukrayna'da hakimlerin atanması, meslekten çıkarılması gibi konularda yetkili kurul

⁴⁰⁵ Oleksandr Volkov/Ukraine kararı, p. 109-117

⁴⁰⁶ Oleksandr Volkov/Ukraine kararı, p. 124-130

⁴⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için yukarıda: Birinci Bölümde Hakim ve Savcılar İçin Önemli Bir Güvence: Hakimlik Teminatı başlığının Hakimlerin Azledilememesi alt başlığı içerisinde

Mahkeme, meslekten çıkarma kararlarına karşı yeni bir iç hukuk yolu olarak Danıştay'a başvuru şartının getirildiğini ifade ederek iç hukuk yolları tüketilmediği için başvuruyu reddetmiştir⁴⁰⁸. AİHM kararları kapsamında HSK'nin oluşumu bakımından üyelerinin çoğunlukla yasama ve yürütme organınca atanması gibi bazı sorunlardan bahsedebilirsek de, HSK'nin kararlarına karşı Danıştay'a yargı yolunun açılması ve Danıştay'ın tam yargı yetkisine haiz bir biçimde ilgilinin tüm itiraz ve iddialarını karşılar şekilde bir karar vermesi halinde meslekten ihraç kararları bakımından tam yargı yetkisine haiz bir merci tarafından denetim yapılmak suretiyle bağımsız mahkeme hakkının tarafa sağlanmış olacağı ifade edilebilir. Ayrıca Danıştay üyelerinin disiplin işlemlerinin de yine Danıştay bünyesinde oluşturulmuş olan Yüksek Disiplin Kurulu tarafından gerçekleştirilmesi⁴⁰⁹ ve HSK'ye bu konuda yetki tanınmaması HSK'nin meslekten çıkarma kararlarına karşı açılacak davalara bakacak olan Danıştay'ın bağımsızlık ve tarafsızlığını güçlendireceği ifade edilebilir.

AİHM, askeri mahkemelerle ilgili bazı kararlarında Anayasa Mahkemesi'nin 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 12. maddesinin iptaline ilişkin aldığı karara da yer vermiştir⁴¹⁰. AYM bu kararında⁴¹¹ askeri mahkemelerin kararlarını temyizen inceleyen Askeri Yargıtay'ın bu incelemesinin hakimlerin mesleki yeterliliklerinin değerlendirilmesi olduğunu ve hakimlerin bağımsızlığını olumsuz etkilemediğini ancak tecrübeli hakimler ve subaylar tarafından gerçekleştirilen ve idari değerlendirme (subay sicil belgesi) olarak nitelenen denetimin hakimlerin bağımsızlığı ile bağdaşmadığını ifade etmiş ve idari sicil üstlerince subay sicil belgesi düzenlenmesine ilişkin hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Mesleki sicil notu, Askeri Hakim Sicil Yönetmeliği uyarınca Askeri Yargıtay Dairelerince her bir dava dosyası ile ilgili verilmekteydi⁴¹². Subay sicil belgesi ise idari sicil üstlerince hakimlerin değerlendirilmesi üzerine verilmekteydi⁴¹³. İlk derece mahkemesi hakimlerinin görevde yükselmelerinin yüksek mahkemenin kararlarına uyumlu kararlar vermeleri suretiyle mümkün olduğu bir sistemin yargı bağımsızlığını zedelediği ifade edilse de⁴¹⁴, Anayasa Mahkemesi'nin, ilk derece mahkemesinin kararlarını denetleyen temyiz mercinin bu denetleme yetkisini mesleki yeterliliklerin değerlendirilmesi olarak görmesi nedeniyle, ilk derece mahkemesi hakimlerine Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesince not verilmesine

⁴⁰⁸<http://www.toplumsal hukuk.net/wp-content/uploads/2017/03/A%C4%B0HM-%C3%87atal-T%C3%BCrkiye-karar%C4%B1.pdf> (E.T.:19/05/2019)

⁴⁰⁹2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 53

⁴¹⁰ Tanışma/Türkiye kararı p. 47; Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye kararı p. 101

⁴¹¹ AYM 2006/105 E. 2009/142 K.

⁴¹² Askeri Hakim Sicil Yönetmeliği madde 14

⁴¹³ Askeri Hakim Sicil Yönetmeliği madde 9

⁴¹⁴ Güneysu, s. 77; Bu konu ile ilgili daha detaylı bilgi için yukarıda Yargı İçi İlişkiler üst başlığı içindeki İstinaf veya Temyiz Merciiine Karşı Hakimlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı başlığına bakınız

ilişkin hükmün de Anayasa Mahkemesi tarafından bu şekilde değerlendirilmesi ve yargı bağımsızlığına aykırı görülmemesi muhtemeldir.

2.3.3. Tarafsız Mahkeme

Tarafsızlık, bağımsızlık ile birlikte mahkeme kavramının tamamlayıcı unsurlarından biridir. Tarafsızlık, bağımsızlık kavramıyla yakından ilgili bir kavramdır. Tarafsızlığın, taraflara yönelik bir önyargının, taraflı bir tutumun veya menfaatin bulunmaması olarak değerlendirilmesi mümkündür⁴¹⁵. Tarafsız mahkeme kavramı AİHM'nin birçok kararında aralarında çok yakın bir ilişki bulunması nedeniyle bağımsızlık kavramı ile birlikte değerlendirilmekte iki kavramı birlikte incelemektedir⁴¹⁶. AİHM, tarafsızlık kavramını objektif tarafsızlık ve subjektif tarafsızlık olmak üzere iki başlık altında değerlendirmektedir⁴¹⁷. Ancak AİHM nezdinde bu iki tarafsızlık türü arasında keskin bir ayırım yapılamadığı ve objektif ve subjektif tarafsızlık kavramlarının birlikte değerlendirildiği davalara da rastlamak mümkündür⁴¹⁸.

2.3.3.1. Subjektif Tarafsızlık

Subjektif tarafsızlık, uyuşmazlığı çözmekle veya suç isnadı hakkında karar vermekle görevli hakimın birey sıfatıyla kişisel tarafsızlığını anlatmaktadır. Aksi ispat edilene kadar bir hakimın subjektif olarak tarafsız olduğu varsayılır⁴¹⁹. AİHM'de Hauschildt/Danimarka kararında olayda subjektif testi uygularken aksi kanıtlanana kadar bir hakimın kişisel olarak tarafsız olduğunun varsayılacağını ifade etmiştir⁴²⁰. Subjektif tarafsızlığı değerlendirirken bir hakimın bir davada taraflara karşı önyargılı veya yanlı bir davranışının bulunup bulunmadığı, bu hususta bir kişisel kanaatinin var olup olmadığı, kişisel nedenlerle düşmanlık veya kötüniyetle hareket edip etmediği dikkate alınmaktadır. Bunlar ispatlanamadığı sürece de hakim tarafsız addedilmektedir⁴²¹. Hakimın aksi sabit oluncaya kadar tarafsız sayılması çok güçlü bir karinedir ve uygulamada aksinin ispatı son derece zordur. Yargılama esnasında hakimın somut uyuşmazlığı çözmek için yaptığı yorum ve müdahaleler çoğunlukla önyargı olarak değerlendirilmemektedir⁴²².

⁴¹⁵ İncoğlu , Adil, s. 94; Vitkauskas/ Dikov s.58-59; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 282

⁴¹⁶ Özersin/Ruhi, Veyisoğlu/Türkiye kararı (2007 yılı kararları), s. 1418; AİHM 6. Madde Rehberi (Medeni Hukuk Yönü), s. 27

⁴¹⁷ Micallef/Malta kararı p. 93

⁴¹⁸ AİHM 6. Madde Rehberi (Ceza Hukuku Yönü), s. 20-21

⁴¹⁹ İncoğlu , Adil, s. 95; Vitkauskas/ Dikov s.59; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 282; Artık, s.215; Turan, s.180-181

⁴²⁰ Doğru/Nalbant, Hauschildt/Danimarka kararı, s.703

⁴²¹ İncoğlu , Adil, s. 95; Micallef/Malta kararı p. 94

⁴²² Artık, s.216

AIHM, Lavents/Letonya kararında hakimin görmekte olduğu bir dava ile ilgili basına yaptığı açıklamalarda savunmayı eleştirmesini ve sanık hakkında tam veya kısmi mahkumiyet olasılığından bahsetmesine rağmen sanığın beraat etme ihtimalinden hiç bahsetmemesini, hakimin tarafsızlığından şüphe edilmesi için geçerli bir neden olarak değerlendirip hakimin subjektif tarafsızlığının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴²³. Mahkeme, adli mercilerin tarafsızlık görüntüsünü sürdürebilmek adına provoke edilseler dahi basından yararlanmamalarını ve gördükleri davalar hakkında olabildiğince ketum olmaları gerektiğini ifade etmektedir⁴²⁴. Yine Kyprianou/Kıbrıs kararında bir avukat yargılama esnasında mahkeme üyelerine sarf ettiği sözlerden dolayı yargılanmış ve aynı mahkeme üyeleri tarafından 5 gün hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Mahkeme üyelerinin, kendilerine karşı kullanılan bazı ifadelerle ilgili gerçekleştirilen yargılamada görev almalarının ve bu hakimlerce başvurunun mahkum edilmesinin yargılama açısından belirleyici olduğu ve bunun tek başına hakimlerin tarafsızlığından şüphe duymak için yeterli bir neden olduğu ifade edilip, mahkeme üyelerinin başvurunun fiiline karşılık orantısız bir yaklaşımda bulundukları, daha hafif tedbirler almak yerine hapis cezasına hükmedilmesinin hem objektif hem de subjektif tarafsızlık ilkesinin ihlali olduğuna karar verilmiştir⁴²⁵.

Vehbi Ünal/Türkiye davasında ise, üyelerinin çoğunluğu Adalet Bakanlığı personeli olan bir yapı kooperatifi için 360 dairelik bir projenin yapım işini üstlenen başvurunun davasına bakmıştır. Başvurucu temyiz aşamasında görev alan Yargıtay üyelerinin tarafsız olmadıklarından şikayet etmiştir. AIHM, hakimler arasındaki sıkı mesleki ilişkilerin, bir hakimin menfaatinin bulunduğu durumlarda taraflılık riskine işaret ettiğini belirtse de, söz konusu davada hakimlerin görevlerini yerine getirirken sergiledikleri davranışları dikkate alarak tarafsızlıklarından nesnel olarak şüphe duyulmasına gerektirecek somut bir durumun bulunmaması nedeniyle başvurunun iddialarını kabul edilemez bulmuştur. Ayrıca kararda tarafların her ne kadar öznel endişeleri bulunsa da bunun tek başına belirleyici olamayacağı, tarafların iddialarının nesnel olarak da kanıtlanmaları gerektiği ifade edilmiştir⁴²⁶.

Anayasa Mahkemesi de tarafsızlık kavramını AIHM ile aynı doğrultuda değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında ihtiyati tedbir talebini reddeden mahkemenin hakimine noterlik ihtarnamesiyle hukuki sorumluluğunun hatırlatan başvurunun talebini incelemiştir. Noterlik ihtarnamesi sonrasında hakim davadan çekinmiştir. Yargıtay ise çekinme kararını kaldırıp, mahkeme hakiminin davaya devam etmesi

⁴²³ Artık, s.217; İncoğlu, Adil, s. 95; Cengiz/ Demirağ/ Ergül/ McBride/ Tezcan, s.111-112

⁴²⁴ AIHM 6. Madde Rehberi (Ceza Hukuku Yönü), s. 20-21

⁴²⁵ Yılmaz (2015), s.85

⁴²⁶ Özersin/Ruhi, Vehbi Ünal/Türkiye kararı (2006 yılı kararları), s. 1779-1780

gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin önüne giden olayda Mahkeme, tarafsızlık kavramına öznel ve nesnel tarafsızlık olarak iki başlık altında incelediğini ifade etmiştir. Bir uyuşmazlıkta davaya bakmakta olan hakimin önyargılı veya taraflı davranışı, kişisel bir kanaati veya menfaatinin bulunması kısacası tarafsızlığının açıkça ispat eden delillerin bulunduğu kanıtlanmadıkça hakimin tarafsız varsayılacağı ifade edilmiştir. Bu kıstaslar kapsamında somut olayı değerlendirerek hakimin tarafsızlığından şüpheye düşülmesini gerektirecek bir durumun bulunmadığını tespit edip, başvurucunun tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bakımından başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur⁴²⁷.

2.3.3.2. Objektif tarafsızlık

Objektif tarafsızlığı kurumsal tarafsızlık olarak nitelemek de mümkündür⁴²⁸. Bu nitelemeden çıkan sonuç ile yargılamayı gerçekleştiren mahkemenin tarafsız bir nitelik sergilemesi gerektiği ifade edilebilir. Objektif tarafsızlık değerlendirilirken, hakimin kişisel tutumunun dışında, tarafsızlığından şüphelenilecek somut olguların bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Mahkemenin sunduğu tarafsızlık görünümünün dahi bu incelemede dikkate alındığını söyleyebiliriz⁴²⁹. Zira AİHM'nin birçok kararında da ifade ettiği üzere “adaletin sadece yerine gelmesi değil ama aynı zamanda yerine geldiğinin görülmesi ve bilinmesi gerekmektedir⁴³⁰.” AİHM, demokratik bir toplumda mahkemelerin halka ve yargılanan kişilere güven vermesi gerektiğinden bahsetmektedir. Yargılanan kişilerin mahkemenin tarafsızlığı hususundaki düşünceleri dikkate alınmakta ise de, tek başına belirleyici değildir. Tarafsızlık iddiasının dikkate alınabilmesi için nesnel gerekçelerle desteklenmesi gerekmektedir⁴³¹. Burada hakimin tarafsızlığından şüphelenilebilmesi için meşru bir neden aranmaktadır. Bu meşru nedenin bulunduğu durumlarda hakim yargılamayı gerçekleştirmemeli ve davadan çekinmelidir⁴³².

⁴²⁷ AYM, Tahir Gökatalay Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1780, K.T.: 20/03/2014

⁴²⁸ Artık, s.219

⁴²⁹ Mole/Harby, s. 29; AİHM 6. Madde Rehberi (Medeni Hukuk Yönü), s. 28; Objektif tarafsızlık, AİHM'nin bazı kararlarında yakın ilişki içerisinde olduğu bağımsızlık kavramı ile birlikte de değerlendirilmiştir. Bu iki kavram arasında bazı durumlarda net ve kesin bir ayrım yapılamadığı ifade edilerek bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarını birlikte incelenmiştir. Bkz. Volkov/Ukrayna kararı, p. 107, Veyisoğlu/Türkiye kararı; AİHM yine bazı durumlarda objektif tarafsızlık ile subjektif tarafsızlık arasında net ve kesin bir ayrım yapılamayacağını ifade ederek tarafsızlık açısından inceleme yaparken bu iki kavramı birlikte ele almaktadır: ” Tarafsızlık ile ilgili sorun çıkaran davaların büyük çoğunluğunda Mahkeme, objektif yöneme başvurmuştur. Ancak objektif ve subjektif tarafsızlık arasındaki sınır kesin değildir. Çünkü dışarıdaki bir gözlemcinin bakış açısıyla, bir hakimin davranışının, onun tarafsızlığı konusunda objektif bir şekilde haklı olan şüpheler doğurabildiği gibi (objektif yöntem) hakimin davranışı aynı zamanda onun şahsi kanaatine de dokunabilir (subjektif yöntem). Böylece, hakimin subjektif tarafsızlığı karinesini çürütmeye imkan veren delillerin sunulmasının zor olduğu durumlarda, objektif tarafsızlık şartı daha fazla önemli bir güvence vermektedir.” Micallef/Malta kararı, p. 95

⁴³⁰ Micallef/Malta kararı, p. 98

⁴³¹ Mole/Harby, s. 29

⁴³² Doğru/Nalbant, Piersack/Belçika kararı, s.698

Objektif tarafsızlığın, subjektif tarafsızlığa nazaran daha fazla garanti sunması nedeniyle AİHM bir çok kararında tarafsız mahkemeyi, objektif tarafsızlık kapsamında incelemiştir⁴³³. Zira objektif tarafsızlık bakımından; makul bir gözlemcinin bakış açısıyla, mahkemenin taraflı bir görüntü veya tutum sergilediğinden objektif olarak şüphe duyulursa bu durum tarafsızlığın ihlali bakımından yeterli görülmektedir. Başvurucu tarafından mahkemenin tarafsızlığını gösteren haklı bir şüphe ortaya konulduğunda, bu şüpheyi ortadan kaldıracak, tarafsızlık bakımından yeterli güvencelerin sunulduğunu ispat etmek hakkında başvuruda bulunulan devlete düşmektedir. Bu durum ise başvurucu lehine pozitif bir karine oluşturmaktadır⁴³⁴.

Tarafsızlık hususunda teorik ve soyut meselelerden ziyade, somut olayda tarafsızlığın uygulanma tarzı ve etkilerinin Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında tarafsız mahkemede yargılanma hakkına aykırı olup olmadığı denetlenmektedir⁴³⁵. Organik anlamda mahkemenin oluşum şekli taraflarda haklı şüpheler oluşmasına sebebiyet verebilir. Özellikle hakimin bakmakta olduğu davaya ilişkin uyuşmazlığın önceki aşamalarında görev alması bazı durumlarda tarafsızlığını etkileyebilir⁴³⁶. Piersack/Belçika davasında, yargılamayı gerçekleştiren mahkemenin başkanı, daha önce, başvurucuya karşı soruşturma işlemlerini başlatan birimin başında bulunmuştur. Mahkeme başkanı, soruşturma aşamasında soruşturmayı yürüten savcıların hiyerarşik üstü olarak görev yapmıştır. AİHM, Sözleşmeciler devletlerde savcılık ve hakimlik arasında sık sık geçişin bulunduğunu belirterek bir hakimin, bir dönem savcılıkta bulunmasının tek başına Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olmayacağını belirtmiştir. Ancak başvuruya konu olayda mahkeme başkanının, soruşturma aşamasında soruşturmayı yürüten savcılarının amiri olması ve savcılara soruşturmanın yürütülmesi bakımından bazı tavsiyelerde bulunma hakkına sahip olduğunu ifade ederek, mahkemenin tarafsızlığı hususunda kuşku bulunduğunun tespitinin yeterli olması nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir⁴³⁷. Yine tarafsızlık bakımından önemli olan hususlardan biri soruşturma aşamasında görev alan hakimin yargılama aşamasında da görev alması durumudur. Hauschildt/Danimarka davasında bu durum incelenmiştir. AİHM, soruşturma tedbirine karar verilirken cevaplanması gereken sorular ile yargılama aşamasında cevaplanması gereken soruların aynı olmadığını belirtmiştir. Hakim soruşturma aşamasında tutuklama kararı veya bir soruşturma tedbiri hakkında karar verirken polisin duyduğu şüphe sebeplerinin ilk başta bulunup bulunmadığını incelemektedir. Ancak yargılama sonunda karar

⁴³³ Micallef/Malta kararı, p. 101

⁴³⁴ Dovydas/Vikov, s.61

⁴³⁵ Doğru/Nalbant, Hauschildt/Danimarka kararı, s.703

⁴³⁶ Turan, s.182

⁴³⁷ Doğru/Nalbant, Piersack/Belçika kararı, s.698

verirken mahkemeye sunulmuş ve önünde tartışılmış delillere göre sanığın suçu işleyip işlemediğini belirlemektedir. Şüphenin tespiti ile suçluluğun tespiti aynı şeyler değildir. Bu nedenle soruşturma aşamasında görev almış olan hakimin yargılama aşamasında da görev alması tek başına tarafsızlık ihlali olarak değerlendirilemez. Ancak başvuruya konu olayda tutuklama ve tutuklamanın devamı yönünde karar veren hakimin tutuklama kararlarında “özel olarak teyit edilmiş şüphe” bulunduğu dokuz kararında yer vermiş olmasının, hakimin tutuklama kararlarında değerlendirdiği mesele ile hüküm verirken değerlendirdiği mesele arasındaki farkı daraltması nedeniyle hakimin tarafsızlığının ihlal edildiğine kanaat getirilmiştir⁴³⁸. Nortier/Hollanda kararında ise hakimin tutuklama kararında değerlendirdiği hususlar ile nihai kararını verirken değerlendirdiği hususların farklı olması ve hakimin tutuklama kararlarında “kuvvetli belirtileri” tespit ederken yalnızca, başvuru hakkında suçlamada bulunmak için ilk başta sebeplerin bulunup bulunmadığını tespit etmesi nedeniyle hakimin tarafsızlığından şüphe duymak için objektif nedenlerin bulunmadığına karar vermiştir⁴³⁹. AİHM Karakoç ve diğerleri/Türkiye davasında ise, mahkumiyet kararı veren hakimlerin aynı zamanda da tutuklama kararları da verdiklerini ve mahkumiyet kararları ile tutuklama kararlarının gerekçeleri arasında hiçbir fark bulunmadığını ifade ederek hakimlerin tutuklama kararlarındaki değerlendirmeler ile nihai hüküm arasında çok ince bir fark kalması nedeniyle tarafsız mahkeme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁴⁰.

Yine yargılamanın bir aşamasında görev almış olan hakimin temyiz veya istinaf incelemesinde görev alması da tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirilir. Oberschlick/Avusturya kararında temyiz mahkemesinde görev almış olan hakimlerin, aynı zamanda ilk derece mahkemesinde de karara katılmış olmaları tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirilmiştir⁴⁴¹. Fazlı Aslaner/Türkiye davasında da AİHM Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun tarafsız olup olmağını incelemiştir. Başvuruya konu olayda Danıştay 5. Dairesi temyiz merci olarak görev yapmıştır. Danıştay dairesinin bozma kararına karşı ilk derece mahkemesi direnince dosya Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun önüne gelmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’na, Danıştay 5. Dairesi üyesi olan ve bozma kararı veren üç üye de katılmıştır. Bu üyelerden biri ise Kurula başkanlık yapmıştır. Kurul ilk derece mahkemesinin direnme kararını yirmi ikiye karşı dokuz oyla bozmuştur. AİHM kurul halinde görev yapan mahkemelerin bazı üyelerinin kişisel tutumları nedeniyle mahkemenin tarafsızlığının sorgulanabileceğini hatırlatmıştır. Aynı zamanda bir hakimin yargılamadan

⁴³⁸ Doğru/Nalbant, Hauschildt/Danimarka kararı, s.704

⁴³⁹ Doğru/Nalbant, Nortier/Hollanda kararı, s.708; Benzer yönde başka bir karar için bkz. Doğru/Nalbant, Saraiva De Carvalho/Portekiz kararı, s.708-710

⁴⁴⁰ Özersin/Ruhi, Karakoç ve diğerleri/Türkiye kararı (2002 yılı kararları), s. 22

⁴⁴¹ Artık, s.224; Mole/Harby, s. 31

önce aynı hususta karar vermiş olmasının tek başına tarafsızlık şüphesini haklı çıkarmayacağını, önemli olanın yargılamadan önce alınan tedbirlerin kapsamı olduğunu belirtmiştir. Danıştay 5. Dairesinde karara katılmış olan üç üyenin direnme kararından sonra İdari Dava Daireleri Kurulun'daki temyiz incelemesine katılmış olmaları tek başına tarafsızlığın ihlali için yeterli neden görülmemiştir. AİHM daha önce kurul halinde çalışan mahkemelerde, daha önce yargılamada görev yapan hakimlerin düşük sayısını dikkate alarak benzer şikayetleri reddettiğini vurgulamıştır. Somut başvuruda ise, kurulda oy hakkına sahip olan üç ilgilinin Kurul'da bulunmalarını zorunlu kılacak hiçbir unsur olmadığı halde kurula katılması ve Kurul'a Danıştay 5. Dairesi'ndeki karara katılmış olan hakimin başkanlık ederek tartışmaları yönetmesinin Kurul'un tarafsız mahkeme sıfatını zedelediğine karar vermiştir⁴⁴². Hakimin, verdiği kararın kanun yolunda görev almaması kuralının önemli bir istisnası yargılamanın yenilenmesidir. AİHM, yargılamanın yenilenmesi talepleri hakkında aynı zamanda ilk kararı da vermiş olan hakimler hakkında hakimlerin önyargılı hareket ettiğini ispat eden deliller olmadığı sürece bu durumu tarafsızlık ihlali olarak görmemektedir.

Bir mahkemenin somut uyuşmazlıkta çifte rol üstlenmesi de tarafsızlık açısından sorun oluşturabilecektir. Mahkeme hem tavsiye, görüş bildirme veya inceleme görevi üstlenip hem de yargılama organı olarak görev yaparsa tarafsız mahkeme niteliği zedelenmektedir⁴⁴³.

Objektif tarafsızlık değerlendirilirken AİHM'nin esas aldığı önemli kıstaslardan biri de yargılamanın tarafları ile hakim arasında hiyerarşik veya diğer bağların bulunup bulunmadığı hususudur⁴⁴⁴. Bu kapsamda her bir dava özelinde ilişkinin niteliği ve derecesi değerlendirilerek tarafsızlığın sağlanıp sağlanmadığı tespit edilmektedir. Taraflar ile hakim arasında herhangi bir bağ olmasa dahi hakim meşru bir şüpheye sebep olabilecek davranışlardan kaçınmalıdır⁴⁴⁵. Langborger/İsveç davasında meslekten hakim olmayan üyeler iki dernek tarafından aday gösterilmiş ve yetkili komisyon tarafından atanmışlardır. Ancak uyuşmazlıkta başvurunun menfaatleri ile derneklerin menfaatleri çatışmaktadır. Mahkeme

⁴⁴² Fazlı Aslaner/Türkiye kararı, p. 30-43; Ancak AYM benzer özellikler taşıyan bir bireysel başvuruda aksi yönde karar vermiştir. Bu olayda da Danıştay Dairesinde temyiz incelemesinde görev almış olan hakimlerin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu huzuruna gelen davada karara katılmalarını tarafsızlık ihlali olarak değerlendirmemiştir. Söz konusu kararın AİHM kararından en ciddi farkı bu kararda Kurul'un Daire'de karara katılmış üye tarafından yönetilmemesidir. “Başvuru konusu olayda Kurul; temyiz incelemesi sırasında otuz üç, karar düzeltme sırasında ise otuz dokuz üyenin katılımı ile oluşmuştur. Dairedeki temyiz incelemesinde yer almış olan üç üyeye karşılık Kurulda temyiz incelemesinde otuz, karar düzeltme aşamasında ise otuz altı üye daha görev almış ve oylamaya katılmıştır. Söz konusu üyeler Kurula başkanlık etme veya dosyayı heyete sunma (Danıştay'da üyeler dosyaları sunmamaktadır.) gibi görevler almamışlardır. Bu çerçevede daha önce Dairede temyiz aşamasında görev almış üyelerin sayısı ve bu üyelerin kararın verilmesindeki rolleri ile Kurulda görev yapan tüm üyelerin sayısı birlikte değerlendirildiğinde Dairede temyiz aşamasında görev almış üyelerin ısrar kararını inceleyen Kurulda temyiz ve karar düzeltme aşamalarında yer almalarının tek başına tarafsızlığa aykırı olduğu söylenemez.” AYM, Kemal Demir Başvurusu, Başvuru No:2014/17141 K. T.:06/07/2017

⁴⁴³ İnceoğlu, Adil, s.99

⁴⁴⁴ Micalllef/Malta kararı, p. 97

⁴⁴⁵ İnceoğlu, Adil, s.97

üyelerinin dernekle olan yakın ilişkileri dikkate alındığında başvurusunun kaygıları haklı bulunmuş ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁴⁴⁶.

AYM de AİHM içtihatları kapsamında tarafsızlığı öznel ve nesnel tarafsızlık olarak iki başlıkta değerlendirmektedir. Nesnel tarafsızlık gereği yargılama makamlarının, tarafsızlığa ilişkin meşru bir endişeye karşı yeterli güvenceyi sunmaları gerekmektedir. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı değerlendirilirken, mahkemenin kişide bıraktığı izlenim de önem arz etmektedir. Yine yargılamayı gerçekleştiren hakimlerin yargılamanın taraflarından biriyle veya uyuşmazlık konusu ile yakın bir ilişkisinin bulunması veya yargılama aşamasında söylediği sözler ile tarafsız olamayacağı hususunda meşru bir şüpheye yol açması ve davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir durumda bulunmasının tarafsızlığın ihlali olduğunu belirtmiştir⁴⁴⁷. AYM başka bir kararında ise yargılamanın yenilenmesi talebi yönünden tarafsızlığı değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre yeniden yargılama olağanüstü bir kanun yolu niteliğindedir ve kanunda yazılı sebeplerin incelenmesi ile sınırlı olduğunu ifade etmiş ve somut olayda yargılamanın yenilenmesi talebini ilk derece mahkemesinin değil de temyiz merci olarak da davada görev yapmış olan Askeri Yargıtay'ın değerlendirmesini tarafsızlık açısından bir güvence olarak nitelemiştir⁴⁴⁸.

Hukukumuzda hakimin tarafsızlığını temin için yargılamanın yenilenmesi bakımından da bazı güvenceler oluşturulmuştur. 5271 sayılı CMK'nin 318/1 maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi talebi hükmü veren mahkemeye sunulmakta, istemin kabulüne bu mahkemece karar verilmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere bu durum AİHM içtihatlarında da tarafsızlık ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Bunun yanı sıra aynı kanunun 23/3 maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi halinde ise önceki yargılamada görev yapan hakim, yeni yargılamada görev yapamayacaktır. AİHM içtihatlarında önceki kararı veren hakimin önyargılı hareket ettiğini gösteren bir emare yoksa yargılamanın yenilenmesinde görev almasının tarafsızlık ihlali sayılmamasına rağmen 5271 sayılı CMK'de yargılamanın yenilenmesinin kabul edilmesi durumunda önceki hakimin yeni yargılamada görev alamayacak olması mahkemenin tarafsızlığını güçlendiren bir duruma işaret etmektedir. 6100 sayılı HMK'nin 378 maddesine göre de yargılamanın yenilenmesi talebi hükmü veren mahkeme tarafından incelenmektedir. Ancak CMK'deki yasağın aksine hukuk yargılamasında ilk kararı veren hakimin yargılamanın iadesi talebinin kabulü halinde davaya bakmasına bir engel yoktur. Bu durum ise kural olarak tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirilemez. Ancak HMK'nin 375/b bendindeki yargılamanın yenilenmesi sebebi bakımından ayıksı bir durum

⁴⁴⁶ Doğru/Nalbant, Langborger/İsveç kararı, s.706

⁴⁴⁷ AYM, Zafer Dinç Başvurusu, Başvuru Numarası:2013/9100, K. T.: 20/01/2016

⁴⁴⁸ AYM, M.E. Başvurusu, Başvuru Numarası:2013/2661, K. T.: 09/09/2015

bulunduğu ifade edilebilir. Zira anılan bentte davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hakimin karar vermiş veya karara katılmış olması yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır. Ancak bu yönden bir yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulduğunda, kararı vermiş olan mahkemece inceleme yapılması tarafsız mahkeme ilkesi bakımından sorun teşkil edebilir. Buna karşılık, bu yöndeki talepler bakımından yargılamanın yenilenmesi istemlerinin başka bir mahkemece incelenmesi ve yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilirse yeni yargılamanın, ilk hükmü veren mahkeme dışında başka bir mahkemede yapılması önerilmektedir⁴⁴⁹.

2.3.3.3. Tarafsızlık ilkesi bakımından önemli müesseseler

Tarafsızlığın sağlanmasının, yalnızca mahkemelere dışarıdan gelecek müdahalelerin önlenmesi suretiyle gerçekleşeceğini düşünmek mümkün değildir. Hakim dış etkiler kadar, kendi görüş, düşünce, duygu ve inançlarından da sıyrılarak yargılamaya katılmalıdır. Mutlak anlamda tarafsızlık ancak böyle olur. Ancak bunu sağlamanın zorluğu ortadadır. Ancak hakimlerin tarafsızlığını güçlendirmek adına bazı usuli güvenceler oluşturulabilmesi mümkündür. AİHM, tarafsızlığı güvence altına almaya çalışan usullerin etkili bir yöntem olduğunu ifade etmektedir. Bu düzenlemelerle yasa koyucu hakimin tarafsızlığına ilişkin mantıklı şüpheleri ortadan kaldırmakta ve tarafsızlık konusundaki endişeleri yok ederek tarafsızlığı sağlamaya çalışmaktadır. Aynı zamanda bu kurallar gerçek bir taraf tutma yokluğunu sağlamanın ötesinde görünüşte taraflılığı ortadan kaldırmayı da hedeflemektedir. Bu ise halkın mahkemelere duyduğu güveni sağlamlaştırmaya hizmet etmektedir⁴⁵⁰. Özellikle objektif tarafsızlığın değerlendirilmesinde, hakimin tarafsızlığından meşru şüphe duyulmasına mani olacak yeterli güvencelerin bulunup bulunmadığı hususu da tarafsızlığın incelenmesi bakımından belirleyici olmaktadır⁴⁵¹. Hakimin tarafsızlığını yargılanan kişilere sunduğu görünüm itibarıyla de güçlendirmek üzere hakimin reddi ve çekinmesi müesseselerinin oluşturulması ise önemli bir güvence olarak nitelenebilir. Bu halde eğer hakimin tarafsız olamayacağı durumlar mevcut ise hakim tarafsız kalamayacağını düşünerek ya yargılamadan kendi isteği ile çekilmeli yahut taraflar hakimin tarafsız kalamayacağını belirterek hakimi reddetmelidirler.

⁴⁴⁹ Artık, s.227

⁴⁵⁰ Micallef/Malta kararı, p. 99

⁴⁵¹ Doğru/Nalbant, Ferrantelli ve Santagello/İtalya kararı, s.715

2.3.3.3.1. Hakimin çekinmesi

Hakim, tarafsızlığından şüphelenilecek meşru nedenlerin bulunması halinde davadan çekinmekle mükelleftir⁴⁵². Taraflı olarak hareket edeceği hususunda yüksek bir şüphe bulunan hakimin görülmekte olan davaya bakmaktan yasaklanması, AİHM nezdinde objektif tarafsızlığın temin edilmesi bakımından güçlü bir yere sahiptir⁴⁵³. Türk hukuk sisteminde gerek 6100 sayılı HMK’de gerekse 5271 sayılı CMK’de hakimin davadan çekinmesi gereken durumlar tespit edilmiştir. Hakimin davadan çekinmesi mutlak bir yasaklılık sebebidir. Herhangi bir talep olmasa dahi, hakim bu sebepler var ise, davadan çekinmek zorundadır. Yasaklılık sebeplerinin bulunması halinde tarafların aralarında anlaşarak yasaklı hakimin davayı görmesini sağlamaları mümkün değildir⁴⁵⁴. Bu noktada hukuk sistemimizin tarafsızlık bakımından AİHM uygulamalarına göre daha güvenceli bir durum oluşturduğunu ifade edebiliriz. Zira AİHM nezdinde bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkından feragat etmek mümkündür. Mahkeme 2004 yılında verdiği bir kararda somut uyuşmazlıkta soruşturma aşamasında savcı olarak görev yapan kişinin yargılama aşamasında da mahkeme üyesi olarak yer almasını değerlendirmiştir. Başvurucu, bu durumu bildiği halde ne yerel mahkemede ne de temyiz yargılamasında hakimin tarafsızlığına ilişkin itirazda bulunmuştur. Başvurucunun tarafsız ve bağımsız mahkemeye başvurma hakkından feragat ettiği şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılabiliriyorsa AİHM’ye göre Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlalinden bahsetmek mümkün değildir⁴⁵⁵. AİHM uygulamasında tarafsız mahkemeye başvurma hakkında feragat etmek mümkün olduğu halde hukuk sistemimizde, hakimin yasaklı olduğu hallerde, bu haktan feragat mümkün değildir. Bu durumun ise mahkemenin tarafsız görünümüne olumlu bir katkı sunacağı muhakkaktır.

CMK’de hakimin davaya bakamayacağı haller 22. ve 23. maddelerde düzenlenmiştir⁴⁵⁶. Burada en temel prensip “kimse kendi davasının yargıçı olamaz” ilkesidir. Hakim doğrudan kendisini ilgilendiren davalar bakımından davaya bakmaktan mutlak olarak yasaklıdır. Kanunun 23. maddesinin birinci fıkrasında karar veya hükme katılan hakimin yüksek görevli mahkemece verilecek karara katılamayacağı düzenlemiştir.⁴⁵⁷ Bu

⁴⁵² İncoğlu, Yargı, s. 35-40

⁴⁵³ Artık, s.229

⁴⁵⁴ Topuz/Konan, s. 778

⁴⁵⁵ İncoğlu, Yargı, s. 42; Yılmaz, s.92

⁴⁵⁶ Açıklayıcı bilgi için yukarıda yargılamanın tarafları ile yargı ilişkileri başlığına bkz.

⁴⁵⁷ Yargıtay ilk derece mahkemesinde hükme katılmamış olsa dahi tutukluluğa itiraz kararını inceleyen hakimi de bu kapsamda değerlendirmektedir: “Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı olarak görev yaptığı sırada, ‘sanıkların tutukluluk hallerinin devamına’ ilişkin karara yapılan itirazı inceleyerek; ‘sanıklara atılı suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu ve hükmün gerekçesine göre, tutukluluk halinin devamına’ şeklinde görüş açıklayan hakim M. Ü.’nün Yargıtay Üyesi seçilmesinin ardından, hükmün temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay 1. Ceza Dairesi heyetinde de yer alarak, Özel Dairenin 02.02.2011 gün ve 3835-396 sayılı kararına katılması CMK’nun 23/1. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi, Anayasanın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk

düzenlemenin AİHM içtihatları ile de uyumlu olduğunu ifade edebiliriz. Zira Mahkeme’de daha önce bir davada karar vermiş olan hakimin aynı davada kanun yolu incelemesinde bulunmasını tarafsızlık ilkesine aykırı bulmuştur⁴⁵⁸. Kanunun 23. maddesinin ikinci fıkrası ise, soruşturma aşamasında görev almış olan hakimin yargılama aşamasında görev alamayacağına ilişkindir. Yukarıda da bahsedildiği üzere bu husus AİHM’nin bir çok kararında da gündeme gelmiştir. Soruşturma aşamasında görev almış olan hakimin yargılama aşamasında görev alamamasının mutlak olarak uygulanması tarafsızlığı güçlendiren bir duruma işaret edecektir. Ancak 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 11. maddesi uyarınca CMK’nin 23/2 maddesi yalnızca aynı kanunun 163. maddesindeki⁴⁵⁹ durumlarda uygulanacağı ifade edilerek, soruşturma aşamasında soruşturma tedbirleri ile ilgili karar vermiş hakimler yönünden uygulanamayacağı zımni olarak belirtilmiştir. Ancak 6545 sayılı Türk Ceza Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Sulh Ceza Hakimlikleri’nin kurulması yeni bir uygulama alanı oluşturmuştur. Artık soruşturma aşamasındaki tutuklama dahil tüm soruşturma talepleri hakkında tek yetkili Sulh Ceza Hakimlikleridir ve bu hakimliklerin kovuşturmayla ilişkin herhangi bir yetkileri yoktur⁴⁶⁰. Bu nedenle kural olarak soruşturma aşamasında tutuklama kararı vermiş olan hakimin, yargılama aşamasında görevi bulunmamaktadır. Bunun ise mahkemelerin tarafsızlığını güçlendiren bir durum olduğu ifade edilebilir. Buna karşın yargılama aşamasında tutuklama tedbirine CMK’nin 101 maddesi uyarınca yine yargılamayı gerçekleştiren hakim tarafından karar verilecektir. Bu durum ise yukarıda açıklandığı üzere her zaman olmasa da tutuklama kararındaki gerekçe ile nihai hükümdeki gerekçe arasındaki makasın daraldığı durumlarda AİHM içtihatları bakımından tarafsızlık ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 46/1 maddesinde de hakimler için bir yasaklılık sebebi daha sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre karı- koca ikinci derece dahil kan ve sıhri hısımlar bir mahkemenin dairesinde görev yapamayacaklardır. Yargıtay bu düzenlemeyi geniş yorumlayarak ve AİHM içtihatlarına da atıf yaparak eşlerden birinin iddianameyle dava

normu haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkında ihlali niteliğindedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/1-538 E. 2014/29 K. <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2013-1-538-k-2014-29-t-04-02-2014-kasten-oldurme-sucu/1452276> (E.T.:25/05/2019)

⁴⁵⁸ **Artık**, s.224-225

⁴⁵⁹ CMK’nin 163 maddesi şu şekildedir: ” Suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.”

⁴⁶⁰ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun madde 10

açtığı bir durumda diğer eşin yargılamaya katılamayacağına karar vermiştir⁴⁶¹. Şüphesiz bu durum mahkemenin tarafsızlığını daha da güçlendiren bir anlayışı ifade etmektedir.

HMK'nin 34 maddesinde de hakimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu durumlar tahdidi olarak sayılmıştır⁴⁶². Bunlar sayılırken de öncelikle “kimse kendi davasının yargıcı olamaz.” ilkesinden hareket edilmiştir. Çekinme sebepleri bulunmasına rağmen davadan çekinmemiş olan hakimin tarafsızlığı mutlak olarak ihlal edilmiştir. AİHM’de davanın yerel düzenlemelere göre yasaklı olan hakim huzurunda gerçekleştirilmesini başka hiçbir incelemeye gerek duymaksızın Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirmektedir⁴⁶³.

2.3.3.3.2. Hakimin reddi

AİHS’nin 6. maddesinde yargılanan taraflara, mahkemenin tarafsızlığından şüphe duyulduğunda, bu duruma itiraz etmek için herhangi bir itiraz müessesesi öngörülemez. Ancak Sözleşme’de öngörülme de böyle bir kurumun varlığı mahkemenin tarafsızlığına olumlu bir katkı sunacaktır. Sözleşmeciler devletlerin yargı mercileri tarafsızlık hususundaki tarafların itirazlarını dikkate alarak yeteri kadar inceleyip mahkemenin tarafsızlığını kaybedip kaybetmediğine ilişkin karar veriyorsa AİHM, bu mahkemelerin değerlendirmelerini fazla sorgulamamaktadır⁴⁶⁴. Remli/Fransa davasında jüri üyelerinden birinin ırkçı olduğunu söylemesi ve bunu üçüncü bir kişinin duymasına rağmen ulusal mahkeme bu durumun mahkeme dışında gerçekleşmesi nedeniyle tarafsızlık iddialarını dikkate almamıştır. AİHM, ulusal mahkemenin tarafsızlık konusunda hiçbir denetim yapmaması nedeniyle Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁶⁵. Ancak Gregory/Birleşik Krallık davasında ulusal mahkemenin, jürideki bir üyenin ırkçı olduğu hususundaki iddiaları ciddiye alması ve

⁴⁶¹ “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir kararında [Piersack/Belçika, 01.10.1982, Résolution DH(85)12], ilk derece mahkemesi nezdindeki Başsavcının yanında çalışan savcının açtığı davaya aynı Başsavcının mahkeme başkanı olarak katılmasını “tarafsızlık” ilkesine aykırı bulmuştur. İHAS’ın 46. maddesi gereğince İHAM kararları sözleşmeye taraf ülkeleri bağlayıcı olduğundan, bu kararın içeriğinin hukukumuzda dikkate alınması gerekmektedir. Eşlerden birinin iddianameyle dava açması ve diğerinin o konuda hüküm vermesi, davanın tarafları bakımından reddi hakim konusu yapılmasa bile, hakimin tarafsızlığı konusunda kuşku uyandıracığından, Anayasanın 90/son maddesinin yollamasıyla İHAS’ın 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan davanın “tarafsız bir mahkeme” tarafından görülmesi ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Tüm bu nedenlerle, Anayasanın 90/son maddesinin yollamasıyla, İHAS’ın 6. maddesinin 1. fıkrası ile aynı sözleşmenin 1. maddesindeki düzenleme ve İHAS’ın 46. maddesi gereğince İHAM kararlarının sözleşmeye taraf devletleri bağlayıcı olması ile 2802 sayılı Yasanın 46/1. maddesindeki düzenlemenin içeriği birlikte değerlendirildiğinde, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakamayacağının gözetilmemesi,” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/21322 E. 2017/4647 K. <https://legalbank.net/belge/y-4-cd-e-2014-21322-k-2017-4647-t-16-02-2017/2731045/> (E.T.:25/05/2019)

⁴⁶² Açıklayıcı bilgi için yukarıda yargılamanın tarafları ile yargı ilişkileri başlığına bkz.

⁴⁶³ Artık, s. 232

⁴⁶⁴ Artık, s. 228

⁴⁶⁵ Mole/Harby, s.29-30

jüriyi delillere göre karar vermeleri ve ön yargılarını dışlamaları konusunda uyarmasını yeterli görmüş ve Sözleşme'nin 6 maddesinin ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir⁴⁶⁶.

Türk hukukunda, hakimin tarafsızlığından şüphe duyulduğu durumlarda hakimin reddedilmesi mümkündür. Hakimin reddi, çekinme gibi mutlak bir yasaklılık sebebi değildir. Taraflar belli bir süre içerisinde hakimin reddi yoluna başvurmamışlarsa daha sonra itirazda bulunmaları mümkün değildir. Hakimin reddi yolu için öngörülmüş olan süre sınırlamasının davaların sürüncemede kalmaması amacına hizmet ettiği ve AİHM tarafından bu durumun da makul karşılandığı ifade edilebilir⁴⁶⁷. Gerek CMK'de gerekse HMK'de hakimin reddi sebepleri sınırlı olarak sayılmamıştır. Hakimin tarafsızlığından şüphe duyulacak önemli sebeplerin bulunması halinde hakimin reddi talep edilebilecektir. Red sebepleri bulunsa dahi taraflar talep etmediği müddetçe hakim yargılamaya devam edecektir. Red sebeplerinin sınırlanmamasının ve somut durumun şartlarına göre değerlendirilebilmesinin tarafsızlığa hizmet eden bir anlayış olduğu belirtilebilir⁴⁶⁸. HMK'nin 36/1-c maddesinde hakimin “davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması” red sebebi olarak öngörülmüştür. Bu durumda hakim ilk derece mahkemesinde yargılamaya herhangi bir şekilde katılmışsa, daha sonra bu dava ile ilgili temyiz veya istinaf aşamasında yer aldığı reddedilebilmesi mümkün olacaktır. Ancak temyiz merciinde görev alan hakimler bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay dairesinde karara katılmış olan üyelerin, direnme kararı sonrasında genel kurulda görev almaları bazı yazarlarca AİHS 6. maddesi uyarınca tarafsızlığa aykırı görüldüğü halde, bazı yazarlarca tarafsızlığa aykırı görülmemiştir⁴⁶⁹. Ancak kanun maddesindeki hüküm dikkate alındığında temyiz aşamasında da olsa davada hakim sıfatıyla görev almış ve hatta karar vermiş üyelerin HMK 36/1-c kapsamında değerlendirilmesi ve taraflarca hakimin reddi yoluna başvurulmuşsa bir red sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. AİHM içtihatlarında tarafsız mahkeme hakkında feragatin de mümkün olduğu dikkate alındığında yargılamanın tarafları red sebebini bildikleri halde bu yönde bir başvuru yapmazlarsa, tarafsız mahkeme hakkından feragat ettikleri de söylenebilir.

⁴⁶⁶ Mole/Harby, s.30

⁴⁶⁷ Artık, s.241

⁴⁶⁸ Artık, s.233

⁴⁶⁹ Artık, s.236

2.3.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğü ile Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlişkisi

AIHS’de tanınmış olan önemli haklardan biri de ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğünün birçok temel hakkın esasını teşkil ettiği ve bu hakların ifade özgürlüğü yoluyla kullanılabileceği belirtilmektedir⁴⁷⁰. Sözleşmede de bu hak, kanaat özgürlüğü, haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Sözleşme’nin 10 maddesinde ifade özgürlüğü şu şekilde düzenlenmiştir:” Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.” Bağımsız ve tarafsız mahkemelerce korunan ifade özgürlüğü olmaksızın ne özgür bir ülkeden ne de demokrasiden söz edilebileceğinden bahsedilmektedir⁴⁷¹. AIHM ise ifade özgürlüğünü Handsyside/Birleşik Krallık davasında ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olan, zararsız veya ilgilenmeye değmez haber ve düşünceler için değil toplumu rahatsız eden, çarpıcı ve rahatsız edici haber ve düşünceler bakımından da sağlanması gerektiğinden bahsetmektedir⁴⁷². Bununla birlikte ifade özgürlüğünün maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerle sınırlandırılması veya yaptırıma tabi tutulması mümkündür. Maddenin ikinci fıkrası şu şekildedir: “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” Madde metninde de anlaşılabileceği üzere ifade özgürlüğü, yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması amacıyla sınırlandırılabilir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir ve Sözleşme tarafından güvence altına alınmış başka haklarla (örneğin adil yargılanma hakkı) çeliştiğinde

⁴⁷⁰ İfade özgürlüğünün tanımı, kapsamı, içeriği ve özellikleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Hayri Keser, **Türk Anayasa Sisteminde Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Sınırları**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1997, s. 4-18

⁴⁷¹ Monica Macovei, **İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No:2, s.7-8

⁴⁷² Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Ek Protokol 1-1, 1-2,1-3 maddeler)**, 2.cilt, Şen Matbaa, Ankara, 2012, Handsyside/Birleşik Krallık Kararı p. 49, s. 251

AİHM bu iki hak arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır⁴⁷³. Yukarıda mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususunda değindiğimiz üzere tarafsızlık ve bağımsızlık bakımından mahkemelerin sunduğu görünümün dahi önemi vardır. Bu görünüm vatandaşların mahkemelerin görevini adaletle yerine getirdikleri düşüncesine güvenmelerine yol açar. Vatandaşların mahkemelere duydukları güven temelsiz ve dayanaksız iddialarla zedelenmemelidir. Ancak bunun yanında tüm kamu kurumları için geçerli olduğu gibi mahkemeler de eleştiriden ve kamusal denetimden uzak tutulmamalıdır⁴⁷⁴. Yargı organları her ne kadar özel bir korumaya sahip olsalar da adaletin tesisine yönelik kamusal tartışmanın dışında tutulmamalıdır⁴⁷⁵. Bunlardan yola çıkarak Sözleşme'nin 10 maddesi kapsamında ifade özgürlüğü ile yargı organının yetki ve tarafsızlığı arasında bir denge oluşturulmaktadır.

Yargı organının yetki ve tarafsızlığı ile ifade hürriyetinin karşı karşıya geldiği en önemli davalardan birisi Sunday Times/ Birleşik Krallık⁴⁷⁶ davasıdır. Bu davada, biyokimya alanında faaliyet gösteren ve ürettiği ilaçları Birleşik Krallık'ta piyasaya süren bir şirket ile ilgili Sunday Times gazetesinin yaptığı haber konu edilmiştir. Şirketin ürettiği ve özellikle hamilelere kullanması için tavsiye ettiği thalidomide isimli bir ilaç nedeniyle doğan çocukların ciddi sakatlıklarla dünyaya geldiği iddia edilmiş ve bu iddiaların yargı önünde şirkete açılan davalar ile somutlaşmıştır. Bu davalar görülmekte iken davacı aileler ile şirket arasında sakat çocuklar için bir yardım fonu kurulması hususunda mutabakat sağlanmıştır. Ancak bu anlaşmanın geçerli olması mahkemenin onamasına bağlıdır. Bu aşamada iken Sunday Times gazetesi yapılan anlaşmayı eleştirmeye başlamış ve şirket tarafından yardım fonu için önerilen miktarın “yaralarla alay eder biçimde orantısız” olduğu belirtilmiştir. Aynı zamanda yapılan haberde daha detaylı bir makalenin yazılacağı ifade edilmiştir. Başsavcılığın, mahkemeye saygısızlık oluşturması nedeniyle makalenin yayımlanmasının yasaklayan bir tedbir kararı için başvurması üzerine tedbir kabul edilmiş ve yayımlanması öngörülen makale yayımlanmamıştır. Sunday Times tarafından Sözleşme'nin 10 maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurulmuştur. AİHM, yayımlanması tasarlanan makalede ılımlı terimlerin kullanıldığını tek yanlı delil ve taleplerin kullanılmadığını ifade etmiştir. Özellikle bu ilaç yüzünden yaşanan felaketin toplumu ilgilendirdiğini vurgulamıştır. Kararın sonuç kısmında ise ifade özgürlüğü yasağının yargı erkinin otoritesini sürdürmek için

⁴⁷³ Macovei, s. 8

⁴⁷⁴ Arjen van Rijn, **İfade Özgürlüğü (10. Madde)**, İçinde: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'de İnsan Hakları Derleme Eserler, 1. cilt, Editör: Birsan Erdoğan, Derleyenler: Birsan Erdoğan, Ulaş Karan, Başkent Klişe Matbaacılık, Ankara, s. 188

⁴⁷⁵ Dominika Bychawska-Siniarska, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması**, çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018, s. 79

⁴⁷⁶ Davayla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. **Doğru/Nalbant**, 2. cilt, Sunday Times/ Birleşik Krallık davası, s. 256-277

demokratik bir toplumda gerekli olmadığını bildirerek, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kamu yararı ağır basan toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 10 maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Bu davada ifade özgürlüğü ile yargı otoritesinin tarafsızlığı arasındaki dengede ifade özgürlüğü lehine bir sonuç çıkmıştır. Worm/Avusturya davasında ise bir gazetecinin vergi kaçırma suçundan yargılanan eski Adalet Bakan yardımcısı hakkında yargılamayı yorumlayan bir makale kaleme almasını değerlendirmiştir. Gazeteci yazdığı makale nedeniyle yerel mahkemelerce para cezasına mahkum edilmiştir. AİHM makalenin hakimlerin düşüncelerini etkileyebilecek ve davalının tarafsız mahkemede yargılanma hakkını ihlal edebilecek unsurlar içermesi nedeniyle gazetecinin mahkumiyetini Sözleşme'nin 10 maddesine aykırı bulmamıştır. Davada ifade özgürlüğü ile adil yargılanma hakkı arasında denge kurarken adil yargılanma hakkı lehine yorum yapmıştır⁴⁷⁷.

İfade özgürlüğü ile yargı otoritesi ve tarafsızlığı arasındaki ilişki bakımından önemli olan bir başka husus da avukatların savunmalarıdır. Nikula/Finlandiya davasında başvuru avukat ceza mahkemesi huzurunda bir sanığı savunmuştur. Başvurucu yargılama esnasında savcının sunduğu bir tanık ile ilgili “manipülasyon ve kanıtların yasadışı yollarla sunulması” sözlerini kullanmıştır. Başvurucunun bu sözleri nedeniyle hakkında hakaret davası açılmış ve hakaret suçu yönünden mahkum edilmiştir. AİHM bu başvuruda ancak çok istisnai hallerde savunma avukatının ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceğini ifade ederek, özellikle başvuru avukatının sözlerinin duruşma salonuna özgü olduğunu, medyada dile getirilmediğini de belirterek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁷⁸. Morice/Fransa davasında ise yine başvuru avukatı daha sonra Le Monde gazetesinde de yayımlanan ve hakimler hakkında “tarafsızlık ve adillik ilkelerine tamamen aykırı” hareket ettiklerinden bahsedip hakimler hakkında “adli soruşturma sırasında ortaya çıkan çok sayıda hata” nedeniyle soruşturma yürütülmesi talepli bir yazı yazmıştır. Başvurucu avukat hakimlere hakaret suçundan dolayı mahkum olmuştur. AİHM, başvuruya konu olayın kamuyu ilgilendiren bir tartışma olması nedeniyle ifade özgürlüğü bakımından daha geniş bir korumayı hak ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca bir avukatın toplumun dikkatini yargı sistemindeki aksaklıklara çekebileceği, yargı mensuplarının da yapıcı eleştirilerden faydalanması gerektiği belirtilmiştir. Hakarete uğradığı iddia edilen sorgu yargıçlarının da davadan çekilmiş olması ve bu nedenle adli yargılamaların düzgün şekilde yürütülmesine

⁴⁷⁷ Elisabeth Palm, **AİHM Kararları ve AB Düzenlemeleri Işığında Basın Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı, Soruşturma ve Yargılama İlişkileri**, İçinde: Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri Uluslararası Sempozyumu, Editör: Yalçın Şahinkaya, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2010, s. 25

⁴⁷⁸ **Doğru/Nalbant**, 2. cilt, s. 243-244; **Siniarska**, s.81

ilişkin bir niteliğinden kalmadığı vurgulanarak Sözleşme'nin 10 maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir⁴⁷⁹.

AİHM kararlarında bu doğrultuda avukatların savunma haklarının çok yüksek bir düzeyde korunduğunu ve kamusal bir ilgiye hak eden meselelerde toplumun bilgi edinme hakkı doğrultusunda ifade özgürlüğünün daha yüksek düzeyde korunmaya çalışıldığını ifade edebiliriz. Ayrıca Sözleşme kapsamında ifade özgürlüğünün sınırlanması için bu sınırlamanın demokratik bir toplum için gerekli olması şartı aranmakta bunun için ise kamu yararı ağır basan toplumsal bir ihtiyaç baskısı bulunması gerekmektedir. Benzer bir şekilde De Haes ve Gijssels/Belçika davasında da AİHM hakimlerin olgusal temelden yoksun yıkıcı saldırılardan korunması gerektiğini belirtse de, kamuyu ilgilendiren bir hususta bir gazetenin haber yapmasını kamusal tartışmanın bir parçası olarak görmüş ve gazetecilere yaptıkları haberdan dolayı verilen tazminatı Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁴⁸⁰.

Türk hukukunda da ifade hürriyeti ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı arasındaki ilişkiye dair düzenlemelere rastlamak mümkündür. Anayasamızın 26. maddesinde herkesin düşüncelerini açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. AİHS ile uyumlu olarak da bu özgürlüklerin sınırlandırılması nedenleri arasında “yargılama görevine gereğine uygun olarak yerine getirilmesi” de sayılmıştır⁴⁸¹. AİHS’de ifade özgürlüğünün sınırlanması sebepleri arasında sayılan yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının sağlanması amacı ile yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi ifadesinin benzer içerikte olduğunu ifade edebiliriz. Zira yargılama görevi ancak tarafsız bir şekilde icra edilirse gereği gibi yerine getirilmiş sayılabilir. İfade hürriyetinin bir temel hak olduğu ve Anayasa’nın 13 maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin ancak özlerine dokunulmaksızın, kanunla, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak ve ölçülülük ilkesine göre sınırlandırılabilceği düşünüldüğünde sınırlama sebeplerinin de AİHS’ye ve AİHM içtihatlarına uygun olduğu söylenebilir. İfade hürriyetinin başka bir görünümü olan basın hürriyeti ise Anayasamızda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki gibi ifade özgürlüğü başlığı altında değil, müstakil bir

⁴⁷⁹ Morice/Fransa kararı HUDOC özet metin; **Siniarska**, s.81-82

⁴⁸⁰ **Macovei**, s. 115-116

⁴⁸¹ Anayasa’nın 26/1-2 maddesi şu şekildedir:” Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

(Değişik: 3/10/2001-4709/9 md.) Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir.”

düzenleme ile kendisine yer bulmuştur. Anayasanın 28. maddesinde Basın hürriyeti başlığı ile basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. Maddenin 5. fıkrasında ise basın hürriyetinin “yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hakim tarafından verilen karar” ile sınırlandırılabilceği ifade edilmiştir. Basın hürriyeti de bir temel hak ve özgürlük olduğundan yukarıdaki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin açıklamalar bu başlık için de geçerli olacaktır. 5187 sayılı Basın Kanunun 3/2 maddesinde ise “basın özgürlüğünün kullanılması(nın) ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabil(eceği)” düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 277. maddesinde de “görülmekte olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı etkilemeye teşebbüs eden kişi(nin) cezalandırılır(acağı)” ifade edilerek yargı gücünün kullanılmasına uygunsuz etkilerle müdahale edilmesi yaptırıma bağlanmıştır. Tüm bu yasal mevzuat birlikte değerlendirildiğinde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ifade hürriyeti arasındaki ilişki AİHS metnine ve AİHM içtihatlarına uygun olarak oluşturulmuştur. Ancak bu husustaki uygulamanın mevzuatta düzenlendiği kadar kolay olmayacağı da bir gerçektir. Adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkı ile ifade hürriyeti temel hak ve özgürlükler arasındadır. Bu iki temel hak ve özgürlüğün çatıştığı durumlarda bir denge kurmak gerekecektir. Bu dengeyi kurarken kişinin bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkını göz önünde bulundurmamız gerektiği gibi, toplumu yakından ilgilendiren tartışmalarda bu hususun kamusal yanı da dikkate alınarak toplumun bilgi edinme hakkını da göz ardı etmemek gerekecektir. İfade ve basın hürriyetinin ölçülü kullanıldığı durumlarda yargının bağımsız ve tarafsız hareket etmesi açısından olumlu bir fonksiyon icra etme ihtimali ise bulunmaktadır. Tüm bunlarla birlikte hem ifade özgürlüğünün hem de bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının önemi dikkate alınarak her somut olayda bu denge araştırılmaya çalışılacaktır.

SONUÇ

Yargının, özellikle günümüzde kazandığı anlam bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için en önemli organ vasfını taşımasına doğru evrilmiştir. Şüphesiz yasama ve yürütme organları da bireylerin temel hak ve özgürlüklerine riayet etmek ve saygı duymak durumundadır. Ancak yasama ile yürütmenin çoğu kez iç içe geçtiği (özellikle parlamenter sistemlerde) durumlarda bu iki organdan gelebilecek bireyin hak ve özgürlüklerini zedeleyecek etkileri de göz ardında tutmamak gerekir. Bu durumda yargı organı, yasama ve yürütme organına karşı bireyin hak ve özgürlüklerini korumak durumundadır. Yargı organının mahiyeti gereği verdiği kararlar kesin olduğundan, mahkemeler insanların son sığındıkları merci konumuna gelmektedir. Kamu gücü otoritesi karşısında daima daha zayıf konumda bulunan vatandaşların ise, en büyük dayanağı, somut uyuşmazlığı çözmek için huzurlarına vardıkları yargılama mercinin ne devlet erkinin diğer kuvvetlerinden, ne de diğer dışsal ve içsel uygunsuz müdahalelerden etkilenererek, bağımsız ve tarafsız olarak görev yapmalarıdır. Yargı organının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, yargının nihai hedefi olan adaleti sağlamak için bir zorunluluk teşkil ettiği gibi, toplumun adalete olan inancına da olumlu manada hizmet edecektir. Zira yargı organının bağımlı ve taraflı olduğu hususundaki bir inanç dahi adaletin tesisi hususunda insanların şüpheyne düşmesine sebep olacak, yargıya duydukları güveni boşa çıkaracaktır. Bunun ise toplumsal düzen açısından telafisi mümkün olmayan zararlara sebebiyet vereceği açıktır. Bu bakımdan yargının bağımsız ve tarafsız olması yalnızca yargıyı değil toplumun tamamını ilgilendiren hayati bir mesele olarak algılanmalıdır.

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının önemi bu kadar açıkken, bundan sonra sorulması gereken soru şudur: yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı nasıl sağlanacaktır? Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususunda en büyük güvencenin hakimlerin ahlak ve seciyeleri olduğu ifade edilse de bunun yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamak için tek başına yeterli olmadığını belirtmek gerekir. Öncelikle bunun için hakimlerin yasama ve yürütme organından bağımsızlıklarını sağlamak gerekir. Bunun yanı sıra yargılamanın taraflarından, kamuoyu baskısından ve diğer harici unsurların etkisinden hakim bağımsızlığını temin etmek gerekir. Ancak bunu sağlamak o kadar da kolay değildir. Bu anlamda hakimlerin bağımsızlığını sağlamak için getirilmiş en önemli güvencelerden biri hakimlik teminatıdır. Hakimlerin azledilememesi, kendileri istemedikçe emekliye ayırlamamaları bu teminatın önemli parçalarıdır. Hakimlik teminatı ile hakimler görevlerini yalnızca adalete bağlı olarak gerçekleştirdikleri durumda herhangi bir yaptırıma maruz kalmayacaklarına inanırlar. Bunun ise hakimlerin bağımsızlığını güçlendireceği açıktır.

Ayrıca hakimlerin tayin, terfi, atama gibi işlemler yüzünden de bağımsızlıkları zedelenebilir. Bu işler için yürütmeden bağımsız idari kurulların oluşturulması dünyada gittikçe yaygınlaşan bir uygulama haline dönüşmüştür. Hakimlerin tayin, terfi, atama gibi işlemleri bakımından yürütmenin etkisinin zayıflatılması da hakimlerin bağımsızlığını güçlendiren bir duruma işaret edecektir. Hakimlerin yargı dışından olduğu kadar yargının içinden gelecek uygunsuz etkilerden korunması da bağımsızlık açısından hassas bir konudur. Yargının bağımsızlığının sağlanması açısından daha bir çok önemli tedbirden bahsedilebilir. Ancak yargının bağımsızlığını sağlamak tek başına önemli değildir. Hatta yargının bağımsızlığını sağlamak, tarafsızlığını temin etmek için gereklidir dahi denebilir. Yargının tarafsız olması, yargının özünü teşkil etmektedir. Tarafsız olmayan bir yargının bağımsızlığının hiçbir kıymeti yoktur. Hatta bu durumun yer yer çok tehlikeli sonuçlara yol açma ihtimali de bulunmaktadır. Bunun için yargının bağımsızlığı sağlandıktan sonra tarafsızlığına da ciddiyetle önem vermek gerekir. Tarafsızlığın daha çok hakimin içsel karar verme süreciyle ilgili olması nedeniyle bunun tespiti bağımsızlığın tespiti kadar kolay değildir.

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı adil yargılanma hakkı açısından da elzemdir. Adil yargılanma yukarıda da bahsedildiği üzere ancak tarafsız ve bağımsız mahkemeler eliyle sağlanabilir. Bağımsız ve tarafsız mahkemeler bireylerin temel hak ve özgürlükleri bakımından önemli bir güvence sunmaktadırlar. Temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından ise AİHS ile oluşturulmuş bir denetim mekanizması olarak AİHM önemli bir rol oynamaktadır. AİHM, Sözleşme'yle öngörülmüş olan temel hak ve özgürlükleri yorumlayarak Sözleşme'ye kararları ile vücut vermektedir. Mahkeme, yargılama yetkisini kabul etmiş devletler bakımından, devletlerin iç hukuktaki uygulamalarının Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemektedir. Türkiye de Mahkeme'nin yargılama yetkisini 1989 yılında kabul etmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 90/5 maddesindeki düzenleme ile usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar Türk hukukunda kanunların da üzerine konulmuştur. Bu bakımdan temel hak ve özgürlüklerin düzenleme altına alındığı AİHS ve bu Sözleşme'nin yorumunu yapan AİHM içtihatlarının Türk mahkemeleri için çok büyük bir önemi vardır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın bir çok kararında Mahkeme kararlarına atıf yapıldığına rastlamak mümkündür.

AİHS'nin 6 maddesinde bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkı adil yargılanma hakkı başlığında değerlendirilmiştir. AİHM kararlarında da bahsedildiği üzere yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususunda soyut ve teorik durum değil, bağımsızlık ve tarafsızlığın nasıl algılanıp uygulandığı ve bunun etkileri dikkate alınmaktadır⁴⁸². Mahkeme'nin kararlarının son derece

⁴⁸² Doğru/Nalbant, 1. cilt, Hauschildt/Danimarka davası, s.703

önemli tesirleri olmaktadır. Bir çok ülke Mahkeme'nin içtihatları doğrultusunda yasal düzenlemelere gitmektedir. Türkiye'de bu bağlamda yasal mevzuatında bazı değişikliklere gitmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bünyesinde bulunan üç hakimden birinin askeri hakim olması ve bu mahkemenin sivilleri yargılamakla da yetkili ve görevli olmasının bağımsız mahkeme hakkına aykırılık teşkil etmesi nedeniyle Türkiye AİHM nezdinde birçok kez mahkum olmuştur. AİHM'nin içtihatları doğrultusunda ise Anayasa'da ve Kanun'da değişiklik yapılarak mahkeme bünyesindeki askeri hakimin görevine son verilmiştir. Yine AİHM nezdinde Türkiye Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bağımsız mahkeme olmadığı iddiasıyla da bir çok mahkumiyet almıştır. Bunun üzerine Anayasa'da yapılan değişiklik ile diğer askeri mahkemelerin yanında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de kaldırılarak görevi sivil mahkemelere devredilmiştir. Bu bakımdan AİHM kararlarının Türk hukukunda ciddi bir etki uyandırdığını söyleyebiliriz. Bu değişiklikler ile AİHM kararlarında Türkiye'nin bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkı bakımından önemli mahkumiyet gerekçeleri bertaraf edilmiştir. Türkiye'deki anayasal güvenceler ve yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde bağımsızlığı ve tarafsızlığı güçlendirecek birçok düzenlemeden bahsedilebilir. Bunun yanında Türkiye'deki yasal mevzuat ve kurumsal yapı bakımından bu aşamada karşılaşılabilecek en ciddi problemlerden birisi HSK'nin yapısı olabilir. AİHM'nin de bazı kararlarında atıf yaptığı Avrupa Konseyi'nin anayasal konulardaki danışma organı Venedik Komisyonu'nun raporlarında ve AİHM'nin Volkov/Ukrayna kararında da ifade ettiği üzere yargısal üst kurullar çoğunluğu kendi meslektaşları arasından seçilen hakimlerden oluşmalı ve yürütme erkinin etkisi sınırlandırılmalıdır⁴⁸³. Bu, yargı bağımsızlığını güçlendiren bir durum oluşturacaktır. Ayrıca hakimlerin mesleğe kabul, atanma, tayin ve terfileri bakımından objektif ve nesnel kriterler oluşturulması bağımsızlığa hizmet edeceği gibi, bu hususlarda liyakate önem verilmesi bağımsızlıkla birlikte yargının kalitesini de yükseltecektir. Yargının bağımsızlığı yargı içinden gelecek bağımsızlıkla bağdaşmayan müdahalelerden de korunmalıdır. Bu kapsamda hakimlere temyiz ve istinaf mercilerince not verilmesi uygulaması hakimleri yüksek yargı uygulamalarına daha bağımlı hale getirmesi nedeniyle yargı bağımsızlığı açısından sorun oluşturmaktadır. Hakimlerin disiplin hukuku da bağımsızlık açısından önemlidir. Disiplin suç ve cezalarının muğlak olarak belirlenmesi ve soruşturma ve karar mercilerine geniş takdir yetkisi tanınması hakimlik teminatının kapsamını daraltacak ve hakimlerin bağımsızlığını olumsuz etkileyecektir.

Hakimin tarafsızlığı bakımından Türk hukukunda önemli güvenceler sunulmuştur. Taraflar talep etmeseler dahi hakimin yasaklı olduğu durumlarda davaya bakamaması

⁴⁸³ Volkov/Ukrayna kararı, p. 79

tarafsızlığı güçlendiren bir husustur. CMK'nin 23 maddesindeki bir karar veya hükme katılan hakimin yüksek mahkemede bu karar ile ilgili verilecek hükme veya karara katılamaması da tarafsızlığa hizmet eder. Yine HMK'nin 36/1-c maddesindeki düzenleme de bir davada hakim olarak görev almış olan hakimin daha sonraki yargılamalarda görev almasının hakimin reddi sebebi sayılması da aynı kapsamda değerlendirilebilir. Şüpheli veya sanıklar hakkında verilen tutuklama kararları da tarafsızlık bakımından sorun oluşturabilir. Bu kapsamda soruşturma aşamasında tutuklama kararı vermekle yargılama aşamasında herhangi bir görev ifa etmeyen Sulh Ceza Hakimlikleri'nin görevli olması tarafsızlık açısından önemli bir adımdır. Ancak yargılama aşamasında tutuklama kararlarını yine yargılamayı gerçekleştiren hakimler vermektedir. Bu durumun AİHM kararları kapsamında da bazı şartların gerçekleşmesi halinde tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Bunun için yargılama aşamasında tutuklama kararı veren hakimlerin dosyanın esasına çok fazla değinmeden ve sanığın suçluluğuna ilişkin düşüncelerden uzak durarak karar vermeleri gerekmektedir. Yukarıda değinildiği üzere yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından yasal mevzuat kadar uygulama da önem arz etmektedir. AİHM içtihatları kapsamında mevzuattaki bazı eksiklikler de giderilmiştir. Ancak yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayacak olan esas durumun hakimlerin uygulaması olduğu ifade edilebilir. Hakimlerin, bağımsızlığa ve tarafsızlığa herkesten çok sahip çıkması en önemli güvencelerden biridir.

KAYNAKÇA

- Akal, Cemal Bali : **Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı**, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010
- Altıntaş, Ali : **Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Adliye Yönetimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- Arı, Abdüsselam : Hz. Ömer'in Ebu Musa El-Eş'ari'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı:2, 2003
- Arslan, Zühtü : Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı **Doğu Batı Düşünce Dergisi** sayı:13 (2000-2001)
- Artık, Sezin Aktepe : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014
- Aslan, Nasi : **İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri**, Karahan Kitabevi, Adana, 2014
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi : **Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü)**, çev. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2014
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi : **Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü)**, çev. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2013
- Avrupa Adaletin Etkinliliği Komisyonu : **Avrupa Yargı Sistemleri Adalet Etkinliliği ve Kalitesi Raporu**, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, 2014
- Aydın, Devrim : **Adil Yargılanma Hakkı ve Özel Görevli Mahkemeler, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı** 2012
- Ayverdi, İlhan : **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, Kubbealtı Neşriyat, 2011
- Azrak, A. Ülkü : Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Deneme, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cilt:34 sayı:1-4
- Bıçak, Vahit : Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Liberal Düşünce Dergisi**, sayı:17, 2000

- Büyükgümüş, İsmail : Adli Yargı Hakim ve Savcı Adaylarının Meslek Öncesi Eğitim Sorunlar ve Muhtemel Çözüm Yolları, **Hukuk Kuramı Dergisi**, cilt:1, sayı:2, 2014
- Cengiz,Serkan/ Demirağ,Fahrettin Ergül,Teoman/ McBride, Jeremy/ Tezcan, Durmuş: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen Matbaa, Ankara, 2008
- Centel, Nur : Yargı Reformu Üzerine Düşünceler, **Yeni Türkiye Dergisi**, sayı:52, Mayıs- Haziran 2013
- Centel, Nur : Dürüst Yargılama ve Medya Bakımında Demokrasi Kültürü, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, cilt 49, sayı 3, 1994
- Çelik, Abdullah : **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014
- Demirkol, Ferman : **Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Doktora tezi, 1987
- Dirim, Vuslat : Yargıtay 13. Ceza Dairesi Başkanı, **Yargılamada Etik Geçmişte ve Günümüzde, Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu**, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, 2017
- Doehring, Karl : **Genel Devlet Kuramı**, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002
- Doğru, Osman /Nalbant,Atilla : **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler)**, 1.cilt, Şen Matbaa, Ankara, 2012
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla : **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Ek Protokol 1-1, 1-2,1-3 maddeler)**, 2.cilt, Şen Matbaa, Ankara, 2012
- Duman, Barış : Adliye Basın Sözcülüğü, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı 101, 2012
- Dutertre, Gilles : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları
- Erdem, Fazıl Hüsnü : **Türkiye’de “İdeolojik Devlet” Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu**, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017

- Erdem, Kasım/ Solak, Mehmet : Bazı Ülkelerde Yargı Konseylerinin Oluşumu ve Görevleri, **Yasama Dergisi**, sayı:13, Eylül-Aralık 2009
- Erdoğan, Mustafa : **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2011
- Fendoğlu, Hasan Tahsin : **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010
- Gönenç, Levent : **Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014
- Gözler, Kemal : **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2002
- Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, A. Feyyaz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003
- Güneysu, Gökhan : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hakimin Tarafsızlığı**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012
- Hakyemez, Yusuf Şevki : “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, **Stratejik Düşünce Enstitüsü Yargı Raporu**, Öncü Basımevi, 2010
- Hakyemez, Yusuf Şevki : Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt:XIII, sayı:1-2, 2009
- İnceoğlu, Sibel : **Adil Yargılanma Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Ankara, 2018
- İnceoğlu, Sibel : Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı?, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı 95, 2011
- İnceoğlu, Sibel : **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008
- Kapani, Münci : **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1956
- Karakehya, Hakan : Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, cilt:3, sayı:2, 2015

- Karayalçın, Yaşar/ Yongalık, Aynur : **Hukukda Öğretim Kaynaklar Metod Problem Çözme**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008
- Keser, Hayri : **Türk Anayasa Sisteminde Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Sınırları**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1997
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt:30, sayı:1-4, 1973
- Kıratlı, Metin : **Yargının Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi, cilt:3, sayı:3, 1995
- Kırmaz, Birol : **Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009
- Konca, Nesibe Kurt : **Hakim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, Seta Yayınları, İstanbul, 2016
- Macovei, Monica : **İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No:2 (tarih belirtilmemiş)
- Metin, Yüksel : **Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri** **Anayasa Yargısı Dergisi**, sayı:27, 2010
- Mole, Nuala/Harby, Catharina : **Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No:3, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005
- Ortaylı, İlber : **Devlet’e Nasıl Bakmalı**, **Doğu Batı Düşünce Dergisi** s:1 1997
- Otaç, Cengiz : **Adli Yargı Hâkimlerinin Görevde Yükselme Şartlarının (Terfi Sisteminin) Yargı Bağımsızlığına Etkisi**, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, İstanbul Barosu Yayınları, 24.Kitap, 2012
- Öden, Merih : **Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması**, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 43, sayı 1, 1993
- Öktem, Niyazi/ Türkbağ, Ahmet : **Felsefe, Sosyoloji,Hukuk ve Devlet**, **Der Yayınları**, İstanbul, 2012
- Özbudun, Ergun : **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005
- Özbudun, Ergun : **Yargı Bağımsızlığı ve Anayasa Yargısı**, **Yeni Türkiye Dergisi**, sayı:52, Mayıs- Haziran 2013

- Özekes, Muhammet : Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları, **Legal Hukuk Dergisi**, sayı:28, 2005
- Özen, Muharrem : Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, **Ankara Barosu Dergisi**, 2010, cilt sayı 1
- Özen, Muharrem : Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt: 65 sayı:4, 2016
- Özer, Atilla : Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı, **Turhan Kitabevi**, Ankara, 2009
- Özersin, Serdar/ Ruhi, Ahmet Cemal : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararları (1995-2011)**, Başkent Üniversitesi Geliştirme Vakfı İktisadi İşletmesi, Ankara, 2012
- Özkul, Fatih : Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, **Ankara Barosu Dergisi**, cilt sayı:3, 2016
- Palm, Elisabeth : **AIHM Kararları ve AB Düzenlemeleri Işığında Basın Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı, Soruşturma ve Yargılama İlişkileri**, İçinde: Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri Uluslararası Sempozyumu, Editör: Yalçın Şahinkaya, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2010
- Pekel, Abdulkadir : İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak “Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 18, sayı 2, 2014
- Rijn, Arjen Van : **İfade Özgürlüğü (10. Madde)**, İçinde: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’de İnsan Hakları Derleme Eserler, 1. cilt, Editör: Birsan Erdoğan, Derleyenler: Birsan Erdoğan, Ulaş Karan, Başkent Kılış Matbaacılık, Ankara. (tarih belirtilmemiş)
- Sancar, Mithat/ Atılgan, Eylem Ümit : **“Adalet Biraz Es Geçiliyor...” Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar**, Tesev Yayınları, İstanbul, 2009
- Sancar, Mithat : **“Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008
- Sancar, Mithat : Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, **Doğu Batı Düşünce Dergisi** sayı:13, 2000-2001
- Selçuk, Sami : **Bağımsız Yargı Özgür Düşünce** , İmge Kitabevi, Ankara, 2007

- Sever, Ömer : **Hakim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007
- Siniarska, Dominika Bychawska : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması**, çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018
- Şahbaz, İbrahim : AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, **Anayasa Yargısı Dergisi**, sayı:25, 2008
- Şahin, Kemal : Bağımsızlık Etik İlkesi ve Hakimlerin Bağımsızlığı, **Hukuk Gündemi Dergisi**, sayı:5, 2006
- Tanrıver, Süha : Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı: 104, 2013
- Teziç, Erdoğan : **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005
- Tombuş, Ertuğ : Demokratik Meşruiyet İlkesi olarak Hukuk Devleti, **Doğu Batı Düşünce Dergisi** sayı:21 (2002-2003)
- Topuz, Gökçen/ Konan, Belkıs : Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt: 66 sayı:4, 2017
- Turan, Hüseyin : **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
- Ünal, Şeref : **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür ve Sanat Yayınları, Ankara, 1994
- Ünver, Yener : Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cilt:53, sayı:1-4, 1990
- Vitkauskas, Dovydas/ Dikov, Grigoy : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması**, çev. Serkan Cengiz, Avrupa Konseyi, 2018
- Yavuz, Bülent : **Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012
- Yazıcı, Serap : Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulus üstü Devlete Geçişte Hukuk Devletinin Değişen İçeriği, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, Cilt 54, Sayı 4
- Yılmaz, Halit : **Türkiye’nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009

Zabunoğlu, H. Gökçe : Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7 Sayı:2 2016

Raporlar ve Belgeler

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar Konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 1(2001) Sayılı Görüş

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin Hakimlerin Mesleki Davranışlarını Düzenleyen İlke ve Kurallar Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 3(2002) Sayılı Görüş

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin (CCJE), toplum yararına çalışan Yargı Kurulları hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin dikkatine sunduğu 10(2007) sayılı Görüşü

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec(2010)12 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE) 17(2014) Numaralı Yargıçların Çalışmalarının Değerlendirilmesi, Adaletin Kalitesi ve Bağımsız Yargıya Saygı Konulu Görüş

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE) 18(2015) Numaralı Modern Demokraside Yargının ve Diğer Erklerin Yeri Konulu Görüş

Avrupa Hakimler Danışma Konseyi, Mahkeme Başkanlarının Rolü, 19 No'lu Görüş(2016)

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri

Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri

Giegerich, Thomas : Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor, 2011

Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı

Report on Judicial Independence and Impartiality in the Council of Europe Member States in 2017

Venedik Komisyonu Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakimlerin Bağımsızlığı (2010) Başlıklı Raporu

İnternet Kaynakları

https://setav.org	(Erişim Tarihi:05/04/2019)
https://www.aa.com.tr	(Erişim Tarihi:05/04/2019)
https://rm.coe.int	(Erişim Tarihi:05/04/2019)
https://www.venice.coe.int	(Erişim Tarihi:09/03/2019)
http://www.mfa.gov.tr	(Erişim Tarihi:29/04/2019)
https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr	(Erişim Tarihi:29/04/2019)
https://www.echr.coe.int	(Erişim Tarihi:07/05/2019)
https://hudoc.echr.coe.int/tur	(Erişim Tarihi:11/05/2019)
http://acikerisim.istanbul.edu.tr	(Erişim Tarihi:10/05/2019)
https://legalbank.net	(Erişim Tarihi:11/05/2019)
https://www.anayasa.gov.tr	(Erişim Tarihi:14/03/2019)
http://www.hsk.gov.tr	(Erişim Tarihi:07/03/2019)
https://www.yargitay.gov.tr	(Erişim Tarihi:15/03/2019)
http://www.abgm.adalet.gov.tr	(Erişim Tarihi:15/03/2019)
https://mevzuat.tbmm.gov.tr	(Erişim Tarihi:24/03/2019)
http://ilefarsiv.com	(Erişim Tarihi:28/03/2019)
http://www.toplumsal hukuk.net	(Erişim Tarihi:19/05/2019)
http://www.adalet.org	(Erişim Tarihi:07/03/2019)

HUDOC Kararları (<https://hudoc.echr.coe.int>)

Campbell and Fell/The United Kingdom

Daktaras/Lithuania

Fazia Ali/The United Kingdom

Fazlı Aslaner/Türkiye

Gerger/Türkiye

İncal / Türkiye

Kıbrıs/Türkiye (Büyük Daire)

Maktouf and Damjanovic / Bosnia and Herzegovina

Micallef/Malta

Morice/Fransa

Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye

Oleksandr Volkov/Ukraine

Sramek/Austria

Şener/Türkiye

Tanışma/Türkiye



Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI	MUSA TALİH
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	MURATPAŞA LİSESİ
Lisans Diploması	ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Yabancı Dil / Diller	İNGİLİZCE
İŞ DENEYİMİ	
Çalıştığı Kurumlar	HAKİMLER VE SAVCILAR KURULU (HAKİM)