

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**İDARİ YARGI AÇISINDAN YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE
TARAFSIZLIĞI**

Yüksek Lisans Tezi

**Hazırlayan
Mehmet ÖZYİĞİT**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. E. Ethem ATAY**

ANKARA-2010

ONAY

Mehmet Özyiğit tarafından hazırlanan “İdari Yargı Açısından Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı” başlıklı bu çalışma, 8.2.2010 tarihinde yapılan savunma sınav sonucunda (oybirliği/oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

İmza

.....

Prof. Dr. E. Ethem Atay (Başkan)

İmza

.....

Prof. Dr. Ali Akyıldız

İmza

.....

Yard. Doç. Dr. Münci Çakmak

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE İDARİ YARGI

I. HUKUK DEVLETİ İLKESİ.....	3
A. KAVRAM	3
B. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN GEREKLERİ	4
1. Kuvvetler Ayrılığı	4
2. Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi	7
a. Yargı Birliği Sistemi	9
b. İdari Yargı Sistemi	10
3. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi.....	11
4. Yargı Bağımsızlığı	12
5. Kanuni Hakim Güvencesi	13
6. Ceza Sorumluluğu İlkeleri	13
7. Kanuni İdare (Yasal Yönetim) İlkesi ve İdarenin Mali Sorumluluğu	14
8. Hukukun Genel İlkelerine Bağlılık	16
II. İDARİ YARGININ DOĞUŞU.....	17
III. İDARİ YARGININ GEREKLİLİĞİ	21
IV. İDARİ YARGININ TÜRKİYE'DEKİ GELİŞİMİ.....	23
A. TANZİMATTAN ÖNCE	23
B. TANZİMAT DÖNEMİ VE ŞURAY-I DEVLET	25
C. MEŞRUTİYET DÖNEMİ.....	27
D. CUMHURİYET DÖNEMİ.....	28
1. 1924 Anayasası	28
2. 1961 Anayasası	29

3. 1982 Anayasası	33
-------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA METİNLERİ AÇISINDAN YARGI BAĞIMSIZLIĞI

I. GENEL OLARAK	35
II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI	37
III. YARGI BAĞIMSIZLIĞININ KORUNMASI	40
IV. TÜRK ANAYASALARINDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI.....	41
A. 1876 ANAYASASI	41
B. 1921 VE 1924 ANAYASASI	43
C. 1961 ANAYASASI	45
D. 1982 ANAYASASI	47
1. Yargı Bağımsızlığının Yasamaya Karşı Korunması	47
2. Yargı Bağımsızlığının Yürütmeye Karşı Korunması	49
3. Yargının Yargıya Karşı Korunması.....	57
4. Yargının Basına ve Çevreye Karşı Korunması.....	61

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGININ KAYNAĞI BAKIMINDAN BAĞIMSIZLIĞI

I. HAKİMLERİN HALK TARAFINDAN SEÇİLMESİ.....	65
II. HAKİMLERİN HAKİMLER TARAFINDAN SEÇİLMESİ	67
III. HAKİMLERİN YÜRÜTME ORGANI TARAFINDAN SEÇİLMESİ	68
IV. HAKİMLERİN AYRI BİR ORGAN TARAFINDAN SEÇİLMESİ	71
A. FRANSA VE İTALYA ÖRNEĞİ.....	72
1. Fransa Yüksek Hakimler Konseyi	72
2. İtalya Yüksek Hakimler Kurulu	74
B. TÜRKİYE'DE 1961 ANAYASASI İLE OLUŞTURULAN YÜKSEK HAKİMLER KURULU.....	75
C. 1982 ANAYASASI İLE YENİDEN DÜZENLENEN HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU.....	78

D. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NA İLİŞKİN ELEŞTİRİLER	80
--	----

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ YARGININ KAYNAĞI

I. FRANSIZ İDARİ YARGI SİSTEMİ	88
A. İDARİ YARGI MENSUPLARININ SEÇİLMELERİ VE ATANMALARI	89
B. FRANSIZ İDARİ YARGI MENSUPLARININ STATÜLERİ	91
II. TÜRKİYE'DE İDARİ YARGI MENSUPLARININ SEÇİLMELERİ VE ATANMALARI	92
A. GENEL OLARAK	92
B. İDARİ YARGI MENSUPLARININ SEÇİMİ	95
1. İdari Yargı Hakim Adaylarının Seçimi	95
2. İdari Yargı Hakim Adaylarının Eğitimi	101
3. İdari Yargı Mensuplarının Meslek içi Eğitimi	103
4. Danıştay Meslek Mensupları ile Savcı ve Tetkik Hakimlerinin Seçimi ..	104
C. HAKİM VE SAVCILARIN TERFİ SİSTEMİ	108
1. Kademe İlerlemesi ve Derece Yükselmesi	110
a. Kademe İlerlemesi	110
b. Derece Yükselmesi	111
2. Birinci Sınıfa Ayrılma	118
3. Birinci Sınıf Hakimler ve Savcılar	120

BEŞİNCİ BÖLÜM

HAKİMLİK TEMİNATI VE TARAFSIZLIK

I. HAKİMLİK TEMİNATI VE UNSURLARI	125
A. GENEL OLARAK	125
B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKİMLİK TEMİNATI	126
C. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASALARINDA HAKİMLİK TEMİNATI ..	128
D. HAKİMLİK TEMİNATININ UNSURLARI	129
1. Hakimler Azledilemez	129

2. Hakimler Emekliye Sevk Edilemez.....	132
3. Hakimler Maaş ve Ödeneklerinden Yoksun Kılınamazlar	133
4. Coğrafi Teminat.....	136
5. İdari Görevlere Atanmama Teminatı	139
6. Yargıya Tanınan Diğer Teminatlar	140
II. YARGININ TARAFSIZLIĞI.....	142
A. GENEL OLARAK.....	142
B. HAKİMİN DAVAYA BAKMASININ YASAK OLMASI	145
C. HAKİMİN REDDİ	148
D. HAKİMİN REDDİ USULÜ	152
1. Danıştay'da Çekinme ve Ret.....	153
2. Mahkemelerde Çekinme ve Ret.....	154
3. Hakimin Reddi İsteminin Karara Bağlanması	155
DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	158
KAYNAKÇA.....	161
ÖZET	167
ABSTRACT	168

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
age	: adı geçen eser
agm	: adı geçen makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
C	: Cilt
DD	: Danıştay Dergisi
E	: Esas
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargı Usul Kanunu
m.	: madde
s.	: sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi

GİRİŞ

İnsanların bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma istekleri ve bu isteği karşılamak için kurulan mahkemeler en az insanlık tarihi kadar eskidir. Yargılama görevi ve hizmeti, bazen devlet başkanları veya görevlendirdikleri hakimler, bazen de değişik seçim sistemleri neticesinde seçilerek atanan hakimler veya kurullar tarafından yapılmıştır. Ancak, bu yargılamanın genellikle kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkları kapsadıkları görülmektedir. Devletin, vatandaşlarına karşı haksızlık yapabileceğinin kabul görmemesi nedeniyle devlet ile vatandaş arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlemekle görevli ayrı bir yargı kolunun kurulmasına uzunca bir dönem ihtiyaç duyulmamıştır.

Nihayet, 1789 Fransız İhtilalinin bir seçimi olarak idari yargı ortaya çıkmıştır. Ancak, sanıldığıının aksine, bu seçim vatandaşı yürütme ve idareye karşı koruma amacıyla yapılmamış olup, yürütme ve idareyi basit yargı olarak algılanan adli yargının kapsamı dışında tutma arzusu ile yapılmıştır. Buna göre, yürütme ve idare adli yargıdan bağımsız olacak, idarenin işleyişini bilen ve bu konuda uzman olanlar tarafından oluşan ayrı bir makam tarafından yargılanacaktır. Buna da, idarenin yargı karşısında bağımsızlığı ilkesi denilmiştir. Dolayısıyla idari yargının ayrı bir mahkeme olarak kabul edilmesi de Fransız idare hukukunda halen kabul edilmiş değildir. Fransız idare hukukuna göre idari yargı, yargı organı içerisinde değerlendirilmemekte, yürütme organının içerisinde, idarenin bir üst konumunda olan ayrı bir idari kurum olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, Conseil d'Etat (Danıştay) üyeleri, hukuk devleti açısından en önemli olan yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatına ilişkin Anayasal ve yasal mevzuatların kapsamı dışında tutulmaktadır. Ancak uygulamada, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatını ihlal eden her hangi bir durumun görülmemesi dikkate değer ayrı bir husustur. Türk hukuk sistemimizde de, idari yargının 1924 Anayasasında yürütme bölümü içerisinde yer aldığı

görülmektedir. Ancak, 1961 Anayasasından itibaren Danıştay “Yargı” bölümü içerisinde yer almıştır.

Ülkenin o anda içinde bulunduğu durum nedeniyle 1921 Anayasası hariç olmak üzere, tüm anayasalarda yargı bağımsızlığına vurgu yapılmış ve bu hususla ilgili olarak hükümlere yer verilmiştir. Bunun temelinde, yönetilenlerin bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca yargılanma güvencesine sahip olma isteği bulunmaktadır. Öte yandan, idare edenlerin kendi görüş ve düşüncelerine daha yakın olan kişileri yargılama makamlarına seçmek istedikleri, yargı organları üzerinde etkili olma amacıyla sürekli olarak yargıya müdahale ettikleri de bir gerçektir.

Bu nedenle hakim ve savcıların seçilmeleri ve atanmalarına ilişkin olarak bir çok sistem denenmiş, ancak getirilen her yeni sistemde bazı problemler ortaya çıkmış ve eleştiriler yapılmıştır.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı için anayasal ve yasal bir çok tedbirler getirilmesine rağmen, bu konunun sürekli tartışıldığı görülmektedir. Netice itibariyle, hakimlerin ve savcılarının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sadece bir sistem sorunu olmadığı, hakimler ve savcılarının bilgi, görgü, eğitim ve kişiliğinin de bu sorunun önemli bir parçası olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

Bu tezde, hukuk devleti ilkesi içerisinde, idare edenler ile idare edilenler arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli ve yetkili olan idari yargının önemi ile idari yargı sisteminin geçirdiği tarihsel sürece kısaca değinilecek, idari yargı açısından yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusu irdelenecek, bu irdeleme yapılırken ülkemiz idari yargısının model olarak aldığı Fransız idari yargı sistemi başta olmak üzere bazı ülkelerle karşılaştırılması yapılacak ve yargı bağımsızlığı ile tarafsızlığının nasıl sağlanabileceği hususu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE İDARİ YARGI

I. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

A. KAVRAM

En basit tanımıyla hukuk devleti, vatandaşların hukuki güvence altında bulunduğu, devlet organlarının işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu devlettir.¹ 1982 Anayasasının 2. maddesinde “Cumhuriyetin Nitelikleri” arasında sayılan Hukuk Devleti ilkesi vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.² Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet olmak demektir.³

Hukuk dilinde “hukuk devleti” deyimini, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır.⁴ Hukuk devleti çağdaş demokratik uygarlığın en önemli aşamalarından biridir. Gerçekten, vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür.⁵

¹ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara Ekim 2006, s. 70.

² Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2009, s. 61.

³ AYM’nin 11.10.1963 gün ve E:1963/124 sayılı kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, 1964, sayı 1, s. 348,

⁴ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 122.

⁵ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 123.

B. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN GEREKLERİ

Hukuk devleti ilkesinin sadece kavram olarak kalmaması, varlığını kazabilmesi ve sürdürebilmesi için bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Hukuk kurallarına bağlılığı sağlayacak mekanizma, devletin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi altında bulunmasıdır. Hukuk devleti denilince, ilk olarak yürütmenin hukuka bağlılığı ve yürütme işlemlerinin yargı denetimi altında bulunması akla gelmektedir. Yasama organının yargısal denetimi bazı demokratik ülkelerde henüz kabul edilmemiş olduğu halde, yürütmenin yargısal denetimi bütün demokratik ülkelerde yerleşmiş kuraldır.⁶ Yürütmenin işlemlerinin yargısal denetimi ise idari yargı tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla, idari yargı, hukuk devletinin önemli bir teminatıdır.

1. Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı, yasama, yürütme ve yargı yetkisinin ayrı devlet organlarına verilmiş olmasıdır⁷ ve hukuk devleti ilkesinin en önemli öğelerindendir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi yönetenler karşısında bireyin hürriyetlerini güvence altına almayı amaçlamaktadır.⁸ Devletin bütün yetkilerinin aynı organ elinde toplanması despotizmin oluşmasına neden olur. Bu nedenle, iktidar yetkilerinin kötüye kullanılmasına karşı hürriyetleri korumak için, kötüye kullanmayı imkansız hale getirecek bir fren mekanizmasına ihtiyaç vardır. Dolayısıyla, iktidarın bölünüp, paylaşılması ve birbirine karşılıklı olarak dengeleyici farklı organlara yetkilerin belirli bölümlerinin verilmesi gerekir. Bu ilke

⁶ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 123.

⁷ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 97.

⁸ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 97.

gereğince yasama kanun yapar, yürütme yasaların uygulanmasını sağlar ve hükümet eder, yargı ise uyuşmazlıkları çözmek için yasaları uygular.⁹

Yasama, yürütme ve yargı organları arasında Aristo'dan beri yapılagelen bu ayırım, devlet fonksiyonlarının devlet adına kimi organlar tarafından yerine getirilmesi anlamını taşır.¹⁰

Kuvvetler ayrılığından söz edildiğinde, akla hemen Montesquieu'nun gelmesi, kendisinden önceki düşünürlerden farklı olarak bu konuyu en açık seçik olarak ortaya koymuş olmasından ve kişi hürriyetlerini de, kuvvetlerin ayrılmasından doğacak dengeye bağlamasından ileri gelmektedir.¹¹ Siyasal düşünce tarihinde genellikle Montesquieu'nün adıyla özdeşleştirilen kuvvetler ayrılığı teorisi, 1789 Amerikan ve 1791 Fransız Anayasalarından başlayarak pek çok pozitif hukuk belgesinde şu veya bu biçimde anlatımını bulmuş olmakla birlikte, bu teorinin hukuki olmaktan çok siyasal nitelik taşıdığını belirtmek gerekir.¹² Montesquieu'ya göre, iktidarın suistimal edilmemesi için, iktidarın iktidarı durdurması lazımdır. Yani, devletin kuvvetlerini o şekilde teşkilatlandırmak gerekir ki; karşılıklı olarak birbirlerini frenleyebilsinler, ortada karşılıklı frenlerden oluşan bir sistem bulunsun.¹³ Ünlü düşünüre göre, iki hele üç kuvvetin aynı elde toplanması istibdada yol açar.¹⁴

Yasama ve yürütme organları arasındaki ayrılık kanuni idare ilkesinin, yürütme ve yargı organları arasındaki ayrılık da, yargı denetimi ilkesinin doğmasına neden olmuştur.¹⁵

Belirtmek gerekir ki, kuvvetler ayrılığının çağdaş anlamı, yasama ve yürütme arasındaki ayrılıktan çok, yargı organlarının bu iki siyasal organ karşısındaki bağımsızlığını ön plana çıkarmaktadır.¹⁶

⁹ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 97.

¹⁰ İsmet Giritli; Pertev Bilgen; Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2008, s. 67.

¹¹ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Beta Yayınları, Ankara Kasım 2007, s. 398.

¹² Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 179.

¹³ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1991, s. 7.

¹⁴ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁵ İsmet Giritli; Pertev Bilgen; Tayfun Akgüner, **a.g.e.**, s. 67.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi Türkiye’de ilk kez 1876 Anayasasında yer almış, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında da benimsenmiştir.

1982 Anayasasının 7. maddesine göre, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.” 8. maddesine göre, “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” 9. maddesine göre ise, “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.”

1982 Anayasasının başlangıç bölümünün dördüncü paragrafında, kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve iş birliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu açıkça belirtilmiş, “Cumhuriyetin Temel Kuruluşları” başlığını taşıyan üçüncü kısmında, Yasama (m. 75-100), Yürütme (m. 101-137) ve Yargı (m. 138-160) organlarının oluşumu ile görev ve yetkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan, Devlete vücut veren üç erkin içinde en önemlisi yargıdır. Çünkü, yasama erki nasıl kanun çıkarırsa çıkarsın, bunu uygulayacak olan yargıdır. Yargının, uygulaması adil bir netice verebileceği gibi bunun aksi de olabilir. Aynı şekilde yürütme erki nasıl bir faaliyette bulunursa bulunsun bu konuda çıkan ihtilaflar yargıda karara bağlanacaktır.¹⁷ Bu nedenle, devletin üç organı arasında, yargı organının yeri ve önemi birinci sıradadır.

¹⁶ Ergun Özbudun, a.g.e., s. 41.

¹⁷ Attila Özer, **Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 4.

2. Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi

İdare, işlem ve eylemlerinde kamu yararını gerçekleştirmesi için üstünlük ve ayrıcalıklarla donatılmıştır. İdarenin sahip olduğu bu üstünlük ve ayrıcalıklar kamu kudreti adını alır ve söz konusu kavram devletin unsurlarından “egemenliğin”, idare hukukuna yansımaları ifade eder.¹⁸ İdarenin sahip olduğu kamu kudretini kanunsuz ve keyfi olarak kullanması, yani hukuka aykırı davranması halinde, yargı denetimi yoluyla hukuka uygun davranmaya zorlanır.¹⁹

Devlet teşebbüsü ve işletmesinde, yasama erki, planlama, düzenleme ve denetleme cihazı; hükümet, strateji ve yön gösteren, genel uygulamayı izleyen, gözetken ve sağlayan cihaz; idare ise, yürütmenin görev ve ödevlerinin somutlaşması için gerekli hazırlık çalışmalarını yapan, bunları yetkililerince saptanıp kesinleştikten sonra yerine getiren, gerçekleştiren cihazdır. Yargı erki ise, sayılanların dışında, bağımsız olarak, hepsinin kuruluş ve işleyişlerini ve fertlerin işlem ve eylemlerini, belli usullerle denetleyen ve müeyyidelendiren kamu gücü cihazıdır.²⁰

İdarenin tutum ve davranışlarının hukuka uygunluğunu sağlamak için, idari denetim, siyasal denetim, kamu oyu denetimi gibi çeşitli denetim yollarına başvurulmaktadır. Denetim yolları içinde idarenin hukuka uygunluğunu sağlamada en etkin ve en nesnel olanı ise şüphesiz yargı denetimidir.²¹

Yönetim üzerinde hemen her ülke, kendi hukuk yapısına uygun bir yargı denetimi gerçekleştirmiştir. Bazı ülkelerde yönetimin yargı yolu ile denetimi adli yargıya, bazı ülkelerde ise adli yargının dışında idari yargı denen bir yargı düzenine yer verilmiştir.²²

¹⁸ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 94.

¹⁹ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 94.

²⁰ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul 1982, s. 3.

²¹ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetimsel Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.1.

²² A. Şeref Gözübüyük, **Yönetimsel Yargı**, s. 2.

Hukuk devleti bakımından önemli olan nokta, yürütmenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenip denetlenememesidir.²³ Denetim sistemi ne olursa olsun, eğer yürütmenin bir kısım eylem ve işlemleri çeşitli yollarla yargı denetim dışında bırakılabiliyorsa hukuk devleti ilkesinin zedelenmiş olduğu sonucuna varabiliriz.²⁴

Türkiye’de yürütmenin hukuka bağlılığı ilkesi bakımından ve hukuk devleti ilkesi açısından 1982 Anayasasında beş adet istisna vardır. Buna göre, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları, HSYK kararları, uyarma ve kınama cezaları ile sıkıyönetim komutanının işlemleri yargı denetimi kapalı olan işlemlerdir.²⁵

Cumhurbaşkanının Devletin başı sıfatıyla tek başına yaptığı işlemlerin idari işlem niteliğinde olmaması nedeniyle yargı denetimi dışında bırakılmasında hukuk devleti açısından bir sakınca yoktur. Bununla birlikte, yürütme organının başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin ise yargı denetimine tabi olması gerekir.²⁶ Diğer dört işlemin yargı denetimi dışında bırakılması ise hukuk devleti ilkesiyle tamamen çelişmektedir.²⁷

Bugün gerek Kara Avrupası, gerekse Anglo-Amerikan ülkelerinde olduğu gibi, Türk hukuk sisteminde de idarenin eylem ve işlemlerinden menfaati ihlal edilen ya da hakları muhtel olan kimse, yetkili yargı yerine başvurarak idari işlemin iptalini, ya da karşılaştığı haksızlığın giderilmesini isteyebilir.²⁸ İdare hukuku alanında “Yargı Birliği” ve “İdari Yargı” olmak üzere başlıca iki sistem vardır.

²³ Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **a.g.e.**, s. 61.

²⁴ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 124.

²⁵ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa 2000, s. 175.

²⁶ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 125; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 176.

²⁷ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 176.

²⁸ A. Şeref Gözübüyük, 28. Baskı, **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara Mart 2009, s. 3.

a. Yargı Birliği Sistemi

“Ortak hukuk (common law) sistemi” veya “adli idare sistemi” de denen sisteme sahip İngiltere ve ABD gibi Anglo-Sakson ülkelerinde, genel hukukun (common law) dışında, ondan ayrı ve bağımsız bir idare hukuku ve genel mahkemeler (adli yargı) düzeninden ayrı bir idari yargı düzeni yoktur.²⁹ Tek bir düzen olarak örgütlenen yargı, hem bireyler arasında çıkan uyuşmazlıklara, hem bireylerle idare arasında çıkan uyuşmazlıklara bakar.³⁰

Şüphesiz bu ülkelerde bir idare teşkilatı ve bu teşkilatın yürüttüğü idari nitelikte faaliyetler, idare teşkilatının kuruluşunun ve işleyişinin tabi olduğu hukuk kuralları vardır. Ancak, idareye uygulanan hukuk idare hukuku değil, ülkenin genel hukukudur.³¹ Bu ülkelerde “administrative law” denen şeyde, özel hukukta görülmeyen hükümlere, yani kamu gücü ayrıcalıklarına veya yükümlülüklerine rastlanmaz.³²

İdarenin yargı yolu ile denetimi ilke olarak adalet mahkemelerine verilmiştir.³³ Bu ülkelerde idare mahkemeleri isimli mahkemelerin olması bir şeyi değiştirmez, çünkü bunların ayrı bir üst mahkemesi yoktur. Bu mahkemeler de normal adli mahkemeler arasında yer alan uzmanlık mahkemesi niteliğinde olan mahkemelerdir. Bu nedenle, Anglo-Sakson sistemine adli idare sistemi de denir.³⁴

²⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s. 43.

³⁰ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 3.

³¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 43.

³² Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 43.

³³ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 3.

³⁴ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 43.

b. İdari Yargı Sistemi

İdari yargı, ilke olarak idarenin, idare hukukunca düzenlenen etkinliklerinden doğan uyuşmazlıklara bakan, adli yargı dışında, kendine özgü kuralları ve yargılama usulleri olan ayrı bir yargı düzenidir.³⁵

Uzun zamanlar toplumda özel hukuk hakim olmuş, devletin faaliyetlerinin bu kuralların dar çerçevelerine sığdırılamaması nedeniyle devletin hukuk kurallarına tabi olamayacağı düşüncesi ortaya çıkmıştır.³⁶ İdarenin kurum mahiyeti ancak XIX. Asrın sonlarında Fransa’da meydana çıkmıştır. Bugün idare bir müessesedir, çünkü şahısların hususi keyif ve arzularına değil kamu menfaat ve hizmeti fikrine sahiptir. İdarenin amaç ve gayesinden uzaklaşmamasını tabi olduğu hukuk kurallarının dışına çıkmasını men edecek ve bu esaslar haricindeki muameleleri iptal edecek bir vasıtanın ve bir teşkilatın mevcut olması gerekir. İşte bu esas idari yargı kurumunun oluşması sonucunu doğurmuştur.³⁷

İdari yargı düzeninde, çeşitli yargı yerleri ve bunların üstünde de “Danıştay”, ya da “Yüksek İdare Mahkemesi” denen bir yüksek yargı bulunur. İdarenin tüm tutum ve davranışlarından doğan uyuşmazlıklar idari yargı yerlerinde karara bağlanmaz. İdarenin, idari yargının görev alanı dışında tutulan, adli yargının görev alanına giren etkinlikleri de vardır.³⁸ İdarenin, kamu gücüne dayanarak tek yanlı iradesi ile kamu hukuku alanında tesis ettiği işlem ve eylemler idari yargı yerinde, özel hukuk alanında tesis ettiği işlem ve eylemler ise adli yargı yerinde görülmektedir.

Ülkemizde, idare ve vergi mahkemeleri ilk derece mahkemeleri olup, bu mahkemelerde tek hakimli olarak görülen davalar ile İdari Yargı Usul Kanununda belirtilen davalar hakkında heyet halinde verilen kararlara karşı itiraz merci olarak Bölge İdare Mahkemeleri bulunmaktadır. Danıştay ise, Kanun ile

³⁵ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 5.

³⁶ Sıddık Sami Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, Adliye Vekaleti, Ankara 1936, s. 5.

³⁷ Sıddık Sami Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, s. 5-6.

³⁸ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 5.

kendisine verilen bazı davalarda ilk derece mahkemesi, genel olarak ise temyiz merci olarak faaliyetini sürdürmektedir.

Danıştay'da toplam on üç daire bulunmakta olup, bu dairelerden on ikisi dava dairesi, birisi ise idari dairedir.

3. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi

İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanması için yargısal denetim yeterli değildir. Bunun yanında, yasama organının da anayasaya uygun hareket etmesini sağlamak gerekir.³⁹ Çünkü, idarenin yargısal denetimi yürütme işlemlerinin kanunlara uygunluğunu sağlayabilecektir. Oysa, kanunların kendisi Anayasaya aykırı olduğu takdirde, vatandaşların anayasal haklarının çiğnenmesi gene önlenemeyecektir.⁴⁰ Bu nedenle, hukuk devletinin tam olarak gerçekleşmiş sayılabilmesi için sadece yürütme işlemlerinin değil aynı zamanda yasama işlemlerinin de Anayasaya uygunluğunun yargı organlarıncı denetlenmesi gerekir.

1982 Anayasası, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine iki istisna getirmiştir. Biri, Anayasanın 174. maddesinde sayılan inkılâp kanunlarının anayasaya aykırılığının iddia edilememesi, ikincisi de, Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılmış kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarruflarının anayasaya aykırılığının ileri sürülememesidir.⁴¹

³⁹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 43.

⁴⁰ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 127; Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **a.g.e.**, s. 61.

⁴¹ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 127.

4. Yargı Bağımsızlığı

Hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri de yargı bağımsızlığıdır.⁴² Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, mahkemelerin bağımsızlığına ve hakim güvencesine ilişkin Anayasa kuralları hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez öğeleridir.⁴³

Yargı bağımsızlığı, yargı organlarının, yasama ve yürütme organları karşısında bağımsız olmalarını ve karar verirken hiç kimseden emir, talimat alamamaları ve her türlü etkiden uzak kalmalarını ifade eder.⁴⁴

Yasama ve yürütme organlarını denetleyecek olan organlar yasama ve yürütme karşısında tam bağımsızlığa sahip değillerse yargı denetiminde beklenen yararlar büyük ölçüde ortadan kalkmış olur.⁴⁵

Mahkemelerin bağımsızlığı, yargıçlara sağlanan güvenceler 1961 Anayasasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş, 1982 Anayasası ise 1961 Anayasasının ulaştığı düzeyi koruyamamıştır.⁴⁶ Hemen belirtelim ki, bir yandan yargıç ve savcıların tüm özlük işleri hakkında karar vermekle görevli olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumu, diğer yandan Anayasa ile Hakimler ve Savcılar Kanununun Adalet Bakanına tanıdığı yetkiler, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesini büyük ölçüde zedelemiştir.⁴⁷ Yargı bağımsızlığı konusu ikinci bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği için, bu kısımda daha fazla detaya girmeyerek hukuk devleti ilkesinin diğer bir unsuruna geçeceğiz.

⁴² Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **a.g.e.**, s. 62.

⁴³ AYM'nin 11.12.1990 gün ve E: 1989/17, K: 1990/33 sayılı kararı, 15.6.1991 gün ve 20902 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁴ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 92-93.

⁴⁵ Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **a.g.e.**, s. 62.

⁴⁶ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. I, s. 42.

⁴⁷ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. I, s. 43.

5. Kanuni Hakim Güvencesi

Hukuk devleti, en genel anlamda vatandaşların hukuki güvenliğini sağlamayı amaçladığına göre, bu ilkenin başka bir takım gereklerinin de olması doğaldır. Anayasanın 37. maddesinde yer alan “kanuni hakim güvencesi” bunların başlıcalarından biridir.⁴⁸ 1961 Anayasasının ilk metninde “tabii yargı yolu” başlığı altında düzenlenen madde, 1971 değişikliğiyle değiştirilmiş ve halen yürürlükte olan 1982 Anayasasındaki ifadede de kullanılan ifade kabul edilmiştir. Buna göre hiç kimse tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.⁴⁹ Tabii yargı ilkesi, uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olmasıdır.⁵⁰

Hukuki güvenlik ilkesi gereğince, vatandaşın her hangi bir hukuki uyuşmazlık durumunda hangi yargı organınca ve hangi yargılama usulüne göre yargılanacağını önceden bilmesi en doğal hakkıdır. Bu nedenle, uyuşmazlık çıktıktan sonra, uyuşmazlığa göre mahkemenin kurulması halinde adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş ve hukuk devleti ilkesi zedelenmiş olur.

6. Ceza Sorumluluğu İlkeleri

Anayasanın 38. maddesinde hukuk devleti ilkesinin suç ve cezalara ilişkin bazı unsurları sayılmaktadır. Bu maddede; kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılamayacağı, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını

⁴⁸ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 127.

⁴⁹ Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **a.g.e.**, s. 62.

⁵⁰ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 128.

suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı, ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemeyeceği, idarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı, Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebileceği, Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşın, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Bu sayılan kurallar, ceza sorumluluğu açısından hukuk devletinin vazgeçilmez nitelikteki kurallarıdır.

7. Kanuni İdare (Yasal Yönetim) İlkesi ve İdarenin Mali Sorumluluğu

İdarenin varlık sebebi, kamu yararını gerçekleştirmek için kanunlarca açıkça belirtilen veya kanunların yetkilendirmesi halinde de bu yetkiye dayanarak, somut edimler niteliğindeki kamu hizmetlerini idare edilenlere sunmaktır.⁵¹ İdarenin, yönetilenlere karşı objektif bir şekilde davranmasını temin etmek için en başta, idarenin işlem ve faaliyetlerin belirli bir hukuk kurallarına tabi olması gerekir.

Kanuni idare ilkesi, en geniş anlamıyla, idareye ve faaliyetlerine kanunun egemen olmasıdır.⁵² Daha açık bir anlatımla, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi demektir.⁵³ Bu ilke gereğince, kamu yönetimini oluşturan kuruluşların, bunlara ilişkin görev ve yetkilerin yasal dayanağının bulunması gerekir. Anayasanın 8. maddesinde, yürütme görevinin Anayasa ve yasalar

⁵¹ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 100.

⁵² Metin Günday, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002, s. 41.

⁵³ E. Ethem ATAY, **İdare Hukuku, C. I.**, Gazi Kitabevi, Ankara Ekim 2006, s. 88.

çerçevesinde yerine getirileceği, 123. maddesinde de, kamu yönetiminin yasa ile düzenleneceği kuralını öngörmüştür.⁵⁴ Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlandırılabilirliğinden, idarenin kanundan bir yetki almadıkça temel hak ve özgürlüklere dokunan bir davranışta bulunması düşünülemez.⁵⁵

Kamu yönetimine ilişkin yetkilerin yasalara dayandırılması yeterli değildir. İdarenin herhangi bir davranışta bulunurken, yürürlükte olan yasalara gerçek anlamda uyması, yasalara saygı duyması gerekir. Yasaları biçimsel olarak uygular görünmek, hukuka aykırı yönetimin örneğidir.⁵⁶ İdarenin yetkisini aştığı veya yasalara aykırı davrandığı durumlarda idari yargı devreye girer ve idarenin hukuka aykırı işlemlerini iptal eder. İşte burada idari yargının hukuk devleti ilkesinin önemli bir emniyet anahtarı olduğu açıkça görülmektedir.

Öte yandan, bir devlete hukuk devleti diyebilmek için bu devletin idaresinin eylemleriyle kişilere verdiği zararları parasal olarak da ödemesi gerekir.⁵⁷

İdare, kamu hizmetlerini gerçekleştirmek için işlem ve eylemlerde bulunmakta olup, bu işlem ve eylemleri sonucunda bireylerin zarara uğraması halinde bu zararı tazmin etmek zorundadır.⁵⁸

Fransa’da uzun bir zaman süresince, memurların idareye karşı sorumsuzluğu ilkesi benimsenmiştir. Ancak Danıştay’ın 18 Temmuz 1951 tarihli “Laruelle”⁵⁹ kararı ile bu prensip terkedilmiştir.

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmek suretiyle bu husus anayasal güvence altına alınmıştır. İdarenin yürüttüğü hizmetin kurulmasında ve işletilmesindeki aksaklıklar hizmet kusuru olarak kabul edilmiş ve idare, hizmetin

⁵⁴ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. I, s. 41.

⁵⁵ Metin Günay, **a.g.e.**, s. 42.

⁵⁶ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. I, s. 42.

⁵⁷ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 105.

⁵⁸ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 101.

⁵⁹ E. Ethem Atay, Hasan Odabaşı, Tahsin Gökcan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 153.

kurulması ve işletilmesindeki aksaklıklardan dolayı ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur.⁶⁰

İdarenin işlem ve eylemlerinden dolayı zarara uğrayan kişiler tarafından idari yargıda tam yargı davası açılmakta, hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluğu olduğu tespit edilen idareler aleyhine tazminat ödenmesi yolunda kararlar verilmektedir. Dolayısıyla, Türkiye’de hukuk devletinin gereği olan idarenin mali sorumluluğu ilkesi gerçekleşmiştir.

8. Hukukun Genel İlkelerine Bağlılık

1982 Anayasasının 138. maddesine göre, hakimler Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Burada Anayasa ve kanunun dışında “hukuk”tan ayrıca söz edilmiş olması, salt kanuncu bir anlayışın benimsenmemiş olduğunun kanıtıdır. Bu hükme göre, her düzeydeki hakimler, yazılı hukuk kurallarının yanında hukukun genel ilkelerini de dikkate almak zorundadırlar.⁶¹

Hukukun genel ilkelerinin tam ve herkesçe kabul edilebilecek bir tanımını yapmak kolay olmamakla birlikte bu konuda pozitif bir temel olarak Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinden yararlanabilir.⁶² Anayasa Mahkemesi de hukukun temel ilkelerini, “hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeler” olarak tanımlamıştır.⁶³ Bu ilkelere bazıları, ahde vefa, hakkın kötüye kullanılmaması, kazanılmış haklara saygı, sebepsiz zenginleşme, gecikme faizi, verilen zararın tazmini, kesin hükme saygı, kimsenin

⁶⁰ Metin Günday, **a.g.e.**, s. 49.

⁶¹ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 129.

⁶² Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **a.g.e.**, s. 62.

⁶³ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 129.

sahip olduğu haklardan fazlasını devredememesi, kimsenin kendi davasında hakim olamaması ve mücbir sebeptir.⁶⁴

İdari Yargılama Hukukunda, kazanılmış haklara saygı ilkesi ve haklı beklentiler teorisi, kesin hükme saygı, gecikme faizi sıkça başvurulmuş ilkeler arasındadır. Örneğin, bir üniversite öğrencisinin okula kayıt olduğu tarihten sonra tabi olduğu yönetmeliğin değişmesi ve yeni yönetmelikte aleyhine düzenleme getirilmesi halinde, hukuki belirlilik ilkesi ihlal edilmiş olur. Bu durumda, belirtilen öğrencinin tabi olduğu yönetmelik, lehine olması şartıyla daha önceki yönetmelik olacaktır. Yine, idarenin hizmet kusuru nedeniyle kişileri zarara uğratması halinde, bu kişilerin açmış olduğu tam yargı davasında, idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faize hükmedilecektir. Bunun yanında, vatandaş, lehine olan yargı kararının uygulanmasını her zaman isteyebilecektir. Çünkü, kesinleşmiş yargı kararının zaman aşımına uğradığının kabulü, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

II. İDARİ YARGININ DOĞUŞU

Fransa'da derebeylik döneminde, idari ve yargısal görev ayrımı yapılmıyor, aynı kamu görevlisi her iki görevi de yerine getiriyordu. Merkezin derebeyler üzerindeki etkisi arttıkça, merkez yönetiminin atadığı görevliler arasında iş bölümü yapılmaya, yargısal işlere bakanlarla, idari işlere bakanlar ayrılmaya başlamıştır.⁶⁵ XVIII. Yüzyılda, idarenin yargıdan ayrılması ve yargıçların yalnız yargı işleriyle uğraşmalarını sağlama çabaları ağırlık kazanmıştır.⁶⁶

⁶⁴ Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **a.g.e.**, s. 63.

⁶⁵ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 5.

⁶⁶ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 5.

Fransa'da doğan idari yargının gelişimi, Fransız devriminden sonra gerçekleşmiştir. Fransa'daki idarî mahkemelerin varlığı erkler ayrılığı ilkesinin belirgin bir anlayışı ile açıklanmaktadır. Eğer idarenin söz konusu edildiği davalar normal mahkemeler tarafından hüküm altına alınırsa bu durumda doğal olarak yargı erkine idarî hayata müdahale etmesi araçlarının verilmiş olması sonucuna ulaşılacaktır ve bu da erkler ayrılığı ilkesine aykırı olacağı sorunun gündeme getirir.⁶⁷ Fransız Devrimi sırasında kurulmuş olan idarî otoritelerle adlî otoritelerin ayrılığı kuralı (*règle de la séparation des autorités administratives et des autorités judiciaires*) işte bu anlayıştan doğmuştur.⁶⁸

Devrim öncesinde genel mahkemelerin işlevini yüklenmiş olan parlamentler, tutucu ve ayrıcalıklı sınıflardan oluşmaktaydı ve uyarı (*rémontrance*) ve kaydetme yani tescil (*enregistrement*) hakları vardı.⁶⁹ Kral bir yasa çıkarınca parlamentler uyarı haklarına dayanarak, krala bu yasanın uygun olmadığını bildirebiliyorlardı. Dolayısıyla kendi çıkarlarıyla bağdaşmayan, kendi işlerine gelmeyen yasaları tescil etmeyerek kendi yargılama bölgesinde yürürlüğe girmesini engelleyebiliyorlardı. Bundan dolayı kamusal idarenin yeniden düzenlenerek iyileştirilmesinin yapılmasıyla, eski ayrıcalıklarının azaltılmasından kuşulanıyorlar ve kamusal idarenin faaliyetlerine engel oluyorlardı.⁷⁰ Ayrıca kamusal idarenin işlerine müdahale ediyorlar ve bunun sonucu olarak ta; kamusal idare taşrada işleyemez, felç olmuş bir duruma düşmekteydi. Kısacası kamusal idare parlamentler yüzünden o dönemlerde Fransa için zorunlu olan idarî ve malî yenilikleri uygulanmakta etkisiz bırakılmıştı.⁷¹

1789 Fransız devrimi ile Eski Rejimin bütün kuruluşları kaldırılmış, Parlament'ler dağıtılmış, adli yargı yeniden düzenlenmiştir.⁷² 1790 Kurucu

⁶⁷ E. Ethem Atay, Fransa'da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 1, Ekim 1998.

⁶⁸ E. Ethem Atay, a.g.m.

⁶⁹ E. Ethem Atay, a.g.m.

⁷⁰ E. Ethem Atay, a.g.m.

⁷¹ E. Ethem Atay, a.g.m.

⁷² A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 6.

Meclisi'nin kabul ettiği kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve ona yüklenen anlamın, idarenin yargıya tabi olmaması sonucunu doğurduğu kabul edilir.⁷³ 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunun 13. maddesinde, adli görevlerin idari görevden ayrı oldukları ve her zaman ayrı kalacakları, hakimlerin hangi şekilde olursa olsun idari makamların işlerine karışamayacakları, görevleri dolayısıyla idarecileri mahkemelere çağıramayacakları, aksi takdirde görev suçu işlemiş sayılacakları hükmüne yer verilmiş olup, bu Kanun halen yürürlükte dir.⁷⁴ Zaten bu dönemde, idari uyuşmazlık, Yürütmenin içinde ve yürütmenin siyasi kanadı hükümet ile teknik kanadı İdare arasında ortaya çıkabilecek bir özel durum olarak algılanıyordu.⁷⁵ Bu durumda, idarenin işlemlerine karşı başvuracak, her hangi bir yargı yolu kalmıyordu. Kişiler için idarenin yapmış olduğu haksızlığa karşı tek çıkar yol, ya kararı veren idari makama, ya da üst idari makama başvurmaktı.⁷⁶ Böylece, Fransız devrimcileri “yönetici-yargıç” ya da “bakan-yargıç” denilen sistemi benimsemiş oluyorlardı. Bakan-yargıç sisteminde bakanlar, kendilerine yapılan başvuruları bir yargıç gibi kesin bir biçimde karara bağlıyorlardı.⁷⁷

İdare ile vatandaşlar arasındaki uyuşmazlık hakkında idarenin kendisinin karar vermesi demek olan “idareci hakim” sistemi, adalet ve hakkaniyete aykırıydı. Çünkü, idare aynı davada hem taraf, hem de hakim oluyordu. Bu ise, “kimse kendi davasında hakim olamaz” şeklinde ifade edilen evrensel hukuk ilkesine aykırıydı.⁷⁸

Bu durumu bir ölçüde olsa gidermek için devrimin VIII. Yılında (13 Aralık 1799) Conseil d'Etat (Devlet Şurası, Danıştay) kuruldu ve idare ile vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkları çözme görevi Conseil d'Etat'a verildi.⁷⁹ Ancak bu dönemde Danıştay'a yargısal görevler verilmemiştir. Buna karşın vilayet meclislerinin ve bakan-yargıçların kararlarına karşı ilgililer Devlet Başkanına

⁷³ Onur Karahanoğulları, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 17.

⁷⁴ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 45.

⁷⁵ Nuri Yaşar, **İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 23.

⁷⁶ E. Ethem Atay, a.g.m.; A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 6.

⁷⁷ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 6.

⁷⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 45.

⁷⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 46.

başvurabiliyor, Devlet Başkanı da, Danıştay'dan bunların incelenmesini ve gereğinin yapılmasında kendisine yardımcı olunmasını istiyordu.⁸⁰ Nihai kararın Devlet Başkanının onayına bağımlılığı sebebiyle Fransız öğretisinde bu yargılama sistemine “tutuk adalet” adı verilmiştir.⁸¹ Bununla birlikte Danıştay'ın prestiji öyle bir şekilde yerleşti ki, yetmiş beş yıl boyunca hemen hemen tüm teklifleri Devlet Başkanınca benimsendi.⁸²

Danıştay'ın gerçek bir yargı yeri durumuna gelmesi ancak 24 Mayıs 1872 tarihli yasa ile olmuştur.⁸³ Bu tarihten sonra, Danıştay, “Fransız Ulusu Adına” hüküm veren ve tam anlamıyla bağımsız bir yüksek mahkeme olmuş ve hep böyle kalmıştır.⁸⁴

Yukarıda da değinildiği üzere, Kurucular Eski Rejime ait tüm yargısal kurumları kaldırmışlardı. Yargının idareye karışmasını yasaklayan yasadan yaklaşık on yıl sonra 18 Şubat 1800 tarihli yasa ile, yönetimden sorumlu vali ile yargıdan sorumlu vilayet meclisi getirilmiştir. Bu yasa ile idari yargı sisteminin temeli kurulmuş oluyordu.⁸⁵ Vilayet meclisinin başkanı vali olup, valilik kaleminden geçmeyen başvurular incelenemiyordu. 21 Haziran 1865 sayılı yasa ile valinin başkanlığının yerine başkan yardımcılığı mevki oluşturulmuş, kalem teşkilatı kurulmuş, 22 Temmuz 1889 tarihinde yargılama usulüne ilişkin yasa çıkarılarak günümüzdeki idare mahkemeleri yasasının temeli atılmıştır.⁸⁶

Öte yandan, vilayet meclislerine yönelik üçüncü reform 10 Eylül 1926 tarihli kanun hükmünde kararname ile gerçekleşmiş, vali ve genel sekreterin yargılama faaliyetinde bulunmaları yönündeki uygulama kaldırılmış, yargılama işlevine ilişkin yenilikler getirilmiştir.⁸⁷

⁸⁰ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmel Yargı**, s. 6.

⁸¹ E. Ethem Atay, a.g.m.

⁸² Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 46.

⁸³ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmel Yargı**, s. 7.

⁸⁴ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I, Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970-1972, s. 82-92.; Hamza Eroğlu, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1985, s. 360-361.

⁸⁵ Onur Karahanoğulları, a.g.e., s. 18.

⁸⁶ Onur Karahanoğulları, a.g.e., s. 20-21.

⁸⁷ Onur Karahanoğulları, a.g.e., s. 21.

Vilayet meclisleri 1953 yılında da ilk derece idare mahkemelerine dönüşmüştür. 1987 yılında idari yargı alanında bir yenilik olmak üzere istinaf mahkemeleri kurulmuş, bu mahkemeler idari mahkemeler ile temyiz yeri olan Danıştay arasında yerini almıştır. Böylece, idari yargı, adli yargının dışında, ayrı bir yargı düzeni olarak ortaya çıkmış ve uzun bir gelişim süreci göstermiştir.⁸⁸

III. İDARİ YARGININ GEREKLİLİĞİ

İdare, Yürütme içindeki bütün kamu kurumlarının ve yerel yönetimlerin ortak adıdır.⁸⁹ İdare, devletin en eski organlarından biridir, anayasadan çok daha önce ortaya çıkmıştır. Her idari teşkilatın anayasadan bağımsız yapısal ve görevsel özellikleri vardır.⁹⁰ İdare, devletin en yaygın ve geniş organıdır. Bir çok idari işlem ve eylemi icra eder ve idare hukuku sürekli gelişen ve değişen bir yapıya sahiptir.

İdare hukuku, özel hukuk gibi, belli yasaları olan bir hukuk dalı değildir. İdare içinde yer alan kurumları sistemli bir biçimde düzenleyen yasaların çıkartılması şimdilik olanak dışı görünmektedir.⁹¹ İdare hukukunun bir metin hukuku olmaması nedeniyle ortaya çıkan metin boşluk ve eksiklikleri mahkeme içtihatları ile doldurulmaktadır.⁹² İdare hukuku özel hukuktan çok farklıdır. Bu nedenle, idarenin yargı denetimini adli yargının dar kalıplarında değerlendirmek yeterli bir yargı denetiminin olmasını engeller. İdari uyuşmazlıkları çözebilme, idareyi ve idarenin görev ve yetkilerini yakından tanımayı gerektirir. İdare hukukunda, idare bireylere karşı üstün tutulmuştur. İdare ile bireyler arasındaki

⁸⁸ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 7.

⁸⁹ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 13.

⁹⁰ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 75.

⁹¹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. I, s. 17.

⁹² Metin Günday, **a.g.e.**, s. 28.

uyuşmazlıkları özel hukuk kurallarına göre çözmeye çalışmak, idare hukukunun gelişmesini önler.⁹³

İdari uyuşmazlıkları çözmek için bu konuda uzmanlaşmış ayrı bir yargı kolunun olması şarttır. Yönetimin tek yanlı işlemlerini denetlemede adli yargı yetersiz kalmaktadır. Bu boşluğu, Anglo-Amerikan ülkelerinde yargısal görevleri olan yönetsel kuruluşlar doldurmaktadır. Yönetsel uyuşmazlıkları çözmek için adliye mahkemeleri yerine, yarı yargısal kuruluşlara başvurulması yolu açılmıştır.⁹⁴

İdari yargı, yürütmenin bir diğer parçası olan idareyi hukuka saygılı olmaya zorladığı yargısal bir organdır.⁹⁵

Yargı, kural olarak yasaların uygulanmasını sağlar. Oysa, idari yargının istisnailiği, sadece uygulayıcı, yürütücü bir organın değil, aynı zamanda “karar alan” ve “kural koyan” bir organın bu niteliğiyle denetlenmesinden yatmaktadır. İdari yargı, Anayasa ile yetkili kılınan bir organın, karar alma ve kural koyma yetkisinin kullanımının denetlenmesidir. Böylece, bu denetim, denetlenen alanın özelliği dolayısıyla, klasik adli yargı kararlarından ve bunların uygulanmasından farklılık arz eder.⁹⁶

Netice olarak, İdarenin bireyler karşısında tek yanlı iradesinin bulunduğu ve mutlak güçlü olduğu, idare hukukunun son derece dağınık ve yaygın bir hukuk dalı olduğu, bu hukuk dalına hakim olan “kamu hizmeti”, “hizmet gerekleri”, “kamu yararı” gibi ilkelerin zamana göre sürekli değişme ve gelişme gösterdiği, bu değişim ve gelişime ise ancak içtihatlar ile ayak uydurulabileceği dikkate alındığında, idarenin her türlü işlem ve eyleminin denetiminin bu alanda uzman bağımsız bir yargı kolunca yapılması elzemdir.

⁹³ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetsel Yargı**, s. 9.

⁹⁴ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetsel Yargı**, s. 9.

⁹⁵ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 3.

⁹⁶ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 16.

IV. İDARİ YARGININ TÜRKİYE'DEKİ GELİŞİMİ

A. TANZİMATTAN ÖNCE

Osmanlı İmparatorluğunun tanzimattan önceki idare hukuku, Alman müelliflerinin polis-devlet tabiriyle ifade ettikleri vaziyete çok benzer. İdarenin iç teşkilatını düzenleyen bir takım kuralları vardır. İdare vazifeleri yeniçeri, ilmiye sınıfı, tımar ve zeamet sınıfı arasında taksim edilmiştir. Bu vazifelerin icap ettirdiği yetkiler de yine bu sınıfların hak ve yetkileri cümlesindendir. Bir sınıftan diğerini geçmek imkanı olmadığı gibi hariçten de girmek çok ağır şartlara tabidir.⁹⁷

İdarenin iç teşkilatı böyle bir takım kurallarla tanzim edilmiş olmakla birlikte faaliyetlerinin ve halkla olan temasının tabi olduğu bir kural göremiyoruz. Hükümdar ve ondan kuvvet alan idare edenler halkın dünya ve ahirete ilişkin selametini temin ve tanzim edecek tedbirleri alırlar. Bu hususta büyük bir takdir hakkına maliktirler. Alınan tedbirlerden ve bunların uygulanmasından dolayı hükümdardan ve adamlarından şikayet edebilecek bir merci ve böyle bir şikayetin isnat ettirilebileceği bir hukuk maddesi mevcut değildir. Ancak Osmanlı hükümdarları kendilerini şeriat hükümleri ile bağlı görürlerdi.⁹⁸

Devlet vazifeleri, kamu hizmetlerinden ziyade harici siyasetin görülmesinden, askeri hususlardan, asayiş ve inzibatın imkan nispetinde temininden, tımar ve zeamet erbabından devletin beklediği karşılık da harplere asker hazırlamaktan ibaret idi. Bu devirde, halkın idareye iştiraki fikri hatıra bile gelmiyordu. İdare üzerinde yargı denetimi teessüs edemezdi. Çünkü bu denetimin tesisi için öncelikle idarenin bir hukuk kuralına bağlı olması icap ediyordu. Aynı zamanda ne kuvvetler ayrılığı ve ne de vazife ve organlar ayrılığı

⁹⁷ Sıddık Sami Onar, *Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları*, s. 6.

⁹⁸ Sıddık Sami Onar, *Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları*, s. 7.

prensipieri mevcut olmadığından idarenin karşısına çıkacak müstakil bir yargı organı yoktu.⁹⁹

Tanzimat ncesi dönemde, idari işlerle kazai işler teşkilat bakımından ayrılmış değildi, aynı kişi ya da kurullar hem idari hem de kazai görev ve yetkilerle donatılmışlardı. Kadıların yargısal görevleri yanında şimdiki vali ve belediye başkanlarının kullandığı yetkilere benzer bazı idari görevleri de vardı. Aynı şekilde Divanı Hümayun bir yürütme organı olmasına karşın yargılama faaliyetinde bulunuyordu.¹⁰⁰ Osmanlı Devletinde kadılık, biri kanun ile tespit edilmiş olan askeri sınıfların, diğeri, bunun dışındaki halkın ve köylülerin şer'i ve hukuki işlerine bakmak üzere iki kısımdı.¹⁰¹

Osmanlıda çok uzun süren çöküntünün durdurulabilmesi için hukuk kaidelerine ilişkin bir takım düzenlemeler Tanzimat'tan önce de, bilhassa II. Mahmut tarafından yapılmıştır.

Osmanlı imparatorluğunda idare edenlerin bir hukuk kaidesine bağlanması ve hükümdarın da hareketlerini bu kaideye uydurmak mecburiyetinin temini fikri ilk olarak II. Mahmut devrinde ortaya atılmıştır.¹⁰² Bu dönemdeki düzenlemelerle; eski hukuk sistemini ya da müesseselerini kaldırmak yerine yönetsel kurullar oluşturulup bu yönetsel kurullara yargısal görevler verilmişti.¹⁰³ Ancak bu, kamu hukuku tarihimizde fazla bir iz bırakmadan kaybolup gitmiştir.

⁹⁹ Sıddık Sami Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, s. 8.

¹⁰⁰ Mehmet Karaaslan, *Tanzimat ve şuray-ı Devlet*, AÜHFD, Yıl 2005, C.54, sayı 3, s. 343.

¹⁰¹ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, **Osmanlı Devletinin İlmıye Teşkilatı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1988, s. 151.

¹⁰² Sıddık Sami Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, s. 9.

¹⁰³ Mehmet Karaaslan, a.g.m., s. 343.

B. TANZİMAT DÖNEMİ VE ŞURAY-I DEVLET

Bu dönemde, idare hukukunun; İdari Yargı, İdari Denetim ve Taşra Örgütlerine ilişkin alanlarında yenilikler yapılmıştır.¹⁰⁴

1838 yılında II. Mahmut merkezi otoriteyi güçlendirmek amacı ile Meclis-i Valay-ı Ahkam-ı Adliye'yi (Adalet-Hukuk İşleri Yüksek Kurulu) kurmuştur. II. Mahmut döneminde kurulan bu meclis günümüz Danıştay ve Yargıtay'ının temelini oluşturur.¹⁰⁵ Böylelikle ilk kez bir Osmanlı padişahı yasama yetkisini bir kurula devretmiştir. Kanun taslaklarını hazırlamak gibi çok önemli bir görevi üstlenen kurul, memurları yargılayacak ve devletle kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözecektir. Üyeler; vezirler, ulema, devlet ricali ve gerekirse askeri kumandanlar arasından seçilecektir. 1854 yılına kadar bu kurul hem kanun taslaklarını hazırlamış hem de yargı fonksiyonunu yerine getirmiştir.¹⁰⁶ 1854 yılında Meclis-i Vala'nın görevi yalnızca adli-idari yargıyla sınırlanarak, kanun taslaklarını hazırlama görevi Meclis-i Al-i Tanzimat adıyla yeni oluşturulan kurula verilmiştir. Meclisi Valay-ı Ahkam-ı Adliye ise taşrada bulunan meclis-i kebir, meclis-i cinayet, meclis-i tahkikatlardan gelen kararları usul ve maddi yönden incelemeye devam ederek üst mahkeme konumunu sürdürmüştür. 1861 yılında bu iki kurul Meclis-i Ahkam-ı Adliye adı altında birleştirilerek üç daireye ayrılmıştır. Birinci daire, idari davalara bakacak, ikincisi kanun ve nizamnameleri hazırlayacak, üçüncüsü ise cinayet davalarını görecektir. 1868 yılında ise bu kurul yeniden düzenlenmiş ve Divan-ı Ahkam-ı Adliye ve Şuray-ı Devlet olmak üzere ikiye ayrılmıştır.¹⁰⁷

Şurayı Devlete ilişkin nizamnamede, Şurayı Devletin görev ve yetkileri şu şekilde sayılmıştır.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Mehmet Karaaslan, a.g.m., s. 345.

¹⁰⁵ Halil Cin, Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, Konya 2003, s. 168.

¹⁰⁶ Halil Cin, Gül Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 169.

¹⁰⁷ Halil Cin, Gül Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 169.

¹⁰⁸ Mehmet Karaaslan, a.g.m., s. 354-355.

Her çeşit kanun ve tüzük tasarılarını incelemek ve hazırlamak,
 Kanun ve tüzük ile kendisine verilen işleri tetkik ve karara bağlamak,
 Kanun ve tüzüklere ilişkin olarak devlet dairelerinden gelen evrak konusunda görüş bildirmek,
 Her türlü mesele hakkında istenildiğinde görüş bildirmek,
 İl idare kurullarının ıslahata dair verecekleri kararları mahallerinden gelen komisyonlarla birlikte müzakere ve karara bağlamak,
 Memurları yargılamak,
 Devletle fertler arasındaki davalara bakmak,
 İdare ile Adli merciler arasındaki merci ihtilaflarını tetkik ve çözümlmek.

Öte yandan, Şuray-ı Devlet Nizamnamesinin 4. maddesinde, Şuray-ı Devletin yürütme işlerine herhangi bir biçimde karışmaya hakkının olmadığı, fakat kanun ve nizamnamelerin tam olarak uygulanmasına nezaret etmeye ve kötü uygulanma durumunda gereken yerlere durumu bildirmeye yetkili olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁹ Bu düzenlemenin, Fransızların 16-24 Ağustos 1790 tarihli Yasasının 13. maddesinden esinlendiği düşünülebilir. Ancak Fransız Yasasının 13. madde hükmünün mahkemeleri hedef aldığı, Şuray-ı Devletin ise zaten bir yargı makamı olarak kurgulanmadığı unutulmamalıdır.¹¹⁰ Bununla birlikte, Şuray-ı Devletin ilk yıl ve devam eden yıllardaki faaliyet raporlarının incelenmesi neticesinde, Şuray-ı Devletin bir Tanzimat hükümeti gibi, bir Tanzimat meclisi gibi çalıştığı ve kendisini böyle gördüğü görülmektedir.¹¹¹

Kuruluşundan itibaren Şurayı Devlete kırkbir üye atandı. Şurayı Devlet, bakanlardan birinin başkanlığında bir genel sekreter, beş daire başkanı ve

¹⁰⁹ **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 2. Baskı, Danıştay Yayınları, Ankara 1986.

¹¹⁰ Onur Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 175-176.

¹¹¹ Onur Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 176.

üyelerden oluşuyordu. Şurayı Devlet başkanı, daire başkanları ve genel sekreter Padişahın bir hattı hümayunu ile atanıyordu. Her dairede beş ila on arasında üye bulunuyordu. Yine bunlara ilaveten beş yardımcı ve beşte raportör bulunuyordu. Her dairenin ayrı bir kalemi mevcuttu.¹¹² Beş daire içerisinde dava dairesi bulunmuyordu, daha sonra bu sayı üçe indirilmiştir.¹¹³ İdari davalar niteliğine göre bu dairelerden birinde görülürdü.

Şurayı Devlet ve idari kurulların kişilerle idare arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlayabilmesi için uygun bir ortam yoktu. Bilindiği gibi Şurayı Devlete idari yargı görevinin verildiği bu dönemde, Osmanlı Devleti henüz anayasalı bir monarşiye dönüşmemiş, idare diğer devlet organlarından ayrılmamıştı.¹¹⁴

C. MEŞRUTİYET DÖNEMİ

Meşrutiyetin ilanından önce Osmanlı imparatorluğunda bir yasama organı olmadığı için, Şurayı Devlete verilen görevlerin başında kanun ve nizamname layihalarının incelenmesi ve düzenlenmesi bulunduğu gibi, Devlet ile şahıslar arasındaki uyuşmazlıklardan doğan davalar da Şurayı Devletin görevleri arasında sayılmıştır.¹¹⁵

1876 Anayasası ile idari yargı sisteminden vazgeçilerek “eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mahakimi umumiyye.....” verilmiştir.¹¹⁶ Böylece Şurayı Devletin Muhakemat Dairesinin görevi memurun muhakematı ile sınırlandırılmış

¹¹² Mehmet Karaaslan, a.g.m., s. 354.

¹¹³ Halil Cin, Gül Akyılmaz, a.g.e., s. 171.

¹¹⁴ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 13.

¹¹⁵ Mehmet Karaaslan, a.g.m., s. 357.

¹¹⁶ A.Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 14.

ve birey ile idare arasındaki anlaşmazlıklar genel mahkemelerinin görev alanına terkedilmiştir.¹¹⁷

1909 yılına kadar Danıştay Başkanlığı, Heyeti Vükela'ya dahil ve bağımsız bir makam olduğu halde, 1909 yılı Muvazenei Umumiye Kanunu ile bu görev Adliye Nezareti'ne (Adalet Bakanlığı) verilmiştir.¹¹⁸ Ancak 1912 yılında çıkan bir irade ile; Adliye Nezaretinin işlerinin fazlalığı sebebi ile, Şurayı Devlete ait işlerin Adliye nezareti tarafından yapılmasına imkan olmadığı tecrübe ile görüldüğünden, Şurayı Devlet Başkanlığının Adliye Nezaretinden ayrılarak önceden olduğu gibi bağımsız olarak idare edilmesi ve Danıştay başkanının yeniden Heyeti Vükela da yer alması sistemi benimsenmiştir. 4 Şubat 1913 tarihinde çıkarılan ve Cumhuriyet döneminde de uygulanan (2 Aralık 1999 tarihli 4483 sayılı yasa çıkarılıncaya kadar) Memurin Muhakematı Hakkında Kanunla, memurların; memuriyet görevlerini ifa ederken işlemiş oldukları cürümlerden dolayı yargılama görevinin, Adliye Mahkemelerine verilmesi üzerine Şurayı Devletin bünyesinde olan Temyiz, İstinaf ve Bidayet Mahkemeleri ilga edilmiştir.¹¹⁹

D. CUMHURİYET DÖNEMİ

1. 1924 Anayasası

Cumhuriyet döneminde 1924 Anayasası ile Şurayı Devlet kabul edilmiş, 1925 yılında Şurayı Devlet Kanunu çıkarılmıştır. 1929 Vilayet İdaresi Kanunu,

¹¹⁷ Mehmet Karaaslan, a.g.m., s. 358.

¹¹⁸ A.Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 14.

¹¹⁹ Mehmet Karaaslan, a.g.m., s. 359.

idarenin denetlenmesinde merkezde kurulan sistemi taşraya taşımıştır.¹²⁰ 1924 Anayasasının 51. maddesinde, “ İdari dava ve ihtilafları rüyet ve hal, Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun layihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalaa, gerek kendi kanunu mahsus ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir Şurayı Devlet teşkil edecektir. Şurayı Devletin rüesa ve azası vazaifi mühimmede bulunmuş ilim, ihtisas ve tecrübeleri ile mütemeyyiz zevat meyanından Büyük Millet Meclisince intihab olunur.” hükmüne yer verilmiştir.

1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu, ilk kez Şurayı Devlet’i, üyelerinin seçimi ve görevleriyle düzenlemiş, Şurayı Devlet anayasal bir kurum niteliği kazanmıştır. İdari yargının tarihsel gelişimi bakımından önemli olan ikinci nokta, idari dava kavramının Türk hukuk sistemine ilk kez girmiş olmasıdır.¹²¹

2. 1961 Anayasası

1961 Anayasası’nın 140. maddesinin özgün halinde, “Danıştay, kanunların başka idarî yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesidir. Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve dâvaları görmek ve çözümlmek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir. Danıştay Başkan ve üyeleriyle Başkanunsözcüsü, kanunda gösterilen niteliklere sahip kimseler arasından, Anayasa Mahkemesinin asıl ve yedek üyelerinden meydana gelen kurulca gizli oyla ve üçte iki çoğunlukla seçilir. İlk iki oylamada çoğunluk sağlanamazsa, salt çoğunlukla yetinilir. Danıştay Başkan ve üyeleriyle Başkanunsözcüsünün seçimlerinde Bakanlar Kurulu ile Danıştay

¹²⁰ Onur Karahanoğulları, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 210.

¹²¹ Onur Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 234.

genel kurulunca ayrı ayrı boş yer sayısı kadar aday gösterilir. Danıştayın kuruluğu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının nitelikleriyle atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, haklarında disiplin kovuşturması yapılması ve disiplin cezası uygulanması, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. ” hükmü yer almıştır.

1961 Anayasası Danıştay hakimlerinin özlük işleri hakkında karar verme yetkisini Yüksek Hakimler Kuruluna vermemiş, bu konuda özel bir sistem getirmiştir.¹²²

140. maddeden de görüleceği üzere, Danıştay Başkan ve üyeleriyle Başsavcı seçimlerinde aday gösterme yetkisi Bakanlar Kurulu ile Danıştay Genel Kurulu arasında paylaştırılmıştır. Bununla birlikte, seçme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne tanınmak suretiyle, yürütme-yargı arasında yargı lehine üstünlük tanınmıştır. Mahkemelerin bağımsızlığının ifadesi sayılan bu değişiklik, Danıştay'ın, mahkeme ve danışma yeri olması işlevinin bağdaştırılması gereği, adayların, Hükümet ve yüksek mahkemenin kendisi tarafından gösterilmesi formülü ile çözümlenmiştir.¹²³

1961 Anayasası, Danıştay'ın, "diğer meslek mensupları" olan kanun sözcüleri, başyardımcılar ve yardımcılarının atanmasını da etkilemiş; İdari Yargı'nın daha önce üçlü kararname ile göreve gelen bu grup mensupları, 521 sayılı Kanunla, kendi kurumlarınca, yani Danıştay Yönetim ve Disiplin Kurulu'nun teklifi üzerine Birinci Başkan tarafından atanmaya başlanmıştır.¹²⁴

521 sayılı Danıştay Kanunu'na göre Danıştay Meslek Mensupları, birinci başkan, daire başkanları ve üyeler, başkanunsözcüsü ile kanunsözcüleri, başyardımcılar ve yardımcılardan oluşmaktadır. (m. 3) Adı geçen Kanunun 8.

¹²² Ergun Özbudun, a.g.e, s.362.

¹²³ Sait Güran, İdari Yargıda Yapılanma ve Yönetim Konuları, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargı Usulü**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:63, Sempozyum, Ankara 2001, s. 11.

¹²⁴ Sait Güran, a.g.m., s.11

maddesinde, Danıştay Birinci Başkanı, daire başkanları, üyeleri ve başkanunsözcüsünün yüksek öğrenimini bitirdikten sonra en az onbeş yıl Devlet memuriyetinde başarı ile çalışmış, dördüncü derece kadroda bu derece maaşı kazanılmış hak olarak almış, yüksek hakimliğin gerektirdiği ahlak ve seciyeye sahip kişiler arasından seçileceği belirtilerek, seçilecek kişilerin bulunması gereken görev ve hizmetler tek tek sayılmıştır. Buna göre, Danıştay başkanı, daire başkanları ve üyeleri ile başkanunsözcüsünün mutlaka hakim sınıfından olması şart değildir. 8. maddede sayılan kriterleri karşılamak kaydıyla, bakanlık, müsteşarlık, elçilik, hukuk, siyasal bilgiler, iktisat fakülteleri veya iktisadi ve ticari ilimler akademilerinde hukuk, iktisat, maliye veya amme idaresi kollarında profesörlük, tuğgeneral, tuğamiral veya daha yüksek rütbelerde generallik veya amirallik veya Askeri Yargıtay Başkanlığı veya Daire Başkanlığı veya üyeliği ile başsavcılık yahut bu görevlere seçilebilme niteliğini kazanmış olmak şartıyla askeri hakimlik, genel veya katma bütçeli dairelerde genel müdürlük veya en az bu sınıf ve derecedeki daire başkanlığı veya bu memuriyetlere eşit görevler, bakanlıkların başhukuk müşavirliği veya birinci hukuk müşavirliği veya Maliye Bakanlığında bu sınıf ve derecedeki hukuk müşavirliği, müşavir avukatlığı ve Merkez Muhakemat Müdürlüğü, vergi temyiz komisyonu başkanlığı, daire başkanlığı veya üyeliği, Yargıtay Başkanlığı, daire başkanlığı veya üyeliği veya Cumhuriyet Başsavcılığı yahut bu görevlere seçilebilme niteliğini kazanmış olmak şartıyla hakimlik, Danıştay Başyardımcılığı veya bu derecedeki kanunsözcülüğü görev ve hizmetinde bulunanlar Danıştay başkanı, daire başkanları ve üyeleri ile başkanunsözcüsü olabilirler. Öte yandan, on beş yıl fiilen avukatlık yapmış olanlar da, devlet memuriyetinde çalışmış olma koşulu aranmaksızın bu görevlere seçilebilirler.

Danıştay Birinci Başkanı ile daire başkanları, üyeler ve başkanunsözcüsünün, yüksek hakimlik vakar ve şerefi ile bağdaşmayan veya hizmetin aksamasını mucibolan hal ve hareketleri görülür veya öğrenilirse haklarında disiplin kovuşturması yapılır. (m. 131) Dosya Yüksek Disiplin

Kuruluna intikal ettirilerek Başkanlar Kurulu tarafından duruma göre karar verilir. (m. 132) Disiplin soruşturması sonucunda Yüksek Disiplin Kurulu tarafından verilecek kararlara karşı yargı yolu açıktır.

Danıştay'da bulunan bir diğer meslek mensubu da Danıştay yardımcılardır. Yardımcılar altı sınıfa ayrılır ve altıncı sınıf yardımcılar sınavla alınır. Aday olarak atanmaları veya görevden alınmaları Birinci Başkan tarafından yapılır. (m. 15) Haklarında tutulan sicille ilgili oluşturulan kurullarda yine Birinci Başkan her zaman bulunur. (m 123)

Danıştay yardımcıları, kendilerini havale edilen dosyaları inceleyip, ilgili kurula gerekli açıklamaları yaparak kendi düşünce ve kanaatlerini yazılı olarak bildirirler. Ayrıca kararın müsveddelerinin yazılması ve gerekli tutanakların düzenlenmesi de yardımcılardan görevleri arasındadır. (m. 112)

521 sayılı Kanun'un 121. maddesine göre, “ Kanunsözcüleri ile başyardımcı ve yardımcılardan yükselme süresi iki yıldır. Boşalan bir üst kadroya atanmaya aynı derecede yeterli olanlar birden fazla olduğu takdirde sırasıyla, kıdem, disiplin cezası almamış bulunmak, mesleki inceleme ve yayınlarda bulunmuş olmak, bir yabancı dilden Devlet dil imtihanını kazanmış olmak, takdirname almış bulunmak tercih sebepleri sayılır. Tercih sebepleri yoksa, yapılacak sınavda daha üstün başarı gösterenler yükseltilir. ”

Kanunsözcüleri ile başyardımcı ve yardımcılardan, görevlerinde başarı gösteremedikleri veya yükselmeye yeterli olmadıkları yolunda sicil alanlara ve yeterli oldukları halde diğerlerinin tercihi sebebiyle yükseltilmeyenlere, bulundukları görevde başarı gösteremedikleri yolunda üst üste üç sicil almış olmaları nedeniyle Yönetim ve Disiplin Kurulunun teklifi üzerine Birinci Başkan tarafından emeklilikleri istenenlere veya istifaya davet edilenlere, Dava Daireler Kurulu'nda dava açma hakkı tanınmıştır. (m. 125, 126 ve 127.)

Yapılanmanın yanında yönetim açısından da bakınca, Danıştay'ın ve sadece Danıştay'dan oluşan İdari Yargı'nın yönetiminin, her zaman, Danıştay

Başkanı ile kurulların tekelinde kaldığı, Yürütme-İdare'den herhangi bir katılıma yer verilmediği görülmektedir.¹²⁵ Öte yandan, Danıştay meslek mensupları hakkında verilen disiplin cezaları ile sicillerine ilişkin olarak verilen kararlara karşı yargı güvencesinin sağlandığı, ayrıca Kanunsözcüleri ile başyardımcı ve yardımcılarının yükselmelerinde somut kriterlerin ve sınav unsurunun dikkate alındığı, böylece hakimlerin bağımsızlığı ve teminatının oluşturulduğu anlaşılmaktadır.

3. 1982 Anayasası

1961 Anayasası'nın aksine 1982 Anayasasında idari yargı ile adli yargı hakimlerinin atanma, nakil ve özlük haklarına ilişkin düzenlemeler aynı Kurul kararıyla yapılmaktadır. 1982 Anayasasının 159. maddesinin ikinci fıkrasında, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun; 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 uzaklaştırma işlemlerini yapacağı, Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hakimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlayacağı hüküm altına alınmıştır.

1982 Anayasasına göre Danıştay ilk derece ve genel olarak üst derece temyiz mahkemesi konumundan çıkartılmış, genel olarak ilk derece davalara bakmakla idare mahkemeleri görevlendirilmiştir. 2576 sayılı Kanun ile de, bu Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere genel görevli olarak bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri kurulmuştur. (m. 1)

¹²⁵ Saif Güran, a.g.m. s.11.

Danıştay ise, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak tanımlanmıştır. Danıştay'ın kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağı, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulu'nca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevli olduğu belirtilmiştir. (m. 155)

İdari yargı hakimleri, mahkeme başkanları, Danıştay savcıları ile Danıştay üyelerinin $\frac{3}{4}$ 'ünün atanması Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılmaktadır.

Danıştay'ın yapısı, idari yargı mensuplarının seçimleri ve atanmaları dördüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA METİNLERİ AÇISINDAN YARGI BAĞIMSIZLIĞI

I. GENEL OLARAK

Bağımsızlık, iki organ arasındaki ilişkinin niteliğini açıklayan bir kavram olup, bundan bir organın fonksiyonel açıdan diğer organ ve organ guruplarının etki ve müdahalesi olmaksızın faaliyet gösterebilmesi imkânı anlaşılır.¹²⁶

Hakimlerin bağımsızlığı, kararlarını verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir.¹²⁷ Hakimlere baskı yapılması kadar, yapılabilmesi ihtimali de hâkimlerin bağımsızlığını zedeler.¹²⁸ Benimsenen hükümet sistemi ne olursa olsun, bütün uygar ve demokratik ülkelerde yargı organının siyasal organlar olarak nitelendirebileceğimiz yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiştir.¹²⁹

Anayasa Mahkemesinin 27.4.1993 gün ve E:1992/37, K:1993/18 sayılı kararında, “Yargı bağımsızlığından yargının yalnızca yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı anlaşılır. Bu bağımsızlığın yürütme organı yanında yasama organı ile devlet ve toplumda etkili olan sosyal-ekonomik baskı gurupları karşısında da gerçekleştirilmesi gerekir. Yasamaya yürütmeye ya da öteki güçlerin denetimine bağlı ve etkisine açık olan, "yargı" bağımsız olamaz.”¹³⁰ denilmek suretiyle yargının tüm devlet kurumları ve toplum karşısında her türlü etki ve denetimden uzak tutulmak suretiyle yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yine aynı kararda bağımsız yargının,

¹²⁶ Şeref, Ünal, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür Sanat Yayınları, Ankara 1984, s. 6.

¹²⁷ Nurullah Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 1986, s. 317.

¹²⁸ Nurullah Kunter, **a.g.e.**, s. 317.

¹²⁹ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 366.

¹³⁰ www.anayasa.gov.tr, 4.6.2008.

insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesi olduğu, hukuk devletinin özünü yargının bağımsızlığında bulduğu belirtilmiştir.

1982 Anayasasının “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlığı altında düzenlenen 138. maddesinde, hakimlerin, görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu; bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü yer almıştır.

Anayasasının yukarıda yer alan 138. maddesinin başlığı “Mahkemelerin Bağımsızlığı” olarak belirtilmiş olmakla birlikte, maddenin içeriğinde yargıç ve yargı bağımsızlığının temel ilkelerinin gösterildiği açıkça anlaşılmaktadır.¹³¹ Mahkemelerde her zaman tek yargıç bulunmaması nedeniyle, mahkeme kurulunda yer alan tüm yargıçların bağımsızlığını anlatmak üzere, Anayasada "mahkemelerin bağımsızlığı" kavramına da yer verildiği öğretide ileri sürülmüştür.¹³²

Yargılama makamı olarak yargının/mahkemelerin, hukuka bağlı olarak karar verebilmeleri, yargı erkinin temsilcileri durumundaki yargıçların bağımsızlıklarının sağlanmasına bağlıdır.¹³³

Mahkemelerin başka amaçlar güden hiçbir yabancı müdahale olmaksızın, hukuka bağlı bir şekilde karar verebilmeleri anlamına gelen objektif anlamdaki

¹³¹ Ali Rıza Çınar, “ Erkler İlkesi Ayrılığı Açısından Yargı Bağımsızlığı ile Yargıçlık ve Savcılık Güvencesi ”, **Suç ve Ceza**, Beta Yayınları, İstanbul 2008, Sayı 1, s. 8.

¹³² Nur Centel, “ Yargı Bağımsızlığı ” Türkiye Barolar Birliğinin Anayasa ve Uyum Yasaları adlı kitabı, 13-14 Aralık 2002, s. 105.

¹³³ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 16-17

bu bağımsızlık, hakimlere sağlanan bir ayrıcalık olmayıp, kendilerinin görevlerini gereği gibi ve amaca uygun bir şekilde yapabilmeleri için tanınmıştır.¹³⁴ Çünkü yargı görevinin her türlü müdahale dışında bağımsız hâkimlerce yerine getirilmesi, hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi olarak kişi hak ve hürriyetlerinin bir teminatıdır.

II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Yargılama makamı olarak yargının/mahkemelerin, hukuka bağlı olarak karar verebilmeleri, yargı erkinin temsilcileri durumundaki yargıçların bağımsızlıklarının sağlanmasına bağlıdır.¹³⁵

Yargı bağımsızlığı için, yargıcın bağımsız ve adil olması yetmez. Yargıcın bağımsız ve adil olduğundan kuşku (şüphe) dahi duyulmamalıdır.¹³⁶ Yargıç bağımsızlığını korumak için Anayasanın 139. maddesinde yargıç güvencesi kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1990 gün ve E: 1990/13, K: 1990/30 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 139 uncu ve 140 ıncı maddelerinde yargıçların ve savcılarının özlük işleri hakkında yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve böylece yasama organının bunlara aykırı düzenlemeler yapması önlenmiştir. Bu hükümlerden, Anayasanın yargıçları maddî ve manevî kuşkulardan her türlü etkiden uzak tutularak; görevlerini Anayasaya, kanunlara ve hukuka uygun olarak vicdanî kanılarına göre yapmalarını sağlamak amacını güttüğü anlaşılmaktadır.¹³⁷ Yargıcı, güvenceye sahip olmayan, dolayısıyla bağımsız olmayan mahkeme bağımsız sayılamaz.

¹³⁴ Şeref Ünal, **a.g.e.** s. 7.

¹³⁵ Şeref Ünal, **a.g.e.** s.16-17

¹³⁶ Nurullah Kunter,/Feridun Yenisey,/Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, No:20.3, İstanbul, Kasım 2006, s.299.

¹³⁷ **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, cilt I, sayı 27, s.19-22.

Hakimlerin bağımsızlığı ilkesi, sadece asaleten görev yapmakta olan hakimler için söz konusu olmayıp, aynı zamanda hakim adaylarını da kapsamaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararında, yargıcın adalet dağıtma görevinin noksansız yerine getirilebilmesi için adaylık dönemi dahil mesleğinin her aşamasında güven duyacağı bir ortam içinde bulunmasının zorunlu olduğu vurgulanarak, adayların eğitim sonunda sözlü sınavda başarılı olmaları halinde mesleğe atanabileceklerine ilişkin 3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesi Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Söz konusu kararın gerekçesinde, nesnelliği hususunda güven verebilecek ve adayların yalnız biçimsel değil fiilen de yargısal haklarını kullanmalarına olanak sağlayacak bir yöntem yerine öznel değerlendirmelere açık sözlü sınavın tek başına sonucu etkilemesine izin vermenin, Anayasanın yargıç ve savcılara adaylık döneminden itibaren tanıdığı güvence ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir.

Mahkeme ve hakimlere emir ve talimat verilemeyeceği, genelge gönderilemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunulamayacağı kuralı maddi anlamda yargı yetkisinin kullanılması ile sınırlıdır.¹³⁸ Dolayısıyla, mahkemelerin doğrudan doğruya hukuki uyuşmazlıkları çözme faaliyetleri dışındaki personelin yönetimi ve yazı işlerinin yürütülmesi gibi idari işlem ve faaliyetlerinde, bu yasaklar ya da sınırlamalar doğal olarak geçerli değildir.¹³⁹ Nitekim, Anayasa Mahkemesinin kararlarında da, organik anlamda yargısal işlem görüşünün benimsendiği¹⁴⁰ görülmektedir. Adı geçen mahkemenin bir kararına göre, "hâkimler ve mahkemeler, kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için de işlem yaparlar. Ancak bu işlemlerde, hâkim sıfatıyla değil, idari bir makam olarak hareket ederler. Bunlar, Adalet Bakanlığı adına yapılır ve bu işlemlerin hâkimlik sıfatıyla hiçbir ilgisi yoktur. Nitekim, bu ve benzeri işlemler, Devletin diğer teşkilatında hâkim sıfatını taşımayan idarî makamlar tarafından yapılır. Anayasa

¹³⁸ Şeref Gözübüyük, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul 2006, s.435.

¹³⁹ Ergun Özbudun, **a.g.e.** s, 370.

¹⁴⁰ Ergun Özbudun, **a.g.e.** s, 370.

Komisyonu raporunun 132. maddesine ilişkin gerekçesinde mahkemelerin idarî işlemleri de söz konusu edilmiş ve hâkimlere ve mahkemelere müdahale edilmemesi ilkesinin, yargı yetkisinin kullanılması halinde göz önünde tutulmak gerektiği ve mahkemelerin idarî işlerinin düzenlenmesinde Adalet Bakanlığının genelge gönderme ve tedbir alma yetkisinin mevcut olduğu açıklanmıştır. ”¹⁴¹

2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleri’nde hakimin, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhafaza etmeleri gerektiği, hakimin genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsız olduğu belirtilmiştir.¹⁴² Öte yandan, Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı’nda, hakimlerin bağımsızlığını korumak, geliştirmek ve saygı göstermek için alınması gereken tedbirler arasında, hakimlerin kararlarının kanunen temyiz usulü dışında bir gözden geçirmeye konu olmaması, mahkemelerin yetkisi konusunda, kanundaki tanımlamaya dayanarak sadece mahkemelerin karar vermesi, başka hiçbir organın bu konuda yetkili olmaması hususları sayılmıştır.¹⁴³

¹⁴¹ 13.5.1964 gün ve E: 1963/99, K: 1964/38 sayılı AYM kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, sayı 2, s. 117-118.

¹⁴² Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslar arası Belgeler, Adalet Bakanlığı, Eylül 2004, s. 1.

¹⁴³ Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslar arası Belgeler, Adalet Bakanlığı, Eylül 2004, s. 15.

III. YARGI BAĞIMSIZLIĞININ KORUNMASI

Yargı bağımsızlığının sağlanması açısından, bu hususun Anayasa metinlerinde açıkça yazılmış olması yeterli değildir. Aynı zamanda uygulama aşamasında devlet organları, basın ya da şahıslar tarafından gelebilecek ve yargı bağımsızlığını ihlal edebilecek nitelikteki davranışlara karşı da Anayasada açık düzenlemelerin yer alması, ayrıca yasaların Anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir yargı mekanizmasının da bulunması gerekmektedir.

Anayasaya göre yargılama yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Anayasa’da adaletin Devlet adına değil de, Millet adına kullanılmasının belirtilmesinden, devletin de haksızlık edebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.¹⁴⁴ Nurullah Kunter’e göre ise, “Bağımsızlığın korunması, hakim dıfında ona etki edebilecek bir kuvveti gerektirir. Hakimin devlete karşı bağımsızlığı söz konusu değildir. Bağımsızlığı zedeleyebilecekler, devletin şu veya bu organlarıdır, fakat devlet değildir.”¹⁴⁵

En geniş anlamıyla devlet, belirli bir toprak parçası üzerine yerleşmiş insanların toplu halde yaşamalarını sağlayan üstün otoriteye sahip siyasal bir düzendir.¹⁴⁶ Ancak, devlet kavramı soyut bir kavram olduğu için yargı bağımsızlığı açısından böyle bir tartışmanın yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü, devleti devlet yapan, görünmeyen yanı, çekirdeğidir. Görülen devlet ise, işin hizmet yanısıdır.¹⁴⁷ Dolayısıyla, organları ile bir bütün olan devletin organları tarafından gelebilecek her hangi bir baskının devletten geldiğinin kabulü gerekmektedir. Bu nedenle, yargının bağımsızlığı, devletin tüm organlarına ve çevreye karşı korunmalıdır.

¹⁴⁴ Faruk Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, Ankara 1968, s. 30-31.

¹⁴⁵ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 62’den naklen.

¹⁴⁶ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara Ekim 2006, s. 5.

¹⁴⁷ Mehmet Ali Kılıçbay, “Devletin Yeniden Yapılanması” *Doğu Batı Dergisi*, Ocak 1997, sayı 1, s. 18.

IV. TÜRK ANAYASALARINDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Hakimlerin bağımsızlığının sadece yasalarla sağlanamayacağı, hakim bağımsızlığının onun vicdanında olduğu hususu doğru olmakla birlikte eksiktir. Hakimin vicdanının çeşitli etkiler altında kalmamasını sağlayacak güvencelerin de yasa yoluyla sağlanması gereklidir.¹⁴⁸

Osmanlı Devletinde kaza hakkı padişaha aittir. Padişah bu yetkisini kendisine vekaleten tayin ettiği kadılar aracılığıyla kullanıyordu. Kadılar, gerek devletle fertler arasında gerekse fertler arasındaki uyuşmazlıkları İslam hukuku kurallarına göre çözümlüyorlardı.¹⁴⁹ Osmanlı Devleti zamanında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir heyet tarafından İslam Hukukuna bağlı kalınarak hazırlanan, asıl ismi Mecelle-i Ahkam-ı Adliye olan ve 1926 yılına kadar yürürlükte kalan Mecelle'nin 1792-1799 maddeleri arasında hakimlerin nitelikleri, tutum ve davranışları ve özellikle tarafsızlıkları konusunda veciz ifadeler yer verilmiştir.¹⁵⁰ Ancak 1876 Anayasasından önceki bu düzenlemede hakimlerin bağımsızlıklarını teminat altına alan herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

A. 1876 ANAYASASI

1876 Anayasası yargıyı bir «kuvvet» olarak nitelendirmemiş, yargı organına ilişkin bölümün başlığı olarak «mehakim» (mahkemeler) deyimini kullanmıştır. Zaten monarşik bir sistemde egemenlik hükümdara ait sayıldığından, yargının da bir kuvvet olarak nitelendirilmesi söz konusu olamazdı. Bununla birlikte bu Anayasa, yargının bağımsızlığına ilişkin bazı

¹⁴⁸ Eralp Özgen, *Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi*, Eskişehir 1988, s. 132.

¹⁴⁹ M. Reşit Belgesay, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku*, C. I, İÜHF Yayınları, İstanbul 1936, s. 49.

¹⁵⁰ A. Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle*, İstanbul 1990, s. 407-408.

ilkelere yer vermiştir.¹⁵¹ Mesela, 86. maddesinde, mahkemelerin her türlü müdahelâttan azade oldukları, 88. maddesinde, her ne nam ile olur ise bazı mevaddı mahsusayı rü'yet ve hükmetmek için mehakimi muayyene haricinde fevkalâde bir mahkeme veyahut hüküm vermek selâhiyetini haiz komisyon teşkilinin katiyen caiz olmadığı hüküm altına alınmıştır. Nihayet 1876 Anayasası, hâkimlerin azlolunamaması esasını da kabul etmiştir. Buna göre, “kanunu mahsusuna tevfikân tarafı devletten nasbolunan ve yedlerine beratı şerif verilen hâkimler lâyetelazildir. Fakat istifaları kabul olunur. Hâkimlerin terakkiyatı ve meslekleri ve tebdili memuriyetleri ve tekaüdları ve bir cürüm ile mahkûmiyet üzerine azil olunmaları dahi kanunu mahsusı hükmüne tâbidir ve hâkimlerin ve mehakim memurlarının matlup olan evsafını işbu kanun irae eder.”

Bununla birlikte, devlet yönetiminde ağırlığın padişaha ait olduğu¹⁵² bu dönemde, yargı bağımsızlığının pratik anlamda gerçekleştiğini söylemek son derece güçtür.

İdari yargı açısından bu dönemi irdeleyecek olursak, Meclis-i Ali Tanzimat ve Meclis-i Valayı Ahkamı Adliye şeklindeki ikili meclis sisteminden vazgeçilerek 1861 yılında Meclis-i Ahkam-ı Adliye adıyla iki meclisin birleştirildiğini görmekteyiz.¹⁵³ Daha sonra ise, Fransa örnek alınarak düzenlenen Vilayat Nizamnamesi ile, vilayetlerde adliye-idare ayrımı ilkesi getirilmiş, bunun sonucunda, merkezde yargı birliği olanaksız hale gelerek 1868 yılında Şuray-ı Devlet kurulmuştur.¹⁵⁴ Şuray-ı Devletin başlıca görevleri, hükümete kanunlar ve tasarıları hakkında danışmanlık yapmak, memurların yargılanması ile ilgili adli ve idari mahkemeler arasındaki yetki anlaşmazlıklarına çözüm getirmektir.¹⁵⁵

Şurayı Devlet danışma organı olduğu için, üyelerinin bağımsızlığı ile ilgili olarak Anayasada her hangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

¹⁵¹ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 367.

¹⁵² Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁵³ Onur Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 127-129.

¹⁵⁴ Onur Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 130.

¹⁵⁵ Ferman Demirkol, **Bağımsız Yargının Fonksiyonları**, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., s. 47.

B. 1921 VE 1924 ANAYASASI

1921 Anayasasında yargıya ait her hangi bir düzenleme yoktu.

1924 Anayasasında yargı bağımsızlığı ilke olarak benimsenmiştir. Nitekim 54. maddesinde, yargıçların, bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsız oldukları ve bu işlerine hiçbir türlü karıştılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Yasama ve yürütme organın yargı kuvvetine müdahalesini önlemek için de, mahkemelerin kararlarını Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Bakanlar Kurulunun hiçbir türlü değiştiremeyecekleri, başkalayamayacakları, geciktiremeyecekleri ve hükümlerinin yerine getirilmesine engel olamayacakları hükmüne yer verilmiştir.

TBMM ve Bakanlar Kurulu'nun mahkeme kararları üzerinde etkilerinin olabileceği düşüncesiyle sadece adı geçen bu kurumlara ilişkin hüküm kurulduğu kanaatindeyiz. Zira idarenin tüm organlarının idari yargı kararlarının uygulanmasını geciktirebilecekleri ve uygulamada da bu hususun doğrulandığı dikkate alınırsa, 1924 Anayasasının 54. maddesinin eksik bir şekilde düzenlendiği göze çarpmaktadır.

1924 Anayasasında yasama ve yürütme ile ilgili olarak “görev” terimi kullanılmasına rağmen, yargı ile ilgili olarak “kuvvet” ifadesinin kullanılmasının nedeni hakkında bir takım tartışmalar olmuştur. Çünkü, kuvvetler ayrılığı sistemlerinde bile ayrı bir kuvvet teşkil edip etmediği tartışmalı olan yargı fonksiyonunu bir «kuvvet» olarak vasıflandırmış olmasını açıklamak zordur. Münici Kapani, ya alışlagelmiş olan «kuvvet» deyiminin, 1924 Anayasasının mahiyetine uygunluğu üzerinde fazla düşünülmeksizin kullanılmış olabileceği; veya Anayasa koyucunun, yargı fonksiyonunun önemini ve yargı organının bağımsızlığını vurgulamak amacıyla bu deyimini bilinçli olarak kullanmış olabileceğini ifade etmektedir.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Münici Kapani, *İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1956, s.14-23.

Öte yandan, 1924 Anayasası döneminde sözü geçen ilkenin gereklerinin yerine getirilmiş olduğu söylenemez. Anayasanın 55. maddesi «yargıçlar kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamaz» demek suretiyle, yargı bağımsızlığının temel unsurunu oluşturan hâkimlerin azlolanmazlığı ilkesine kanunla istisnalar getirilebilmesini kabul etmiş ve bu istisnaların kapsamının belirlenmesini de tamamen yasama organının takdirine bırakmıştır.¹⁵⁷ Yine 56. maddeye göre, «yargıçların nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacakları özel kanunla gösterilir.» Böylece, hâkimlerin teminatı ile ilgili çok önemli diğer birtakım hususlar kanun koyucunun takdirine bırakılmış olmaktadır. Uygulamada da hâkimlerin tayin, terfi, nakil ve disiplin işlerinde yürütme organının yetkili kılınmış olması ve hâkimlerin yaş haddi nazara alınmaksızın «görülen lüzum üzerine» resen emekliye sevk edilebilmeleri, yargı organını büyük ölçüde yürütme organına bağımlı kılmıştır.¹⁵⁸

Şuray-ı Devlet (Danıştay), 1924 Anayasası'nda “Yürütme Bölümü” içerisinde yer alan 51. maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin 10.1.1945 tarihli sadeleştirilmiş şeklinde, “İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, hükümetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşüncesini bildirmek, gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay kurulur. Danıştay başkanları ve üyeleri, daha önce önemli görevlerde bulunmuş, uzmanlıkları, bilgileri ve görgüleriyle belirgin kimseler arasından Büyük Millet Meclisince seçilir.” hükmüne yer verilmiştir.

1924 Anayasasına göre ilk seçim 23 Haziran 1927 günü, Başbakanlıkça gösterilen adaylar arasından TBMM tarafından seçilmek suretiyle gerçekleştirilmiştir.¹⁵⁹ Danıştay'ın “yürütme görevi ” içerisinde yer aldığı görülmekle birlikte, hakim statüsünde olması nedeniyle Danıştay'a seçilen

¹⁵⁷ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 368

¹⁵⁸ Ergun Özbudun, **a.g.e.** s.368

¹⁵⁹ Saif Güran, **a.g.m.**, s. 11.

kişiler, bu Anayasanın dördüncü bölümünde düzenlenen “kaza kuvveti”ne ilişkin hükümler kapsamında yer almıştır.

Bununla birlikte, Danıştay’ın tüm üyelerinin yasama organı tarafından seçilmesi yargı tarafsızlığını, Danıştay üyeleri dahil tüm hakimlerin «görülen lüzum üzerine» resen emekliye sevk edilebilmeleri ise yargı bağımsızlığını önemli ölçüde tehdit eden unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. 1961 ANAYASASI

1924 Anayasasının uygulanmasında oluşan ve yukarıda belirtilen bir takım sakıncalar nedeniyle, 1961 Anayasasında yargı bağımsızlığının her yönüyle gerçekleştirilmesi konusuna büyük önem verilmiştir. Yargı fonksiyonu yasama fonksiyonu ile eşdeğerde tutulmuş, yürütmenin bir “görev” olarak nitelendirilmesine karşılık, yasama ve yargı birer “yetki” olarak vasıflandırılmışlardır.¹⁶⁰ (m. 5, 6, 7)

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu’nun gerekçesine göre, “hukuk devletin temel unsuru bütün Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak olan makamlar yargı organlarıdır. Tasarı bütün devlet faaliyetlerini kaideler hiyerarşisi içinde kazaî murakabeye tabi tutmuş bulunmaktadır. Kazai denetimi yapacak organların bağımsızlığı bu denetimin ciddiyet ve müessiriyetinin şartıdır. Bu bakımdan, hakimler ve mahkemeler üzerinde her türlü tesirleri bertaraf edici hükümler tasarıya konulmuş, mahkemeler yürütme ve yasama organı karşısında tamamıyla bağımsız hale getirilmiş, hakimlerin her türlü hakları teminat altına alınmış ve bu maksatla Yüksek Hakimler Şurası kurulmuştur.” Aynı gerekçeye göre, “ yargı yetkisi tamamıyla bağımsız bulunması ve faaliyetinde ne yasama ne de yürütmeden emir ve talimat almaması, kararlarına bu organların uymasının

¹⁶⁰ Ergun Özbudun, **a.g.e.** s.368.

mecburi olması, yargının Türk Milleti adına genel ve ilkel bir yetki olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan yargı için de yetki deyimi kullanılmıştır.”¹⁶¹

Bu gerekçeden hareketle, 1961 Anayasası'nın 132. maddesinde, hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlarına göre hüküm verecekleri, hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve tâlimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği; tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclislerinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları; bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, “Hakimlik Teminatı” başlıklı 133. maddesinde de, hakimlerin Anayasada gösterilen (134. maddede belirtilen 65 yaşından) yaştan önce emekliye ayrılamayacakları belirtilmek suretiyle de, 1924 Anayasasının uygulanmasından kaynaklanan ve siyasal iktidarın yargı mensuplarını “görülen lüzum üzerine” emekli etmek suretiyle yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını ihlal eder nitelikteki uygulamalarına son verilmiştir.

¹⁶¹ Ergun Özbudun, **a.g.e.** s.368.

D. 1982 ANAYASASI

Hakimler hem yasama, hem yürütme ve yargı, hem de çevreye karşı bağımsız olmalıdır. Bu bakımdan 1982 Anayasasında bu konuda yer alan maddeleri dört başlık altında inceleyebiliriz.

1. Yargı Bağımsızlığının Yasamaya Karşı Korunması

Bir hakimın kararlarını verirken hür olabilmesi için yasama organına karşı bağımsız olması gerekir.¹⁶² Devlet, yasama görevini anayasal esaslara göre millet adına, egemenlik hakkını kullanan yasama organı eliyle, yargı görevini de bağımsız yargı organı mahkemeler eliyle yerine getirir.¹⁶³ Yasama organı karşısında yargı bağımsızlığının korunması, kanunlarla ve yasama faaliyeti ile yargıya emir verilememesi, fonksiyonlarını görmekte bağlayıcı ve hürriyetini kısıtlayıcı, etkileyici sonuçlara varılamaması ile mümkündür.¹⁶⁴ Yasama organının hakimlerin kararlarına hiçbir surette müdahale etmemesi, bu kararları değiştirememesi, bozamaması ve hükümlerinin infazına mani olamaması lazımdır.¹⁶⁵

Anayasanın 138. maddesinde, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı belirtilmek suretiyle yargının yasama organı karşısında bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmıştır. Aynı maddede yer alan, “ Yasama ve

¹⁶² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 848.

¹⁶³ Ahmet Coşar, “Yargı ve Yargıç” Cumhuriyet, 07.09.1981.

¹⁶⁴ Çetin Özek, *Yargının İdari Denetimi*, İHFM, (Atatürk’e armağan) C.XLVXLVII, s.1-4.

¹⁶⁵ Münci Kapani, *a.g.e.*, s. 4.

yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. ” hükmü ise, yasama organının yargı kararlarının uygulanmasını engellemeye yönelik faaliyetlerinin bertaraf edilmesi amacıyla getirilen bir düzenlemedir. Fakat, bu prensibin ceza hukukunda bazı istisnaları vardır. TBMM'nin genel ve özel af ilanına karar vermesi (Anayasa m. 87), Cumhurbaşkanının sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmesi veya kaldırması (Anayasa m. 104) bu istisnalar içerisindedir. Ancak bu istisnalardan bilhassa genel ve özel af yetkisinin çok dikkatli ve gerçek bir zaruretin olması halinde kullanılması gerekmektedir. Aksi halde, bu durum cezanın genel önleyici özelliğini azaltacağı gibi, halkın ceza mahkemeleri kararlarının kesinliğine olan inancını zayıflatır ki, bu da hakimlerin bağımsızlığını zedeler.¹⁶⁶

Diğer taraftan tek parti iktidarlarının olduğu dönemlerde, Danıştay ve idare mahkemeleri kararlarının iptal etmiş olduğu düzenlemelerin, yasama organı tarafından sonradan çıkartılan ve geçmişe yönelik hüküm ifade eden kanuni düzenlemelerle bertaraf edildiği, yargı kararlarının etkisizleştirmeye çalışıldığı görülmektedir ki, bu husus da yargının bağımsızlığı ilkesine son derece ters düşen bir yaklaşımdır.

Anayasadaki düzenlemelerin dışında diğer konuların kanun tarafından düzenleneceği öngörülmüştür. Ancak, yasama organının, yargıya ait kanuni düzenleme yaparken, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarını dikkate alması (Anayasa m.140/3) gerekecektir.

Bir kuvvetin eylem ve işlemleri Anayasa ile kendisine çizilen alan dışına taşıdığına bunun, diğer bir kuvvet tarafından durdurulması gerekmektedir.¹⁶⁷

Daha önce de belirttiğimiz üzere, 1924 Anayasasında yargı bağımsızlığının ilke olarak benimsenmesine ve Anayasanın 54. maddesinde,

¹⁶⁶ Baki Kuru, **Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı**, Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s. 12.

¹⁶⁷ Turhan Feyzioğlu, **Kanunların Anayasa Uygunluğunun Kazai Murakebesi**, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1951, s. 27.

yargıçların, bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsız oldukları ve bu işlerine hiçbir türlü karışılmayacağı açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen, kanunların yargısal denetiminin söz konusu olmaması nedeniyle hakim bağımsızlığı ve teminatının sağlanamadığı görülmektedir.

Yasama organlarının yargı denetimine tabi olması yargı bağımsızlığının yasama organı karşısında korunmasını sağlar.¹⁶⁸

Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemesi amacıyla 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi kurulmuş, bir takım değişiklikler olmakla birlikte 1982 Anayasası ile de bu sistem korunmuştur. Böylece, yasama tasarrufları yargı denetimine tabi tutulmak suretiyle yargı bağımsızlığının yasama organına karşı korunması sağlanmıştır.

2. Yargı Bağımsızlığının Yürütmeye Karşı Korunması

Yargı bağımsızlığına karşı en büyük tehlike, devamlı surette yürütme organından gelmiştir.¹⁶⁹ Yargının, yürütme karşısındaki bağımsızlığından kastedilen, yargı ve yürütme arasında hiçbir irtibat ve ilişkinin olmayacağı değildir.¹⁷⁰ Devlet organlarının birbiriyle uyumlu ve ahenkli bir şekilde kamu hizmetini yürütebilmesi için karşılıklı bir takım yazışmalarda bulunulması veya görüşülmesi normal karşılanabilir. Ancak bu hususun hiçbir surette resmi ilişkilerden öte geçmemesi gerekmektedir. Özellikle idari yargıda, taraflardan birisi vatandaş diğeri ise devletin her hangi bir kurumudur. Bu nedenle, idari yargı hakimlerinin, davalı sıfatıyla her zaman önüne gelmesi neredeyse kesin olan devlet kurumlarının görevlileriyle zorunlu resmi yazışmalar dışında irtibata

¹⁶⁸ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 66.

¹⁶⁹ Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁷⁰ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s.68.

geçmemesi gereklidir. Aksi yönde bir davranış, kamu gücüne dayalı olarak ve tek yanlı üstün iradesiyle hareket eden devletin kurumları karşısında güçsüz olan vatandaşın idari yargıya olan güveninin sarsılmasına, dolayısıyla yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına şüphe ile yaklaşılmasına sebebiyet verir ki, bu durum Türk Milleti adına karar veren bağımsız mahkemelerin kuruluş amacına aykırıdır.

Anayasanın 138. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Bu hükümle yürütme ve idare organlarına karşı hâkime yargı görevinde geniş bir hareket serbestisi sağlanarak, kararını verirken herhangi bir şekilde engellenmesi veya etki altına alınması önlenmek istenmiştir.¹⁷¹

Diğer taraftan, Türk Ceza Kanununun 277. maddesinde, “Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.” hükmü yer almış olup, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesine aykırı hareket edenlerin cezalandırılması sağlanmıştır.

Anayasanın 138. maddesinin ikinci fıkrasında da açıkça belirtildiği üzere, hakimlere emir ve talimat verilemeyeceği, genelge gönderilemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunulamayacağı hakkındaki yasak, “maddi anlamda yargı yetkisi”nin¹⁷² kullanılması ile sınırlıdır.¹⁷³ Dolayısıyla, mahkemelerin doğrudan doğruya hukuki uyuşmazlıkları çözme faaliyetleri dışındaki personelin yönetimi ve yazı işlerinin yürütülmesi gibi idari işlem ve faaliyetlerinde, bu yasaklar ya da

¹⁷¹ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s.13.

¹⁷² Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 370.

¹⁷³ Kemal Gözler, **a.g.e.**, s. 848.

sınırlamalar doğal olarak geçerli değildir.¹⁷⁴ Bu nedenle, hâkimlerin, mahkemelerin yazı işlerinin yürütülmesine, personelinin yönetimine ilişkin olarak yaptığı işlemler, maddî kritere göre yargı fonksiyonuna dahil değildir; bunlar idarî nitelikte işlemlerdir. Diğer bir ifadeyle, bu tür işlemler, "yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin" işlemler değildir. O halde bu işlemleri dolayısıyla hâkimlere Adalet Bakanlığı tarafından emir ve talimat verilebilir, genelge gönderilebilir.¹⁷⁵ Bu husus, 1982 Anayasasının 140. maddesinin altıncı fıkrasında "hâkimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır" denerek de açıkça belirtilmiştir. Doktrinin¹⁷⁶ aksine, "Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin İşleyişi" konulu AB Komisyonunun 2004 yılı İstişari Ziyaret Raporu'nda, Türk yargısının idaresinin kabul edilemeyecek ölçüde Adalet Bakanlığı'nın siyasi iradesinin potansiyel etkisine maruz kaldığı, bu hükme ulaşılrken ise, Türk Anayasasının 140. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan ve yargının idari işlevlerini açıkça Adalet Bakanlığı'na veren hükmün dikkate alındığının belirtildiği¹⁷⁷ görülmektedir.

Kanaatimizce, yargının idari işlevleri ile yargılamaya ilişkin faaliyetleri arasında çok ince bir çizgi olması nedeniyle, yargının idare faaliyetlerine ilişkin olarak yürütme organının etkin olması yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını olumsuz yönde etkilemektedir. Bu nedenle, Danıştay ve idare mahkemeleri arasında halen mevcut olmayan "yönetsel bütünlüğün" sağlanarak "İdari Yargı Yüksek Hakimler Kurulu"nun¹⁷⁸ kurulmasının ardından, yargı personelinin yönetimi ve yazı işlerinin yürütülmesi gibi idari işlem ve faaliyetlerin de yargının hüküm ve tasarrufuna bırakılması daha uygun olacaktır.

Yürütme organı ve idare tarafından gelebilecek müdahale aktif olabileceği gibi, dava dolayısıyla gerekli olan bilgi ve belgelerin mahkemeye verilmemesi

¹⁷⁴ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 370.

¹⁷⁵ Baki Kuru, **a.g.e.**, s.8-9

¹⁷⁶ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 370; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 848; Şeref Gözübüyük, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 435.

¹⁷⁷ **Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi**, İstişari Ziyaret Raporu, Ankara Barosu Yayınları, 2004, s. 15.

¹⁷⁸ Sait Güran, **a.g.m.**, s. 13.

gibi pasif de olabilir.¹⁷⁹ Bu nedenle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinde, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, Mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri, bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesinin mecburi olduğu, ancak, istenen bilgi ve belgelerin Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakanın, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, Mahkemeler tarafından istenilen bilgi ve belgelerin verilmesi mecburidir. Bu bilgi ve belgelerin verilmemesinin sebebinin, Kanunda sayılan sebepler kapsamında olması ve bu hususun ilgili Bakan veya Başbakan tarafından bildirilmesi halinde Mahkemeye verilmemesi durumu söz konusu olabilir. Ancak bu halde bile, adı geçen Kanunun 20. maddesinin 3 numaralı alt bendinin son cümlesinde de açıkça belirtildiği üzere, verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez. Yani, davalı idarenin davacı vatandaş aleyhine savunmasında belirtmiş olduğu, fakat Kanunda yazılı gerekçelerle ibraz edilemeyen belgeler davacı aleyhine bir delil veya karine oluşturmaz.

Yargı kararlarının yürütme ve idare tarafından yerine getirilmesi ve bağlayıcılığı bağımsız yargının temelidir.¹⁸⁰ Çünkü yargı kararlarına rağmen, bu kararların uygulanmaması ya da eksik uygulanması halinde mahkeme kararlarının hiçbir anlamı kalmaz ve vatandaşın mahkemelere olan güveni sarsılır ki, bu durum “Hukuk Devleti” ilkesiyle tamamen çelişen bir durumdur. İdarenin yargı kararlarını uygulamaması, düzenin, Hukuk Devleti kurallarına göre işleyişinde bir aksama olduğunu gösterir.¹⁸¹

¹⁷⁹ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁸⁰ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 69.

¹⁸¹ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 122.

Anayasanın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir şekilde değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirmesini geciktiremeyeceği açıkça belirtilmiştir. Yine, Anayasanın belirtilen hükmüne paralel olarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında, “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.” hükmü getirilmek suretiyle yasama, yürütme ve idareye yargı kararlarının uygulanması emredilmektedir. Ancak, Anayasa ve yasada yer alan bu açık hükümlere rağmen yürütme organı ve idarenin yargı kararlarını uygulamadığı, eksik uyguladığı veyahut uygulamama kurnazlıkları yoluna başvurduğu görülmektedir. Örneğin, Ankara ilinden Şanlıurfa iline geçici olarak görevlendirilen personelin açmış olduğu davada, dava konusu işlem hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilmesi üzerine, bu kez aynı personelin Mardin iline geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin olarak yeni bir işlem tesis edildiği, bu işleme karşı açılan davada da verilen yürütmeyi durdurma kararı üzerine bu defa davacının başka bir İl’e geçici olarak görevlendirildiği, bu şekilde tesis edilen işlem silsilesinin bir çok defa tekrar ettiği, bir çok yargı kararlarına rağmen idarenin ısrarla mahkeme kararını uygulamama kurnazlığına başvurduğu görülmektedir. Bu gibi durumlarda, idare mahkemesince, kararı uygulamayan idare elemanları hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmektedir. Diğer taraftan, idarenin yargı kararlarını uygulamaması veya geç uygulaması idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan tazminat ödeme sorumluluğunu doğurur.¹⁸²

¹⁸² A. Şükrü Özeren, Tacı Bayhan, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması**, Ankara, Kasım 1992, s. 130.

İdare hukuku, kuvvetler ayrımı ilkesinin bir sonucudur.¹⁸³ İdare Hukukundan söz edebilmek için, devletin hukuka bağlı olmasına, devletin üstünde hukuk olduğunun kabul edilmesine, devletin her türlü işleminin ve eylemlerinin kaynağında, bunların geçerli olmasında, hukuk kurallarına uygunluğun bir ölçüt olarak kabul edilmesine bakılır.¹⁸⁴ Hukuka aykırılığın mevcut olduğu durumlarda, idarenin sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusurunun var olduğu kabul edilir.¹⁸⁵

2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgililere, idare aleyhine dava açabilme veya kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilme şeklinde seçimlik bir hak tanınmıştır. Ancak, uygulamada Anayasada düzenlenen (m. 129/5) rücu kurumu işlemediği için, idari görevlilerin kusurlarından dolayı açılacak davaların, öncelikle idareye yöneltilmesi kuralı ve yargı kararlarının uygulanmamasına ilişkin başvurularda izin sistemi kaldırılmalıdır.¹⁸⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 ve 8. maddelerinin ihlal edilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hükmedilen ve Devlet tarafından ilgililere ödenen manevi tazminat tutarı konusunda, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla Bergamalı yurttaşların idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı ehliyet yönünden reddeden idare mahkemesi kararı Danıştay 5. Dairesi'nin 3.6.2008 gün ve E:2007/7369, K:2008/3234 sayılı kararıyla bozulmuştur.

¹⁸³ Michael T. Molan, **Administrative Law**, 3. Baskı, 2001, s. 1-2.

¹⁸⁴ İsmet Giritli; Pertev Bilgen; Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2008, s. 53.

¹⁸⁵ Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1983, s. 79.

¹⁸⁶ Turan Yıldırım, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, Danıştay’ın kuruluşunun 132. yıldönümü ve idari yargı günü sempozyumunda (Ankara 2000) sunulan bildiri metni, 11 Mayıs 2001 Ankara.

Danıştay 5. Dairesi'nin adı geçen kararının gerekçesinde, "Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir."¹⁸⁷ ifadelerine yer verilerek, rücu mekanizmasının etkin bir şekilde işletilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Diğer taraftan, idari yargı kararlarının uygulanması için, idari yargıcın kararlarını verirken, hem idarenin uygulama zorluklarını dikkate almak hem de yine idareye açık, kesin ifadelerle seslenmek zorunda olduğunu unutmaması, kararlarını açık ve anlaşılır olarak ayrıntılı gerekçelerle yazması gerektiği gerçeği de gözden kaçırılmamalıdır.¹⁸⁸

Ülkemizde görülen benzer sıkıntılarla karşılaşan Fransa ve Almanya'da ise, yargı kararlarının ölü sözler olmaması için İdare üzerinde koruma, zorlama ve baskı türünden çözümler getirilmiştir.¹⁸⁹ Nitekim, Fransa'da kabul edilen 8 Şubat 1990 tarihli Reform Kanunu'nun 62. maddesi ile İdare Mahkemeleri ve İdari İstinaf Mahkemeleri Kodunun L.8-2. maddesinde, "Bir karar, kamu tüzel kişinin veya kamu hizmeti ile yükümlü bir özel hukuk kişinin belli bir şekilde yerine getirmesini gerektiriyorsa, İdare mahkemesi veya İdari İstinaf Mahkemesi,

¹⁸⁷ www.danistay.gov.tr. 5.8.2008.

¹⁸⁸ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 133.

¹⁸⁹ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 135.

bu yönde karar vermek için başvurulduğunda, bu davranışı belirler, gerektiğinde yerine getirme süresini de aynı kararda gösterir.

Bir karar, kamu tüzel kişinin veya kamu hizmeti ile yükümlü bir özel hukuk kişinin bir araştırmadan sonra yeni bir işlem tesisini gerektiriyorsa, bir karar vermesi için kendisine başvurulduğunda, aynı kararında belli bir süre içinde alınması gereken bu işlemi de belirler". düzenlemesi yer almıştır.¹⁹⁰

Yukarıda yer alan düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, mahkemeden talepte bulunulması ve kararın sadece belirli bir şekilde yerine getirilmesi veya karar sonucunda sadece belirli yönde işlem yapılmasının gerekli olması halinde Fransız idari yargı organları tarafından idareye yargısal emir verilebilmektedir. Örneğin, Lille İdare Mahkemesi, okuldan kaydı silinmiş bir öğrencinin tüm hakları ile okula yeniden kaydına karar vermiştir.¹⁹¹ İtalya, İsviçre ve İspanya'da da benzer uygulamaların olduğu, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın idareye emir verme lehinde olduğu, nitekim İngiltere'de Tac'a karşı emir verme yasağı dolayısıyla verdiği Factortame kararının da bu hususa ilişkin olduğu görülmektedir.¹⁹²

Türk idari yargılama hukukunda da yargısal emir müessesesi uygulanabilir. Çünkü buna ilişkin yasal bir engel bulunmamaktadır. Sait Güran'a göre de, "ister yürütmenin durdurulması, ister iptal kararlarında olsun, durdurma ve iptal kararı verdikten sonra, hüküm neden somut ve belli bir şeyi yapma veya yapmama buyruğu ile tamamlanmasın."¹⁹³ Anayasa ve İYUK'ta yer alan, idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin; yerindelik denetimi yapamayacakları, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir

¹⁹⁰ Aydın Gülan, "Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları" **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargı Usulü**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:63, Sempozyum, Ankara 2001, s. 30.

¹⁹¹ Aydın Gülan, a.g.m., s. 30.

¹⁹² Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 137.

¹⁹³ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 161'den naklen.

yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremeyeceklerine ilişkin hükmün, yargısal emir verme yetkisi ile ilgili her hangi bir ilgisi bulunmamaktadır.¹⁹⁴ Çünkü, idarenin yargı kararlarını uygulamama konusunda hiçbir şekilde takdir yetkisi yoktur. Diğer taraftan, yargıcın uygulanabilir biçimde somutlaştırılmış kararını içeren emir vermesi, bazen kendiliğinden ortaya çıkan ancak bazen de yargıcın çabasıyla geliştirilen yargısal bir işlemdir.¹⁹⁵ Sait Güran'ın da belirttiği üzere, somut belli bir şeyi yapma veya yapmamaya ilişkin yargısal emir verilmesi tamamıyla yargı fonksiyonunun içindedir.

3. Yargının Yargıya Karşı Korunması

Bir hâkimin kararını verirken hür olabilmesi için yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olması yetmez, aynı zamanda kendi içinde bulunduğu yargı organına karşı da bağımsız olması gerekir.¹⁹⁶ Mahkemeleri kendi yargı faaliyeti sırasında diğer mahkemelerin yapacağı etkilerden korumak gerekir.¹⁹⁷ Yargı organı birçok yargılama makamından oluşur. Bu yargılama organları arasında bir altlık-üstlük ilişkisi ancak muhakeme usûlünün (itiraz, temyiz, vs.) gerektirdiği ölçüde vardır.¹⁹⁸

Bir mahkeme, önüne gelen uyuşmazlığa emsal teşkil edebilecek başka bir uyuşmazlık hakkında diğer mahkemelerce verilen kararlara uymak zorunda değildir. Daha önceki olaylar için hakimlerin verdiği kararların daha sonraki benzer olayların muhakemesinde hakimlere ışık tutucu olarak kabul edilmesi gerekir.¹⁹⁹ Kısacası, hakimler, önlerine gelen uyuşmazlıkları yargılarken, bağımsız oldukları için daha önce benzer olaylar nedeniyle verilmiş kararla bağlı

¹⁹⁴ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 161.

¹⁹⁵ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 161

¹⁹⁶ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 849.

¹⁹⁷ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 78.

¹⁹⁸ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 849.

¹⁹⁹ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 78.

olmazlar. Bununla birlikte, mahkemeler, aynı konuda aynı dava sebebine dayanılarak aynı taraflar hakkında verilmiş bir mahkeme kararı ile bağlı olup, aynı davayı yeniden inceleyemezler.²⁰⁰ Örneğin, bir şahsın memuriyetten çıkarma cezasına karşı açmış olduğu davada idare mahkemesince verilen ve Danıştay tarafından da onanarak kesinleşen iptal kararı üzerine açılan tazminat davasında, uyuşmazlık konusu olay önüne gelen idare mahkemesince, sadece tazminat alacağına ilişkin olarak irdeleme yapılarak karar verilir. Tam yargı davasını görmekte olan idare mahkemesi, meslekten çıkarma cezasının hukuka uygun olup olmadığı yönünde yeniden inceleme yapamaz.

Öte yandan, devlet memuru olan bir davacı hakkında 657 sayılı Devlet Memuru Kanununun 125. maddesi uyarınca, 2008 yılı içerisinde üç defa, “Uyarma” iki defa da “ Kınama ” cezası verildiğini kabul edelim. Bilindiği üzere, Anayasanın 129/3. maddesi ile 657 sayılı Kanunun 136. maddesi gereğince uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamamaktadır.²⁰¹ Bu nedenle, davacının bu cezalara karşı idare mahkemesinde açmış olduğu davalarda, dava konusu işleme karşı yargı yolu kapalı olduğu gerekçesiyle “İncelenmeksizin Ret” kararı verilmiş ve 2008 yılı sonunda ise, bu cezalara istinaden idare tarafından davacının sicili olumsuz olarak düzenlenmiş olsun. Bu durumda, olumsuz sicile ilişkin olarak uyuşmazlığı inceleyen mahkeme tarafından, daha önce verilen uyarma ve kınama cezalarının maddi ve hukuki dayanakları incelenecek ve bu hususların davacının sicilinin olumsuz düzenlemesini gerektirip gerektirmeyeceği irdelenerek buna göre hüküm kurulacaktır. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu cezaların yeniden incelenmesi değil, söz konusu cezalara dayanak oluşturan maddi olguların irdelenerek “olumsuz sicil”e ilişkin dava ile ilgili olarak incelenmesidir.

²⁰⁰ Baki Kuru, **a.g.e.**, s. 11.

²⁰¹ Danıştay 12. Dairesinin 24.10.2007 gün ve E:2005/6191, K:2007/4618 sayılı kararı (yayımlanmamıştır) ile Danıştay İdari Dava Dairelerinin kararları bu yöndedir.

Bir hakimın kararının başka bir hakim tarafından denetlenmesi durumunda, denetleyen hakimın denetlenen hakime emir verdiği kabul olunmamaktadır.²⁰² Buradaki denetimin amacı, yargı yerlerinin verdikleri kararlarda, gerek yanılma gerekse başka biçimde yorumlama sonucu olarak doğan ve olağan sayılması gereken kanuna ve hukuka aykırılıkların zamanında giderilmesini sağlamak, aynı olaylar hakkında farklı kararlar verilmesi sonucu oluşabilecek eşitsizlik ve adaletsizliklerin önüne geçebilmek, böylelikle kişi haklarına ve topluma güvence sağlamaktır.²⁰³

İdare mahkemeleri, kararlarının Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından bozulması halinde bu kararlara uymak mecburiyetinde olmayıp, eski kararında ısrar edebilir. (2577 sayılı Kanun, m. 49.) İsrar kararının ilgili tarafından temyizi halinde, dava, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nca incelenir. Danıştay'ın ilgili dava dairesinin kararı uygun görülürse mahkemenin kararı bozulur; aksi halde onanır. Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurulları kararlarına uyulması zorunludur. Ancak burada hemen belirtelim ki, İdari veya Vergi Dava Daireleri'nin vermiş olduğu bozma kararına uyma zorunluluğu, ısrar kararı bozulan mahkeme açısından geçerlidir. Benzer bir davada, başka bir mahkeme tarafından farklı karar verilmesinde hukuki her hangi bir engel yoktur. Çünkü, İdari veya Vergi Dava Dairelerinin görüşü ve içtihadının zaman içerisinde değişebilme olasılığı vardır.

Yine, Uyuşmazlık Mahkemesinin olumlu ve olumsuz yargı yolu uyuşmazlığı hakkında verdiği karar ile İçtihadı Birleştirme Kurulu kararları da bağlayıcıdır. Onar'a göre, mahkeme içtihatları kazai tasarruflar oluşturan bir kaynak olmaktan ziyade gösterici, aydınlatıcı ve öğretici mahiyette ikinci derecede ilmi bir kaynak sayılmalıdır.²⁰⁴ Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ise, Anayasanın 132. maddesindeki bağımsızlık hükümlerinin

²⁰² F. Demirkol **Yargı Bağımsızlığı**, s. 79.

²⁰³ Anayasa Mahkemesinin 18.2.1971 tarih ve E: 1970/31, K: 1971/2 sayılı kararı, 9 Temmuz 1971 tarih ve 13890 sayılı Resmi Gazete.

²⁰⁴ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 404.

ereğinin, yargı çalışmalarını, yargı işlerine yabancı olan etkilerin dışında tutmak, başka deyimle, bu maddenin öngördüğü bağımsızlığın ereği herhangi bir işi veya dâvayı yalnızca bu davanın esasını gören hâkim veya mahkemenin kanısına göre hükme bağlatmak olmayıp, yargı işlerinin dışarıdan gelecek etkilerden uzak ve yalnız hukukî ölçülere göre değerlendirilip hükme bağlanmasını sağlamak olduğu, buna göre bir hâkim kararının başka bir hâkim tarafından da denetlenmesinin bu maddenin kapsamı dışında kaldığı gibi, bir hâkim kararının Yargıtay'ın görüşüne uygun olarak verilmesi ödevinin hâkimlere yükletilmesinin dahi bu maddenin koyduğu yasaklayıcı kuralların kapsamı dışında kaldığı belirtilmiştir.²⁰⁵ Bu gerekçeyle AYM, İçtihadı Birleştirme kararlarının benzer olaylarda bağlayıcı olacağına ilişkin hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olmasının sebebi, mahkemeler arasında çıkan görev veya hüküm uyuşmazlıklarının karara bağlanmak suretiyle, uyuşmazlık konusu olayla ilgili yetkili ve görevli mahkemeyi belirlemek ve farklı yargı organları arasında aynı konu hakkında verilen kararları çözüme bağlamak suretiyle yargıya olan güvenin korunması ve kişiler arasında eşitliğin sağlanmasıdır. Bu nedenle, bu hususların yargı bağımsızlığına aykırı olduğu söylenemez. Uyuşmazlık Mahkemesinin görev uyuşmazlığına ilişkin olarak vermiş olduğu kararların bağlayıcı olmamasının tek istisnası ise, sonradan çıkan Kanun hükmü ile görevli yargı yerinin değiştirilmiş olmasıdır.

²⁰⁵ AYM'nin 12.6.1969 tarih ve E: 1968/38, K: 1969/34 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr. 4.6.2008.

4. Yargının Basına ve Çevreye Karşı Korunması

Hakimlerin vereceği kararlarda, basın etkili bir araç olabilir.²⁰⁶ Hakime çevreden gelen baskılardan en önemlisi basın yayın organlarından gelen baskıdır.²⁰⁷ Hâkimlerin bağımsızlığını basın yayın organlarına karşı korumak için Anayasanın 26. maddesinin ikinci fıkrasında basın hürriyetinin "yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi" amacıyla sınırlandırılabilmesine izin vermiştir. Basın Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrasında, görülmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hakim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkra da yer alan cezaların uygulanacağı, Türk Ceza Kanununun 288. maddesinde ise, bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişinin, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. TCK'nun 288. maddesindeki suç, özel kasıtlı işlenir ve bu nedenle özel hükümdür.²⁰⁸ Çünkü 288. maddeyi özel kılan öge, suçun özel kasıtlı, yani etkileme amacıyla işlenmesidir. Özel kasıt kanıtlandığında Basın Kanununun 19/2. maddesini uygulamaya gerek yoktur.²⁰⁹ Yargılama sonucunda, failin etkileme amacı bulunduğu sonucuna varılırsa TCK'nun 288. maddesi, bulunmadığı sonucuna varılırsa Basın Kanunu'nun 19/2. maddesi uygulanacaktır.²¹⁰ Bu durumda, görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak görüş açıklayan ya da yorum yapan bir kişi her halükarda Basın Kanunu'nun 19/2. maddesine göre cezalandırılacaktır.

²⁰⁶ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 86.

²⁰⁷ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 850.

²⁰⁸ Sami Selçuk, **Bağımsız Yargı Özgür Düşünce**, İmge Kitabevi, Ankara, Mart 2007, s.49.

²⁰⁹ S. Selçuk, **a.g.e.**, s. 49.

²¹⁰ S. Selçuk, **a.g.e.**, s. 50.

Kunter'e göre, ancak Hakimler üzerinde baskı yapıp yargılamanın gereğince yapılmasına engel olabilecek yayınlar suç sayılmalı, bu nitelikte olmayan yayınlar ise, örneğin bir mahkeme kararının ilmi bir dergide ilmi bakımından tahlili ve tenkidi serbest olmalıdır.²¹¹

Basın Kanunu'nun 19. maddesiyle ilgili gerekçede, yayımlama yasağının cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkemenin soruşturma ile ilgili işlemlerinin ve yine soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriği ile ilgili olduğu, dolayısıyla işlemin yapıldığına veya belgenin bulunduğuyla ilişkin yayımlar haber niteliğinde olduğundan bu suçu oluşturmayaacağı belirtilmiştir.²¹² Söz konusu madde gerekçesinde, her türlü davalar yönünden suç haline getirildiği, burada yasak olanın mütalaa yayımı olduğu, bunun leh veya aleyhte olmasının önemli olmadığı, dava kesin bir kararla sonuçlandıktan sonra her türlü mütalaanın yayımlanabileceği vurgulanmıştır.²¹³

Basın mensupları haber alma, yorumlama, haberleri nakletme konusunda ne kadar serbest iseler, devletin emniyeti, kişilerin şeref ve haysiyeti, özel hayatı ile devletin güvenliği de o derece önemlidir ve korunmalıdır.²¹⁴ Bu dengenin çok iyi bir şekilde korunması gereklidir.

Özer'e göre, medya kuruluşlarının yargıya intikal eden olaylarla ilgili olarak yasaları hiçbir surette dikkate almamalarında, mevcut yasal düzenlemeleri uygulamaktan çekinen yargı suçludur.²¹⁵

Kamuoyunun ilgilendiği bir dava hakkında basın aydınlatma görevi vardır. Buradaki sınırlama yalnızca etikdir: Gerçeği olduğu gibi yansıtmak. Nitekim, AİHM, duruşmaların açıklığı ilkesi doğrultusunda, basının kamuoyunu bilgilendirme konusunda sınırlama getirilmesine, yukarıdaki sınırlamalar dışında,

²¹¹ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 86'dan naklen.

²¹² Erol Çetin, **Basın Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 66.

²¹³ E. Çetin, **a.g.e.**, s. 66.

²¹⁴ Servet Armağan, "Basın Hürriyeti ve Sınırları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1998, Cilt II, sayı 1-2, s. 202.

²¹⁵ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 39.

haklı olarak karşı çıkmıştır.²¹⁶ Görülüyor ki hüküm kesinleşinceye dek yapılacak iş, yanlış olduğuna inanılan işlemlerin üzerine yoğunlaşmak, bu işlemler hakkında hukuksal görüşleri yargı mercilerine yansıtmaktır.²¹⁷ Eğer yargıçların yansızlığından kuşku duyuluyorsa, tarafların yargıçları ret hakları vardır. Hukuk devletinde yargının bağımsızlığı ilkesine ve yargı kararlarına tüm kurum ve kuruluşları saygılı olmalıdır. Yargının kararları bilimsel eleştiriler dışında tartışılmaz ve uygulanır.²¹⁸ Öte yandan, tartışmaların demokratik hukuk devletlerinde yapıldığı şekilde olması çok önemlidir.²¹⁹

Bize göre de, yargılama kutsaldır, ancak yargılama sonunda verilen karar kutsal değildir. O da, bir insan ürünü olup, içerisinde hukuki ve maddi hataların bulunması elbette ki mümkündür. Bu nedenle, her hangi bir yargılama hakkında karar verilmesinden sonra, verilen karar ve bu sürecin eleştirilmesi veya ilmi olarak tenkidi gayet doğaldır. Bu konuda yargı organlarının çok fazla da alingan olmaması gerekir. Bununla birlikte, yargılama devam ederken, söz konusu yargılamaya ilişkin bilgi ve belgelerin yayınlanması, bu belgelere göre yorumların yapılması elbette ki yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına bir müdahale anlamı taşımaktadır. Çünkü, hakim, taraflar hakkında olumlu veya olumsuz tüm bilgi ve belgeleri inceleyerek bunun neticesinde karar vermektedir. Basın organları ise, bu belgelerin sadece bir kısmını yayınlamakta, böylelikle taraflardan her hangi biri lehine veya aleyhine kamuoyu oluşturmaktadır. Bu durum ise, karar verirken hür olması gereken hakimin bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkilemektedir.

Öte yandan, hakimin her türlü baskı ve sermaye grupları, aşiret reisleri, siyasi parti grupları ve davanın taraflarından bağımsız olması gerekir. Hakimin içinde bulunduğu ortamdan etkilenmemesi için, kanunun öngördüğü haller dışında, hakimin özel ve genel görev alamaması, eşi veya yakınının hakimin

²¹⁶ S. Selçuk, **a.g.e.**, s. 52.

²¹⁷ S. Selçuk, **a.g.e.**, s. 52.

²¹⁸ Nuri Alan, “Yargı, İktidar ve Siyasi Partilerin Kapatılması”, Cumhuriyet Gazetesi, 20.03.2008.

²¹⁹ Süheyl Batum, “Danıştay Kararının Ardından”, Vatan Gazetesi, 16.02.2006.

baktığı davada avukatlık yapamaması, hakimin hakem olamaması, ortamın baskısına karşı muhakemenin nakli gibi bir takım tedbirler öngörülmüştür.²²⁰ Nitekim, 1086 sayılı HUMK'nun 28-36. maddelerinde, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının temini için “hakimin davaya bakmaktan yasaklılığı” ve “hakimin reddi” müesseseleri getirilmiştir.

Kanaatimizce, yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin olarak hangi makam veya merciden müdahale gelirse gelsin, öncelikli olarak yargının kendini koruması gerekmektedir. Bu konuda yargıçların yeterince bilinçli ve cesaretli olmadıklarına şahit olmaktayız. Yargı makamı önünde devam etmekte olan davalarla ilgili olarak, siyasilerden, akademisyenlerden, çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından bir çok yorumlar, yargıya yol göstermeler, üstü kapalı veya açık tehditler yapılmasına, basın yayın organlarınca kamu oyu önünde sanal mahkemeler kurulmasına rağmen, yargı makamlarının bu müdahalelere sadece seyirci kaldığı, her hangi bir yaptırım yoluna gitmediğini görmekteyiz.

Bize göre yapılması gereken, yargı, anayasa ve yasalarla güvence altına alınmış olan bağımsızlığını, yani onurunu, hiçbir makam veya mercie çiğnetmemeli, güvenilirliğini, tarafsızlığını ve statüsünü her şeye rağmen korumalıdır.

²²⁰ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 87.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGININ KAYNAĞI BAKIMINDAN BAĞIMSIZLIĞI

Hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığında en etkin rolü, şüphesiz hakimlerin mesleğe alınma şekil ve yöntemleri oynamaktadır. Bu konuda, her ülkenin siyasi ve sosyal yapısı ile tarihi geçmişine göre farklı sistemler uygulanmaktadır. Bu sistemlerin başlıcaları, hakimlerin halk tarafından seçilmesi, hakimler tarafından seçilmesi, yürütme organı tarafından seçilmesi ve özel kurullar tarafından seçilmesidir.

I. HAKİMLERİN HALK TARAFINDAN SEÇİLMESİ

Halk tarafından seçim hiç şüphesiz hakimleri yasama ve yürütme organına karşı mutlak surette bağımsız kılmaktadır. Ancak, bu sistemin faydaları olduğu gibi önemli oranda sakıncaları bulunmaktadır. Sistemin faydaları, hakimlerin yürütme organı karşısında tamamen bağımsız olması, belirli bir dönem için gelen hakimlerin terfi ümit ve kaygısından uzak olmaları ve siyasi iktidarı elinde tutanları gücendirmek endişesinden de tamamıyla uzak olmaları²²¹ olarak gösterilebilir. Nitekim, İsviçre’de hakimlerin halk tarafından seçilmesi, İsviçre Kantonlarında geleneksel demokratik kurumlardan biri olarak uzun zamanlardan beri uygulanmakta ve buralarda seçim sisteminin başarı ile tatbik edildiği de ileri sürülmektedir.²²²

İsviçre’nin gayet mutedil bir siyasi iklime sahip olması, seçim çevrelerinin küçük olması nedeniyle seçmenlerin adayları çok yakından tanıma imkanlarının olması, her seçim devresi sonucunda bir mücadelenin olmayıp, genellikle eski hakimlerin tartışmasız olarak yeniden seçilmeleri, siyasi partilerin seçimi

²²¹ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 26.

²²² İlhan Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Baskı, İÜHF Yayınları, İstanbul 1975, s. 33-34.

kazanmak için kaliteli ve nitelikli kişileri aday olarak göstermesi nedeniyle²²³ İsviçre’de bu sistemin gayet iyi işlediği görülmektedir.

Hakimlerin halk tarafından seçilmesinin sakıncaları ise, hakimın yürütme organı karşısında kazandığı bağımsızlığını halk karşısında kaybetmesi,²²⁴ adalete siyasetin karışması, hakimın kendisini seçen ve seçmeyenlere karşı farklı davranmasından endişe edilmesi nedeniyle hakimın tarafsızlığına gölge düşmesi ve halkın seçim yapmaya ehil olmaması nedeniyle niteliksiz ve bilgisiz kişilerin hakim olması²²⁵ durumları gösterilebilir.

ABD’nin bazı Federe Devletlerinde yürürlükte bulunan seçim sisteminin verdiği sonuçların tatminkar olmaktan uzak olduğu, uygulanan seçimin Federe Devletlerden üç tanesinde yeterli sonuç verdiği, beş Federe Devlette uygulamanın daha iyi sonuç verdiği, diğer federe devletlerde iyi sonuç vermediği ifade edilmiştir.²²⁶ Nitekim, ABD’deki bu seçim sistemine genel olarak siyasetin, nüfuzlu gruplar ve politikacıların müdahale ettiği,²²⁷ ihtilal devresinde Fransa’da boyacı, bahçıvan, ressam gibi kişilerin hakim olarak seçildiği²²⁸ görülmüştür.

Netice itibariyle, bu sistemin faydalarından daha çok sakıncalarının bulunduğu ve bunların da hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına gölge düşürecek önemli derecede sakıncalar olduğu açıktır.

²²³ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 49-50.

²²⁴ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 100.

²²⁵ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 28-29.

²²⁶ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 100.

²²⁷ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 41-42.

²²⁸ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 34.

II. HAKİMLERİN HAKİMLER TARAFINDAN SEÇİLMESİ

Hakimlerin mesleğe başlarken hakimler tarafından seçilmesi işlemine kooptasyon (cooptation) da denir.²²⁹

Hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi, hakimlere icra organı karşısında tam bir istiklal sağlayacaktır.²³⁰

Hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi usulüne karşı yapılan tenkitlerin başında, bu usulün demokrasi esasları ve bilhassa milli hakimiyet prensibi ile telif edilemeyeceği hususu vardır. Gerçekten de, milli hâkimiyet prensibinin geçerli olduğu memleketlerde, milletin, kendi adına yargı hakkını kullanacak olan kimseleri tayin yetkisinden, doğrudan doğruya veya bilvasıta kendisi tarafından seçilmemiş bir teşekkül lehinde feragat etmesinin, mezkûr prensip esaslarına aykırı düşeceğini kabul etmek lâzımdır.²³¹ Diğer taraftan, hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlerinin yine hakimler tarafından yürütülmesi anlamına gelen kooptasyon sisteminin, bir çeşit kast zihniyetine sahip bir yargı teknokrasisi oluşturabileceği ve böylece, yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalabileceği²³², böyle bir zümre içerisinde kendini göstermesi ve gelişmesi tabii olan, akraba ve eş dost kayırma temayülü neticesinde, hâkimliğin, çok geçmeden, sadece muayyen ailelere ve onların mensuplarına tahsis edilmiş bir meslek, kapalı bir teşekkül²³³ halini alacağı gibi bir sakıncayı da taşıdığı söylenebilir.

Bununla birlikte, hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi sisteminin yargı mensupları içerisinde oldukça fazla taraftarının bulunduğu, bu usulü, bir zümre hakimiyeti kurulmasına sebep olacak kadar korkunç gösterilmesinin, hakimliğin hayata ve içtimai hareketlere kapalı, eş dost kayırmak gayretini son haddine

²²⁹ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 14.

²³⁰ Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 52.

²³¹ Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 53.

²³² Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 73; Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 53.

²³³ Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 54.

vardıran bir meslek haline getireceğinden bahseden sözler ve isnatların, realite icaplarına tamamen aykırı olduğu ²³⁴ görüşüne yer verildiği görülmektedir.

Bize göre de, hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi sistemi, hem demokrasi esaslarına aykırı olması, hem de yargının içine kapanık bir teşekkül haline gelmesi tehlikesini içinde barındırması nedeniyle sakıncalıdır.

III. HAKİMLERİN YÜRÜTME ORGANI TARAFINDAN SEÇİLMESİ

Hakimler ve savcıların göreve getirilmelerinde diğer bir sistem de yürütme organının etkili olduğu sistemdir. Bu sistemin yararı, yürütme organının teşkilatın başına olmasından dolayı meslek hakkındaki bilgileri etraflı bir şekilde toplama imkanının olması, en büyük sakıncası ise, yürütme organı karşısında hakimlerin bağımsız olamamaları ve bunun sonucunda adaletin etkilenmesidir. ²³⁵

Yürütme organı tarafından seçim usulü, hükümetin atama hususunda sahip olduğu serbestinin genişliği ve sınırlı olmasına göre değişik ülkelerde az çok farklılıklar arzeder. ²³⁶

Örneğin, İngiltere’de hakimlerin tayininde yürütme organının gayet geniş takdir yetkisine sahip olduğu görülmektedir. İngiltere’de bizim anladığımız manada hakimlik mesleği olmadığı gibi, hakimlerin ilk basamaktan başlayarak kademe kademe yükselen bir kadro da bulunmamaktadır. ²³⁷

İngiltere’de Lord Chancellor dahil en üst yargıçları, başbakanın önerisi üzerine kraliçe, ötekiler, Lord Chancellor’un önerisiyle yine kraliçe tarafından atanmaktadır. ²³⁸ Magistrate’ler (gönüllü hakim) ise doğrudan Lord Chancellor

²³⁴ A.Refik Gür, **Hakimlik Mesleği Hakkında Düşünce ve Dilekler**, Yeni Kitap Basımevi, Konya 1949, s. 66.

²³⁵ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s.103-104.

²³⁶ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 59.

²³⁷ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 60-61.

²³⁸ Cem Eroğul, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, 5. Baskı, Kırılancık Kitabevi, Ankara 2006, s. 46.

atamaktadır.²³⁹ Lord Chancellor gerçekte İngiliz yargı gücünün tek ve değişmez başı olup, kolayca açıklanamayan bir yapıya sahiptir.²⁴⁰ Lord Chancellor Lordlar Kamarasının başkanı ve bu sıfatla yasama faaliyetlerine katılıp, hükümet değişikliklerinde değişmez tek kıdemli bakan olarak Bakanlar Kurulunun üyesidir.²⁴¹ Ayrıca Lordlar Kamarasının kendi bünyesinde oluşturduğu Yüksek Mahkemenin başkanı ve bir hakim olarak da, İngiliz Anayasa Sistemi içinde son derece önemli bir yer işgal eder.²⁴² 1701 Act of Settlement'ten beri, genel kural olarak yargıçlar görevden alınamazlar, ancak bu koruma esas olarak üst yargıçlar için geçerlidir.²⁴³ Bu yargıçların görevden alınabilmeleri iki kamaranın bu yönde karar almasına bağlı olup, circuit judge'lar (emeklilik yaşı 72 olan profesyonel yargıçlar) ile recorder'lar (yarı zamanlı yargıç) ise doğrudan Lord Chancellor'ın kararıyla görevden alınabilmektedir.²⁴⁴

İngiltere'de hakimlerin atanması konusunda yürütme organı takdir yetkisini kullanırken ehliyet ve tecrübeye birinci planda yer vermekle birlikte, siyasi sahalarda önemli rol oynayan kişilerin, boşalan hakimliklere atanması oldukça mühim bir yer işgal eder.²⁴⁵ Hakimlerin tayininde hükümetin açık bir bonoya sahip olması nedeniyle bu tayinlerin az çok siyasi bir durum almalarının önüne geçmek hemen hemen imkansız gibidir.²⁴⁶ Daha önce de belirttiğimiz gibi meslekten gelme hakimlik İngiliz Hukukunda bulunmamaktadır. Belirli süre avukatlık yapmış olmak (genellikle 10 veya 15 yıl) hakimliğe atanabilmenin temel şartıdır.²⁴⁷ Hakimler arasında terfiin, bir kaide ve prensip olarak mevcut olmayışı, hakimlerin kaydı hayat şartıyla atanması, pek az istisna dışında hakimlerin tayin edildiği yerde kalması, yüksek kademelerde yer açıldığı zaman,

²³⁹ Cem Eroğul, **a.g.e.**, s. 46.

²⁴⁰ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 104.

²⁴¹ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 104.

²⁴² Namik Kemal Yalçinkaya, **İngiliz Hukuku (Kaynakları, Kurumları ve Temel İlkeleriyle)** Eroğlu Matbaası, Ankara 1981, s. 156.

²⁴³ Cem Eroğul, **a.g.e.**, s. 46.

²⁴⁴ Cem Eroğul, **a.g.e.**, s. 40-46.

²⁴⁵ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 63-64.

²⁴⁶ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 63-64.

²⁴⁷ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 105.

genel olarak mevcut hakimlerin birinin yükseltilmesi yerine, dışarıdan yeni bir tayinin yapılması gibi sebeplerle, yürütme organının hakimlerin atanmasında çok geniş yetkiye sahip olmasına rağmen bu durumun hakimlerin bağımsızlığına kesinlikle tesir etmediği görülmektedir.²⁴⁸ Ancak, bir gün önce politika sahasında faal olarak rol oynayan ve bazı görüşleri şiddetli bir şekilde savunan bir şahsın, ertesi gün hakimlik kisvesini giyerek adalet dağıtma makamına geçmesi hakim tarafsızlığına gölge düşürmektedir. Bu kişiler her ne kadar tarafsız karar verseler de, önemli olan hakim yalnız tarafsız olması değil, aynı zamanda onun tarafsız olması konusunda genel kanaatin de olmasıdır.²⁴⁹

ABD’de ise, Federal Yüksek Mahkemesi hakimleri ile diğer federal mahkemeler hakimleri Senatonun onayıyla Başkan tarafından atanmaktadır.²⁵⁰ Hakimlik kadrosunun boşaldığı eyalet senatörü ile Başkanın aynı partiden olması halinde atanacak hakim o eyaletin senatörü tarafından önerilmekte, senatörün önerdiği hakimden başka adayın senatoya sunulması halinde ise “senato nezaketi” (bütün senato üyelerinin Başkanın önerisine oybirliğiyle karşı çıkma durumu) gereğince Başkanın önerisi reddedilmektedir.²⁵¹ Ancak, “senato nezaketi” Yüksek Mahkeme hakimlerinin tayininde söz konusu olmayıp, Başkanın bu konuda daha geniş bir seçim serbestisi vardır.²⁵² Atanacak hakim eyaletindeki senatörün başkanın partisinden olmaması halinde ise, aday o eyaletteki başkanın mensup olduğu siyasi parti teşkilatı tarafından tespit edilmektedir. Her halde aday tespitinde son söz, kadronun boşaldığı eyaletteki başkanın mensup olduğu parti teşkilatıdır.²⁵³

Yukarıda belirtilenlerden de anlaşılacağı üzere, federal hakimlerin tayininde siyasi faktörler birinci derecede rol oynamaktadır. Bu atamalar, İngiltere’de olduğu gibi bazen siyasi bir borcun ödenmesi, bazen iktidar partisinin

²⁴⁸ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 65.

²⁴⁹ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 66.

²⁵⁰ Ş. Ünal, **a.g.e.**, s. 55.

²⁵¹ Ş. Ünal, **a.g.e.**, s. 55.

²⁵² M. Kapani, **a.g.e.**, s. 69-70.

²⁵³ Ş. Ünal, **a.g.e.**, s. 55.

belirli bir kısmına cevaz, bazen de memleketin belirli bir kesiminin isteğine cevap niteliğinde olur.²⁵⁴ Hakimlerin sahip olmaları gereken vasıf ve şartlar hakkında bir kanun hükmü olmadığı için Başkanın bu bakımdan her hangi bir şartla bağlı olması söz konusu değildir. Nitekim, Başkan F.D. Roosevelt tarafından, hemen hemen hiç hakimlik tecrübesi olmayan şahıslar Yüksek Mahkemeye atanmışlardır.²⁵⁵ Federal hakimlerin tayininde yürütme organının geniş takdir yetkisine sahip olması ve bu konuda siyasi faktörlerin rol oynaması hakimlerin bağımsızlığı konusunda değilse de tarafsızlığı üzerinde olumsuz etki yapmaktadır.²⁵⁶ Çünkü, İngiltere’de olduğu gibi Amerika’da da terfi sistemi bulunmadığından ve hakimler kaydı hayat şartı ile atandıklarından, bu durum hakimlerin bağımsızlığı üzerinde olumsuz bir etki oluşturmamaktadır.²⁵⁷

Sonuç olarak, yargıya en fazla müdahalenin yürütme organından geldiği dikkate alındığında, bu sistemin son derece sakıncalı olduğu açıkça görülecektir.

IV. HAKİMLERİN AYRI BİR ORGAN TARAFINDAN SEÇİLMESİ

Hâkimlerin atanmasında son ve önemli bir yöntem ise, hâkimlerin özel şekilde oluşturulan kurullar tarafından atanması sistemidir.

Hakimlerin, mesleğe girişlerinin özel kurul tarafından seçilerek gerçekleştirilmesi ikinci dünya savaşından sonra yapılan anayasalarda görülmeye başlamıştır.²⁵⁸

Söz konusu kurullar farklı şekillerde ve türlü kompozisyonlarda oluşturulmakta ve genellikle iki veya her üç kuvvet kurullarda temsil edilmektedir, özellikle her üç kuvvet temsilcilerinin kurula katılmaları halinde, hukuk devletinin

²⁵⁴ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 70.

²⁵⁵ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 70.

²⁵⁶ M. Kapani, **a.g.e.**, s. 71.

²⁵⁷ Ş. Ünal, **a.g.e.**, s. 56.

²⁵⁸ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 13.

gereği olarak kuvvetler ölçülü bir şekilde birbirini dengelemektedir.²⁵⁹ Bunun sebebi, atamaları günlük siyaset arenasından çıkarıp almak, yüksek nitelikleri aramak, yargısal hizmetlerin ve faaliyetlerin devamını korumaktır.²⁶⁰ Bu kurullar meşruiyetini doğrudan değil dolayısıyla almaktadırlar. Kurulun bir kısım üyelerinin yasama organınca seçilmiş olması, bu üyelerin belirli bir siyasî görüşü temsil etmesi nedeniyle bir sakınca olarak belirtilmekle beraber, bu sistemde hâkimlerin kişilik ve meslekî yetenekleri ön plana çıkmaktadır.²⁶¹

Bu sistem İtalya, Fransa ve Türkiye’de uygulanmaktadır.²⁶²

A. FRANSA VE İTALYA ÖRNEĞİ

1. Fransa Yüksek Hakimler Konseyi

Anayasa'nın 64. maddesine göre, yargı gücünün bağımsızlığının güvencesi Cumhurbaşkanındır.²⁶³ Bu konuda, Yüksek Yargıçlar Kurulu (Conseil Supérieur de la Magistrature) ona yardımcı olur. Yargıçlar, Cumhurbaşkanı tarafından atanırlar, bağımsızdırlar, görevden alınamazlar.²⁶⁴ Savcılar ise Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak çalışırlar. Ancak hemen başta belirtelim ki, Fransız idari yargı mensupları Hakimlik Yüksek Konseyinin yetki alanı dışında tutulmuştur. Conseil d'Etat mensupları için istişari nitelikte karar veren ve bağlayıcı yetkisi olmayan bir Danışma Komisyonu, idare ve bölge idare

²⁵⁹ Ş. Ünal, **a.g.e.**, s. 62.

²⁶⁰ F. Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 107.

²⁶¹ Ş. Ünal, **a.g.e.**, s. 62-63.

²⁶² Attila Özer, **a.g.e.**, s. 14.

²⁶³ Cem Eroğul, **a.g.e.**, s. 185.

²⁶⁴ Cem Eroğul, **a.g.e.**, s. 185.

mahkemeleri üyeleri için ise, bağlayıcı yetkileri olan Yüksek Kurul bulunmaktadır.²⁶⁵

1993'te yapılan bir anayasa değişikliği, Yüksek Yargıçlar Kurulu'nun yapısını değiştirmiş ve yetkilerini biraz artırmıştır. Bugün yürürlükte olan düzenlemeye göre, Yüksek Yargıçlar Kurulu, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm yargıçlardan, ikinci bölüm savcılardan sorumludur.²⁶⁶ Hakimler hakkında yetkili olan Kurulun başkanı Cumhurbaşkanı, başkanvekili ise Adalet Bakanıdır.²⁶⁷ Hâkimlik Yüksek Konseyinin disiplin kurulu olarak toplanması halinde bu kurula Devlet Başkanı ve Adalet Bakanı katılmamakta ve kurul, Yargıtay Birinci Başkanının Başkanlığında toplanmaktadır.²⁶⁸ 47. maddeye göre Yargıtay Birinci Başkanı kendisine isnatta bulunulan hâkim ve savcı hakkında soruşturma açtırabilir veya bir önlem olarak kendisini geçici olarak görevden alabilir.²⁶⁹ Soruşturma genellikle bir raportör hâkim veya yerinden bir naip hâkim aracılığıyla yapılmaktadır. Adalet Bakanının da savcılar geçici olarak görevden alma yetkisi olmakla beraber mahkeme üyesi olan hâkimler hakkında bu yetkisini ancak konseyin görüşünü aldıktan sonra kullanabilir.²⁷⁰

Ayrıca bu Kurula, yasama ve yargı organı mensubu olmayan kişiler arasından bir kişi Cumhurbaşkanı, bir kişi Meclis Başkanı, bir kişi de Senato Başkanı tarafından atanır (1958 Fransız Anayasası, m.65).²⁷¹ Bu Kurulda ayrıca beş hâkim, bir savcı, bir de Danıştay (Conseil d'Etat) üyesi yer alır. Dolayısıyla bu dairenin toplam 12 üyesi vardır. Bu 12 üyeden 5'i bağımsız hâkim niteliğinde değildir (Cumhurbaşkanı, Adalet Bakanı, Cumhurbaşkanı, Meclis Başkanı ve Senato Başkanı tarafından seçilen 3 üye).²⁷²

²⁶⁵ Ali Ulusoy, ‘‘ İdari Yargı Mensuplarının Seçilmeleri, Güvenceleri ve Denetlenmeleri, Fransa ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargı Usulü**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:63, Sempozyum, Ankara 2001, s. 59.

²⁶⁶ Cem Eroğul, **a.g.e.**, s. 185.

²⁶⁷ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 856.

²⁶⁸ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 120.

²⁶⁹ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 120.

²⁷⁰ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 120.

²⁷¹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 856

²⁷² Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 856

Konseyin verebileceği disiplin cezaları 45 inci maddeye göre şunlardır:

Sicile işlemek suretiyle ihtar, görev değiştirme, bazı görevlerin alınması, derece ve maaş indirilmesi, rütbe indirilmesi, görevden alma, emeklilik hakkını kazanmamış olanın görevine son verme, emeklilik hakkıyla veya onsuz göreve son verme.²⁷³

Öte yandan 20 Şubat 1967 tarihli kararname uyarınca, Adalet Bakanlığı Merkez Teşkilatındaki idarî görevlerde çalışan hâkim ve savcılar hakkında Birim Başkanı olan genel müdürler, disiplin kovuşturması dışında basit uyarı cezaları verebilir.²⁷⁴

2. İtalya Yüksek Hakimler Kurulu

İtalya'da yargısal tayinler Yüksek Hakimler Kurulu'nun tavsiyesiyle Devlet Başkanı tarafından yapılır.²⁷⁵ Kurul; Yargıtay başkanı ve Başsavcı, alelade hakimlerden seçilen 14 üye ve Parlamantonun iki kanadının müşterek toplantısında ve üniversite öğretim üyeleri arasından veya on beş yıl meslek tecrübesi olan avukatlar arasından seçilen yedi üyeden oluşmaktadır.²⁷⁶

İtalyan Yüksek Hakimlik Divanı ile Fransız Yüksek Divanını karşılaştıracak olursak, Fransa'da hakimlerin Yüksek Divanda ekalliyette olmasına karşılık, İtalya'da üçte iki nisbetinde bir ekseriyete sahip bulunduğu, Fransa'dan farklı olarak İtalya'da Adalet Bakanının Yüksek Divana dahil edilmediği, İtalya'da Temyiz Mahkemesi Birinci Reisi ile Başsavcının Divana tabii aza olarak ithal edildiği, diğer taraftan her iki ülkede de Devlet başkanının yüksek hakimlik divanının reisi olduğu görülmektedir.²⁷⁷

²⁷³ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s.120-121.

²⁷⁴ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s.121.

²⁷⁵ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 108.

²⁷⁶ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 108.

²⁷⁷ Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 147-148.

İtalya, Fransa'nın geçirmiş olduğu adli korparasyonlar tecrübesini geçirmemiş olduğundan, hakimlere ekseriyet tanımak hususunda İtalyan Kurucular Meclisi Fransızlar gibi çekingen davranmamıştır.²⁷⁸

B. TÜRKİYE'DE 1961 ANAYASASI İLE OLUŞTURULAN YÜKSEK HAKİMLER KURULU

1961 Anayasası “ hâkimlerin bütün özlük işleri hakkında karar ” vermek (m. 144/1) üzere bir Yüksek Hâkimler Kurulu kurmuştur. 1961 Anayasasının ilk şekline göre, “ Yüksek Hâkimler Kurulu, onsekiz asıl beş yedek üyeden kuruludur. Bu üyelerden altısı Yargıtay genel kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce ve kendi aralarından gizli oyla seçilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu, yüksek mahkemelerde hâkimlik etmiş veya bunlara üye olma şartını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler. Bu usûlle Yargıtay genel kurulunca iki, birinci sınıfa ayrılmış hâkimler ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu tarafından birer yedek üye seçilir. ” (m. 143/1). Bu madde 1971 yılında 1488 sayılı Kanun'la değiştirilmiş ve onbir asıl ve üç yedek üyeden kurulu olan Yüksek Hâkimler Kurulunun bütün üyelerinin Yargıtay Genel Kurulu'nca kendileri arasından ve üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçileceği hükme bağlanmıştır. Bu değişiklikte, özellikle, Yüksek Hâkimler Kurulu'na yasama meclislerince üye seçilmesi usûlünün beklenen faydaları sağlamaması, bu konuda parti faktörlerinin etkili olması, çoğu zaman seçimlerin gecikmesi gibi nedenler rol oynamıştır.²⁷⁹ Bütün üyelerin seçiminin Yargıtay'a bırakılmasıyla, Yüksek Hâkimler Kurulu'nun her bakımdan tam bağımsızlığa kavuşacağı ve böylece

²⁷⁸ Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 147.

²⁷⁹ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 372.

hâkimlerin bağımsızlığının da en etkili biçimde garanti altına alınmış olacağı düşünülmüştür.²⁸⁰

Madde gerekçesinde de bu husus şöyle açıklanmıştır: "Hakimlik teminatının sağlanması için, hakimlerin özlük işleri hakkında karar alma yetkisinin yürütme organından alınarak yargı organı içinde teşkil edilecek bir kurula verilmesi prensibinden hareket edilmiştir."²⁸¹

Daha önce de belirttiğimiz gibi, 1961 Anayasasına göre Yüksek Hakimler Kurulunun görev alanı, “ adliye mahkemeleri hakimlerinin özlük işleri hakkında ” karar vermekle sınırlıdır.

1961 Anayasasının 1488 sayılı Kanun ile değişik 144. maddesinin beşinci fıkrasına göre, “hâkimlerin denetimi ve haklarındaki soruşturma, Yüksek Hâkimler Kuruluna bağlı ve sürekli olarak görevli müfettiş hâkimler eliyle yapılır. Müfettiş hâkimler, hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu mesleklerden sayılanlar arasından Yüksek Hâkimler Kurulunca atanır. Müfettiş hâkimlerin nitelikleri ile atanma usulleri, hakları, ödevleri, ödenek ve yollukları, meslekte ilerlemeleri, haklarında disiplin kovuşturması yapılması ve disiplin cezası uygulaması, hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

Diğer taraftan, 9/7/1961 günlü, 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 20/9/1971 günlü, 1488 sayılı Yasa ile değişik 144. maddesinin birinci fıkrasında "Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz. Ancak, disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili kararların bir defa daha incelenmesini, Adalet Bakanı veya hakkında karar verilen hâkim isteyebilir." yolunda değişiklik yapılmıştır. Bu kuralın Anayasa'nın 9. maddesi hükmüne aykırı olduğu ileri sürülerek Danıştay 5. Dairesi tarafından iptalinin

²⁸⁰ Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s. 372.

²⁸¹ Mehmet Handan Surlu, “ Gündemden İnmeyen Sorun:Yargı Bağımsızlığı Veya Türk Yargı Bağımsızlığının Simgesi Olarak Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulunun Özlenen Oluşumu ” **TBMM Anayasa Hukuku 1. Uluslar Arası Sempozyumu**, TBMM Başkanlığı Yayınları No:1, Ankara 2003, s. 279.

istenilmesi üzerine, adı geçen hüküm Anayasa Mahkemesinin 27.1.1977 tarih ve E: 1976/43, K: 1977/4 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

AYM'nin iptal gerekçesinde, “Yüksek Hâkimler Kurulunun kararlarına karşı yargı denetimini engelleyen dava konusu kural, İnsan Hakları İlkesine aykırıdır....İtiraz konusu kural, her türlü denetimi ve özellikle yargı denetimini ortadan kaldırmakta, hâkimleri hukuksal güvenceden yoksun bırakmaktadır. Hâkimi yargı yoluna başvurma hakkından yoksun olan bir devlette, bireylerin hukuksal güvenceye sahip olduğu savunulamaz. Şikayete uğrayan veya denetim nedeniyle hakkında soruşturma açılan hâkim, Yüksek Hâkimler Kurulu kararıyla meslekten çıkarılabilecek, fakat hâkim, bu karara karşı yargı yerine başvuramayacaktır. Bunun hukukla bağdaşır bir yönü yoktur. Bu nedenlerle Yüksek Hâkimler Kurulunun kararlarına karşı yargı yerine başvurulamaması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer...Bütün kamu görevlilerine ve bu arada Yargıtay ve Danıştay hâkimlerine özlük haklarıyla ilgili olarak uygulanan idarî işlemlerden dolayı yargı yoluna başvurma hakkı tanındığı halde, adliye mahkemeleri hâkimlerine bu hak tanınmamaktadır. Bu durumun eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı herhangi bir kuşkuyla yer vermeyecek derecede açıktır.”²⁸² şeklinde tespitlere yer verilmiştir. Dolayısıyla, 1961 Anayasasında Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu görülmektedir.

Bize göre de, idarenin her türlü iş ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olmasının kural olması, idari bir makam olduğu dikkate alındığında Yüksek Hakimler Kurulunun kararlarına karşı da yargı yolunun açık olması gerekir. Kendisine haksızlık yapıldığını ileri süren herkesin yargı makamına başvurma hakkı olmasına rağmen, söz konusu uyuşmazlıkları çözümlemekle görevli ve yetkili olan hakimlerin, kendileri hakkında verilen kararlara karşı dava yolunun kapatılmış olması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

²⁸² www.anayasa.gov.tr. 4.6.2008.

C. 1982 ANAYASASI İLE YENİDEN DÜZENLENEN HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU

1982 Anayasası, Yüksek Hakimler Kurulunu “ Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu ” adı altında yeniden düzenlenmiştir. Anayasanın 159. maddesine göre, “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 asil 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.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; 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 uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hakimnin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Kurulun görevlerini yerine getirmesi, seçim ve çalışma usulleriyle itirazların Kurul bünyesinde incelenmesi esasları kanunla düzenlenir.

Adalet Bakanlığının merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılarının muvafakatlarını alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

Adalet Bakanı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hakim ve savcılar geçici yetki ile görevlendirebilir.”

1982 Anayasasının 1961 Anayasası sisteminden önemli ölçüde ayrıldığı görülmektedir. 1961 Anayasasında “idari yargı hakim ve savcılar” hakkında karar verme yetkisi Yüksek Hakimler Kurulunun yetki alanı dışında tutulmasına rağmen, 1982 Anayasası ile kurulan Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun görev alanının idari yargı hakim ve savcılarını da kapsadığı ilk başta göze çarpmaktadır. Diğer taraftan, 1961 Anayasası sisteminde, Yüksek Hakimler Kurulunun bütün üyeleri Yargıtay tarafından seçilmesine rağmen, 1982 Anayasası’nda, yürütme organından Adalet Bakanı ile müsteşarın Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğine getirildiği, Kurulun yargıç statüsünde olan bütün üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından atandığı, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapatıldığı görülmektedir. Bunun yanında, 1982 Anayasasının, “Hakim ve Savcıların Denetimi ” başlıklı 144. maddesi ile hakim ve savcılarının denetiminin, Adalet Bakanlığı bünyesi içindeki adalet müfettişleri tarafından yapılması öngörülmüştür. Buna göre “ Hakim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına 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 yaptırabilir.”

D. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NA İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

Gerek doktrinde gerekse yargı mensupları tarafından HSYK'nun yapısının ve Anayasa'da bu konuda yer alan düzenlemelerin yargı bağımsızlığını ihlal ettiğine ilişkin olarak bir çok eleştiriler getirilmiştir.

Öncelikli olarak, Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun başkanının Adalet Bakanı olması ve müsteşarının da Kurul'un tabi üye olmasının bile şu an için tek başına bağımsızlığın özlenen düzeyde olmadığını söylemek için yeterli olduğu yüksek yargı üyelerince ifade edilmiştir.²⁸³ Buna karşın, doktrinde bu eleştiriler kabul görmemektedir. Doktrinde, bütün üyelerin yargı tarafından seçilmesinin bir çeşit kast zihniyetine sahip bir yargı teknokrasisi oluşturabileceği ve böylece yargı organlarının toplumdaki değişimlere duyarsız kalabileceği gibi bir sakıncayı da taşıdığı,²⁸⁴ kooptasyon sisteminin zamanımızda çok dar bir uygulama alanı bulduğu,²⁸⁵ Adalet Bakanı'nın, ülkenin adalet politikasının gidişinden²⁸⁶ ve adalet hizmetlerinin iyi işlemesinden sorumlu olduğu, böylesine sorumluluk altına giren Bakanın hakimlerin atamasında etkili olmasının bir sakıncasının bulunmadığı,²⁸⁷ Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumunda Adalet Bakanı ve müsteşarının bulunmasının karşılaştırmalı hukukun verilerine de tamamen uygun olduğu²⁸⁸ savunulmaktadır. Bazı yazarlar tarafından ise, hem Bakan, hem de müsteşarının yerine sadece birinin ve tercihen de, siyasi bir kimlik taşımadığı için daha tarafsız görüntü verebilecek müsteşarın, Kurulun doğal üyesi olmasının daha yerinde olacağı görüşü ileri sürülmektedir.²⁸⁹

Bu konuyla ilgili olarak Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Belgelerin de incelenmesinde fayda görüyoruz. Hakimlerin Rolü,

²⁸³ Mehmet Handan Surlu, a.g.m., s. 281; Ali Rıza Çınar, a.g.m., s. 27.

²⁸⁴ Ergun Özbudun, a.g.e., s. 373.

²⁸⁵ Münici Kapani, a.g.e., s. 51-59.

²⁸⁶ Şeref Ünal, a.g.e., s. 85-86.

²⁸⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 856

²⁸⁸ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 856; Sait Güran, a.g.m., s. 12.

²⁸⁹ Ali Ulusoy, a.g.m., s.58.

Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararında, (m. 1/2-c) “ Hakimlerin seğıimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla merciin üyeleri yargı tarafından seğıilmeli ve bu mercii kendi usul kurallarını kendisi vaz’etmelidir.

Bununla birlikte, anayasa veya diğer yasa hükümlerinin ve geleneklerin müsaade etmesi nedeniyle hakimlerin, hükümet tarafından atandığı hallerde; hakimlerin atanma usullerinin şeffaflığını ve uygulamada bağımsızlığını sağlayıcı teminatlar sağlanmalı ve bu kararlar, yukarıda sözü edilen objektif kriterlerin dışında hiçbir nedenden etkilenmemelidir. Aşağıdaki unsurlardan biri veya hepsi, bu teminatlara örnek olarak gösterilebilir:

Hükümete, uygulamada izleyeceği tavsiyeleri; özel bir bağımsız ve tam yetkili organ verebilir. Veya

(Hükümetin almış olduğu) Karara karşı, bağımsız bir organ önünde itiraz hakkı tanınabilir. Veya

Kararı alan mercii, gereksiz ve uygunsuz etkilere karşı tedbir alabilir. ” ²⁹⁰

AB Komisyonunun Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin İşleyişi ile ilgili İstişari Ziyaret Raporunda, Avrupa Konseyi Tavsiye Kararının yukarıda yer alan maddede yazılı prensibi gereğince, 1982 Anayasasının 159. maddesinin, Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarı’nın HSYK’dan çıkartılmasını sağlayacak şekilde tadil edilmesinin daha önceki raporda tavsiye edildiği belirtilmiştir.²⁹¹ AB heyeti tarafından yapılan bir dizi görüşmeler sonucunda, Yargıtay Başkanı, şayet Müsteşar HSYK’dan çıkartılır ve İlk İstişari Ziyaret raporunda belirtilen tavsiyeler paralelinde yapısal değişiklikler gerçekteştirilirse, Adalet Bakanının Yüksek Kurulda kalmasının yargı bağımsızlığına halel getirmeyeceğini, AYM Başkanı ise, hem Adalet Bakanının hem de Müsteşarın Kurul’dan çıkartılması gerektiğine

²⁹⁰ Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslar arası Belgeler, Adalet Bakanlığı, Eylül 2004, s. 15.

²⁹¹ İstişari Ziyaret Raporu, s. 29.

inandığını ifade etmiştir. Bu görüşmeler neticesinde, AB Komisyonu, İlk İstişari Ziyaret raporundan belirtilen tavsiyeler paralelinde gereken reformlar gerçekleştiği takdirde, oy hakkını haiz olmamak kaydıyla Adalet Bakanı ve Müsteşarın HSYK'da yer almasının Türkiye'de yargı bağımsızlığına her hangi bir halel getirmeyeceği görüşünü dile getirmiştir.²⁹²

Hakimlerin seçiminde uygulanan her sistemin kendine özgü bir takım sakıncaları bulunmaktadır. Kurul üyelerinin bir kısmının yasama organına tarafından seçilmesinin amacı, temsili demokrasinin temel ilkesine uygun olarak, kurulun oluşumunda yasama meclislerine de söz hakkı tanımak suretiyle, onu halkın temsilcilerinden büsbütün koparmak istenmemesidir.²⁹³ Parlamento tarafından yapılan seçime karşı yapılan eleştirilerin en önemlisi, mahkemelerin siyasî parti mensupları tarafından doldurulacağı veya hâkimlerin siyasî görüşleri dolayısıyla bu makama getirileceği endişesidir.²⁹⁴ Bu nedenle, Yüksek Kurula yasama organı tarafından seçilecek üyelerin seçimlerinde parlamentoda basit çoğunluğun değil, mevsuf çoğunluğun aranarak, azınlığa da söz hakkı tanımak suretiyle bu sakıncaları gidermek mümkün olabilir. Hakimlerin kendi aralarından kurula üye seçmeleri durumunda ise, yurdun değişik bölgelerinde türlü şartlar altında görev yapan hâkimlerin birbirlerini gerçekten tanımaları ve yetenekli kimseleri kurula üye seçmelerinin mümkün olmaması nedeniyle, seçimlerde, "bölgecilik ve tavizcilik gibi hâkimler için hiçte iyi olmayan cereyanların galip gelmesi" tehlikesi bulunmaktadır.²⁹⁵ Nitekim ülkemizde bu sistem de beklenen sonucu verememiştir.

Her ülkenin sosyolojik ve siyasi yapısının farklı olması nedeniyle, yasal düzenlemeler ülkeden ülkeye değişmektedir ve bu da gayet tabiidir. Ülkemizde hakimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi hariç, diğer bütün sistemler uygulanmıştır. Ancak, her sistemin kendine göre bir takım sakıncaları olması

²⁹² İstişari Ziyaret Raporu, s. 31.

²⁹³ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 74.

²⁹⁴ Baki Kuru, **a.g.e.**, s. 23.

²⁹⁵ Baki Kuru, **a.g.e.**, s.23.

nedeniyle, her yeni düzenleme büyük tartışmalara konu olmuş ve kısa süre içerisinde değiştirilmiştir. Bizce de, saf kooptasyon sisteminin uygulanmasının, hâkimliğin, çok geçmeden, sadece muayyen ailelere ve onların mensuplarına tahsis edilmiş bir meslek, kapalı bir teşekkül halini alacağı gibi bir sakıncayı da beraberinde getirmesi, tarihteki örneklerine bakıldığında yüksek bir olasılıktır. Bu nedenle uygulanabilecek en isabetli sistem özel Kurul sistemidir. Ancak mevcut HSYK içerisinde, sadece iki Danıştay üyesi bulunmaktadır. Bu durum ise, idari yargı hakim ve savcılarının atanmasında idari yargı formasyonuna sahip üyelerin azınlıkta olduğunu göstermektedir. Öte yandan, uygulamada, HSYK'nun çalışmaya başladığı 1982 yılından bu yana Yargıtay üyeleri idari yargıya, Danıştay üyeleri adli yargıya ilişkin işlerde insiyatif almamakta, katılımcı olmamaktadır.²⁹⁶ Bu durumda, ülkemizde yargı birliği sistemi değil, idari rejim sistemi geçerli olduğuna göre, idari yargı mensuplarının adli yargı mensuplarından farklı bir Yüksek Kurul tarafından yönetilmesi daha isabetli olacaktır. Yani ya İdari Yargı Yüksek Hakimler Kurulu kurulmalı,²⁹⁷ ya da HSYK'nun karar organlarının oluşum ve organizasyonunda değişiklik yapıp, idari yargı mensupları için karar alınacağında Kurulun ağırlıklı olarak idari yargı kökenli üyelerden oluşması gerekmektedir.²⁹⁸ Güran'a göre, İdari Yargı Yüksek Hakimler Kurulunun başkanı Danıştay Başkanı olacak, Danıştay'a üye seçen toplantılara Cumhurbaşkanı oy hakkı ile başkanlık edecektir.²⁹⁹ Yine Güran'a göre, Bölge İdare Mahkemelerindeki yapılanma, BİM Başyargıcı, yönetsel işlerinde yardımcı olan Bölge İdare Yöneticisi şeklinde olmalı, her ay Bölge Başkanları toplantısı yapılmalı, bu toplantı başyargıcın, daire başkanlarının ve bölge idare yöneticilerinin oluşturduğu genel durum çalışması şeklinde olmalıdır.³⁰⁰

²⁹⁶ Orhun Yet, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Yargıda Örgütlenme", YARSAV Yayınları, Ankara 2008, s. 21.

²⁹⁷ Sait Güran, a.g.m., s. 12.

²⁹⁸ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 59.

²⁹⁹ Sait Güran, a.g.m., s. 12.

³⁰⁰ " ", a.g.m., s. 13.

1982 Anayasası ile hakim ve savcılarının görevlerini kanun, tüzük, yönetmeliklere ve 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 yetkisine sahip olan adalet müfettişlerinin Adalet Bakanlığı'na bağlı bulunmaları yargı bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyen bir unsur olarak görülmektedir. Her ne kadar, yapılan disiplin ve soruşturma sonucunda her türlü disiplin cezasını verme yetkisi yine HSYK'na ait olsa da, soruşturma sonucunun verilecek kararı da büyük ölçüde etkilemesi doğal olduğundan, soruşturmanın siyasi bir makam olan Adalet Bakanlığı tarafından başlatılması ve ona bağlı müfettişlerce yapılması hakim bağımsızlığı ve teminatı ilkelerine uygun değildir.³⁰¹ Bu nedenle, denetim ve soruşturmanın HSYK tarafından atanan müfettişlerce yapılması, Anayasanın benimsediği sisteme ve hakimlik teminatının gereklerine daha uygun olacaktır.³⁰² Öte yandan, AB Komisyonu İstisari Ziyaret Raporunda da, adalet müfettişlerinin HSYK'nun doğrudan denetimi altında çalışmak üzere yeniden atanması tavsiye edilmiştir.³⁰³

HSYK ile ilgili yapılan düzenlemelere getirilen en büyük eleştiri ise, HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasıdır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişiklikle getirilen benzer bir hüküm, Anayasa Mahkemesinin 1977/4 sayılı kararıyla³⁰⁴ “insan hakları” ve “hukuk devleti” ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Anayasanın 159. maddesi uyarınca Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamamaktadır. Oysa, HSYK'nun hakimlerin özlük hakları konusunda yetkili bir idari organ ve Kurul kararlarının da idari karar niteliğinde olduklarından

³⁰¹ Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ağustos 2008, s. 279.; Ali Rıza Çınar, a.g.m., s. 27.

³⁰² Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 363.

³⁰³ İstisari Ziyaret Raporu, s. 35.

³⁰⁴ 21.7.1977 gün ve E:1976/43, K:1977/4, **AYMKD**, sayı 15, s.113-119.

ne öğretide³⁰⁵ ne de içtihadi hukukta³⁰⁶ hiçbir kuşku yoktur. Bu nedenle, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun da açık olması gerekmektedir.³⁰⁷ Bazı yazarlar tarafından ise, Kurul kararlarına karşı Danıştay'a başvurma yolunun kapatılmasının, yapılan düzenlemenin mantıki bir sonucu olduğu, bir kurulun kararlarını, üyelerini bizzat aynı kurulun seçtiği Danıştay'ın denetimine tabi tutmanın yargı sistemi içindeki hiyerarşi anlayışına ters düştüğü gibi, istenilen sonucun alınmasının da mümkün olmadığı, çünkü bu takdirde HSYK'nun Danıştay üyelerini kendi düşünceleri doğrultusunda karar verecek kişiler arasından seçme eğiliminde olacağı³⁰⁸ ileri sürülmektedir.

Danıştay üyelerinin ¾'ünün Kurul tarafından seçilmesi nedeniyle, Kurul kararlarına karşı Danıştay'da dava yolunun öngörülmemiş olması yargı hiyerarşisi açısından elbette ki uygundur. Ancak bu, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmasını haklı kılmaz. Her türlü idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolunun açık olması hukuk devleti ilkesinin doğal sonucudur. Nitekim, Fransa'da Yüksek Hakimler Şurası'nın kararlarına karşı Devlet Şurasına başvurulabilmektedir. Georges Burdeo'ya göre, eğer bu mümkün olmasaydı, hakimlik teminatı zayıflamış olurdu.³⁰⁹ Tabi ki, Fransa'da idari yargı mensuplarının Yüksek Hakimler Konseyi'nin yetki alanı dışında tutulduğu³¹⁰ unutulmamalıdır. Bu durumda, ya HSYK'nun Danıştay üzerinde herhangi bir yetkiye sahip olmaması (üye seçimi gibi), ya da Kurul kararlarının denetiminin Kurulun üzerinde hiçbir yetkisi bulunmayan bir üst mahkeme veya merci (ör. Anayasa Mahkemesi) tarafından yapılması, hukuk devleti ve adil yargılanma

³⁰⁵ E. Özbudun, **a.g.e.**, s. 375; B. Tanör, Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri, s. 179; A. Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, s. 281.

³⁰⁶ 15.5.1963 gün ve E:1963/119, K:1963/113, **AYMKD**, sayı 1 s.288-293; 21.7.1977 gün ve E: 1976/43, K:1977/4, **AYMKD** sayı 15, s.115; 18.6.1985 gün ve E:1985/3 K: 1985/8, **AYMKD** sayı 21, s. 200-203; 27.4.1993 gün ve E:1992/37, K:1993/18 **AYMKD** sayı 31/1, s.113-119.

³⁰⁷ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 857.; Ali Ulusoy, a.g.m., s. 59; Ahmet Zeyneloğlu, "Yargıç ve Mahkemelerin Bağımsızlığı", Milliyet 10.6.1981.; Mustafa Reşit Karahasan, "Yargıç Bağımsızlığı", Cumhuriyet 28.5.1981.

³⁰⁸ Ş. Ünal, **a.g.e.**, s. 90-91

³⁰⁹ E. Özbudun, **a.g.e.**, s. 376.

³¹⁰ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 59.

ilkelerine daha uygun olacaktır.³¹¹ Öte yandan, Kurul kararlarına karşı, yüksek hâkimlerden oluşan ve bağımsız bir mahkeme gibi çalışacak olan itirazları inceleme kuruluna başvurma'nın mümkün olması nedeniyle, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun tam olarak kapatıldığı'nın iddia edilemeyeceği de ileri sürülebilir.³¹² Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, HSYK niteliği gereği idari bir organdır, dolayısıyla Kurulun vermiş olduğu kararlara karşı Anayasa Mahkemesi'nde dava yolunun açık olması, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının gereğidir.

2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 16. maddesine göre, Kurul'da yapılan işlemler ve görüşmeler gizlidir. Uygulamada, bu hükme dayanılarak Kurul kararlarında her hangi bir gerekçeye yer verilmediği görülmektedir. Hakimlik mesleğinin itibarı ve yıpranmaması düşünülerek görüşmelerin gizli tutulması anlaşılabilir ise de, işlemlerin gizli olacağı yolundaki düzenleme, haklarında işlem yapılan hakimlerin haklarında verilen kararın sadece hüküm kısmı ile karşılaşmaları, kararın gerekçesine ise ulaşamamaları sonucunu doğurmaktadır. Bu sonucun, açıklığın ve şeffaflığın esas olduğu demokratik hukuk rejimi ile hiçbir şekilde bağdaşmayacağı aşikardır.³¹³

Ülkemiz gibi sosyal gelişimin tam sağlanmadığı toplumlarda sorumluluk duygusunun gelişmemesi ve buna bağlı olarak oto kontrolün de yaygın olmaması nedeniyle, denetimi olmayan yapılanmalarda subjektivitenin önlenemeyeceği açıktır.³¹⁴ Bu yönden bakıldığında Kurulun bu yapısal durumu itibariyle hakimlerin özne bağımsızlığını sağlamaya yeterli olmadığı görülmektedir. Bu güne kadar yapılan uygulamalar göz önüne alındığında hakimlerin mesleği ile ilgili beklentilerinin karşılanması veya endişelerinin

³¹¹ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 59.

³¹² Ş. Ünal, a.g.e., s. 90-91.

³¹³ Orhun Yet, a.g.m., s. 21.

³¹⁴ Orhun Yet, a.g.m., s. 23.

giderilmesi için Kurul üyeleri ile mutlaka kişisel irtibatın sağlanması gerekliliği yaygın bir teamüle dönüşmüştür.³¹⁵

Sonuçta, hakimlerin statüsü üzerinde mutlak ve değişmez karar verme gücüne sahip olan ve kararlarına karşı etkili bir hak arama yolu mevcut olmayan Hakimler ve Savcılar Kurulu yönünden hakimlerin özne bağımsızlığına sahip olamadıkları, bunun da bağımsız yargı kavramı ile uygun düşmediği açıktır.³¹⁶

Öte yandan, HSYK'nun kendisine ait bir binası, bütçesi ve sekreteryasının olmaması³¹⁷ yargı bağımsızlığına ve yargıçlık güvencesine gölge düşüren diğer olumsuz yanlardır.

³¹⁵ Orhun Yet, a.g.m., s. 23.

³¹⁶ Orhun Yet, a.g.m., s.23.

³¹⁷ A. Rıza Çınar, a.g.m., s. 16; A.Şeref Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 440; M. Handan Surlu, a.g.m., s. 284; Sami Selçuk, 2001-2002 Yılı Adli Yıl Açış Konuşması, s. 117; Ahmet Coşar, 1987-1988 Adli Yıl Açış Konuşması, Adalet Dergisi, 5. sayı eki, s. 16; AB Yargı Raporu, s. 38.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ YARGININ KAYNAĞI

1982 Anayasası ile idari yargı hakimleri ile adli yargı hakimlerinin tabi olduğu sistem farklılıkları ortadan kaldırılmış ve her iki yargı kolunun da atanmaları ve özlük hakları HSYK tarafından yapılmaya başlanmıştır. Yukarıda yer alan bölümlerde, 1982 Anayasasında hakimlerin bağımsızlığına ilişkin olarak yer alan düzenlemeler ayrıntılı olarak açıklandığı ve bu durum idari yargı mensupları için de geçerli olduğu için, bu hususlara tekrar değinilmeyecektir. Bu bölümde, ülkemizin örnek aldığı Fransız İdari Yargı Sistemi hakkında ön bilgi verilmesinden sonra, yargı bağımsızlığı açısından en önemli husus olan hakimlerin mesleğe alınmaları, kabulleri ve terfileri incelenecektir.

I. FRANSIZ İDARİ YARGI SİSTEMİ

Fransa’da yerel mahkemeler hukuk ve ceza mahkemelerinden oluşmaktadır. Hukuk mahkemeleri de, genel yetkili ve özel yetkili mahkemeler olarak iki kısma ayrılmaktadır. İdare Mahkemelerini bu kısım içinde sayabiliriz.³¹⁸

Fransız idari yargı sistemi içerisinde ilk derece mahkemesi olarak idare mahkemeleri, istinaf mahkemesi olarak Bölge İdare Mahkemeleri ve temyiz mahkemesi olarak da Conseil d’Etat (Danıştay) bulunmaktadır.³¹⁹

³¹⁸ Arzu Oğuz, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 136-138.

³¹⁹ Cemil Çelik, Yunus Yılmaz, “Fransa’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı”, 22 Numaralı AYİM Dergisi, www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makaleler.asp.

A. İDARİ YARGI MENSUPLARININ SEÇİLMELERİ VE ATANMALARI

Fransız Danıştay'ının yani Conseil d'Etat'nın başkanı Başbakanıdır. Tüm Conseil d'Etat üyeleri Adalet Bakan'ın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla atanmaktadır.³²⁰ Conseil d'Etat'da istisnai ve olağan üyeler olmak üzere iki tür yüksek yargıç vardır. İstisnai üyelerin sayısı 14 ile sınırlı olup, bunlar yargısal dairede görev almazlar. Conseil d'Etat'da ikinci sınıf tetkik hakimi, birinci sınıf tetkik hakimi, kıdemli hakim ve Conseil d'Etat üyeleri bulunmaktadır.³²¹ İkinci sınıf tetkik hakimlerinin hepsi Yüksek İdare Okulu mezunları arasından ve bu okulu bitirme derecesine göre, birinci sınıf tetkik hakimlerinin kural olarak tamamı ikinci sınıf tetkik hakimleri arasından Adalet Bakanının teklifi üzerine müşterek kararname ile, (kuralın istisnası ise, orduda görev yapanların da seçilebilmesidir.) kıdemli hakimlerin $\frac{3}{4}$ 'ü Danıştay birinci sınıf tetkik hakimleri arasından Conseil d'Etat Başkan vekilinin daire başkanlarıyla müzakere sonucunda belirlediği üç aday arasından Adalet Bakanının teklifi üzerine Başbakanlık kararıyla, $\frac{1}{4}$ 'ü ise Danıştay mensubu olmayıp askeri ve sivil bürokraside en az 10 yıl görev yapmış ve 30 yaşın üstündeki kişiler arasından hükümetçe serbestçe seçilir.³²² Söz konusu $\frac{1}{4}$ oranın içerisinde yer alan ve “dışarıdan gelen sırası” diye ifade edilen kıdemli hakimlerin $\frac{1}{4}$ 'ü ise, idare mahkemesi veya Bölge İdare Mahkemesi başkanları veya buralardaki birinci sınıf tetkik hakimleri arasından Conseil d'Etat başkan vekili ve daire başkanları ile yapılan müzakereler ile belirlenir.³²³

Conseil d'Etat'nın olağan üyelerinin $\frac{2}{3}$ 'ü Conseil d'Etat'daki kıdemli hakimler, $\frac{1}{3}$ 'ü ise idarenin yüksek kademelerinde görev yapmış ve en az 45 yaşındaki kimseler arasından serbestçe seçilir.³²⁴ Bu kimselerin hukukçu veya

³²⁰ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 47.

³²¹ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 47-48.

³²² Ali Ulusoy, a.g.m., s. 47-48.

³²³ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 47.

³²⁴ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 47.

yargıç olma zorunluluğu yoktur. “Dışarıdan gelenin sırası” deyimiyle anılan bu sistem uzun süreden beri uygulanmaktadır. Bu sistemle atanacakların 1/6’sının Conseil d’Etat Başkan Vekilinin daire başkanlarıyla müzakere sonucu önereceği idare mahkemeleri veya bölge idare mahkemeleri başkanları arasından seçilmesi zorunludur.³²⁵

Kıdemli hakimlerin belirlenmesinde kıdem esası bulunmakta olup, belirtilen kıdeme ulaşmış bir tetkik hakimi varken, henüz bu kıdeme ulaşmamış bir tetkik hakiminin kıdemli hakim yapılması söz konusu değildir.³²⁶ Yine, 12 yılını doldurmuş bir kıdemli hakimın üyeliğini Conseil d’Etat üst yönetimi kural olarak en fazla 6 yıl geciktirebilir. Çünkü kendi kadrosunda 18 yılını doldurmuş kıdemli hakimın bütçe olanaksızlığı bulunmadığı sürece üye yapılması zorunludur.³²⁷ Aynı şekilde 8 yıl tetkik hakimliği yapan birinin kıdemli hakim yapılması da zorunlu tutulmuştur.³²⁸ Görüleceği üzere, belli bir kıdeme ulaşmış hakimlerin bir üst kadroya atanması neredeyse otomatiktir. Uygulamada, bir ENA (Yüksek İdare Okulu) mezunu, ortalama 3 yılda kıdemli hakim, kıdemli hakimlikten itibaren 12 yıl sonra da Conseil d’Etat üyesi olmaktadır.³²⁹

İdare ve Bölge İdare Mahkemeleri üyeleri ise Cumhurbaşkanı kararnamesiyle atanır.³³⁰ Üyelerin ¾’ü ENA mezunları arasından, ¼’ü ise en az 10 yıl kamu hizmeti ifa etmiş askeri veya sivil yüksek memurlar arasından “dışarıdan gelen sırası ” yoluyla seçilir.³³¹

³²⁵ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 47.

³²⁶ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 48.

³²⁷ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 48.

³²⁸ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 48.

³²⁹ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 48.

³³⁰ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 49.

³³¹ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 49.

B. FRANSIZ İDARİ YARGI MENSUPLARININ STATÜLERİ

Fransa'da henüz yargı bağımsızlığı tam olarak gerçekleşmemiştir.³³² 1958 tarihli yeni Fransız Anayasasında yargı bağımsızlığı konusu sadece 64. maddede düzenlenmiş olup, söz konusu maddede Cumhurbaşkanı'nın adli otoritenin bağımsızlığının kefil olduğu belirtilmiştir.³³³

Daha öncede belirttiğimiz gibi, idari yargı hakimleri, yargıç statüsünde görülmemektedirler.³³⁴ Nitekim, Anayasanın 34. ve 64. maddeleri uyarınca, idari yargı mensuplarının Anayasal açıdan yargıç değil, memur konumunda oldukları belirlenmiştir.³³⁵ Bu nedenle, adli yargıdan farklı prosedüre tabidirler. Mevzuatta, Conseil d'Etat mensuplarının azledilmezlik güvenceleri bulunmamakta, disiplin cezası verme yetkisi kural olarak Bakanlar Kurulu'na ait olmakta, bu kurum mensupları yarı idari-yarı yargısal fonksiyon icra eden ayrıcalıklı memur gibi görülmektedir.³³⁶ Bu uygulamanın temelinde ise, Fransa'nın tarihi gelişimi ve bu süreç içerisinde idarenin adli yargıdan bağımsız tutularak, idarenin işleyişini bilen kişiler tarafından denetleme yapılmasının sağlanmak istenmesi³³⁷ bulunmaktadır.

İdare ve Bölge İdare Mahkemelerinin üyelerinin ise yasal olarak azledilmezlik güvencesi bulunmakta, üyelerin yargıç fonksiyonunu icra ettikleri açıkça belirtilmekte, Conseil d'Etat başkan vekili ve onun belirlediği Conseil d'Etat üyesi ile diğer Conseil d'Etat mensuplarından oluşan İdari Yargı Sürekli Teftiş Birimi tarafından denetlenmektedirler.³³⁸ İdare ve Bölge İdare Mahkemesi üyelerine verilecek disiplin cezaları, ancak İdare Mahkemeleri ve Bölge İdare

³³² Cemil Çelik, Yunus Yılmaz, a.g.m.

³³³ Cemil Çelik, Yunus Yılmaz, a.g.m.

³³⁴ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 51.

³³⁵ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 50.

³³⁶ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 50-51.

³³⁷ Nuri Yaşar, **a.g.e.**, s. 23-29.

³³⁸ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 52.

Mahkemeleri Yüksek Kurulunun önerisi üzerine verilebilir.³³⁹ İdare ve Bölge İdare Mahkemesi Yüksek Kurulu ise, Conseil d'Etat Başkan Vekilinin başkanlığında, İdari Yargı Sürekli Teftiş Birimi Başkanı, Devlet Personel Dairesi Başkanı, Conseil d'Etat Genel Sekreteri, Adalet Bakanlığı Yargı Hizmetleri Genel Müdürü, Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato başkanınca 3 yıl için seçilecek birer kişi ve tüm İdare Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemeleri üyelerinin katıldığı bir seçimle kendi aralarından 3 yıl için seçtikleri 5 temsilciden oluşur.³⁴⁰ Buna göre, genel yönetim Conseil d'Etat başkan vekili tarafından üstlenilmekte, böylelikle idari yargı içerisinde bir bütünlük sağlanmaktadır. Ancak, tüm bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, idari yargı mensuplarının yargı bağımsızlığı konusunda anayasal veya yasal olarak her hangi bir güvenceleri bulunmamaktadır.

II. TÜRKİYE'DE İDARİ YARGI MENSUPLARININ SEÇİLMELERİ VE ATANMALARI

A. GENEL OLARAK

1982 Anayasasına göre, idari yargı hakimlerinin statüsü ile adli yargı hakimlerinin statüsü arasında herhangi bir fark bulunmamakta olup, idari yargı hakimleri de mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına göre görevlerini ifa etmektedir. (AY m. 140)

İdari yargı sistemimiz Fransa idari yargı sistemine büyük ölçüde benzemektedir. İlk derece mahkemeleri olarak idare ve vergi mahkemeleri görev

³³⁹ Ali Ulusoy, a.g.m., s. 52-53.

³⁴⁰ Ali Ulusoy, a.g.m., s.53.

yapmaktadır. İdare mahkemeleri, idari işlem veya eylemler ile tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda genel görevli mahkemelerdir. Tek hakimli olarak karar verilen davalar ile heyet halinde karar verilmekle birlikte 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45. maddesinde sayılan davalara karşı itiraz mercii olarak Bölge İdare Mahkemeleri, kanunlarla kendisine görev verilmesi halinde o uyuşmazlıkla ilgili olarak ilk ve son derece, idare ve vergi mahkemelerinin heyet halinde vermiş olduğu kararlara karşı ise temyiz mercii olarak Danıştay bulunmaktadır. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus Bölge İdare Mahkemelerinin istinaf mahkemesi olmamasıdır.

İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinde hakimler, Danıştay'da ise, tetkik hakimleri ve savcılar ile Danıştay üyeleri tarafından yargılama faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Danıştay meslek mensupları, Danıştay Başkanı, Danıştay Başsavcısı, Danıştay başkanvekili, daire başkanları ile üyelerdir. (Danıştay Kanunu m. 3) Danıştay tetkik hakimleri, kendilerine havale edilen dosyaları inceleyerek hazırlar, ilgili daire veya kurula gerekli açıklamaları yapar, sözlü ve yazılı olarak görüşünü bildirir, ayrıca karar taslaklarını da yazarak hazır hale getirir. (m. 62) Ayrıca Danıştay'da, her daire veya kurulda, o daire veya kurul başkanınca birinci sınıfa ayrılmış tetkik hakimleri arasından seçilen kıdemli tetkik hakimi bulunmaktadır. Kıdemli tetkik hakimi, memurların görevlerine devamlarını, yetişmelerini ve verimli bir biçimde çalışmalarını, idare, dosya ve diğer yazı işleri ile tebligat işlerinin gecikmeden ve düzenli olarak yürütülmesini, Danıştay Başkanının, daire ve kurul başkanının vereceği diğer işleri yapmakla görevlidir. (m. 62) Danıştay savcıları ise, kendilerine havale edilen dosyalarla ilgili olarak kanunda belirtilen süre içerisinde yazılı düşüncelerini bildirirler. (m. 61)

Danıştay; onikisi dava, biri idari daire olmak üzere onüç daireden oluşur. Bu dairelerden, Birinci Daire, dava dairesi olmayıp, idari işlere ilişkin idari uyuşmazlıklara ve görevlere bakar. Diğer daireler ise Danıştay Kanunu'nda belirtilen ya da Başkanlar Kurulu kararıyla kendilerine verilen konular hakkında ilk derece veya temyiz mahkemesi olarak görev yaparlar. Ayrıca, idare mahkemelerince verilen ısrar kararlarını, idari dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen inceleyen İdari Dava Daireleri Kurulu ile vergi mahkemelerince verilen ısrar kararlarını, vergi dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen inceleyen Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu bulunmaktadır. (m. 38) İdari Dava Daireleri Kurulu, idari dava daireleri başkanları ile her idari dava dairesinin kendi üyeleri arasından her üyenin Kurulda görev yapacağı şekilde iki yıl için seçilecek üçer üyeden; Vergi Dava Daireleri Kurulu ise, vergi dava daireleri başkanları ile her vergi dava dairesinin kendi üyeleri arasından her üyenin Kurulda görev yapacağı şekilde iki yıl için seçilecek üçer üyeden oluşur. (m. 17) Bu kurullara ya Danıştay Başkanı ya da vekillerden birisi başkanlık eder. Bunun yanında, içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar vermekle yetkili olan (m. 39) ve Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, dava daireleri başkanları ve üyelerinden oluşan İçtihatları Birleştirme Kurulu; üyelerin dairelere ayrılımları, zorunluluk halinde daire başkanlarının ve üyelerin dairelerinin değiştirilmesi, daireler arasında iş dağılımı, Danıştay daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları, ayrı yargı çevrelerinde bulunan idare ve vergi mahkemeleri arasında görev ve yetkiye ilişkin uyuşmazlıklarda ve bağlantılı davalarda merci tayini hakkında karar vermeye yetkili olan (m. 52), Danıştay Başkanının başkanlığında Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanlarından oluşan (m. 19) Başkanlar Kurulu; Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeler hakkında, disiplin kovuşturması yapılmasına ve disiplin cezası uygulanmasına karar vermekle yetkili Yüksek Disiplin Kurulu (m. 53); Danıştay memurları hakkında disiplin işlerini yürüten Disiplin Kurulu (m.

54); kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini, Kanunlarda Danıştay İdari İşler Kurulunda görüşüleceği yazılı olan işleri, Danıştay idari daire ve kurulları arasında çıkacak görev uyuşmazlıklarını, yukarıda yazılı olanlardan başka idari dairelerden çıkan işlerden Danıştay Başkanının havale edeceği işleri, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatı hükümlerine göre ilgili dairece birinci derecede verilen men'i muhakeme kararlarını incelemek ve karar vermekle yetkili ve görevli İdari İşler Kurulu (m. 46) bulunmaktadır.

İdare, Vergi ve Bölge İdare Mahkemeleri bir başkan iki üye ile, Danıştay'ın dava daireleri ise bir başkan dört üye ile toplanarak karar vermektedir.

B. İDARİ YARGI MENSUPLARININ SEÇİMİ

1. İdari Yargı Hakim Adaylarının Seçimi

Hakimlerin mesleğe girişlerinde kimseye karşı minnet hissi duyacağı bir usulün uygulanmamasını zorunlu kılar. Hakimlerin mesleğe başlarken bir minnettarlık duygusu içinde bulunmaları onların tarafsızlığını ciddi ölçüde ihlal eder görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir.³⁴¹ Bu bakımdan hakimlerin mesleğe başlamalarını tanzim eden düzenlemelerin oldukça tarafsız ve objektif bir yapıda olması gereklidir.³⁴²

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 7. maddesinde, adaylık dönemini geçirip 8. maddedeki koşullara uygun olarak yeterli kazanmış olmadıkça, hiç kimsenin yagıçlık ve savcılığa atanamayacağı belirtilmektedir. Ancak, hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, idari ilimler fakültelerinde idare, maliye ve ekonomi dallarında ders veren profesörler ve doçentler, almakta

³⁴¹ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 33.

³⁴² Attila Özer, **a.g.e.**, s. 33

oldukları kadro aylıklarının karşılığı sınıf ve derecedeki idari yargı hakim ve savcılıklarına atanabilmektedir. (m. 39) Adaylar, Devlet Memurları Kanunundaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahildirler, yani hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, Devlet Memurları Kanununun Hakimler ve Savcılar Kanununa aykırı olmayan hükümleri uygulanır. (m. 7)

Hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından da idari yargı hakimi alınabilmektedir. Şu anda, mevcut idari hakim kadrolarının %50'sinden fazlasının hukuk fakültesi mezunu olmadığı düşünülürse, hukuk fakültesi dışından oldukça fazla hakim atamasının yapıldığı görülmektedir. Uzun süreden beri bu konuda çok fazla eleştiriler yapılması üzerine, 2802 sayılı Kanunun 8. maddesinin (c) bendinin ikinci fıkrası, 22.12.2005 gün ve 5435 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değiştirilmiştir. Buna göre, hukuk fakültesi dışından mezun olanlar arasından alınacak idari yargı hakim adayı sayısı, her dönemde alınacak aday sayısının %20'sini geçemeyecektir. Böylelikle bu konuda yapılan eleştirilerin³⁴³ dikkate alındığı görülmektedir.

Bize göre de, idari yargı hakimlerinin tamamının hukuk fakültesi mezunu olması şart değildir. Çünkü, idari yargıda imar işlerinden, ihale işlerine, enerji piyasasından ekonomiyle ilgili tüm iş ve işlemlere kadar oldukça geniş bir alanda yargılama yapılmaktadır. Bu nedenle, mahkeme heyetlerinin oluşumunda, yukarıda belirtilen alanlarda uzman olan ve hukuk fakültesi mezunu olmayan en az bir hakimin bulunmasının, yargılamanın sağlıklı ve adil olması açısından isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Her yıl alınacak aday sayısı, avukatlık mesleğinden alınacaklarla birlikte Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle, kadro ve ihtiyaç durumuna göre Adalet Bakanlığı tarafından tespit edilmektedir. (2802 s.k., m. 9) Yazılı yarışma sınavı Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre ÖSYM

³⁴³ İl Han Özay, İdari Yargının Güncel Sorunu ve Yeniden Yapılanması Bağlamında İdari Yargı Örgütü ve Reorganizasyonu, **2000 yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayın Bürosu No. 59, s. 67-68; Ali Ulusoy, a.g.m., s. 56.

tarafından yapılmakta olup (2802 s.k. m. 9/A) doktora yapanlar yazılı sınava girmemekte, sadece mülakata girmektedirler. (2802 s.k. m. 9) Yazılı sınavda 70 puan ve üzerinde puan alarak başarılı olan adaylar arasında bir sıralama yapılmakta, sınav ilanında belirtilen kadro sayısından bir katı fazlası mülakata çağrılmaktadır. (2802 s.k. m. 9/A) Daha önceki uygulamalarda, yazılı sınavda 70 puan ve üzeri alan tüm adaylar mülakata çağrılmakta ve bu adaylar arasından hakim adaylarının seçimi yapılmakta idi. Böyle olunca, 100 kişilik idari yargı hakim adaylığı kadrosu için 500-600 kişi 70 ve üzerinde puan alarak mülakata çağrılıyor ve bu kişiler arasından eleme suretiyle hakim adaylığına atama yapılıyordu. Tabi ki bu uygulama, adayları seçen idareye son derece geniş takdir yetkisi tanıyor, bu da yazılı sınavları kazananlar arasından eşitlik ve adalete aykırı bir şekilde seçim yapılmasına sebep oluyordu. Nihayet, 1.12.2007 gün ve 5720 sayılı Yasanın 3. maddesi ile 2802 sayılı Kanununa 9/A maddesi eklenmiş ve yukarıda belirtilen düzenlemeler getirilerek kısmen de bu sakıncaların önüne geçilmiştir. Bununla birlikte, bu seçim sisteminde de yargı bağımsızlığı açısından önemli ölçüde sakıncalar mevcuttur.

Mülâkat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşmaktadır. Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu birer üye bulunması halinde bu üyeler Mülâkat Kurulunda asıl üye olarak görevlendirilmekte, Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu üye sayısı birden fazla ise, Yargıtay kontenjanı için Yargıtay mensupları arasından, Danıştay kontenjanı için Danıştay mensupları arasından; Yargıtay veya Danıştay mensubu üyelerden birinin ya da her ikisinin bulunmaması halinde ise Yönetim Kurulunun diğer üyeleri arasından gizli oyla seçim yapılmaktadır.

4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununun 4. maddesine göre, Akademi, tüzel kişiliğe sahip, bilimsel, idari ve mali özerkliği olan bir kuruluştur. Ancak, Akademinin ilgili olduğu bakanlığın Adalet Bakanı olması (4954 s.k. m. 4/2) hususu, AB Komisyonu raporunda da belirtildiği üzere Akademinin bağımsızlığına hanel gelmesi için başlı başına bir sebeptir.³⁴⁴

Öte yandan, Akademi, Başkanlık, Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulundan oluşmaktadır. (4954 s.k. m. 7) Hakim adaylarını seçen mülakat komisyonunda yer alan Adalet Akademisi Yönetim Kurulu üyelerinin de içinde bulunduğu Yönetim Kurulu üyelerini, Akademi Genel Kurulu seçmektedir. (m. 15) Adalet Bakanı, Bakanlık Müsteşarı, Ceza İşleri Genel Müdürü, Hukuk İşleri Genel Müdürü, Kanunlar Genel Müdürü, AB Genel Müdürü, Personel Genel Müdürü ve Eğitim Dairesi Başkanı ise Genel Kurulun doğal üyeleridir. (m. 12) Bakanlık Personel Genel Müdürü de, Yönetim Kurulunun doğal üyesidir. (m. 15) Akademi Başkan ve başkan yardımcıları ise, Yönetim Kurulunca ve en az beş üyenin olumlu oyu ile Yargıtay ve Danıştay üyeleri, birinci sınıf adli ve idari yargı hakim ve savcılar ile bu sınıftan sayılanlar, hukuk profesörleri, en az yirmi yıl fiilen mesleği icra etmiş avukatlar veya en az yirmi yıl fiilen mesleği icra etmiş birinci sınıf noterlerden kendilerinin muvafakatlari alınarak ve her biri için gösterilen üçer aday arasından Bakanlar Kurulunca dört yıl süre ile seçilip görevlendirilir veya atanırlar. (m. 9)

Yukarıdaki kısaca açıklamış olduğumuz 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununa göre, Akademiye yapılan tüm seçimlerin kaynağı Genel Kuruldur. Bu kurulda, Adalet Bakanlığı kaynaklı doğal üyelerin oldukça çoğunlukta bulunduğu, öte yandan bir başkan ve altı üyeden oluşan Yönetim Kurulunun doğal üyelerinden birisinin Bakanlık Personel Müdürü olduğu, Yönetim Kurulu Başkanı olan Akademi Başkanının ise Bakanlar Kurulu tarafından seçildiği, dolayısıyla Adalet Akademisinde yapılan seçimlerde yürütme erkinin oldukça etkin olduğu görölmektedir. Bu yapılanma dikkate

³⁴⁴ AB Komisyonu İstisari Ziyaret Raporu, s. 27.

alındığında, Adalet Akademisinin kuvvetli bir şekilde Adalet Bakanlığına bağlı olduğu sonucuna varılabilmektedir.³⁴⁵

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, idari yargı hakim adaylarının belirlendiği Mülakat Kurulu'nun oluşumuna dönecek olursak mülakat komisyonunun tamamıyla yürütme organının tekelinde olduğu görülecektir.

Mülakat kurulunun yapısı hakim tarafsızlığına gölge düşürecek, en azından bu konuda tartışmalara yol açacak yapıdadır.³⁴⁶ Bazı yazarlarca, ülkemizin sosyal ve kültürel yapısının getirdiği alışkanlıklar, mülakata girecek aday adaylarının kendilerinin ve velilerinin bu konudaki çalışmaları dikkate alındığında, aday adaylarının mesleğe girişte minnet hissi duymalarına sebebiyet verecek bu sistemin hakimlerin tarafsızlığına gölge düşüreceği görüşüne yer verilmektedir.³⁴⁷ Bize göre de bu husus vicdani açıdan son derece rahatsız edecek bir uygulamadır. Ancak, hakimlerin mesleğe girdikten sonra bağımsızlıklarına ilişkin anayasal ve yasal güvenceler dikkate alındığında, bu hususun hakim tarafsızlığını ciddi derecede etkilediği sonucuna ulaşmak zordur. Özer'e göre, Mülakat Kurulu, Yargıtay ve Danıştay'dan kendileri tarafından seçilen üyelerden, HSYK'nun kendi üyelerince seçilen üyelerden, Adalet Bakanlığı müsteşar ve müsteşar yardımcısından, Üniversitelerin hukuk fakülteleri profesörlerinden seçilen üyeler ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun kendi üyeleri içinden seçilecek üyelerden müteşekkil olmalıdır.³⁴⁸

Bize göre, ÖSYM tarafından yapılan sınav sonucunda, puanı en yüksek olan ve ilan edilen hakim adayı kadrosu kadar olan kişinin sınavı kazanması sağlanmalı, bu kişiler mülakata çağrılmalı, mülakat HSYK tarafından yapılmalı ve güvenlik soruşturması olumsuz olanlar ile mülakat sırasında hakimlik sıfatını haiz olmayan (kekeme, şaşılık, aşırı görme bozukluğu, davranış bozuklukları vs.) adaylar gerekçeleri bizzat kendilerine bildirilmek suretiyle başarısız

³⁴⁵ AB Komisyonu Raporu, a.g.m., s. 27.

³⁴⁶ Attila Özer, **a.g.e.**, s.34.

³⁴⁷ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 34.

³⁴⁸ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 34.

sayılmalı, diğer adaylar ise mesleğe alınmalıdır. Böylelikle, yukarıda belirtilen tüm olumsuz hususların önüne geçileceğini düşünmekteyiz.

Hakim ve savcı adaylarının meslek öncesi eğitim sonunda yazılı sınavda başarılı olan ve mani hâli olmayanların mesleğe kabullerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verileceği açıkça hüküm altına alınmış olsa da, (2802 s.k. m. 13) nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir.³⁴⁹ Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesinin, adaylık dönemini de kapsadığının kabulü zorunludur.³⁵⁰ Böylece, Anayasa, yargıçlık ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin sonucu olarak bu mesleğe girecekleri, adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir. Öyleyse, yargıç ve savcı adaylarına ileride üstlenecekleri görevi doyurucu biçimde yerine getirebilmeleri için adaylık dönemi içinde de yeterli güvence sağlanmalıdır.³⁵¹ Yargıcın adalet dağıtma görevini noksansız yerine getirebilmesi için adaylık dönemi dahil mesleğinin her aşamasında güven duyacağı bir ortam içerisinde bulunması zorunludur.³⁵² Bu durumda, idari yargı hakim adaylarının seçiminin doğrudan HSYK tarafından yapılması yargı bağımsızlığı ve hakim teminatına uygun olacaktır.³⁵³

³⁴⁹ A. Rıza Çınar, a.g.m. s. 21.

³⁵⁰ A. Rıza Çınar, a.g.m. s. 21.

³⁵¹ A. Rıza Çınar, a.g.m. s. 21.

³⁵² AYM'nin 20.11.1990 gün ve E:1990/13, K:1990/30 sayılı kararı.

³⁵³ Mahir Ersin Germeç, "Ülkemizde Yargı Bağımsız Mı? Yargıçlar Güvenceli Mi?", Bursa Barosu Dergisi, sayı 80, s. 65.

2. İdari Yargı Hakim Adaylarının Eğitimi

İdari Yargı Hakim Adaylığına atananlar, hazırlık eğitimi, staj dönemi ve son eğitim dönemi olmak üzere toplam iki yılı kapsayan meslek öncesi eğitime tabi tutulmaktadır. (4954 s.k. m. 28) Hazırlık eğitimi ve son eğitim, Eğitim Merkezinde yapılır. Adli Yargı Hakim ve Savcı Adayları ile İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Hazırlık ve Son Dönem Eğitimlerinin Yaptırılmasına Dair Yönetmeliğe göre, hazırlık eğitimi üç ay süreli olup, bu dönemde, Yükseköğrenimde elde edilen bilgilerden meslek ile ilgili olanların genel olarak tekrarı, hâkimlik ve savcılık mesleğinin tanıtılması yapılarak daha sonra yapılacak staj ve son eğitim dönemi için gerekli bilgiler verilir. (m. 5, 6) Son eğitim dönemi ise dört ay süreli olup, bu dönemde, adayların hâkimlik ve savcılık mesleğine geçişi ile, hazırlık eğitimi ve staj dönemlerinde elde ettikleri bilgileri davaların çözümünde kullanabilme yeteneğini kazanmaları sağlanır. (m. 9, 10) Bu dönemde, adaylara, iptal ve tam yargı davaları, imar hukuku, personel hukuku, disiplin hukuku, sermaye piyasası mevzuatı ile banka mevzuatı ve bağımsız idari otoritelerle ilgili davalar, yerel yönetimler, öğretim ve öğrenim işleri ile ilgili davalar, çevre ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili davalar, vergi mevzuatı ve Ulusal Yargı Ağı Projesi uygulamaları gibi konularda eğitim verilmektedir. (m. 12)

Görüleceği üzere Eğitim Merkezinde verilen eğitim aşamasında adaylara ağırlıklı olarak hukuk eğitimi verilmektedir. Oysa, nitelikli yargı kararlarının ortaya çıkması için, uygulayıcı durumda bulunan yargıcın yalnız hukuk öğretimi görmesi yeterli olmayıp, bunun yanında yan sosyal branşları, hukuk felsefesi, sosyolojisi, psikolojisi, siyaset bilimi ve tarihi, ekonomi, uygarlık tarihi, pedagoji, tıp gibi alanları da öğrenmesi gerekmektedir.³⁵⁴ Böylece, hakimlere bilirkişi raporunu eleştirebilmek için iktidar sağlanmış olacaktır.³⁵⁵

³⁵⁴ Saim Üstündağ, **Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları**, Yörük Matbaası, İstanbul 1974, s. 12; A. Rıza Çınar, a.g.m., s. 19.

³⁵⁵ Saim Üstündağ, **a.g.e.**, s. 19.

Adlî Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Staj Dönemi ile Staj Mahkemelerine İlişkin Yönetmelikte yer alan düzenlemeler uyarınca, İdari Yargı Hakim Adaylarının stajlarının 16 aylık döneminin, altı ayı Danıştay'da, dört ayı idare mahkemelerinde, dört ayı vergi mahkemelerinde, bir ayı bölge idare mahkemelerinde ve bir ayı da il valiliklerinde geçmektedir. (m. 18) Bu stajlar birbirini takip edecek şekilde yapılır. Danıştay'daki staj ise, üç aşamalı olup, ilk aşamada, adaylar, idarenin yapısı, Danıştay'ın idarî görevleri, idari yargının özelliği, idarî yargılama usulü, hukuk kaynaklarından yararlanma, dava dosyalarının hazırlanması ve karar yazma hakkında eğitim almakta, ikinci aşamada, Danıştay'ın idari ve vergi dava dairelerinde tetkik hakimleri ile birlikte dosya hazırlayıp ilgili Daireye sözlü olarak anlatarak, hazırlamış olduğu dosyaların kararlarını yazmakta, son aşamada ise kendilerine verilecek bir konuda bildiri hazırlamaktadırlar. (m. 20, 21, 22)

İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinde ise, adaylar yargılama usulüne ilişkin olarak uygulamalı bir şekilde eğitim almakta, kendisine mahkeme başkanı veya bağlı bulunduğu hakim tarafından verilen dosyaları inceleyerek dosya ile ilgili her türlü işlemleri (ara kararı, keşif ve bilirkişi incelemesi vs.) mahkeme hakimi ile birlikte yapmakta ve böylelikle yüksekokulda ve Adalet Akademisinde almış olduğu eğitimi uygulamalı olarak tekrar etmektedir.

İdari yargı hakim adaylarının ilk derece mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ile Danıştay'da almış oldukları eğitimin istenilen düzeyde olduğunu söylemek son derece güçtür. Bunun sebepleri arasında ise, Mahkemelerin ve Danıştay'da görevli hakimlerin aşırı iş yoğunluğu nedeniyle hakim adaylarıyla gerektiği ölçüde ilgilenememeleri, adayların eğitimi için bu mahkemelerde çalışma ortamının son derece yetersiz olması gibi hususlar gösterilebilir. Bu nedenle, hakim adayları ile hususi olarak ilgilenmek üzere, Ankara'da staj mahkemelerinin kurulması ve hakim adaylarını eğitmek üzere bu mahkemelere özel olarak eğitmen hakimlerin atanmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

3. İdari Yargı Mensuplarının Meslek İçi Eğitimi

Daha önce de belirttiğimiz üzere idari yargıda yargılamaya ilişkin konular oldukça geniştir. Çünkü, idarenin tek yanlı ve kamu gücüne dayanarak tesis etmiş olduğu hemen hemen tüm işlemler ve eylemler idari yargı denetimi kapsamındadır. Örneğin, borsada spekülasyon işlemleri yaptığı için hakkında borsada işlem yapma yasağı verilen bir şirketin ya da şahsın açmış olduğu davada, davayı inceleyen hakim piyasa ekonomisini ve bu mekanizmanın nasıl işlediğini çok iyi derecede bilmesi gerekir ki sağlıklı yargılama yapabilsin. Yine aynı şekilde, imar planlarını yapma teknikleri, enerji piyasası, ülkenin sosyolojik yapısı gibi alanlarda yeterli düzeyde bilgisi olan hakim keşif ve bilirkişi incelemelerini sağlıklı yapması ve bilirkişi raporlarını daha iyi tahlil etmesi kolaylaşacaktır. Bu nedenle, hakimlerin belirli dönemler içerisinde hizmet içi eğitime tabi tutulması, gelişen ve değişen yeni maddi ve hukuki olgulara göre kendilerini yenilemeleri gerekmektedir.

Şunu unutmamak gereklidir ki; müesseseleri kurmak ve geliştirmek kadar, bu müesseseleri kullanacak, işletecek insanları yetiştirmek de önemlidir. İstenilen kuvvette ve güzellikte müesseseler kurulsa da, eğer onları kullanacak ve işletecek yeterli olgunlukta, vasıfta insan yok ise o müesseseden beklenen, ümit edilen netice alınamaz.³⁵⁶

4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisine Kanununa göre, idari yargı hakim ve savcılarının da meslek için eğitimi bu kuruluş tarafından verilmektedir. (m. 5) Ancak, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, Adalet Akademisi, Anayasa'da belirtilen yargı bağımsızlığı ve yargıçlık/savcılık ilkelerine uygun bir biçimde kurumsal anlamda bağımsız bir yapıda oluşmamıştır.³⁵⁷ Bu durumda, Adalet Akademisinin kuruluş yasasında gerekli değişiklikler yapılarak yürütme organının etkinliğinin ortadan kaldırılması,³⁵⁸ gerçek manada özerk ve bağımsız

³⁵⁶ Attila Özer, a.g.e, s. 5.

³⁵⁷ A. Rıza Çınar, a.g.m., s. 20.

³⁵⁸ A. Rıza Çınar, a.g.m. s. 21.

olmasının sağlanması gerekmektedir. Aksi takdirde yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin tam olarak sağlanamaması durumu devam edecektir.³⁵⁹

Öte yandan, idari yargı hakim ve savcılarının dil öğrenmesi ve yurt dışına gönderilmeleri konusunda yeterli kaynak ayrılmamaktadır. Hakimlerin, yabancı dil kursuna vermiş oldukları ücretlerin bir kısmı Adalet Bakanlığı'na karşılanmak suretiyle istekli olanların yabancı dil eğitimi almalarına olanak sağlansa da, yurt dışı eğitimi ile desteklenmediği için, alınan bu eğitimin yeterli derecede olduğunu söylemek güçtür.

Bize göre, yabancı dil eğitimi için en verimli dönem staj dönemidir. Bu dönemde, idari yargı hakim adaylarının en az bir yabancı dili çok iyi derecede öğrenmeleri sağlanmalıdır. Bunun yanında, staj döneminin bir yılı yurt dışı eğitimine ayrılmalı, mesleğe atandıktan sonra da, hakim ve savcıların belirli aralıklarla yurt dışına gönderilerek diğer ülkelerdeki yargı organlarını ve kararlarını incelemeleri için araştırma yapmalarına olanak verilmelidir.

4. Danıştay Meslek Mensupları ile Savcı ve Tetkik Hakimlerinin Seçimi

1982 Anayasasının 155. maddesine göre, “Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir. ”

Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idari yargının özelliği,

³⁵⁹ AB Komisyonu Raporu, a.g.m., s. 26-27.

mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. (AY m. 155/5)

Danıştay meslek mensupları Danıştay Başkanı, Danıştay Başsavcısı, Danıştay başkanvekili, daire başkanları ile üyelerdir. (2575 s.k. m. 3)

Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idari yargı hakim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir. (AY m. 155/3)

Danıştay üyeleri, idari yargı hakim ve savcılığı, Bakanlık, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, elçilik, valilik, Generallik, amirallik, Devlet Başkanlığı Genel Sekreterliği, genel ve katma bütçeli dairelerde veya kamu kuruluşlarında genel müdürlük veya en az bu derecedeki tetkik ve teftiş kurul başkanlıkları, yükseköğrenim kurumlarında hukuk, iktisat, maliye, kamu yönetimi profesörlüğü, Bakanlıkların başhukuk müşavirliği veya birinci hukuk müşavirliği veya Maliye Bakanlığında bu derecelerdeki hukuk müşavirliği, müşavir avukatlığı veya muhakemat müdürlüğü görevlerini yapanlar arasından seçilirler. (2575 s.k. m. 8) İdari yargı hakim ve savcılarının Danıştay üyeliğine seçilebilmeleri için birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl bu görevlerde başarı ile çalışmış olmaları ve birinci sınıfa ayrılma niteliğini kaybetmemeleri gereklidir. İdari görevlerden Danıştay üyeliğine seçileceklerin yükseköğrenimlerini tamamladıktan sonra Devlet hizmetlerinde yirmi yıl, yukarıda sayılan görevlerde toplam olarak en az üç yıl çalışmış bulunmaları, birinci derece aylığını kazanılmış hak olarak almaları ve hakimliğin gerektirdiği ahlak ve seciyeye sahip olmaları şarttır. (m. 8)

Görüleceği üzere, Danıştay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış hakim ve savcılar ile Danıştay Kanununda sayılan idari görevlerde en az üç yıl çalışan ve 20 yıl devlet memurluğu yapmış olanlar arasından seçilmektedir. Danıştay üyelerinin seçiminde ayrıca, idari yargı hakim ve savcılarının sicil ve özlük dosyaları da önem arz etmektedir.

Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler. (AY 155/4)

Danıştay tetkik hakimleri ile savcılarını ise, beş yıl meslekte hizmet etmiş ve olumlu sicil almış idari yargı hakimleri arasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanırlar. (m. 11) Ancak, 2.6.2004 tarih ve 5183 sayılı Kanunun 16. maddesi ile Danıştay Kanununa eklenin Geçici 20. maddeye göre, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört yıl süre ile Danıştay tetkik hakimliğine yapılacak atamalarda, 2575 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki beş yıllık hizmet süresi aranmayacaktır. Bu Kanunun 9.6.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, 9.6.2008 tarihinden itibaren Danıştay tetkik hakimliğine atanabilmek için en az 5 yıl meslekte hizmet etmiş olma şartının yeniden yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, 25.6.2009 gününde TBMM’de kabul edilen 5917 sayılı Kanunun 22. maddesi ile 2575 sayılı Danıştay Kanununa geçici 23. madde eklenmiş olup, söz konusu madde hükmünde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on yıl süre ile Danıştay tetkik hâkimliğine yapılacak atamalarda, 11 inci maddenin birinci fıkrasındaki beş yıllık hizmet süresinin aranmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanunda belirtilen şartları taşımaları şartıyla, Danıştay üyeleri, tetkik hakimleri ve savcılarının atanmasında HSYK ve Cumhurbaşkanının geniş bir takdir yetkisinin olduğu görülmektedir. Kıdemli tetkik hakimlerinin seçimi ise, daha önce belirtildiği gibi tamamen ilgili Daire Başkanının takdirinde bulunmaktadır.

Görüleceği üzere, Fransa Conseil d’Etat’ında yer alan otomatik terfi ve atama sistemi, bizim idare yargı sistemimizde ve Danıştay’ımızda maalesef yer almamaktadır. Bu durum ise, daha kıdemsiz olan tetkik hakimlerinin kendilerinden daha kıdemli olan tetkik hakimlerinden önce savcı olarak atanmasına veya mesleki açıdan çok daha bilgili ve yetenekli mahkeme üyeleri

varken bu kişilerin mahkeme başkanlıklarına atanmamalarına yol açmaktadır ki, bu da ilk derece mahkemeleri ve Danıştay'da çalışan hakimler arasında mesleki huzursuzluk ve güvensizliğin hakim olmasına sebebiyet vermektedir.

Şu hususu ısrarla ve üzümlere vurgulamak gerekir ki; idari yargı mensupları arasındaki genel kanı, önemli olanın mesleki ehliyet ve yeterliliğin değil, belirli makamlara yükselmek için doğru insanları tanımanın olduğudur. Bu ise idari yargının, idare hukukunu geliştirmeden ziyade sürekli gelişen ve değişen idarenin hukukuna yabancı kalmasına yol açmaktadır.

Bize göre, özellikle idari yargı hakim ve savcılarının tüm özlük dosyaları çok detaylı bir şekilde irdelenmeli, hakim ve savcılarının kıdemleri, mesleki başarıları, akademik çalışmaları, mesleki disipline riayeti gibi hususlar daha somut bir şekilde dikkate alınmalı, hakimin veya savcının kişisel ve mesleki özellikleri ayrı ayrı kalem halinde puanlamaya tabi tutulmalı, Danıştay savcılığına, kıdemli tetkik hakimliğine veya Danıştay üyeliğine atamalarda, en yüksek puanı olan kişiler tercih edilmelidir. Hakim ve savcılar hakkındaki bu puanlamalardan mesleki özelliklere ilişkin olan kısımları belirli periyotlarla yayımlanmak suretiyle tüm yargı içerisinde şeffaflık, güven ve adalet sağlanmalıdır. Böylelikle, hakim ve savcılar, kendilerini mesleklerine daha çok verecek, yargı içerisinde üretkenlik ve verimlilik artacak, netice itibarıyla yargının toplam kalitesi en üst seviyelere çıkacaktır.

C. HAKİM VE SAVCILARIN TERFİ SİSTEMİ

Hakimler mesleğe girerken en alt basamaktan başlayıp yavaş yavaş üst basamaklara doğru çıkmaktadır. Bu yükselme kıdem, bilgi, çalışkanlık ve ahlak ölçüsüne göre oluşmaktadır.³⁶⁰

Hakimlerin yükselmesini kabul etmeyen sisteme göre, yükselme için öngörülen ölçülerin hiçbiri tek başına yeterli olmamaktadır. Buna göre, öyle kıdemsiz hakimler olabilir ki, kendinden daha kıdemli hakimlerden daha bilgili ve topluma daha faydalı olabileceği gibi, çok bilgili ama tembel olan hakimler de olabilir.³⁶¹ Hakim ve savcının bağımsızlığını; zihnini devamlı şekilde ihlal eden terfi ümit ve endişesi, görevden alınma korkusundan daha çok zedeler.³⁶²

İngiltere’de belirli bir terfi rejimi yoktur ve hakimler nadiren ve istisnai olarak daha yüksek bir vazifeye tayin olunurlar. ABD’de de, federal adliye teşkilatında terfi hemen hemen hiç yoktur. Belçika’da hakimlerin terfilerinde “takdim listeleri” usulü cari olup, bu usule göre, hakimler arasından, bidayet mahkemeleri reis ve ikinci reisliği ile istinaf mahkemesi üyeliğine bir tayin yapılacağı zaman, birisi münhalin bulunduğu eyalet meclisi, diğeri de mahkemenin hudutları dahilinde bulunduğu eyalet meclisi tarafından, her iki aday ismini havi iki liste Kral’a takdim olunur. Kral gösterilen adaylardan birisini seçer. Fransa’da ise “terfi levhaları” vardır. Buna göre, hiçbir hakim, terfi levhasına kaydedilmedikçe işgal ettiği makamın daha üstünde bir makama yükseltilemez.³⁶³

Netice olarak, terfi konusunun yargının bağımsızlığı ile çok yakından ilişkisi vardır. Her şeyden önce yargı mensuplarının terfiinin, yürütme organı elinde bırakılmaması gerekir.³⁶⁴ Çünkü, geleceğini hükümetten bekleyen veya

³⁶⁰ Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C. I, 4. Baskı, İstanbul 1984, s. 469 vd.

³⁶¹ Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s. 477.

³⁶² Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 115.

³⁶³ Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 117-121.

³⁶⁴ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 117.

yürütmenin lütfuna muhtaç bulunan hakim bağımsız olamaz.³⁶⁵ Bu nedenle, hakimlerin terfiinde ideal olan, terfiin otomatik olmasıdır.³⁶⁶

Ülkemizde, hakimlik ve savcılık mesleği, dört sınıfa ayrılmaktadır. Bunlar sırasıyla, üçüncü sınıf, ikinci sınıf, birinci sınıfa ayrılma ve birinci sınıftır. (2802 sk. m. 15)

Hakim ve savcılarının kıdemleri, bulundukları sınıf ve dereceye göre belirlenmekte ve o sınıf ve dereceye atandıkları tarihten itibaren hesaplanmaktadır. Bulunulan sınıf ve derecenin aynı olması halinde ise sırasıyla, bu sınıf veya dereceye yükselme tarihi, adaylığa başlama tarihi, mesleğe başlama tarihi, meslek öncesi eğitim sonu yazılı sınav puanı dikkate alınarak kıdem durumu belirlenmekte, bunların da aynı olması hâlinde, doğum tarihi önce olan kıdemli sayılmaktadır. (2802 sk. m. 15)

Kadro derecesi 6, 7 ve 8 olanlar üçüncü sınıf, kadro derecesi, 1, 2, 3, 4 ve 5 olanlar ikinci sınıf, kadro derecesi 1 olanlar da birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıf hakim olarak görev yaparlar. Üçüncü sınıf hakimleri hakimlik, Danıştay Tetkik Hakimliği veya Adalet Müfettişliği unvanı ile; ikinci sınıf hakimlerden kadro derecesi 5 olanlar, üçüncü sınıf hakimler için belirtilen görev unvanlarının yanında Danıştay Savcılığı, kadro derecesi 3 ve 4 olanlar, Mahkeme Başkanlığı, kadro derecesi 1 ve 2 olanlar, Genel Müdürlük Daire Başkanlığı, birinci sınıfa ayrılmış olanlar, bölge idare mahkemesi başkanlığı, müstakil daire başkanlığı, genel müdür yardımcılığı unvanıyla görev yapabilirler.

Danıştay üyeliğine seçilebilmek için ise, hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl bu görevlerde başarı ile çalışmış olmaları ve birinci sınıfa ayrılma niteliğini kaybetmemeleri gereklidir.

³⁶⁵ Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 116.

³⁶⁶ Mustafa Reşit, Belgesay, Adliye teşkilatının esasları ve hakimler kanununun tadiline dair kanunun ana hatları, İHFM, c. IX., s. 600.

1. Kademe İlerlemesi ve Derece Yükselmesi

a. Kademe İlerlemesi

Hakim ve savcılarının bulundukları derecenin kademelerinde ilerleyebilmeleri için, bulundukları kademedede en az bir yıl çalışmış olmaları veya çalışmış sayılmaları, kademe ilerlemesine engel kesinleşmiş bir mahkeme hükmü veya disiplin cezasının bulunmaması gerekmektedir. (2802 s.k. m. 19)

Yukarıda belirtilen şartları taşıyanlar, bir yıllık ilerleme süresini doldurdukları tarihte, başka bir işleme gerek olmaksızın bir ileri kademeye ilerlemiş sayılırlar. Bu şartları taşımadıkları anlaşılanların kademe ilerlemesi yapıp yapamayacaklarına her ay Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir. Kademe ilerlemesi yapmış sayılanlardan ilerlemeye müstehak olmadıkları sonradan tesbit edilenlerin kademe ilerlemeleri, ilerlemiş sayıldıkları tarihten, geçerli olmak üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca iptal edilir.

Bunun dışında, Adli Yargı Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile İdari Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 19 ve 118 inci maddeleri Uyarınca Tesbit Edilen Kademe İlerlemesi Esaslarına İlişkin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararına göre, meslekte iken meslekleri ile ilgili öğrenim dallarında lisansüstü (Master) öğrenimi yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarı ile bitirenlere bir kademe ilerlemesi uygulanmakta, bu uygulamada alt kademedede geçen süre üst kademedede geçmiş sayılmaktadır.

Öte yandan, adı geçen ilke kararına göre, meslekten çıkarmayı gerektirmeyecek şekilde kastî bir suç nedeniyle hapis veya vazifeden doğan bir suçtan dolayı ağır para cezasına mahkûm olanlar veya bir derecede iki veya bir sınıfta üç defa kınama cezasına uğrayanlar, cezanın kesinleşmesini izleyen kademe ilerlemesi incelemesi tarihinden itibaren bir yıl süre ile, yer değiştirme

cezası almış olanlar cezanın kesinleşmesini izleyen kademe ilerlemesi incelemesi tarihinden itibaren iki yıl süre ile, kademe ilerlemesini durdurma cezası alanlar cezanın kesinleşmesini izleyen kademe ilerlemesi incelemesi tarihinden itibaren bir yıl süre ile, derece yükselmesini durdurma cezası alanlar cezanın kesinleşmesini izleyen kademe ilerlemesi incelemesi tarihinden iki yıl süre ile kademe ilerlemesi incelemesine alınmazlar. Disiplin ve ceza yönünden engelleri bulunmayan birinci sınıfa ayrılmış olanların kademe ilerlemeleri ise, diğer bilgi ve belgeler aranmaksızın sürelerini doldurdukları ayın son gününden geçerli olmak üzere yapılır. Yer değiştirme cezası almış olanlar cezanın kesinleşmesini izleyen derece yükselme incelenmesi tarihinden itibaren iki yıl süre ile kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi incelemesine tabi tutulmazlar.

b. Derece Yükselmesi

Hakim ve savcıların derece yükselmeleri için ise, derecesi içinde iki yıl bulunmuş veya 2802 sayılı Kanuna göre bulunmuş sayılmaları, yükselmeye engel kesinleşmiş mahkeme hükmü veya disiplin cezalarının bulunmaması, ahlakî gidişleri, meslekî bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hâl kâğıtları ve sicil fişleri, kanun yolu incelemesinden geçen iş sayısı ve bu inceleme üzerine verilen notları, 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 gerekmektedir. (m. 21)

Derece yükselmesini gösteren listeler her yılın Nisan, Ağustos ve Aralık ayı içerisinde Resmi Gazetede yayımlanmakta olup, bu listelerde ismi yazılı

olmayanların yayın tarihinden itibaren 30 gün içinde HSYK'na itiraz hakları mevcuttur. (m. 22) Kurulun vermiş olduğu bu karar üzerine de tebliğden itibaren 10 gün içerisinde İtirazları İnceleme Kuruluna itiraz hakkı bulunmakla birlikte, yapılan ikinci itiraz üzerine verilen karar kesin olup, bu karar aleyhine yargı yolu bulunmamaktadır.

Adli Yargı Hâkim ve C. Savcıları ile İdari Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 21 ve 118 inci maddeleri Uyarınca Tesbit Edilen Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararına göre derece yükselmesi için ayrıca not oranı şartı getirilmiştir. Buna göre, İdari Yargı Hâkim ve Savcılarının yükseltilmeleri, yükselme dönemi içinde geçen yıllardan devreden ve gelen toplam iş miktarının % 50'sinin çıkarılmasına ve yükselme süresi içinde Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerince incelenmiş olan hüküm, karar ve layihalardan aldıkları notların % 50'sinin çok iyi ve iyi olmasına ve zayıf not miktarının notların genel toplamına göre % 4'ü geçmemesine bağlıdır. Ancak, üçüncü sınıf Hâkimlik ve Savcılık statüsünde bulunanlarla, görevi itibariyle Danıştay'dan iş geçiremeyenlerin veya yukarıda yazılı oranı dolduramayanların sicillerine ve çıkardıkları işlerin nitelik ve sayılarına göre yükseltilmelerine karar verilebilir. Yükselme devresi içerisinde uzun süreli sağlık raporu veya doğum nedeni ile ücretsiz izin alınması ya da ilgilinin görevli olarak yurt dışına gönderilmesi, görevden ayrılmak suretiyle master veya doktora öğrenimi yapması, tayin ve yetki nedeni ile değişik mahkemelerde görev yapılması, müstemir yetki dışında iş çıkarılması, gelen ve devralınan iş sayısının fazlalığı, yargılamanın ve soruşturmanın zorunlu kıldığı işlemlerin zamanında yapılmamasının haklı nedenlerden ileri gelmesi gibi sebeplerle yukarıda belirtilen nisbetten az iş çıkarılması hali Kurulca lehe değerlendirilebilir. Not oranı Mümtazen (C) yükselme için gerekli yüzdeye ulaşmış olmakla birlikte iş yüzdesi %50'nin altında kalan Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları bir alt defter olan Tercihli (B) yükselme yerine Adiyen (A) defteri ile yükseltirler.

Hakim ve savcılar üç şekilde terfi etmektedirler. Bunlar, yükselmeye layık (orta dereceli yükselme - A terfi), tercihli yükselmeye layık (iyi derece ile yükselme – B terfi), mümtazen yükselmeye layık (pekiyi derece ile yükselme – C terfi) olarak sıralanmaktadır. Bu terfiler, hakim ve savcılarının isabetli karar verme, hızlı yargılama yapma ve etik kurallarına uygun davranma ölçütlerine göre değerlendirilmektedir.³⁶⁷

İsabetli karar verme, hakimin vermiş olduğu kararların temyiz incelemesinden geçmesi ve bu inceleme neticesinde almış olduğu not oranına göre; hızlı yargılama, iş cetvelleri ile iş yüzdesine göre; etik kurallara uygunluk ise, disiplin ve ceza hükümleri, hal kağıtları ile sicil raporlarına göre belirlenmektedir. İş cetvelleri, incelenmek üzere hakimlerin zimmetine geçirilen dosyaların ne kadarının karara bağlandığını gösteren istatistik bilgisini, hal kağıtları ise müfettişler tarafından denetim sırasında düzenlenen belgeyi ifade etmektedir.

Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinde dosyaya bakan hakimler hakkında çok iyi, iyi, orta, zayıf ve notsuz olmak üzere not verilmektedir. HSYK ilke kararına göre, hükmün onanmış veya bozulmuş olması olumlu veya olumsuz not vermek için yeterli bir sebep olmamaktadır. Notsuz şeklinde verilen not fişleri not oranlarını etkilememektedir. Uygulamada, dava dosyasına bakan hakimler tarafından çok açık usul hatası yapılması halinde olumsuz not verilmektedir. Tartışmalı olan usul kararlarında ise, kararın bozulmuş olması halinde notsuz şeklinde not takdir edilmektedir. Mahkeme kararında çok açık şekil hataları bulunması durumunda (örneğin davanın konusu kısmına, tamamen başka bir dosyaya ait olan ve mevcut dava ile ilgili hiçbir ilgisi bulunmayan davanın konusunun yazılması durumunda) orta veya zayıf not takdir edilmektedir. Bunun dışında, esasa ilişkin olarak verilen kararların bozulması halinde genelde notsuz şeklinde not verilmektedir. Zira, aksi yönde bir uygulama ilk derece mahkemesinin temyiz merciinden farklı düşünmesi

³⁶⁷ Yargı Reformu Strateji Taslağı, s. 10.

halinde cezalandırması anlamına gelir ki, bu da yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına tamamen aykırı bir durumdur.

HSYK tarafından, hakimlerin 1 Nisan-31 Mart, 1 Ağustos-31 Temmuz, 1 Aralık-30 Kasım tarihleri arasında iki yıl içinde almış oldukları notlar ve geçirmiş oldukları işler incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu dönemlere aynı zamanda yükselme devresi de denilmektedir.

Yukarıda adı geçen ilke kararına göre, idari yargı hakim ve savcılarında, bir yükselme dönemi içinde Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesinden birinci ve ikinci bölgelerde en az 30, üçüncü bölgelerde en az 10 iş geçirmiş ve bu işlerden aldığı çok iyi ve iyi not oranı % 85'e ulaşmış bulunanlardan, bir yükselme dönemi içinde geçen yıllardan devreden ve gelen toplam iş miktarının % 80'ini karara bağlayan ve yükselme için gerekli olandan daha üstün bir liyakat gösterenlerin tercihan yükselmeye layık olduklarına Kurulca karar verilebilir. Ancak Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinde incelenmiş olan kararlardan aldıkları zayıf notların genel not toplamına göre % 2'yi geçmemesi gerekir.

İdari yargı hakim ve savcılarında, bir yükselme dönemi içinde Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesinden birinci ve ikinci bölgelerde en az 40, üçüncü bölgelerde en az 35 iş geçirmiş ve bu işlerden aldığı çok iyi ve iyi not oranı (zayıf not bulunmamak koşuluyla) % 95'e ulaşmış bulunanlardan bir yükselme dönemi içerisinde geçen yıllardan devreden ve gelen toplam iş miktarının % 90'ını karara bağlayan, Yasada ve İlke Kararlarında belirlenen nitelikleri veya maddi eserleri ile yükselme için gerekli olandan çok yüksek liyakat derecelerine ulaştıklarına kanaat getirilenler mümtaz olarak yükseltilebilirler.

Gerek tercihli yükselmede, gerekse mümtaz olarak yükselmede, yükselme devresi içerisinde uzun süreli sağlık raporu veya doğum nedeni ile ücretsiz izin alınması ya da ilgilinin görevli olarak yurt dışına gönderilmesi, görevden ayrılmak suretiyle master ve doktora öğrenimi yapması, tayin ve yetki nedeni ile değişik mahkemelerde görev yapılması, müstemir yetki dışında iş çıkarılması, gelen ve devralınan iş sayısının fazlalığı, yargılamanın ve

soruşturmanın zorunlu kıldığı işlemlerin zamanında yapılmamasının haklı nedenlerden ileri gelmesi gibi sebeplerle yukarıda belirtilen asgari nisbetten az iş çıkarılması hali Kurulca lehe değerlendirilebilmekte olup, ayrıca çok iyi ve iyi not oranının İlke Kararında belirtilenlerden yüksek olması, mesleki bilgi ve çalışması, sicil fişleri ve müfettiş hal kağıtları dikkate alınarak iş yüzdesine en çok 2 puan ilavesi yapılabilir.

Kınama Cezası gerektiren fiillerin niteliğine göre yükselmeye engel olup olmayacağı ve Hâkimler ve Savcılar Kanununun 29 uncu maddesi gereğince yükselme dereceleri belirlenirken hangi deftere geçirileceği Kurulca takdir edilir.

Gelen işlerin adet ve niteliği gözetilerek gayret ve çalışması ile emsalinden daha fazla iş çıkaranların not oranlarına Kurulca en çok 2 puan ilave edilebilir. Not oranı hesabında kesirler tam sayıya çıkarılır.

İş azlığı nedeni ile Danıştay'dan yeterli miktarda iş geçiremeyenlerden, iş yüzdeleri ve not oranları tercihan veya mümtazen yükselmeye yeterli olanların iş sayısına en fazla 2 "notsuz" iş ilavesi yapılabilir.

Danıştay'da tetkik hakimi ve savcı olarak görev yapanlar ile Adalet Bakanlığı'nda çalışmakta olan idari yargı hakimlerinin Danıştay'dan iş geçirmeleri söz konusu değildir. Derece yükselmesine ilişkin olan ilke kararına göre, bu durumda olan hakim ve savcılarının yükselmelerinde, ilgilinin durumuna göre haklarında düzenlenen fişler ve müfettiş hal kağıtlarındaki bilgiler esas tutularak girebilecekleri defter saptanır. Görev yeri itibarıyla terfi dönemi içinde Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinden iş geçirmeleri mümkün olmayan, hakkında fiş düzenlenemeyen ve müfettiş hal kağıdı bulunmayan Hâkim ve Savcılarının yükseltilmeleri özlük dosyasındaki bilgi ve belgeler de değerlendirilmek suretiyle Kurulca yapılır.

2802 sayılı Kanunun 26. maddesi uyarınca, Danıştay'da görev yapanlardan birinci sınıf olmayanlar hakkındaki siciller ilgisine göre Danıştay Başkanı, daire veya kurul başkanları ile Danıştay Başsavcısı tarafından düzenlenir. Uygulamada, genel olarak tetkik hakiminin çalışmakta olduğu Daire

Başkanının hakkında hazırladığı rapor üzerine Danıştay tetkik hakiminin terfisi yapılmaktadır.

Adalet Bakanlığına bağlı müfettişler tarafından iki yılda bir yapılan teftişlerde, her mahkemeden belirli sayılarda dosyalar incelemeye tabi tutulmakta, bu dosyalar üzerinde yapılan inceleme neticesinde hal kağıdı düzenlenmektedir. Müfettişler tarafından düzenlenen bu hal kağıdı, hakim kişisel ve sosyal özellikleri ile mesleki bilgi ve çalışmasını göstermek üzere, iki bölümden oluşmaktadır.

Kişisel ve sosyal özellikler ile ilgili bölümde, “Sağlık Durumu, kıyak ve kıyafeti, söz ve davranışları ile temsil yeteneği, dürüstlük ve tarafsızlığı ile mesleğin vakar ve haysiyetini koruması, kötü alışkanlıklarının bulunmaması, menfaatine düşkün olmaması, şahsı ve ailesi itibarıyla çevrede bıraktığı intiba, daire arkadaşları, iş sahipleri ve halkla ilişkileri, kalem personeli üzerindeki etkinliği, mesaiye riayeti”; Mesleki bilgi ve çalışması ile ilgili bölümde ise, “Dosyaların tekemmülünde öncelik sırasına göre dağıtım ve bakılmasında gösterdiği hassasiyet ile eski yıllara ait dosyalara duyduğu ilgi, yürütmenin durdurulması ve tek hakim sıfatıyla baktığı sair işlerde gösterdiği özen, olayı çözümleyecek şekilde ara kararı vermesi ile keşifleri zamanında ve yeterli yapması, usul hükümlerine riayeti ile davalara vukufiyeti ve not endişesi taşımadan süratli ve isabetli karar verebilmesi, kararlarının yeterli hukuki gerekçeyi taşıyıcı biçimde makul bir sürede yazılması, toplu mahkemelerde duruşmanın sevk ve idaresi ile heyet çalışmalarına katkısı, inceleme, araştırma, mevzuat ve içtihadı takip alışkanlığı ile meslekî müktesebatının hizmet süresine uygunluğu, kalem muamelâtı, arşiv, kütüphane işlerine ilgisiyle ulusal yargı ağı projesini kullanmadaki hassasiyeti, adayların yetiştirilmesine ve mahkemenin düzenli ve verimli çalışması için gereken tedbirleri almada gösterdiği özen, göreve bağlılığı” olmak üzere on soru yer almakta, her bir sorunun karşısına on puan üzerinden yapılan değerlendirme yazılmaktadır.

Yukarıda belirtilen hal kağıdında yer alan sorularda da görüleceği üzere, hakim ve savcılarının kişisel ve sosyal özelliklerine ait hususlar tamamen gözleme dayanmaktadır. Bu nedenle uygulamada, adalet müfettişlerinin hakimler ile ilgili olarak mahkeme başkanı, diğer hakimler ile kalem personeli ve diğer memurların bilgisine müracaat ettiği görülmektedir. Mahkeme başkanı ve diğer hakimlere, hakkında hal kağıdı düzenlenen hakim hakkında soru sorulması makul olmakla birlikte, kalem personeli ve diğer memurlara ilgili hakim hakkında soru yöneltilmesinin mesleki etik kurallarına aykırı olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan, hal kağıdında yer alan ve hakimlerin mesleki bilgi çalışması ile ilgili olan kısımların bazı bölümlerinde yer alan soruların da gözlem ve kanaate dayandığı, ilgili hakimın incelemiş olduğu dosyalar üzerinden yapılan inceleme neticesinde bu hususun ortaya çıkmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Örneğin, hakimın not endişesi taşımadan karar verip vermediği neye göre belirlenecektir? Hakim vermiş olduğu kararların Danıştay ilgili dairesince bozulması üzerine, bozma kararına uyarak bozma kararı doğrultusunda karar verirse not endişesi taşımış mı olacaktır? Bunun yanında, hakimın inceleme, araştırma alışkanlığı, arşiv ve kütüphane işlerine ilgisi neye göre belirlenecektir? Halen bir çok idare mahkemesinde yer alan kütüphanelerin sadece resmi gazete arşivi olarak kullanıldığı, en temel hukuk kitaplarının dahi kütüphanelerde bulunmadığı dikkate alındığında, hakimın kütüphaneye karşı ilgisi nasıl değerlendirilecektir? Yoğun iş yükü ile meşgul olan hakimlere çok basit olan bir kütüphane sistemi dahi kurulmamışken, Adalet Bakanlığının bu sorumsuzluğunu hakime yüklemek ne derece hakkaniyet gereğidir?

Bunun yanında, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin 14. maddesine göre, müfettişlerin, yargı yetkisine ve yargısal takdire giren konulara karışamayacakları, tavsiye ve telkinde bulunamayacakları açıkça düzenlenmesine rağmen, müfettiş raporlarında, mahkemelerin dava dosyası tekemmül ettikten sonra süre ret, yetki ret, dilekçe ret, görev ret gibi usulü kararlar verdikleri yönünde eleştiriler yazılmaktadır. Oysa idari yargıda usule

ilişkin kararlar her aşamada verilebilmekte olup bazı usul eksikleri dava dosyası tekemmül ettikten sonra görülebilmektedir. Örneğin, İdari Dava Daireler Kurulu'nun 14.12.2006 gün ve E: 2006/2903, K: 2006/2159 sayılı kararında, aralarında maddi veya hukuki yönden bağılılık yada sebep-sonuç ilişkisi bulunmayan davacı istemlerine yönelik olarak ayrı ayrı dava açılması gerekeceğinden, Dairece 2577 sayılı Kanunun 15. maddesinin 1/d fıkrası hükmü uyarınca dilekçenin reddine karar verilmesi gerekirken süre aşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle Danıştay 13. Dairesinin kararı temyiz aşamasında bozulmuştur.

Görüldüğü üzere, idari yargı hakimlerinin terfilerinde müfettiş hal kağıtlarının da dikkate alındığı, müfettişler tarafından düzenlenen hal kağıtlarında yer alan bazı hususlar hakkında verilen notların ise tamamen müfettişlerin takdirine bırakıldığı görülmektedir. Söz konusu hal kağıtlarını düzenleyen müfettişlerin Adalet Bakanlığına bağlı olarak görev yapmaları, yargı bağımsızlığına aykırı olduğu dikkate alındığında bu hususun ne kadar sakıncalı olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Bu nedenle hakimlerin terfi etmesinde dikkate alınan müfettiş hal kağıtlarının daha somut hususları içermesi ve bu hal kağıtlarının HSYK'na bağlı müfettişlerce tanzim edilmesi, yargı bağımsızlığının ideal düzeyde sağlanması için gereklidir.

2. Birinci Sınıfa Ayrılma

Birinci sınıfa ayrılma, hakimlik ve savcılık mesleği için en önemli dönüm noktalarından birisidir. Çünkü, birinci sınıf olmak için, birinci sınıfa ayrılmak ve birinci sınıfa ayrıldıktan sonra da meslekte 3 yıl başarı ile görev yapmış olmak gerekmektedir. Danıştay üyeliğine ise ancak birinci sınıf hakim ve savcılar seçilebilmektedir.

Adli ve İdari Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 32 ve 118 inci Maddeleri Uyarınca Tesbit Edilen Birinci Sınıfa Ayrılma Esaslarına İlişkin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararına göre, Adli ve İdari Yargı Hâkim ve Savcılarında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 32 nci maddesinde belirtildiği üzere bilimsel güç ve yeteneği ile hizmet ve meslekteki başarısına göre emsali arasında "Temayüz" etmiş olanların ilke kararında belirtilen koşulların da gerçekleşmesi halinde birinci sınıfa ayrılmasına karar verilebilir.

Hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılması için kıdem ve süre, ehliyet, hükümlülük ve disiplin bakımından bir takım şartlar getirilmiştir.

2802 sayılı Kanunun 32. maddesine göre, birinci sınıfa ayrılabilmek için, birinci dereceye yükselmek, hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak, bilimsel güç ve yeteneği ile hizmet ve meslekteki başarısına göre emsali arasında temayüz etmiş olmak, yer değiştirme cezası almamış olmak, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı neviden olmasa bile birden fazla almamış olmak, mesleğin vakar ve onuruna dokunan veya kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görevle ilgili herhangi bir suçtan affa uğramış olsa bile hüküm giymemiş olmak gerekmektedir.

Meslekleriyle ilgili yüksek lisans öğrenimi yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünün yüksek lisans programını ve Türkiye Adalet Akademisinde bir akademik yıldan az olmamak üzere düzenlenen uzmanlık eğitim programını başarıyla bitirenler için dokuz, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için sekiz yıllık meslek kıdemi, birinci sınıfa ayrılmada yeterli sayılır. Ayrıca fiilen avukatlıkta geçen sürenin üçte ikisi, hâkim ve savcı adaylarının 4954 sayılı Kanunda belirtilen staj dönemlerini aşan adaylık süreleri, avukatlık stajının üçte ikisi ve askerlik hizmetinde geçen sürenin yarısı, birinci sınıfa ayrılmaya esas sürenin hesabında dikkate alınır. Ancak birinci

sınıfa ayrılabilmek için her halde meslekte fiilen üç terfi dönemi çalışmak zorunludur.

Yukarıda belirtilen ilke kararına göre, hakim ve savcılarının meslek hayatı boyunca almış olduğu terfiler de birinci sınıfa ayrılmada dikkate alınır. Buna göre, hakim veya savcılarının meslek yaşamı boyunca yaptıkları yükselmenin yarıdan fazlasının tercihi (B) olması, son yükselmenin de (A) defteri ile yapılmaması gerekir. Terfi barajının eşitliği halinde son yükselmenin (C) ile yapılmış olması halinde HSYK barajın aşıldığına karar verebilmektedir. Birinci sınıfa ayrılma aşamasında terfi barajı hesaplanırken 1 (C) terfi 2 (B) terfiye eşit kabul edilmektedir.

Hükümlülük bakımından ise, hakim ve savcılarının, mesleğin vakar ve onuruna dokunan veya kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görevle ilgili herhangi bir suçtan affa uğramış olsa bile hüküm giymemeleri, meslekten çıkarmayı, yer değiştirmeyi veya yükselmeden geri bırakılmayı gerektiren bir eylem nedeniyle, disiplin yönünden soruşturma ve kovuşturma altında bulunmamaları gerekir.

İlke kararına göre, Birinci sınıfa ayrılamayanların listesi 2 yıl sonra tekrar hazırlanarak 2802 sayılı Kanunun “Derece Yükselmesinde Listelerin Yayımı” başlıklı 22. maddesine gereğince işlem yapılır.

3. Birinci Sınıf Hakimler ve Savcılar

2802 sayılı Kanunun 15. maddesinin ikinci fıkrasında, birinci sınıfa ayrıldığı tarihten itibaren üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılma niteliklerini yitirmemiş hâkim ve savcılarının birinci sınıf olacakları hüküm altına alınmıştır.

Birinci sınıf olan hâkim ve savcılarının başarılı olup olmadıkları; müfettiş hâl kâğıtları, iş cetvelleri, not oranları ile varsa meslekî ve akademik konulardaki

faaliyetlerine ilişkin diğer bilgi ve belgeler dikkate alınarak, üç yılda bir Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca değerlendirilmesi suretiyle tespit edilir. (2802 sk. m. 33)

Birinci sınıf olan hakim ve savcılar üç yılda bir incelemeye tabi tutulurlar. Bu hakim ve savcılarının başarılı sayılabilmeleri için öncelikli olarak Danıştay üyeliklerine seçilme hakkını, dolayısıyla birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri kaybetmemiş olmaları gerekir.

Birinci Sınıf Olma Esaslarına İlişkin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararına göre, hâkim ve savcılarının birinci sınıf olma incelemesine esas üç yıllık çalışmalarının başarılı olup olmadığı; ahlakî gidişleri, meslekî bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hâl kâğıtları ve başarı bildirim formları, kanun yolu incelemesi üzerine verilen notları, varsa meslekî ve akademik konulardaki faaliyetlerine ilişkin diğer bilgi ve belgeler dikkate alınarak yapılacak değerlendirme sonucunda tespit edilir.

Birinci Sınıf Olan Hâkim ve Savcılarının Çalışmalarının Değerlendirilmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararının ilgili hükümlerine göre, “B” veya “C” defterinde başarılı sayılmak için aranan koşulları yerine getiren hâkim ve savcılarının çalışmaları, iş yüzdesi ve not oranı yönünden birinci sınıf olmak için yeterli kabul edilir.

Görev yeri itibariyle Danıştay, ve bölge idare mahkemelerinden iş geçirmeleri mümkün olmayan, haklarında sicil fişi düzenlenemeyen ve müfettiş hal kağıdı bulunmayan hâkim ve savcılar “A” defterinde başarılı sayılır.

Yine ilke kararına göre, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca birinci sınıf olmalarına karar verilen Hakim ve Cumhuriyet Savcıları için bu uygulama bir müktesep hak teşkil edeceğinden şartların sonradan kaybedilmiş olması nedeni ile geri alınmaz.

Hâkim ve savcılar birinci sınıf olduktan sonra üç yılda bir HSYK tarafından incelemeye tabi tutulurlar. Hâkim ve savcıların üç yılda bir tâbi tutuldukları incelemeler sonucunda çalışmalarının başarılı sayılabilmesi için; İlke Kararında belirlenen koşulları gerçekleştirmiş ve birinci sınıfa ayrılma niteliklerini yitirmemiş olmaları gerekir.

Adli Yargı Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile İdarî Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 33 ve 118'inci maddeleri uyarınca tespit edilen Birinci Sınıf Olan Hâkim ve Savcılarının Çalışmalarının Değerlendirilmesi Esaslarına İlişkin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararına göre, hâkim ve savcılar üç yılda bir tâbi tutulacakları incelemeler sonucunda, çalışmalarındaki başarı derecelerine göre, "A" defterinde başarılı, "B" defterinde başarılı ve "C" defterinde başarılı şeklinde sınıflandırılır ve her sınıf kendi içinde sıraya konur. İnceleme dönemi içinde geçen yıllardan devreden ve gelen toplam iş miktarının %50'sini çıkaramayan veya Danıştay ve bölge idare mahkemelerinden aldıkları çok iyi ve iyi not oranı % 50'nin altında kalan ya da zayıf not sayısı, notların genel toplamına göre % 4'ü geçen hâkim ve savcılarının terfiden geri bırakılmalarına Kurulca karar verilebilir. Birinci sınıf olan hâkim ve savcılarının almakta oldukları aylık oranlarına, 2802 sayılı Kanunun 5536 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile değişik 103 üncü maddesi uyarınca, her üç yılda bir iki puan ilâve edilebilmesi için "B" ya da "C" defterinde başarılı sayılmaları gerekir.

Hâkim ve savcılar bir inceleme dönemi içinde geçen yıllardan devreden ve gelen toplam iş miktarının % 50'sini çıkarmaları; bu işlerden Danıştay ve bölge idare mahkemelerinden aldıkları çok iyi ve iyi not oranının % 50'ye ulaşması ve zayıf not sayısının, notların genel toplamına göre % 4'ü geçmemesi koşuluyla "A" defterinde başarılı sayılabilirler. Not oranı "C" defterinde başarılı sayılmak için gerekli yüzdeye ulaşmış olmakla birlikte iş yüzdesi %50'nin altında kalanlar, "A" defterinde başarılı sayılırlar.

Bir inceleme dönemi içinde Danıştay ve bölge idare mahkemelerinden aldıkları çok iyi ve iyi not oranı % 85'e ulaşan idarî yargı hâkimlerinden, geçen yıllardan devreden ve gelen toplam iş miktarının % 80'ini karara bağlayan ve başarılı sayılmak için gerekli olandan daha üstün bir liyakat gösterenlerin Danıştay ve bölge idare mahkemelerinden aldıkları zayıf notların genel not toplamına göre % 2'yi geçmemesi koşuluyla "B" defterinde başarılı olduklarına Kurulca karar verilebilir.

Bir inceleme dönemi içinde Danıştay ve bölge idare mahkemelerinden aldıkları çok iyi ve iyi not oranı (zayıf not bulunmamak koşuluyla) % 95'e ulaşan idarî yargı hâkimlerinden, geçen yıllardan devreden ve gelen toplam iş miktarının % 90'ını karara bağlayan, Kanunda ve İlke Kararlarında belirlenen nitelikleri veya maddî eserleri ile başarılı sayılmak için gerekli olandan çok yüksek liyakat derecelerine ulaştıklarına kanaat getirilenlerin "C" defterinde başarılı olduklarına Kurulca karar verilebilir.

Bir inceleme dönemi içinde uzun süreli sağlık raporu veya doğum nedeniyle ücretsiz izin alınması ya da görevli olarak yurt dışına gönderilmesi, görevden ayrılmak suretiyle yüksek lisans veya doktora öğrenimi yapılması, tayin ve yetki nedeniyle değişik mahkemelerde çalışılması, müstemir yetki dışında iş çıkarılması, gelen ve devralınan iş sayısının fazlalığı, yargılamanın ve soruşturmanın zorunlu kıldığı işlemlerin zamanında yapılmamasının haklı nedenlerden kaynaklanması gibi sebeplerle yukarıda belirtilen asgarî oranlardan az iş çıkarılması hâli Kurulca lehe değerlendirilebilir.

Kanun yolu incelemesi üzerine verilen çok iyi ve iyi not oranının İlke Kararında belirtilenlerden yüksek olması hâlinde, müfettiş hâl kağıtları da dikkate alınarak iş yüzdelerine; bakılan işlerin miktar ve mahiyeti gözetilerek gayret ve çalışması ile emsalinden daha fazla iş çıkaranların ise not oranlarına Kurulca en fazla iki puan ilâve edilebilir. Not oranı ve iş yüzdesi hesabında kesirler tam sayıya çıkartılır.

Hükümlülük ve kovuşturma bakımından, mesleğin vakar ve onuruna dokunan veya kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görevle ilgili herhangi bir suçtan affa uğramış olsa bile hüküm giyen, meslekten çıkarmayı, yer değiştirmeyi veya yükselmeden geri bırakılmayı gerektiren bir eylem nedeniyle kovuşturma altında bulunan, disiplin bakımından; 2802 sayılı Kanunun 68 inci maddesine göre yer değiştirme cezası alan, Kanunun 65, 66 ve 67 nci maddelerinde sayılan kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı türden olmasa bile birden fazla alan, meslekten çıkarmayı, yer değiştirmeyi veya yükselmeden geri bırakılmayı gerektiren bir eylem nedeniyle disiplin yönünden soruşturma altında bulunan hakim ve savcıların birinci sınıfa ayrılma niteliklerinin yitirildiği sonucuna varılır. Kanunun 65, 66 ve 67 nci maddelerinde sayılan kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı türden olmasa bile birden fazla alan hakim ve savcıların bu sayılan cezalardan sadece birinin alınması hâlinde bu cezaya neden olan fiilin niteliği göz önünde tutularak birinci sınıfa ayrılmanın yitirilip yitirilmediği Kurulca takdir edilir.

Sonuç olarak, ülkemizde, hakim ve savcılarının terfileri tamamen HSYK tarafından yapılmakta olup, 2802 sayılı Kanunda ve HSYK ilke kararlarında belirtilen şartların gerçekleşmesi şartıyla otomatik bir şekilde olmaktadır. Bu nedenle, hakim ve savcılarının terfi sisteminin yargı bağımsızlığına uygun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Ancak, hakim ve savcılarının mahkeme başkanlığı, Danıştay savcılığı, kıdemli tetkik hakimliği ve Danıştay üyeliği gibi bir üst göreve atanmalarında otomatik terfi sistemi değil, tamamıyla HSYK'nun ve Cumhurbaşkanının takdiri söz konusudur. Daha önce de belirtildiği üzere, yargı bağımsızlığı ve güvencesinin sağlanması ile idari yargıda toplam kalitenin maksimum seviyeye ulaşması için, bu görevlere atamalarda da otomatik bir sistem getirilmesi gerekmektedir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HAKİMLİK TEMİNATI VE TARAFSIZLIK

I. HAKİMLİK TEMİNATI VE UNSURLARI

A. GENEL OLARAK

Hakimlerin bağımsızlığı, onların objektif bağımsızlığı olduğu halde, hakimlik teminatı hakimlerin şahsi bağımsızlığıdır.³⁶⁸

Mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlik teminatı mutlaka bir arada bulunması zorunlu olan iki meseledir. Birinin olmaması durumunda yargı bağımsızlığından bahsetmek mümkün değildir.³⁶⁹

Mahkemelerin organ olarak bağımsızlığı, ancak yargı fonksiyonunu ifa eden hakimlerin teminatlı bir statüye kavuşturulmaları, yani herhangi bir baskı ve tehditle karşılaşmaksızın görevlerini tam bir serbestlik ve tarafsızlıkla yerine getirebilmeleri ile gerçek anlam kazanır.³⁷⁰ Hakimlik teminatı, hakimlere tanınan bir imtiyaz değil, halk için kabul edilmiş bir teminat olup, hakimlerin gördükleri vazifeyi tam bir emniyet, itimat ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan müessesedir.³⁷¹ Hakimlik teminatı, hakimlerin bağımsızlığı ilkesinin sözde kalmaması için kendilerine tanınmış bir takım güvencelerdir.³⁷² Hakimlik teminatı sayesinde hakimler kendi meslek ve varlıklarını tehlikeye atmaksızın görevlerini yapabilirler.³⁷³

³⁶⁸ Baki Kuru, **a.g.e.**, s. 29.

³⁶⁹ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 6.

³⁷⁰ Ergun, Özbudun, **a.g.e.**, s. 370.

³⁷¹ Baki Kuru, **a.g.e.**, s. 29.

³⁷² Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 851.

³⁷³ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 21.

B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKİMLİK TEMİNATI

Hakimlik teminatı ve bu teminatın istisnaları hemen hemen tüm Avrupa ülkelerinin mevzuatlarında yer almıştır. İngiltere’de 1700 yılında kabul edilen ve hakimlik teminatı konusunda ilk yazılı belge olan Act of Settlement kesin olarak, hakimlerin hareket tarzları şikayetlere sebebiyet vermediği sürece görevlerini muhafaza edeceklerini tespit ve ilan etmiştir. Bu kural daha sonra çıkarılan 1875 ve 1925 tarihli mahkemeler kuruluş kanunlarıyla tespit edilmiş olup, halen yürürlüktedir.³⁷⁴

İngiltere’yi örnek alan ABD’nin 1787 tarihli Anayasalarında, hakimlik teminatı ile ilgili hükmü aynen kabul edilmiş ve hakimlerin, hareket tarzları şikayetlere sebebiyet vermediği ve iyi tutumlarını sürdürdükleri sürece azledilemeyecekleri kuralı tekrarlanmıştır.³⁷⁵

Hakimlerin kendi istekleri dışında görevden alınamayacakları, azledilemeyecekleri, Fransız kamu hukukunun eski bir kuralıdır. 30 Ağustos 1883 ve 17 Temmuz 1940 tarihli kanunlarda öngörülmüş olan bu kural 13 Nisan 1945 tarihli Tüzük ve sonradan kabul edilen her iki Anayasada da teyit edilmiştir.³⁷⁶ Ancak, hakim ağır cezalı bir suçtan dolayı hüküm giyerse, görevlerinin gereklerini yerine getiremeyecek düzeyde sürekli hastalığa yakalanmışsa ve hakimlik itibarı ve şerefi ile bağdaşmayacak bir hayat tarzına sahipse hakimler, Yüksek Hakimler Konseyi kararı ile azledilirler. Görevden azil şekilleri, bakanlık emrine alma, emeklilik hakkına dokunmaksızın görevden uzaklaştırma ve emeklilik hakkından yoksun bırakarak görevden uzaklaştırma olmak üzere üç türdür.³⁷⁷ Hakimlerin emeklilik yaşı ise, ilk derece mahkemesi hakimleri için 67, yüksek mahkeme hakimleri için 70’tir.³⁷⁸

³⁷⁴ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 23.

³⁷⁵ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 57.

³⁷⁶ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 24.

³⁷⁷ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 90.

³⁷⁸ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 90.

1 Ocak 1948 tarihli İtalyan Anayasası, hakimlerin bağımsızlığı ve özellikle teminatı konularında Fransız Anayasasına oranla ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. Anayasanın 104. maddesinde, hakimliğin diğer kuvvetlerden bağımsız olarak, kendi kendini idare eden özerk bir sınıf teşkil edeceği, 107. maddesinde ise, Adalet Bakanının yetkisi konusunda bakanın hakimler hakkında disiplin soruşturması açtırılabileceği hükümleri yer almaktadır.³⁷⁹ Adli hizmetlerin ifası, teşkilatlandırılması ve çalışma tarzı, Hakimlik Yüksek Konseyi'nin yetkileri saklı kalmak şartıyla Adalet Bakanı'na aittir.³⁸⁰ İtalya'da hakimler normal şartlar altında 75 yaşına kadar resen emekli edilemezler.³⁸¹

Federal Almanya'da hakimler görevini ciddiyetle yaptığı sürece 68 yaşına kadar azledilemezler. Ancak Anayasanın 97. maddesine göre, mevcut kanunları kasti olarak ihlal eden hakimlerin, Federal Milli Meclisinin talebi üzerine, Anayasa Mahkemesinin üçte iki çoğunlukla başka bir göreve atanmasına veya azline karar verilebilmektedir.³⁸² Federal hakimlerin ceza kanununda belirli suçlardan mahkum olması veya Federal Anayasa Mahkemesi kararı ile temel haklarını kaybetmesi halinde resen azledilmiş oldukları kabul edilir.³⁸³ Federe hakimler ise 65 yaşına kadar görevlerini sürdürmektedir.

İsviçre'de de, hakimler yasalarda belirtilen belirli davranışlarda bulunurlarsa Federal yasama organı veya Federal Meclis tarafından görevden azledilebilirler. Federal ve federe hakimlerin emeklilik yaşı, hakimın durumuna göre 65-70 yaştır.³⁸⁴

Finlandiya'da hiçbir hakim, rızası olmadan yargının yeniden teşkilatlandırılması durumu hariç başka bir yere naklen atanamaz.³⁸⁵

³⁷⁹ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 26.

³⁸⁰ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 26.

³⁸¹ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 111.

³⁸² Attila Özer, **a.g.e.**, s. 78.

³⁸³ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 78.

³⁸⁴ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 105.

³⁸⁵ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 125.

C. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASALARINDA HAKİMLİK TEMİNATI

İslam hukukunu kadifiye eden Mecellenin kaza bölümünde 1792-1799 maddeleri arasında hakimlerin nitelikleri, tutum ve davranışları ve özellikle tarafsızlıkları konusunda veciz ifadeler yer verilmiştir.³⁸⁶

1924 Anayasasının 55. maddesinde, yargıçların kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamayacağı, 56. maddesinde de, yargıçların nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacaklarının özel kanunla gösterileceği belirtilmiştir.

1961 Anayasasının “ Hakimlik Teminatı ” başlığı altında düzenlenen 133. maddesinde, “ Hâkimler azlolunamaz. Kendileri istemedikçe, Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylıklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlarla görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının caiz olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır. ” hükmüne yer verilmiştir.

1982 Anayasası’nda da 1961 Anayasası’na paralel düzenlemeler getirilmiştir. 1982 Anayasası’nın 139. maddesinde hakimlik teminatı ile ilgili prensipler konulmuştur. Buna göre, “ Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. ” Ancak bu teminat mutlak nitelikte geçerli bir teminat değildir. Çünkü, adı geçen maddenin ikinci fıkrasında hakimlik teminatının istisnasına yer verilmiştir. Buna göre, “ Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından

³⁸⁶ A. Himmet Berki, **Açıklamalı Mecelle**, Hikmet Yayınları, İstanbul 1990, s.407-408.

yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır. ”

Madde gerekçesinde ise, hakimlik ve savcılık teminatının hakim ve savcılarının görevlerinde her hangi bir düşünce ve fütura kapılmadan tamamen vicdan rahatlığı içerisinde görevlerini yapabilmelerinin garantisi olduğu, azlonulamazlık, Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamazlık, aylıklarından her ne surette olursa yoksun bırakılmazlık kurallarının, hizmetlerini hep tarafsız bir surette kanunlara uygun olarak yapabilmelerini sağlamaya matuf olduğu, zorunlu hallerde görevden ayrılımlarının doğal olduğu³⁸⁷ ifadelerine yer verilmiştir.

Ülkemizde, hakimlik teminatı ile ilgili kurallar Anayasa, Hakimler ve Savcılar Kanunu, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ve H.U.M.K'da da yer almaktadır.

D. HAKİMLİK TEMİNATININ UNSURLARI

Hakimlik teminatının doktrinde kabul gören unsurları aşağıda sırasıyla ele alınmıştır.

1. Hakimler Azledilemez

Görevini huzur ve sükun içinde yerine getirebilmesi için bir hakimnin görevden çıkarılma korkusu içinde olmaması yani azledilmez olması gerekmektedir.³⁸⁸ Nitekim Anayasa'nın 139. maddesinde “ hakimler ve savcılar

³⁸⁷ Ömer İzgi, Zafer Gören, **TC. Anayasasının Yorumu**, TBMM Basımevi, Ankara 2002, s. 1216.

³⁸⁸ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 852.

azlolunamazlar. ” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 44. maddesinde tekrarlanmıştır.

Hâkimlerin azledilmezliği ilkesi, kendilerinin hiçbir sebep olmadan ve usulsüz olarak görevden alınamayacaklarını ifade eder ve mutlak değildir. Hâkimlerin azledilememesi, "onların her hareketine kayıtsız şartsız göz yumulması" anlamını taşımaz. Meslek ve sıfatlarıyla bağdaşmayan belirli tutum ve davranışlarının gerçekleşmesi halinde, hâkimlerin de azilleri mümkündür.³⁸⁹ Nitekim 2802 sayılı Kanunun 69. maddesinde, meslekten çıkarma cezasını gerektiren durumlar düzenlenmiştir. Buna göre, 68 inci maddenin (e) bendinde yazılı olan “ madde tayin ve deliller elde edilmemiş olsa bile, rüşvet aldığı veya irtikapta bulunduğu kanısını uyandırmak ” hallerinden 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 olsa bile 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan³⁹⁰ biri ile kesin hüküm giymek meslekten çıkarılmayı gerektirir.

Bununla birlikte, verilen cezanın 8 . 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 adlî para cezası olması halinde meslekten çıkarma cezası yerine, yer değiştirme cezası verilir.

Söz konusu maddenin dördüncü fıkrasında, hükümlülüğü gerektiren suçun, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve

³⁸⁹ M. Reşit Belgesay, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku**, Marifet Basımevi, İstanbul, 1956, s. 160.

³⁹⁰ Taksirli suçlar hariç olmak üzere, (...) üç aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı bir suçtan veya kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak veya bu suçlardan veya taksirli suçlar hariç olmak üzere üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir fiilden dolayı soruşturma veya kovuşturma altında olmamak.

güveni gideren nitelikte görülmesi halinde, 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 verileceği belirtilmek suretiyle hakimlik mesleğinin saygınlığını koruyucu bir hüküm sevk edilmiştir.

Öte taraftan, yukarıda belirtilen maddenin son fıkrası ile HSYK Kanunun görevden uzaklaştırma başlığı altında düzenlenen 21. maddesiyle HSYK'na geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. 2802 sayılı Kanunun 69. maddesinin son fıkrasına 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 cezasının verileceği belirtilmek suretiyle söz konusu fiilin nitelendirilmesi konusu HSYK'na bırakılmıştır.

Yine HSYK Kanunun 21. maddesinde de, hakkında soruşturma yapılan hakim veya savcının göreve devamının, soruşturmanın selametine yahut yargı yetkisinin itibarına zarar vereceğine kanat getirilirse, geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırılmasına veya soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, geçici yetki ile bir başka yargı çevresinde görevlendirilmesine Kurul'ca karar verilebileceği hüküm altına alınmış olup, bu hükümde de geçici olarak görevden uzaklaştırma sebepleri sayılmamış ve takdir yetkisi Kurul'a tanınmıştır.

Daha önce de belirtildiği üzere, HSYK'da yüksek yargı üyelerinin çoğunlukta olması nedeniyle HSYK'nun bağımsız ve tarafsız olduğunu kabul ettiğimizden, hakim ve savcılarının görevlerine son verme veya geçici olarak görevlerinden uzaklaştırılmaları konusunda yukarıda belirtilen hususlarda HSYK'nun takdir yetkisinin bulunmasının hakim ve savcılarının bağımsızlığı ve tarafsızlığına gölge düşürmediği kanaatindeyiz. Maddede öngörülen takdir hakkı geniş olmakla birlikte, hakimler bakımından en önemli teminat, çıkarma kararının yüksek dereceli hakimlerden oluşan ve bağımsız bir organ olan,

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca verilebilmesidir.³⁹¹ Bununla birlikte bu yetkinin çok istisnai hallerde, dikkatle ve yerinde kullanılması zorunlu olup, aksi yönde bir uygulama her türlü yorumlamaya açık olan bu hükümle hakimlik teminatının en önemli unsuru olan azledilemezlik ilkesini kolayca zedeleyecektir.

Öte yandan, kanun yollarına başvuru nedeni olarak ileri sürülebilecek veya hakimlerin yargı yetkisi ve takdiri kapsamında kalan konulara ilişkin bulunan hususlarda 2802 sayılı Kanunun 69. maddesinin uygulanamayacağı hususunu vurgulamak gerekir.

2. Hakimler Emekliye Sevk Edilemez.

Hakimlerin belirli bir yaştan önce emekliye sevk edilmeleri halinde, o hakim üzerinde yine baskı kurma ihtimali bulunduğundan belirli bir yaştan önce hakimlerin emekliye sevk edilememeleri gerekmektedir.³⁹² Anayasa'nın 139. maddesinin ilk fıkrasında, hakimler ve savcıların kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen³⁹³ yaştan önce emekliye ayrılamayacakları belirtilmek suretiyle bu güvence sağlanmıştır. Yine 2802 sayılı Kanunun 44. maddesinde, hakim ve savcılarının 65 yaşından önce emekliye sevk olunamayacakları belirtilmiştir. Bununla birlikte, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır. (2802 s.k. m. 44)

Görülebileceği üzere, hastalık emeklilik sebebi sayıldığı halde, mesleki yetersizlik konusunda her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Alman ve Fransız

³⁹¹ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 31.

³⁹² Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 852.

³⁹³ Anayasanın 140. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, hakimler ve savcılarının 65 yaşını bitirinceye kadar hizmet görecekları belirtilmiştir.

kanunlarında ise, bir hakimın görevini ifada acze düşmesi halinde mahkeme kararıyla kendisinin emekliye sevkine karar verilebilmektedir.³⁹⁴

3. Hakimler Maaş ve Ödeneklerinden Yoksun Kılınamazlar

Hakimlerin tam anlamıyla bağımsız olabilmesi için onun mali bakımdan da bütün makam, organ ve kişilere karşı da bağımsız olması gerekir.³⁹⁵ Hakimın adaleti tam bir iç huzuru ile dağıtabilmesi için maddi sıkıntılardan kurtulmuş, belirli bir refah seviyesine ulaşmış olması, taraflardan gelecek vaat karşısında bağımsız olabilmesi için de tatmin edici bir maaşının olması gerekir.³⁹⁶

Anayasanın 139. maddesinde, hakimlerin, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamayacakları belirtilmek suretiyle hakimlerin mali teminatı sağlanmıştır. Ancak, hakimlerin yeterli maaş almaları güvencesi yolunda Anayasada bir hüküm bulunmamakta olup, maaş miktarı kanunla tespit edilmektedir. Bu durum ise, ideal anlamda hakimlik teminatı bakımından eleştirilebilecek bir husustur.³⁹⁷

Hakimlerin aylık ve ödeneklerinin her devirde, adalet işlerinin Devlet işleri arasındaki özel durumu ve büyük önemi göz önünde tutularak diğer Devlet memurlarının aylıklarından ayrı ve üstün bir şekilde tespit edilmesi gerekir.³⁹⁸

İngiltere’de hakimlerin maaşları devlet bütçesine dahil olmayan, Parlamento tarafından hiçbir şekilde bütçe yılında denetlenmeyen ve tavanı sınırlandırılmamış özel konsolide bir fondan karşılanır.³⁹⁹ ABD’de federal

³⁹⁴ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 37.

³⁹⁵ Baki Kuru, **a.g.e.**, s. 34; Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 129.

³⁹⁶ Münci Kapani, **a.g.e.**, s. 4.

³⁹⁷ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 853.

³⁹⁸ Baki Kuru, **a.g.e.**, s. 34.

³⁹⁹ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 131.

hakimin aldığı ücret senatörün aldığı maaştan fazladır.⁴⁰⁰ İsveç'te, hakimlerin bağımsızlık, objektiflik ve tarafsızlıklarının en iyi şekilde diğerleri yanında iyi mali imkanların verilmesi ile sağlanacağı belirtilmiştir.⁴⁰¹

Hakimlerin aylık ve ödeneklerinin yeterli olmaması hususu yıllarca eleştirilmiş, Avrupa Birliği Komisyon raporları ile İlerleme Raporlarında da bu hususa ısrarla vurgu yapılmış, neticede 29.06.2006 gün ve 5536 sayılı Kanun ile 2802 sayılı Kanunun 102, 103 ve 106. maddeleri değiştirilerek hakim ve savcılarının maaş ve ödeneklerine ilişkin olarak yeni bir düzenleme getirilmiştir.

Buna göre, en yüksek Devlet memuruna malî haklar kapsamında fiilen yapılmakta olan her türlü ödemeler toplamının brüt tutarı, kıstas aylık olarak tanımlanmıştır. (2802 s.k. m. 102) Kıstas aylığı oluşturan her bir ödeme unsurunun; Anayasa Mahkemesi Başkanı, Yargıtay Başkanı, Danıştay Başkanı, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Danıştay Başsavcısına % 100'ü, Anayasa Mahkemesi Başkanvekili, Anayasa Mahkemesi Üyeleri, Yargıtay ve Danıştay Birinci Başkan Vekilleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili, Yargıtay ve Danıştay Daire Başkanları ile Adalet Bakanlığı Müsteşarına % 86'sı, Yargıtay ve Danıştay Üyelerine % 83'ü, birinci sınıf hâkim ve savcılara % 79'u, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve savcılara % 65'i, birinci derecede bulunan diğer hâkim ve savcılara % 55'i, ikinci derecede bulunan hâkim ve savcılara % 53'ü, üçüncü derecede bulunan hâkim ve savcılara % 51'i, dördüncü derecede bulunan hâkim ve savcılara % 49'u, beşinci derecede bulunan hâkim ve savcılara % 47'si, altıncı derecede bulunan hâkim ve savcılara % 45'i, yedinci derecede bulunan hâkim ve savcılara % 43'ü, sekizinci derecede bulunan hâkim ve savcılara % 41'i oranında aylık ödeme yapılmaktadır. (m. 103) Ayrıca, 103. maddede unvanları belirtilenlere aynı maddeye göre ödenmekte olan brüt aylıklarının % 10'u oranında yargı ödeneği verilmektedir. (m. 106)

⁴⁰⁰ Münici Kapani, **Türkiye'de Yargı Kuvveti**, Kanuni Esasının 100. Yılı Armağan (Derleyen B.Savcı), Ankara 1978, s. 71.

⁴⁰¹ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 130.

5536 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme ile hakim ve savcılarının maaşları en yüksek Devlet memurunun maaşına endekslenmiş, böylelikle de hakim ve savcılarının maaşları sürekli tartışılır olmaktan çıkartılarak yargı kurumunun bu şekilde yıpratılmasının önüne geçilmiştir.

Anayasa'nın 139. maddesine benzer bir hüküm 2802 sayılı Kanunun 44. maddesinde yer almıştır. Buna göre, "hakimler ve savcılar bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa aylık ve ödeneklerinden ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamazlar." Bununla birlikte, takip eden 45. maddede, 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 olunacağı, ilgili hakim tarafından birinci teklifin reddedebileceği, ikinci teklifi kabul etmeyenlerin ise meslekten çekilmiş sayılacağı belirtilmek suretiyle hakimlik teminatına aykırı bir düzenleme getirilmiştir. Çünkü, burada hakimin açıkta kaldığı sırada, gerçekten açıkta olan yerler üzerinde kendisine bir seçim hakkı tanınmamakta, kendisine teklif edilen iki yerden birini seçmeye zorlanmaktadır. Oysa, açıkta kalan hakime kendi kadro ve derecesindeki bütün açık yerler üzerinde bir seçim hakkı tanınması, buna rağmen hakim başka yere naklini istemezse o vakit rızasına bakılmadan HSYK tarafından uygun görülen yere tayin edilmesi, gitmezse istifa etmiş sayılması⁴⁰² hakimlik teminatı bakımından yapılması gereken en uygun düzenlemedir. Bu nedenle, daha önceki düzenlemelerin de aynı yönde olduğu, yersiz endişeler sebebiyle adli teşkilatın zamana ayak uyduramayarak dondurulmuş olacağı ve hizmetin aksayacağı⁴⁰³ yönündeki görüşe katılmamız mümkün değildir. Çünkü, hakimin, açıkta bulunan yerlerden birini tercih etmesinin hizmetin aksaması ile telif edilmesi, daha önceki düzenlemelerin de aynı yönde olmasının ise mevcut düzenlemenin doğru olduğunu göstermesi şeklinde yorumlanması mümkün değildir.

⁴⁰² Baki Kuru, **a.g.e.**, s. 33.

⁴⁰³ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s. 41.

4. Coğrafi Teminat

“ Coğrafi teminat ”, “ yer bakımından teminat ” veya “ yer teminatı ” da denilen bu teminata göre, bir hakim rızası hilafına, terfi suretiyle de dahi olsa bulunduğu yerden bir başka yere nakledilemez.⁴⁰⁴

Coğrafi teminat, 1972 yılından beri ülkemizde mevcut değildir. Coğrafi teminat 1961 ve 1982 Anayasalarında öngörülmemiş olup, yer değiştirme yetkisinin bağımsız bir HSYK’na verilmesi coğrafi teminatın varlığını ortadan kaldırmaz.⁴⁰⁵ Zira hakimlik teminatı minimum ve mutlak bir teminattır. Bu nedenle HSYK’na karşı da bu teminat geçerli olmalıdır.⁴⁰⁶

1982 Anayasası’nda hakim ve savcıların görevlerini ve görev yerlerini geçici veya sürekli olarak değiştirilmesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre düzenleneceği öngörülmüştür. (m. 140/3)

Hakim ve Savcılar Kanunu’na göre, hakim ve savcıların, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun hazırlayacağı Atama ve Nakil Yönetmeliğine uygun olarak, aynı veya başka yerlerdeki eşit veya daha üst görevlere kazanılmış hak aylık ve kadro dereceleriyle naklen atanacakları düzenlenmiştir. (m. 35/1) Öte yandan, bölgelerde başarısızlığı ve görev gereklerine uyumsuzluğu belgelerle saptanan hakim ve savcıların, o bölgedeki görev süresini doldurup doldurmadığına ve meslek kıdemine bakılmaksızın, hizmetinden yararlanılabilecek diğer bir bölgeye veya bulunduğu bölge seviyesinde bir yere naklen ataması yapılabilir. (m. 35/5)

İdari yargı hakim ve savcıları ile idari yargı hakim ve savcılık mesleğindeki görevlilere diğer hizmetlerden veya yeniden atanacaklar hakkında da uygulanmak üzere atama ve nakil yönetmeliği çıkarılmıştır. Bu yönetmeliğe göre coğrafi ve ekonomik koşulları, sağlık, sosyal ve kültürel imkanları, mahrumiyet dereceleri ile ulaşım, gelişme ve önemli merkezlere yakınlıkları ve

⁴⁰⁴ Baki Kuru, **a.g.e.**, s.40.

⁴⁰⁵ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s.853.

⁴⁰⁶ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s.853.

diğer durumları bakımından, hizmet yerleri üç bölgeye ayrılmıştır. İstisnai hükümler dışında, en az hizmet süresi üçüncü bölgede beş, ikinci bölgede yedi, birinci bölgede on yıldır. (m. 3) Ad çekme ile atamalar ve zorunlu nedenler dışında atamalar, alt bölgeden başlamak suretiyle yapılır. (m. 4) Bulundukları yerde kendi kusurları olmaksızın herhangi bir nedenle idarî yargı hâkimlik veya savcılığının gerektirdiği onur ve tarafsızlık içerisinde görev yapamayacağı veya bulunduğu yerde kalması mesleğin nüfuz ve itibarını sarsacağı anlaşılanlar aynı bölge seviyesindeki bir göreve, görev yerlerindeki işlerin çokluğu ve çeşidine göre gereken sürat ve başarıyı gösteremedikleri soruşturma ve belgelerle anlaşılanlar bölge ve meslek kıdemine bakılmaksızın hizmetlerinden yararlanılabilecek aynı veya alt bölgedeki bir göreve, haklarında Hâkimler ve Savcılar Kanunu gereğince yer değiştirme cezası verilenler mazeretlerine ve bulundukları bölgede en az hizmet süresinin dolup dolmadığına bakılmaksızın daha alt veya yoksa bölge içinde durumlarına uygun görevlere derhal atanırlar. (m. 7)

Diğer yandan, sağlık, eş, öğrenim ve doğal afet durumlarında en az hizmet süresine bakılmaksızın atama yapılabilir. (m. 9-12) Danıştay tetkik hakimliği ve savcılığı görevini atamalarda ise daha önce belirtildiği üzere Danıştay Kanunu hükümleri uygulanır.

Ülkenin coğrafi bölgelere ayrılması, kalkınmışlık, az veya çok kalkınmışlık ile ilgili bir durumdur. Ülkenin sosyal, kültürel ve ekonomik düzeyi, her insanın yararlanacağı asgari ortak şartları taşırsa, ayrılmış coğrafi bölgenin fazlaca bir önemi yoktur. Ancak sosyal, kültürel ve ekonomik yapılanması önemli derecede farklılık arz eden ülkemizde, her hakimlinin farklı bölgelerde belirli bir süre görev yapmaları adaleti sağlamak açısından zorunludur.⁴⁰⁷ Bu nedenle süre ile sınırlı olmaksızın hakimlere coğrafi teminatın sağlanması ülkemizde fiilen mümkün değildir. Baki Kuru'ya göre, şahsi ve indi takdirlere yer vermeyen, objektif esaslara göre hazırlanacak ve hakimlerin haklarını koruyacak bir tayin ve nakil

⁴⁰⁷ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 123.

planı yapılmalı, mesleğe yeni giren hakimler istisnasız mahrumiyet bölgelerine tayin edilmeli, büyük şehirlerde açılacak yerlere mahrumiyet bölgelerinin en gayri müsait olanında uzun zamandan beri vazife görmekte olan hakimler tayin edilmeli, tam manasıyla bağımsızlığa kavuşmuş HSYK tarafından hatır, gönül gibi hiçbir sübjektif unsura yer vermeden bu plan uygulanmalıdır.⁴⁰⁸

Kuru'nun görüşüne katılmakla birlikte, doğrudan mahrumiyet bölgesine atanacak olan yeni hakimlerin, atandıkları bölgede bilgi ve tecrübesizlikleri nedeniyle bir çok sıkıntılarla karşılaşması doğal olduğundan, öncelikle bu hakimlerin bu ortama hazırlanmaları gerektiği kanaatindeyiz. Bunun için de, Ankara'da idare mahkemeleri haricinde mutlaka staj mahkemeleri kurulmalı, hakim adayları ile hususi olarak ilgilenbilmesi için iş yükü azaltılan bu mahkemelerde hakim adaylarını yetiştirmekle görevli özel bir hakimler kadrosu oluşturulmalı, hakim adaylarının staj dönemi boyunca her türlü dava dosyası üzerinde çalışma ve araştırma yapması sağlanmalıdır. Böylelikle, mahrumiyet bölgesine atanan hakim, her türlü sorun ve problemlere karşı donanımlı olarak mesleğe başlayacağından daha tecrübeli ve özgüvenli olarak hareket edecektir.

Öte yandan, mahrumiyet bölgelerinde çalışan hakimlere nakil isteklerinin yerine getirilmesinde öncelik hakkı tanımak, mahrumiyet zammı vermek, lojman sağlamak, mahrumiyet bölgesinde geçirilen süreyi emeklilik süresinin hesaplanmasında zamlı olarak nazara almak, mahrumiyet bölgesindeki hakimlerin üniversitede okuyan çocuklarına burs vermek, kurulacak dinlenme kamplarında mahrumiyet bölgesi hakimleri ve ailelerine öncelik hakkı tanımak gibi tedbirlerle, bu bölgelerde hakimlik yapmak cazip hale getirilebilir.⁴⁰⁹

Fransa'da yargıyı koruyan kurallar esas itibariyle yargı mensuplarının vakar ve bağımsızlığını koruma ihtiyacından esinlenmiştir. Bu amaçla kurallar hakimlerin nakledilemezliği prensibini tesis etmektedir.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Baki Kuru, **a.g.e.**, s. 55.

⁴⁰⁹ Baki Kuru, **a.g.e.**, s. 58.

⁴¹⁰ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 125.

Hakim ve savcılar hizmetin gereği olarak sürekli görev yerlerinin dışındaki bir yargı çevresinde veya aynı yerde geçici yetki ile görevlendirme konusunda dört ayı (hakimın isteği veya hizmet gereklerinin bulunması halinde iki ay daha bu süre uzatılabilir.) geçmemek üzere HSYK'na, hizmetin aksamaması için kadro durumu müsait bulunan bir yargı çevresindeki hakim veya savcıyı ihtiyaç duyulan başka bir yargı çevresinde görev yapmak üzere geçici olarak yetkili kılabilme konusunda ise Adalet Bakanlığına yetki tanınmıştır. (HSYK Kanunu m. 20) Ancak, bu takdirde verilen kararın, Kurulun ilk toplantısında onaya sunulması zorunludur.

Geçici yetkilendirmenin çoğunluğu bağımsız olanlardan kurulu bir kurul tarafından yapılması halinde bir sakınca yoktur. Çünkü geçici yetkilendirme, hastalık, izin, ölüm, ayrılma veya uzaklaştırma gibi zorunlu sebepler yüzünden doğabilecek bir durumdur.⁴¹¹ Ancak, Adalet Bakanı'nın önce kendisi geçici görevlendirip sonra bu görevlendirme kararını HSYK'nun onayına sunmasının hakimlik teminatına aykırı olduğu görüşündeyiz.

Duran'a göre, geçici yetkilendirme, yargı mensuplarının teminat ve istikrarı göz önünde bulundurularak kaldırılmalıdır. Bu durumda meydana gelen boşluk ise her hakim ve savcının yanına bir yardımcı verilmek suretiyle doldurulabilir. Ancak devletin hazine ve bütçe imkanları dolayısıyla bu mümkün olmadığından geçici yetki yolu kaldırılamamaktadır.⁴¹²

5. İdari Görevlere Atanmama Teminatı

Hakimin kendi isteği olmaksızın görevinden alınıp Adalet Bakanlığı emrine idari bir göreve atanması, siyasi iradenin hakim bağımsızlığı ve tarafsızlığına bir müdahale imkanı oluşturur. Bu nedenle, hakim ve savcılarının

⁴¹¹ Ferman Demirkol, **Yargı Bağımsızlığı**, s. 125.

⁴¹² Lütfi Duran, **Mevzuat Kroniğı**, İÜHFM 1962, sayı 1-4, s.460.

muvafakatlari alınmaksızın idari görevlere atamalarının yapılamaması gerekir. Nitekim bu konuda Anayasa'nın 159. maddesinde, “ Adalet Bakanlığının merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılarının muvafakatlarını alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir. ” hükmü getirilmek suretiyle bu güvence sağlanmıştır.

6. Yargıya Tanınan Diğer Teminatlar

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 110. maddesinde, lüzum ve zaruret görülen yerlerde lojman ihtiyaçlarının Adalet Bakanlığınca tespit edilerek, Bakanlar Kurulunca onanacak programlar gereğince ilgililerin tabi oldukları kuruluşların bütçelerine her yıl konulacak ödenekten karşılanacağı hüküm altına alınmış olmasına rağmen, lojman sayısının oldukça yetersiz olduğu görülmektedir.

Özellikle, mesleğe yeni atanan ve taşrada görev yapan hakimlere lojman tahsis edilemediği, bu hakimlerin gittiği yerlerde ev bulamaması nedeniyle eşya ve ailesini götüremediği, ev bulana kadar polisevi veya öğretmen evlerinde kaldıkları, bu yerlerin rezervasyonla sonradan dolması, söz konusu yerlere emniyet mensuplarından üst düzey görevlilerin veya müfettişlerin gelerek kalmaları halinde, hakimlerin kalmış oldukları odalardan çıkmalarının istendiği göz önüne alındığında, bu konuda sıkıntıların ne kadar büyük ve vahim olduğu açıkça anlaşılabacaktır. Bu tür sıkıntıların önüne geçmek için, hakim ve savcılarının gittiği yerde lojman yok ise, hakim ve savcılarının atama kararnamesi çıkar çıkmaz Adalet Bakanlığı tarafından hemen ilgili kurumlara gerekli yazılar yazılarak, hakim ve savcılarının görev yapacağı yere gitmeden önce diğer bakanlık veya

kuruluşların konut olarak kullandıkları⁴¹³ yerlere öncelikle yerleşmeleri sağlanmalıdır.

Diğer taraftan, hakimler ve savcılar için Adalet Bakanlığı tarafından ayrı bir hastane kurulmalı, hakimler ve savcılarının uzun süre hastane sıralarında bekletilmek suretiyle yargılama faaliyetinin aksamasının önüne geçilmelidir. Uygulamada, hakimler ve savcılarının hastanede sıra beklemeksizin tedavi olabileceklerine ilişkin bazı protokol hükümleri olmakla birlikte, hastane çalışanları tarafından bu hususa riayet edilmemekte, öncelik hakkı tanıyan hastane yöneticilerinin ise, öncelik hakkı tanıdığı hakim veya savcıdan bir takım hukuki veya maddi yardım beklentisi içerisine girme ve bunu açıkça dile getirme gibi son derece yakışıksız durumlarla karşılaşmaktadır. Bu tür sıkıntılarla karşılaşmak istemeyen hakimlerin, uzun süre hastane sıralarında beklemek zorunda kaldıkları veya özel muayenehanelerde tedavi olmak suretiyle ağır maddi külfetlere katlanmak zorunda kaldıkları görülmektedir.

⁴¹³ Ferman Demirkol., **Yargı Bağımsızlığı**, s. 133.

II. YARGININ TARAFSIZLIĞI

Hakimlerin bağımsızlığı kavramı, onların bağımsız ve tarafsızlığını ifade eder. Uygulamada bu iki kavram iç içe girmiştir. Hakimlerin bağımsızlığı, onların tüm olaylar, kurumlar ve kuruluşlar karşısındaki durumunu ifade eder. Ancak hakimler bağımsız oldukları halde, belirli kişi ve kuruluşlara karşı özel ilişkileri dolayısıyla tarafsız olamazlar.⁴¹⁴

Yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin, insanların yargıya güven duymasının temel koşulu hakimlerin tarafsız olmaları ve bu tarafsızlıklarını gösterebilmeleridir.⁴¹⁵ Hakimlerin davaya bakarken taraflara karşı takındıkları tutum ve davranışlar yargının objektif olarak tarafsız olup olmadığını gösterir. Yargı ne kadar bağımsız olursa olsun, tarafsız olduğu inancını benimsetememiş ise, adalet sisteminin düzgün işlediği iddia edilemez.

Bu nedenle, yargılama makamlarının yargılama sırasında göstermiş oldukları tutum ve davranışlarıyla tarafsız karar verdikleri yönünde kanaat oluşturmaları gerekmektedir.

A. GENEL OLARAK

Anayasanın 138. maddesinin birinci fıkrasında, hakimlerin, görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verecekleri düzenlenmiştir. Bu fıkarda, bağımsızlık ve tarafsızlık konusu birlikte ele alınmış, sonra gelen fıkralarda ise bağımsızlık kuralına ilişkin yasaklar sayılmıştır.

⁴¹⁴ Attila Özer, **a.g.e.**, s. 8-9.

⁴¹⁵ İbrahim Okur, “Hakimlerin Mesleki Davranışlarını Yönlendiren İlke ve Kurallar Çerçevesinde Türkiye’de Yargısal Etik”, Adalet Dergisi, 21. sayı, www.yayin.adalet.gov.tr , 30.04.2009.

2802 sayılı Kanunun 68. maddesine göre ise, hakim görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırması veya hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırması yer değiştirme cezası için yeterli sayılmıştır. Söz konusu madde hükmüne göre, “kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığını yitirmek, yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak, hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak, göreve dokunacak surette ve kendi kusurlarından dolayı meslektaşlarıyla geçimsiz ve dirliksiz olmak, madde tayin ve deliller elde edilmemiş olsa bile, rüşvet aldığı veya irtikapta bulunduğu kanısını uyandırmak, doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi çıkar sağlamak amacı ile verilen hediye kabul veya iş sahiplerinden borç istemek veya almak” fiilleri yer değiştirme cezasını gerektiren davranışlar arasında sayılmıştır.

Bu hükümlerden de görüleceği üzere, hakim tarafsız bir şekilde karar verebilmesi için azami derecede tedbirler alınmış, bu tedbirlere riayet etmeyen hakimlere ağır derecede disiplin cezaları öngörülmüştür.

Daha önce de değinildiği üzere, yer değiştirme cezası alan yargı mensuplarının birinci sınıfa ayrılamadığı, birinci sınıfa ayrılmanın ise hakimlik mesleğinin en önemli dönüm noktalarından birisi olduğu dikkate alındığında, mesleğinin onuruna yakışır bir şekilde tarafsız olarak davranmayan hakimlere ağır cezai müeyyidelerin öngörüldüğü, yasa koyucunun da bu hususa oldukça önem verdiği açıkça anlaşılmaktadır.

Öte yandan, yargının tarafsızlığına ilişkin olarak, AİHS'nin 21. maddesinde, AİHM'de görev alacak yargıçların üstün ahlaki vasıflara sahip olması gerektiği belirtilerek hakim seçiminde önemli ölçütler getirilmiş bulunmaktadır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8, 12 ve 13. maddelerinde ise böyle bir ölçüt mevcut değildir. Bu husus tarafsızlıkla ilgili olup,

yalnız adaylığa ve mesleğe kabul aşamasında değil, terfi ve üst görevlere atmada da bu ölçütün aranması gerekmektedir.⁴¹⁶

Bunun dışında, hakimlerin subjektif tarafsızlığı vardır ki, bu durumun somut olarak ortaya konulması çok zordur. Çünkü subjektif tarafsızlık, hakim kendine ait olan tüm siyasi, ideolojik, felsefi düşünce ve inançlarından sıyrılarak, önüne gelen davada objektif bir şekilde karar verebilmesidir. Ancak, pratikte tüm değer yargılarından arındırılmış bir yargı sürecini gerçekleştirmek imkansız denilecek kadar zordur.⁴¹⁷ Hakimler, Montesquieu'nun tasavvur ettiği gibi, kanunları otomatik olarak uygulayan birer otomat, birer kanun ağzı olamazlar.⁴¹⁸ Hakimlerin subjektif tarafsızlığını ortaya koymanın imkansız olması nedeniyle, bu kısımda objektif tarafsızlığa ilişkin hususu irdeyeceğiz.

Hakimin vermiş olduğu karara, taraflarca güven duyulabilmesi, onun, davada, yansız (tarafsız-objektif) davrandığına inanılmasına bağlıdır. Eğer; hakim yansızlığı konusunda kuşku varsa veya kuşku yaratacak durumlar söz konusu ise, davada verilen karar, ne derece doğru ve hukuka uygun olursa olsun, tarafların güvenini kazanamaz. Bundan, en çok, yargının saygınlığı ve güvenilirliği olumsuz etkilenir. Bu bakımdan; davada, yargı yerinin yansızlığını kuşkulu hale getiren veya gölgeleyen durumların ortadan kaldırılması, önem kazanmaktadır.⁴¹⁹

Hakimin tarafsız kalamayacağı varsayılan veya tarafsızlığından şüphe duyulabilecek hallerde hakim kendi mahkemesinin yetki ve görevine giren belli bir davaya bakamayacağı kabul edilmiştir.⁴²⁰ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 28-36. maddelerinde hakim davaya bakmaktan yasak olduğu ve hakim reddi hususları düzenlenmiştir. 2577 sayılı İYUK'un

⁴¹⁶ M. Zafer Erdoğan, "Hakimlerin Tarafsızlığı", Adalet Dergisi, 18. sayı, www.yayin.adalet.gov.tr. 30.04.2009.

⁴¹⁷ Ergun Özbudun, "Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı", www.hurfikirler.com/hurfikir.php?name, 30.04.2009.

⁴¹⁸ Ergun Özbudun, a.g.m.

⁴¹⁹ Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara Ekim 2005, s. 679.

⁴²⁰ Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2002, s. 106.

31. maddesinde, hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddinde HUMK'un uygulanacağı belirtilmiştir.

Netice itibariyle, Yargılama Hukukunda, hakimlerin objektif tarafsızlığını sağlayan iki müessese vardır: Hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti (yasaklılığı) ve hakimin reddi.

B. HAKİMİN DAVAYA BAKMASININ YASAK OLMASI

Tarafsızlığın ihlal edilmesi veya tarafsızlığın ihlal edilmesi olasılığının bulunması ya da bu konuda haklı bir sebep olması halinde, hakimin kendiliğinden davadan çekilmesi ya da davaya bakmaktan alıkonulması gereklidir.⁴²¹

HUMK'nun 28'inci maddesinde yazılı sebeplerin bulunması halinde, idari yargıç, davadan çekilmek zorundadır. Bunun için, bu sebeplerin varlığının, taraflardan biri vasıtasıyla ortaya konulması veya idari yargıcın davadan çekinmesinin taraflarca istenilmesi şart değildir.⁴²² Hakimin davaya bakamayacağı haller HUMK'un 28. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. HUMK'un 30. maddesine göre, davaya bakmaktan yasak olan hakim ancak iki tarafın açık ve yazılı muvafakatları ile davaya bakabilir. İki tarafın böyle bir izni olmaksızın hakim davaya bakmaya devam ederse, hakimin vermiş olduğu tüm işlemler, karara karşı itiraz yolunun öngörüldüğü durumlarda Bölge İdare Mahkemesi, temyiz yolunun öngörüldüğü durumlarda ise Danıştay tarafından iptal olunur ve hakim sebep olduğu yargılama giderlerini ödemeye mahkum edilir.

⁴²¹ Suat Dursun, **Hakimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar**, Ankara, Temmuz 2007, s. 17.

⁴²² Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 680.

HUMK'nun 28. maddesine göre sınırlı olarak sayılan ve aşağıda yazılı olan durumların varlığı halinde idari yargıç (hakim) davadan çekilmeye mecburdur.

1. Hakim kendisine ait olan veya doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili bulunduğu davalara bakamaz.

Kişi hem davanın tarafı, hem de yargıcı olamaz. Kimseden, kendisinin de davacı veya davalı olarak taraf olduğu davada yansız davranması beklenemez.⁴²³ Örneğin, idare mahkemesi hakiminin taşınmazının bulunduğu yer ile ilgili olarak yapılan imar planına karşı açılan davaya o hakim bakması yasaktır.

Yine, eşinin veya çocuklarının yönetiminde görev aldıkları şirketin vergi borcu dolayısıyla açılan idari davalar da, bunların, ileride, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesi uyarınca, takip edilmeleri olasılığı bulunduğu; idari yargıcı dolayısıyla ilgilendirmektedir.⁴²⁴ Bu davalara da ilgili hakim bakması yasaktır.

⁴²³ Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 681.

⁴²⁴ Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 682.

2. Hakim, aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile eşinin, kan veya kayın hısımlığı yönünden üst soy ve alt soyunun, üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan yönünden, veya ikinci dereceye kadar kayın hısımlığı yönünden (evlilik bağı kalkmış olsa bile) yan soy hısımlarının veya aralarında evlatlık bağı bulunan kimselerin davalarına bakamaz.

Fıkra yazılı olanların davasından amaç, bunların davalı veya davacı olarak yer aldığı davalardır.⁴²⁵ Örneğin, idari yargı hakimi, dayısının katılmış olduğu, ancak teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı ihalenin iptali istemiyle açmış olduğu davanın hakimi olamaz. Öte yandan, hakim ile taraflardan birinin kanuni temsilcisi arasında bir yakınlık bulunması halinde de hakim davaya bakamaz.⁴²⁶ Yine, Avukatlık Kanununun 13. maddesine göre, hakimın eşi, kan veya kayın hısımlığı (sebep veya nesep) itibariyle alt ve üst soyundan veya ikinci dereceye kadar hısımlarından olan avukat, o hakimın baktığı dava ve işlerde avukatlık yapamaz.

3. Hakim iki taraftan birinin vekili, vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket etmiş olduğu davalara bakamaz.

Örneğin, sulh hukuk mahkemesinden vasisi olduğu şahıs adına dava açma izni alarak idare mahkemesinde dava açan idari yargıç bu davaya bakamayacağı gibi, avukat iken açmış olduğu davadan sonra, idari yargı hakimi olan kişi de, açmış olduğu davaya bakamaz.

⁴²⁵ Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 683.

⁴²⁶ Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s. 107.

4. Hakim, dava sırasında, yönetim kurulunda bulunduğu derneğe, belediyeye veya diğer bir tüzel kişiye ait davalara bakamaz.

Bu son yasaklama nedeni, hakimın dava sırasındaki, yani devam etmekte iken, yönetim kurulunda görev aldığı tüzel kişilere ait olan davalarda söz konusudur.⁴²⁷

Örneğin, Yargıç ve Savcılar Birliği'nin yönetim kurulunda olan bir hakim, YARSAV'ın açmış olduğu davaya bakamaz. Bununla birlikte, hakim, dernek veya şirketin üyesi ya da ortağı ise, bu bir davaya bakamama nedeni değil, ancak bir ret sebebi teşkil eder.⁴²⁸

C. HAKİMİN REDDİ

Anlaşmazlıklar davaya dönüşünce, ilgililer haklı olarak, bilgili olduğu kadar anlayışlı ve tarafsız hakimlerin sorunlarına eğilmelerini isterler. Hakimlerin güvenilirliği, hak ve adaletten yana olmalarıyla başlar. Ne var ki, hakimler de bulundukları toplumun koşullarından soyutlanamazlar. Onların da çevreleri, sosyal ilişkileri, her insan gibi eğilimleri vardır. Bu itibarla, haklıyı haksızdan ayırmak ve nesnel ölçüler içinde adaleti gerçekleştirmekle görevli hakimler, etkilenebilecekleri bazı kararların hakimi olmaktan çekinebilmelidirler.⁴²⁹

Hakimin tarafsız bir şekilde bir davaya bakamayacağı hallerde, hakim ya kendi kendini reddeder, veya taraflardan biri hakimi reddedebilir. Hakimin reddi sebepleri çekinme sebepleri gibi sınırlı değildir ve az çok takdire bağlıdır.⁴³⁰ Ret

⁴²⁷ Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 683.

⁴²⁸ Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s. 108.

⁴²⁹ Kazım Yenice, Yüksel Esin, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Nisan 1983, s. 749-750.

⁴³⁰ Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s. 109.

sebepleri HUMK'un 29. maddesinde sayılmıştır. Aşağıdaki hallerde hakim kendi kendini reddedebileceği gibi taraflar da hakimi reddedebilir.

1. Hakimin davada iki taraftan birine nasihat vermiş veya yol göstermiş olması.

İdari yargıç, davadan önce veya dava sırasında, davanın taraflarından birine veya vekillerine, davada izlenecek yol hakkında açıklama ve hatırlatma yapar ya da yol gösterirse bu durum, idari yargıcın reddedilmesi için sebep oluşturur.⁴³¹ Bununla birlikte, hakimin vermiş olduğu usul kararında istenilen hususları sözlü olarak davacı veya vekiline açıklamış olması o hakimin reddini gerektirmez. Örneğin, idare mahkemesinde açılan davada verilen “dilekçe ret” kararında, dilekçede hangi hususların eksik olduğunu anlamayan davacıya, kararda yazılı olan hususun daha anlaşılır bir şekilde sözlü olarak açıklanmış olmasının idari yargı hakiminin reddini gerektirmeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü, bu tip usul kararlarında amaç, davacıların usulüne uygun bir dilekçe ile dava açmalarının sağlanmasıdır.

2. Hakimin, davada iki taraftan biri veya bir üçüncü kişi karşısında, kanunen gerekmediği halde görüşünü bildirmiş olması.

Uygulamada ihsası rey denilen bu durumun, hakimin reddi için neden oluşturabilmesi, taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye yapılmış olmasına ve kanun gereği olmamasına bağlıdır.⁴³²

Hakimin, dava dosyasındaki tarafların dilekçe ve layihaları üzerine o layihadaki görüşleri benimseyip benimsemediği hakkında notlar yazması veya

⁴³¹ Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 684-685.

⁴³² Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 685.

yazdığı bir makalede ya da kitapta, o dava konusu hakkında görüşünü bildirmiş olması hakimnin reddi sebebidir.⁴³³

Burada dikkat edilmesi gereken husus hakimnin görüşünü bildirmesi için kanunen her hangi bir durumun gerekmemesi hususudur. Örneğin, daha önce açılan davada verilen iptal kararı üzerine açılan tam yargı davasında, iptal davasına bakan hakimler tam yargı davasına da bakabilirler. Çünkü, hakimler, daha önce önüne gelen iptal davasını kanunen görevi olduğu için sonuçlandırmıştır. Bunun yanında, kararı Danıştay tarafından bozulan hakimnin, bozma kararı üzerine yeniden aynı dava dosyasına bakmasında da sakınca yoktur.

3. Hakimnin davada tanık, bilirkişi, hakem veya hakim sıfatıyla dinlenmiş veya hareket etmiş olması.

İdari yargılama usulünde tanık ve hakemle çözüm yöntemi olmadığından, idari yargıç için fıkradaki durumun doğabilmesi, bakmakta olduğu davada daha önce bilirkişi veya hakim sıfatıyla dinlenilmiş olması halinde gerçekleşmeye elverişlidir.⁴³⁴

Örneğin, idare mahkemesi üyesinin tek hakim sıfatıyla bakmış olduğu dava dosyasının, bölge idare mahkemesi üyesi olarak atanmasından sonra önüne gelmesi; idare mahkemesi başkanının katılmış olduğu heyet tarafından verilen kararın, Danıştay üyesi olarak atanmasından sonra temyizen incelenmek üzere bulunduğu Danıştay dairesine gelmiş olması gibi durumlarda hakim reddedilebilir. Bununla birlikte, Ankara İdare Mahkemesinde görevli olan bir hakimnin, önüne gelen dava dosyasını yetki yönünden reddederek Adana İdare Mahkemesine göndermesi ve kendisinin de Adana'ya tayin edilmesinden sonra

⁴³³ Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s. 110.

⁴³⁴ Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 685.

aynı dosyaya bakması hakim reddini gerektirmez. Çünkü, hakim davanın esası hakkında reyini beyan etmemiştir.⁴³⁵

4. Davanın dördüncü dereceye kadar (bu derece dahil) civar hısımlarına ait olması.

Akrabalık ilişkisinin, hakim reddi istemine dayanak oluşturabilmesi için, kan bağından doğmuş olması zorunlu olmayıp, evlilik dolayısıyla kurulan akrabalıklar için de geçerlidir.⁴³⁶

Örneğin, hakim eşinin teyzesinin öğretmen olan kızının, hakkında verilen disiplin cezası işleminin iptali istemiyle açılan davaya, söz konusu hakim bakması halinde hakim reddi istenilebilir.

5. Dava sırasında hakim ile taraflardan birisi arasında bir dava veya düşmanlık bulunması.

Davalı olma hali ve düşmanlığın, hakim reddi sebebi oluşturabilmesi için, bakılmakta olan dava devam etmekte iken var olması gereklidir.⁴³⁷ Uygulamada, bazı davacıların, dava esnasında hakimi şikayet ettiği, ya da hakim aleyhine dava açtığı ve akabinde hakim reddini talep ettiği görülmektedir. Bu gibi durumlarda, esas davadan sonra diğer dava açılmış veya hakim Adalet Bakanlığı'na şikayet edilmişse, hakim reddi talebi reddolunur. Çünkü, davanın ve şikayetin yalnızca ret sebebi oluşturmak için açıldığı kuvvetle muhtemeldir. Asıl dava açılmadan önce, hakim şikayeti veya hakim hakkında açılmış bir dava söz konusu ise, açılan davanın veya yapılan şikayetin ret

⁴³⁵ Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s. 109.

⁴³⁶ Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 686.

⁴³⁷ Turgut Candan, **a.g.e.**, s. 686.

sebebi oluşturmak için yapıp yapılmadığı hakkında değerlendirme yapıldıktan sonra karar verilir.

6. Genel olarak hakimin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren önemli sebeplerin bulunması.

Bu genel ret sebebinin olup olmadığı her olayın özelliğine göre incelenir. Örneğin, hakimin taraflardan biri ile nişanlı olması, taraflardan birinden mali yardım görmesi gibi sebepler ret sebebinin oluşturur.⁴³⁸

D. HAKİMİN REDDİ USULÜ

İdari yargıcın çekinme ve reddine dair istemler hakkında karar verecek merci ve karar usulü, İdari Yargılama Usulü Kanununun 56 ve 57'nci maddelerinde düzenlenmiştir. 56 ncı madde, Danıştay dava dairesi başkan ve üyeleri ile Danıştay savcı ve tetkik hakimlerinin; 57'nci madde ise, idari mahkeme (bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin) başkan ve üyelerinin çekinme ve reddedilmeleri durumunda, karar merciini ve usulünü düzenlemektedir.

⁴³⁸ Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s. 112.

1. Danıştay'da Çekinme ve Ret

Danıştay'da çekinme ve ret 2577 sayılı Kanunun 56. maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre; “Davaya bakmakta olan dava dairesi başkan ve üyelerinin çekinme veya reddi halinde, bunlar hariç tutulmak suretiyle, o daire kurulu tamamlanarak, bu husus incelenir, çekinme veya ret istemi yerinde görülürse işin esası hakkında da bu kurulca karar verilir. Çekinen veya reddedilenler ikiden fazla ise bu husustaki istem, idari dava dairesi başkan ve üyeleri için İdari Dava Daireleri Genel Kurulunda, vergi dava dairesi başkan ve üyeleri için Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunda incelenir. Çekinen veya reddedilen başkan ve üyeler bu kurullara katılamazlar. Üye noksanı diğer dava dairelerinden tamamlanır. Bu kurullarca çekinme veya ret istemi kabul edildiği takdirde davanın esası hakkında da bu kurullarca karar verilir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ile Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu başkan ve üyelerinden bir kısmının davaya bakmaktan çekinmesi veya reddi halinde noksan üyelikler diğer dava dairelerinden tamamlanır. İdari ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarının toplanmasına engel olacak sayıda ret istemlerinde bulunulamaz ve çekinilemez. Danıştay Tetkik hakimleri ve savcılarını sebeplerini bildirerek çekinebilecekleri gibi taraflarca da reddedilebilirler. Bunlar hakkındaki çekinme veya ret istemleri davaya bakmakla görevli daire tarafından incelenerek karara bağlanır.”

İdari Dava Daireleri veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca çekinme ya da ret isteminin yerinde görülmesi halinde bu kurullarca verilen kararlara karşı temyiz yolunun olması hukuken mümkün değildir.

2. Mahkemelerde Çekinme ve Ret

Mahkemelerde çekinme ve ret usulü 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 57. maddesinde düzenlenmiştir.

Tek hakimle görülen davalarda hakimın reddi istemi, reddedilen hakimın katılmadığı idare veya vergi mahkemesinde incelenir. İtiraz üzerine veya doğrudan doğruya bakmakta olan bölge idare mahkemesi ile idare ve vergi mahkemesi başkan ve üyelerinin reddi istemi, reddedilen başkan ve üyenin katılmadığı bölge idare, idare ve vergi mahkemesince incelenir. İdare ve vergi mahkemelerinde reddedilen başkan ve üye birden çok ise istem bölge idare mahkemesince, bölge idare mahkemesinde reddedilen başkan ve üye birden çok ise istem Danıştay'ca incelenir. Danıştay veya bölge idare mahkemesince ya da ret istemini karara bağlayan mahkemelerce istem yerinde görülürse işin esası hakkında karar verilir.

Öte yandan, idare veya vergi mahkemelerinde reddedilen başkan ve üyelerin birden çok olması ve bölge idare mahkemesince reddi hakim isteminin yerinde görülmesi halinde, bölge idare mahkemeleri ilk derece mahkemesi gibi dava dosyasının esasını inceleyerek karara bağlayacaktır. Bölge idare mahkemelerinin ilk derece mahkemesi gibi karar verdiği bu durumda, bölge idare mahkemesince verilen karar aleyhine temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Çünkü, bu konuda açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.⁴³⁹

Davaya bakmaktan çekinme halinde ise, diğer bir hakimın görevlendirmesi ile mahkemenin noksan üyesinin tamamlanması veya görevli mahkemenin belirlenmesinde hakimın reddine ilişkin prosedür uygulanır.

⁴³⁹ Kazım Yenice, Yüksel Esin, **a.g.e.**, s. 752.

3. Hakimin Reddi İsteminin Karara Bağlanması

Hakimin reddi için, ret nedenlerinin tam olarak kanıtlanmasına gerek yoktur. Ret nedenlerinin “muhtemel” görülmesi, ret isteğinin kabulü için yeterlidir. Ret istemi yazılı olarak yapılır, vekil tarafından ret isteminde bulunuluyorsa, vekile bu konuda ayrıca yetki verilmesi gerekir.⁴⁴⁰

Hakimin reddi istemi, idari yargı yerleri için karar verilmeden önce yapılmışsa, ret sebebi veya inandırıcı kanıt gösterilmemişse, ret sebebinin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa isteğin geri çevrilmesine karar verilir.⁴⁴¹

İdari yargıda hakimin reddi istemi, nihai karar verilinceye kadar istenebilir. Nihai karar verildikten sonra yapılacak istemler dikkate alınmaz.⁴⁴²

Hakimin reddi istemi hakkında karar verilinceye kadar, reddedilen idari yargıç, Kurula katılamaz; tek hakim olarak görevli olduğu davalara ise bakamaz. Ancak; gecikmesinde zarar umulan (keşif ve bilirkişi incelemesi gibi) iş ve (yürütmenin durdurulması gibi) kararlar, bunun dışındadır. Daha önce hakkındaki ret istemi yetkili mercice incelenerek reddolunan idari yargıcın, aynı durum ve olaylara dayanılarak yeniden reddedilmesi halinde, davaya bakmasına veya kurula katılmasına engel yoktur.⁴⁴³

Yetkili merci, isteği usul ve sebepler yönünden inceleyerek, kabul etmezse; reddedilen idari yargıç, davaya bakmaya veya kurula katılmaya devam eder. Bu durumda; hakimi reddedilenlerin her birinden, HUMK’nun 36’ncı maddesinde, reddedilen hakimin ve ret isteminin sayısına göre, belirlenen para cezası alınmasına hükmolunur. Bu para cezasının tahsili için, davaya bakacak

⁴⁴⁰ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 348.

⁴⁴¹ Turgut Candan, **a.g.e.**, s.690.

⁴⁴² A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 349.

⁴⁴³ Turgut Candan, **a.g.e.**, s.690.

olan yargı yerince, dosyanın gelişi tarihinden itibaren onbeş gün içinde gereği yapılır.⁴⁴⁴

Ret ve çekinme durumunda kalan yargıç, çekinme veya ret isteminin kabulü üzerine, davaya katılamaz. Kural olarak dava, çekenin veya reddedilen hakimın katılmadığı mahkeme veya dairece karara bağlanır. Çekinme veya ret nedeniyle boşalan üyelikler doldurularak dava sonuçlanır. Çekinme veya ret istemi, Danıştay İdari veya Dava Daireleri Kurullarınca veya Danıştay'ın ilgili dairesince ya da bölge idare mahkemesince kabul edildiği takdirde, işin esasını da bu kurullar karar bağlar.⁴⁴⁵

Hakimin reddine ilişkin olarak verilen kararlara karşı itiraz ve temyiz yolu, esas hüküm bakımından davaların itiraz ve temyize kapalı olup olmadığına göre farklılık arz etmektedir.

Esas hüküm bakımından itiraz veya temyiz yolu kapalı bulunan dava ve işlerde hakimın reddi istemi ile ilgili merci kararları ile bölge idare mahkemesi başkan ve üyelerinin reddine ilişkin bölge idare mahkemesi kararları kesindir.

Esas hüküm bakımından itiraz ve temyiz yolu açık olan dava ve işlerde ise, ret istemi hakkındaki merci kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde itiraz veya temyiz edilebilir.

Hakimlerin davadan çekinme istemleri hakkındaki merci kararlarının temyiz edilebileceğine ilişkin olarak ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda her hangi bir hüküm yer almamaktadır.

Lojman talep beyannameleri üzerinde sıra cetveli oluşturulmasına ilişkin Sivas Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan bir davada, Sivas İdare Mahkemesi Başkanı'nın davadan çekinme talebi Sivas Bölge İdare Mahkemesi'nce reddedilmiş ve bu kararın temyizen incelenerek bozulması talep edilmiştir. Bunun üzerine, Danıştay 5. Dairesi 05.12.2006 gün ve E:2006/5533, K:2006/5950 sayılı kararıyla, gerek 2577 sayılı Kanunda

⁴⁴⁴Turgut Candan, **a.g.e.**, s.691.

⁴⁴⁵A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 350.

gerekse bu Kanunun 31. maddesi ile göndermede bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda hakimlerin davadan çekinme istemleri hakkındaki merci kararlarının temyiz edilebileceğine ilişkin bir hükmün yer almadığı belirtilerek, 2577 sayılı Kanunun 45. maddesi uyarınca bölge idare mahkemesi kararlarının kesin olması, buna karşın hakimın çekinmesi ile ilgili merci kararlarının temyiz edilebileceğine ilişkin mevzuatta bir hüküm bulunmaması karşısında, Sivas İdare Mahkemesi Başkanının davadan çekinme talebinin reddine ilişkin Sivas Bölge İdare Mahkemesi kararının temyizinin hukuken mümkün olmadığı gerekçesiyle, davalı idarenin temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar vermiştir.⁴⁴⁶

Çekinmesi gereken hakimın karara katılmış olması halinde yargılamanın yenilenmesi istenebilir. Çünkü, çekinmesi gereken hakimın karara katılması yargılamanın yenilenmesi için tek başına yeterlidir, sonucu etkileyip etkilememesi önemli değildir.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ www.danistay.gov.tr/kerisim/

⁴⁴⁷ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 531.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Adalet, devleti ayakta tutan, devleti devlet yapan en önemli yapı taşıdır. Devletin eğitim sistemi veya ekonomik sistemi bozulduğunda ya da çöktüğünde bu sistemler yeniden inşa edilebilir. Ancak adalet sistemi çöktüğünde, devlet de çöker ve bu enkazın altında kalır. Nitekim, tarih bunun bir çok örnekleriyle doludur.

İdari yargı ise bu sistemin içinde daha da büyük bir önem arz etmektedir. Çünkü, idari yargı, devlet ile vatandaş arasında çıkan uyuşmazlıkları karara bağlamaktadır. Güçlü ve egemen olan devlet karşısında haksızlığa uğradığını iddia eden bireyin uğrayabileceği tek yer idari yargıdır. Bu nedenle böylesine önemli olan bu yargı koluna gereken önem verilmeli ve idari yargı hakimlerinin gerek meslek öncesi eğitimleri ve atanmaları, gerekse bulundukları görevlerden daha üst göreve getirilmelerinde son derece titiz davranılmalıdır. İdare hukukunun içtihat hukuku olduğu da dikkate alındığında bu hususun önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Bunun için İdari Yargı Hakimler ve Savcılar Kurulu oluşturulmalıdır. Kurul üyeleri, Danıştay üyeleri ile idare ve vergi mahkemesi üyeleri arasından belirli yaşın üzerinde (örneğin 55 yaş ve üzeri) olan hakimler arasından seçilmeli, yapılan seçimde idari yargıçlar tarafından gösterilecek üçer aday arasından Cumhurbaşkanı'nca atama yapılmalıdır. Kurul'un başkanı Cumhurbaşkanı olmalı, ayrıca Adalet Bakanı da hükümeti temsilen Kurul'da yer almalıdır. İdari yargı hakim ve savcı kökenli olan Kurul üyeleri emekli olacakları yaşa kadar bu görevlerinde kalmalıdır. Böylelikle, her hangi bir beklenti içerisinde olmadan ve baskı altında bulunmadan bağımsız ve tarafsız bir şekilde görevlerini yapabileceklerdir. Kurul kararına karşı ise Anayasa Mahkemesi'nde dava açılabilir. Kurul'un ayrı bir bütçesi ve sekreteryası olmalı, Kurul kararları da gerekçeli olmalıdır. İdari yargı hakim adayları da dahil olmak üzere, idari yargı

hakim ve savcılarının mesleğe alınmaları, meslek öncesi ve meslek içi eğitimi, daha üst görevlere atanmaları Kurul tarafından şeffaf ve adaletli bir şekilde yapılmalıdır. Bunun için, altı aylık dönemler halinde, hakim ve savcıların kıdemi, bilimsel çalışmaları, performansı dikkate alınarak puanlamalar yapılmalı, buna ilişkin listeler düzenli olarak yayınlanmalı, Mahkeme Başkanlığı, Danıştay Kıdemli Tetkik Hakimliği, Bölge İdare Mahkemesi Üyeliği, Danıştay Savcılığı ve Danıştay Üyeliği gibi görevlere yapılacak atamalarda bu puanlamalar esas alınmalı, bir hakim puanı daha yüksek olduğu halde bu görevlerden birine atanamamışsa, buna ilişkin gerekçeli karar ile somut bilgi ve belgeler ilgili hakimine tebliğ edilmelidir.

İdari yargı hakimi, idare hukukuna yeni teoriler getirebilecek, pratik ve güncel çözümler üretebilecek, idarenin işleyişinin tıkandığı durumlarda bu işleyişin önünü açabilecek ve idareye yön gösterebilecek, her türlü bilgi ve donanımına sahip, toplum tarafından kendisine güven duyulan bir müçtehit olmalıdır.

Bu nedenle, idari yargı içerisinde belirli bölgelerde uzman mahkemeler kurulmalı, meslek öncesi eğitim sürecinde hakim adaylarının yurt dışında yüksek lisans yapmaları sağlanmalı, her hakimin aynı zamanda bir akademisyen olması için belirli dönemlerde Türkiye Adalet Akademisi'nde zorunlu olarak eğitim görmesi sağlanmalıdır.

Hakim ve savcılarının bağımsızlığı yıllarca teorik olarak tartışılmış olmasına rağmen, bu konuda çok ciddi somut adımlar atılmamıştır. Anayasa ve yasalarda yargı bağımsızlığı teminat altına alınmıştır. Yani, yasal anlamda, birkaç istisna dışında yargı bağımsızlığını tehdit eden her hangi bir hukuki durum söz konusu değildir. Bununla birlikte, bir takım çevreler tarafından yargının bağımsızlığının tehdit altında olduğu, tarafsız olmadığı şeklinde ciddi eleştiriler mevcuttur. Şunu unutmamak gerekir ki, dışarıdan gelebilecek etkiye açık bir hakime ne kadar yasal teminatlar verilirse verilsin, o hakimden bağımsız ve tarafsız karar vermesi beklenemez. Bu nedenle, yargının her yönüyle bağımsız ve tarafsız bir Kurul

tarafından “yönetilmesi”, hakim ve savcılarının bilgi, görgü, birikim ve teknolojik yönlerden tam bir donanıma sahip olmalarının sağlanması, “hak ve adalet” dağıtan hakim ve savcılara, gerek terfi, gerekse başka görevlere atanmada “haksızlık ve adaletsizlik” yapılmaması gerekmektedir.

Netice olarak, bağımsız, tarafsız, içtihat üretme kabiliyetini haiz idari yargı mensuplarının olduğu bir ülkede, devlet idaresinin sekteye uğraması söz konusu olmayacak, vatandaş ile devlet arasındaki uyuşmazlıklar kısa sürede sonuçlanacak, nitelikli ve hızlı yargılama, nitelikli ve hızlı bir idarenin oluşmasını sağlayacak, hukuku ve yargılaması güçlü olan idarenin bağlı bulunduğu Devlet de güçlü ve refah içerisinde olacaktır.

KAYNAKÇA

ALAN, Nuri, “Yargı, İktidar ve Siyasi Partilerin Kapatılması”, Cumhuriyet, 20.03.2008.

ARSLAN, Süleyman; AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil, **İdare Hukuku Mevzuatı**, Sayram Yayınları, Konya 2006.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı, 1, 2, 12, 15, 21, Cilt I., sayı 27.

ARMAĞAN, Servet, “Basın Hürriyeti ve Sınırları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1998, Cilt II, sayı 1-2.

ATAY, E. Ethem, “Fransa’da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı”, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 1, Ekim 1998.

ATAY, E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, Ekim 2006.

ATAY, E. Ethem,, **İdare Hukuku, C. I.**, Gazi Kitabevi, Ankara Ekim 2006.

ATAY, E. Ethem, ODABAŞI, Hasan, GÖKCAN, Tahsin, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku I, Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970-1972.

BATUM, Süheyl, “Danıştay Kararının Ardından”, Vatan, 16.02.2006.

BELGESAY, M. Reşit, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku**, Marifet Basımevi, C.1, İstanbul 1936.

BELGESAY, Mustafa Reşit, “Adliye teşkilatının esasları ve hakimler kanununun tadiline dair kanunun ana hatları”, İHFM, c. IX., s. 600.

BEREKET, Zuhale, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996.

BERKİ, A. Himmet, **Açıklamalı Mecelle**, Hikmet Yayınları, İstanbul 1990.

CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara Ekim 2005.

CENTEL, Nur, “ Yargı Bağımsızlığı ” **Anayasa ve Uyum Yasaları**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 13-14 Aralık 2002.

COŞAR, Ahmet, “Yargı ve Yargıç” Cumhuriyet, 07.09.1981.

COŞAR, Ahmet, 1987-1988 Adli Yıl Açış Konuşması, Adalet Dergisi, 5. sayı eki, s. 16.

ÇELİK, Cemil; YILMAZ, Yunus “Fransa’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı”, 22 Numaralı AYİM Dergisi.

ÇETİN, Erol, **Basın Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2007.

ÇINAR, Ali Rıza, “ Erkler İlkesi Ayrılığı Açısından Yargı Bağımsızlığı ile Yargıçlık ve Savcılık Güvencesi ”, **Suç ve Ceza**, Beta Yayınları, Ankara, 2008.

DEMİRKOL, Ferman, **Bağımsız Yargının Fonksiyonları**, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., İstanbul 1992.

DEMİRKOL, Ferman, **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., İstanbul, 1991.

DURAN, Lütfü, **Mevzuat Kroniği**, İÜHFM, sayı 1-4, İstanbul 1962.

DURSUN, Suat, **Hakimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar**, Yaklaşım Yayınevi, Ankara, Temmuz 2007.

ERDOĞAN, M. Zafer, “Hakimlerin Tarafsızlığı”, Adalet Dergisi, sayı 18.

EREM, Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.

EROĞLU, Hamza, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1985.

EROĞUL, Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, Kırilangıç Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2006.

FEYZİOĞLU, Turan, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi**, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1951.

GERMEÇ, Mahir Ersin, “Ülkemizde Yargı Bağımsız mı? Yargıçlar Güvenceli mi?”, Bursa Barosu Dergisi, sayı 80.

GİRİTLİ, İsmet; BİLGİN, Pertev; AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2008.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa 2000.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2008.

- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul 2006.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Türkiye'nin Yönetim Yapısı**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Mart 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara 1989.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- GÜLAN, Aydın, "Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları" **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargı Usulü**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:63, Sempozyum, Ankara 2001.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.
- GÜR, A. Refik, **Hakimlik Mesleği Hakkında Düşünce ve Dilekler**, Yeni Kitap Basımevi, Konya 1949.
- GÜRAN, Sait, "İdari Yargıda Yapılanma ve Yönetim Konuları", **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargı Usulü**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:63, Sempozyum, Ankara 2001.
- GÜZELİŞ, İsmail, **İdarede Baskı Grupları**, Yeni Matbaa, İstanbul 1964.
- İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, İstanbul 2005.
- İstisari Ziyaret Raporu, Ankara Barosu Yayınları.
- İZGİ, Ömer; GÖREN, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, TBMM Basımevi, Ankara 2002.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., "Hukuk Devleti Üzerine", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Mayıs 1989.
- KAPANI, Münci, **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1956.

KAPANİ, Münci, **Türkiye’de Yargı Kuvveti**, Kanuni Esasının 100. Yılı Armağan, Ankara 1978.

KARAASLAN, Mehmet, “Tanzimat ve Şuray-ı Devlet”, AÜHFD, Yıl 2005, C.54, sayı 3.

KARAHANOGULLARI, Onur, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi Ankara 2004.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, “Yargıç Bağımsızlığı”, Cumhuriyet 28.5.1981.

KILIÇBAY, M. Ali, “Devletin Yeniden Yapılanması”, Doğu Batı Dergisi, Ocak 1997, sayı 1.

KUNTER, Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 1986

KUNTER Nurullah/NUHOĞLU, Ayşe/YENİSEY Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.

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

KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2002.

MOLAN, Michael T., **Administrative Law**, Old Bailey Pres, 3. Baskı, 2001.

OĞUZ, Arzu, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

OKUR, İbrahim, “Hakimlerin Mesleki Davranışlarını Yönlendiren İlke ve Kurallar Çerçevesinde Türkiye’de Yargısal Etik”, Adalet Dergisi, sayı 21.

ONAR, S. Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Baskı, İ.Ü.H.F. Yayınları, C. I, İstanbul 1966.

ONAR, S. Sami, **Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, Adliye Vekaleti, Ankara 1936.

ÖZAY, İl Han, “İdari Yargının Güncel Sorunu ve Yeniden Yapılanması Bağlamında İdari Yargı Örgütü ve Reorganizasyonu”, **2000 yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayın Bürosu, No. 59.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

ÖZBUDUN, Ergun “Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı”, www.hurfikirler.com.

ÖZDEMİR, Necdet, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.

ÖZEK, Çetin, **Yargının İdari Denetimi**, İHFM, (Atatürk’e armağan) C.XLVXLVII.

ÖZER, Attila, **Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

ÖZEREN, A. Şükrü, BAYHAN, Taci, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması**, Ankara, Kasım 1992.

ÖZGEN, Eralp, **Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi**, Eskişehir 1988.

POSTACIOĞLU, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul 1975.

SELÇUK, Sami, **Bağımsız Yargı Özgür Düşünce**, İmge Kitabevi, Ankara, Mart 2007.

SURLU, Mehmet Handan, “Gündemden İnmeyen Sorun:Yargı Bağımsızlığı Veya Türk Yargı Bağımsızlığının Simgesi Olarak Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulunun Özlenen Oluşumu” TBMM Anayasa Hukuku 1. Uluslar Arası Sempozyumu, TBMM Başkanlığı Yayınları No:1, Ankara 2003.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara Kasım 2007.

TOSUN, Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C. I, 4. Baskı, İstanbul 1984.

TUNÇ, Hasan; BİLİR, Faruk; YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2009.

Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi, İstişari Ziyaret Raporu, AB Komisyonu, Brüksel 11-19 Temmuz 2004.

ULUSOY, Ali, “İdari Yargı Mensuplarının Seçilmeleri, Güvenceleri ve Denetlenmeleri, Fransa ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme” **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargı Usulü**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:63, Sempozyum, Ankara 2001.

UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, **Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1988.

ÜNAL, Şeref, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu, Ankara 1994.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları**, Yörük Matbaası, İstanbul 1974.

YALÇINKAYA, Namık Kemal, “**İngiliz Hukuku (Kaynakları, Kurumları ve Temel İlkeleriyle)**”, Eroğlu Matbaası, Ankara 1981.

“Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Belgeler”, Adalet Bakanlığı, Ankara 2004.

“Yargı Reformu Stratejisi Taslağı”, Adalet Bakanlığı, Ankara 2008.

YAŞAR, Nuri, **İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.

YENİCE, Kazım, ESİN, Yüksel, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Nisan 1983.

YET, Orhun, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Yargıda Örgütlenme”, **Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Yargıda Örgütlenme**, YARSAV Yayınları, Ankara 2008.

YILDIRIM, Turan, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, Danıştay’ın kuruluşunun 132. yıldönümü ve idari yargı günü sempozyumunda (Ankara 2000) sunulan bildiri metni, 11 Mayıs 2001 Ankara.

Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Baskı, Danıştay Yayınları, Ankara 1986.

ZEYNELOĞLU, Ahmet, “Yargıç ve Mahkemelerin Bağımsızlığı”, Milliyet 10.6.1981.

ÖZET

ÖZYİĞİT Mehmet, İdari Yargı Açısından Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Hukuk Devleti ilkesinin en önemli teminatı, bireylere “Bağımsız ve Tarafsız” mahkemeler önünde yargılanma hakkının tanınmasıdır. Nitekim, Anayasanın 9. maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı vurgulanmış, üçüncü bölümde de mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatına ilişkin temel ilkeler belirtilmiştir. Yargı bağımsızlığı Anayasa ve yasalarla teminat altına alınsa da, gerek bir takım eksik yasal düzenlemeler, gerekse uygulamada oluşan bazı aksaklıklar nedeniyle yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının tehdit altında olduğu görülmektedir.

Tezin birinci bölümünde, hukuk devleti ilkesi ile idari yargının gerekliliği ele alınmış, ikinci bölümünde yargı bağımsızlığına genel olarak değinildikten sonra üçüncü bölümde yargının kaynağı bakımından bağımsızlığı konusu incelenmiştir.

Dördüncü bölümde, idari yargı mensuplarının seçilmeleri ve terfi sistemine yer verilmiş, bu konuda model ülke olarak aldığımız Fransız İdari Yargı sistemi ile karşılaştırma yapılmıştır.

Son bölümde ise hakimlik teminatı ve hakimlerin tarafsızlığı konusu incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

1. Yargı bağımsızlığı,
2. İdari yargı,
3. Hakimlik teminatı,
4. Tarafsız yargı,
5. Hukuk devleti.

ABSTRACT

ÖZYİĞİT, Mehmet, The Independence and Impartiality of the Courts in Administrative Judiciary, Master Thesis, Ankara 2010.

The most important assurance of the principle of the state governed by the rule of law is that every citizen has the right to a fair trial before the impartial and independent courts. As a matter of fact, it is emphasized in the article 9 of the Constitution of the Republic of Turkey that judicial power shall be exercised by independent courts on behalf of the Turkish Nation and fundamental principles of the security of tenure of judges and public prosecutors and the independence of the courts are mentioned in the third chapter. Even if independence of the courts has been guaranteed by the Constitution and laws, due to lack of some legal rules and some defects rising in implementation of the existing ones, it is seen that the independence and impartiality of the courts is under threat.

In the first chapter of this thesis, necessity of the principle of the state governed by the rule of law and of the administrative judiciary is discussed, in the second chapter, general information on the independence of the courts is given and in the third chapter, the independence of the courts is examined as a source of judiciary.

In the fourth chapter, appointments and the promotion system of the judges and public prosecutors are included and on this issue some comparisons are made with the administrative judiciary of France considered as a model country.

Finally, the issue of the security of tenure of judges and their impartiality is dealt with in the last chapter.

The Key Words

1. The independence of the courts.
2. Administrative judiciary .
3. The security of tenure of judges
4. Impartial judiciary.
5. The state governed by the rule of law.