

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

**IRAK'TA MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HÂKİMLİK
TEMİNATI**

YÜKSEK LİSAN TEZİ

**Hazırlayan
Sunbul A. Ahmed**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. ÖZER Attila**

Ankara - 2011

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

**IRAK'TA MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HÂKİMLİK
TEMİNATI**

YÜKSEK LİSAN TEZİ

**Hazırlayan
Sunbul A. Ahmed**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. ÖZER Attila**

Ankara - 2011

ONAY

Sunbul A. Ahmed tarafından hazırlanan "IRAK'TA MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİMLİK TEMİNATI " başlıklı bu çalışma 14/06/2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

.....
Prof. Dr. Attila ÖZER (Danışman)

.....
Prof. Dr. E. Ethem ATAY

.....
Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİM TEMİNATI

1. MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI GENEL OLARAK.....	3
A. Mahkeme Bağımsızlığının Anlamı	3
B. Mahkeme Bağımsızlığının Önemi Ve Gerekliliği	6
C. Bağımsızlığın Kapsamı	9
a. Yasama Organına Karşı Bağımsızlık.....	10
b. Yürütme Organına Karşı Bağımsızlık	11
c. Taraflara Karşı Bağımsızlık.....	12
d. Medyaya Karşı Bağımsızlık	13
e. Kamuoyuna Karşı Bağımsızlık.....	14
D. Mesleğe Girişte Uygulanan Sistemler	16
a. Hâkimlerin Halk Tarafından Seçilmesi.....	16
b. Hâkimlerin Yürütme Organı Tarafından Seçilmesi	17
c. Hâkimlerin Yasama Organı Tarafından Seçilmesi	19
d. Özel Kurul Tarafından Seçim.....	20
e. Hakimler Tarafından Seçilmesi.....	21
2. HAKİMLİK TEMİNATI	22
A. Hakimler Azlolunamazlar	23
B. Hakimler Resen Emekliye Sevk Edilemez.....	24
C. Hakimler Yargı Görevi İle Bağdaşacak Başka Görevleri İsterlerse Yapabilirler	25
D. Hakimlere Coğrafi Teminat Tanınmalıdır	26

E. Hâkimlerin Mali İmkanları Üst Seviyede Olmalıdır.....	27
3. İSLAM HUKUKUNDA HAKİMLERİN GÖREV BAŞLANGICI	28
A. İslam Hukukunda Hakim Seçme Yöntemleri	29
a. Tayin Yolu	29
b. Hakimin Yargı Tarafından Atanması.....	30
c. Hâkimlerin Seçimle Seçilmesi.....	30
B. İslam Hukukunda Hâkimlerin Atanma Şartları	30
a. Buluğ, İdrak ve Özgür Olma Koşulu	31
b. Müslüman Olma	31
c. Adaletlilik	32
d. İctihat.....	32
e. Erkek Olmak	33
f. Duyuların Sağlamlığı	33

İKİNCİ BÖLÜM

IRAK'TA MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİMLİK TEMİNATI

1. IRAK'TA MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİMLİK TEMİNATININ HUKUKİ TEMELİ.....	35
A. Irak'ın 1925 Kanuni Esasisi'nde Mahkemelerin Bağımsızlığı Ve Hakimlik Teminatı.....	35
a. Medeni Mahkemeler	35
b. Dini Mahkemeler.....	36
c. Özel Mahkemeler.....	36
B. Irak'ta Ulusal Rejim Döneminde Hâkimlerin Bağımsızlığı ve Teminatları	37
C. 1968 Anayasasında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlerin Teminatı	42
D. 1970 Anayasasında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı	43

E. 2004 Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yöntemi Yasasında	
Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlerin Teminatı	43
F. 2005 Irak Anayasası'nda Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik	
Teminatı	44
2. IRAK'TA MESLEĞE GİRİŞE UYGULANAN SİSTEMLER	47
A. Hâkimlerin Yasama Organı Tarafından Seçilmeleri.....	47
B. Hâkimlerin Halk Tarafından Seçilmeleri	47
C. Hâkimlerin Yürütme Organı Tarafından Seçilmeleri	48
3. IRAK'TA HAKİMİN TARAFSIZLIĞI İLKESİ	52
A. Hâkimin Memnuiyeti	53
a. Hâkimin Mecburi Memnuiyeti.....	53
aa. Hâkimin Taraflardan Birisinin Dördüncü Dereceye Kadar Akraba	
Olması	53
bb. Hâkimin Kendisinin Veya Akrabasının Dava Taraflarının Birisi	
Veya Onun Akrabasıyla Bir Çekişmesinin Var Olması	53
cc. Hâkimin Dava Taraflarından Birinin Vekili, Vasisi, Kayyımı	
Olması	54
dd. Hâkimin Veya Eşinin, Üstsoyu, Alt Soyu Veya Bunların Eşlerinin	
Derdest Olan Dava İle Çıkarının Var Olması	55
ee. Hâkim Daha Önce Dava Taraflarından Biri Hakkında Fetva	
Vermiş Olması	55
b. Hâkimin İhtiyari Memnuiyeti.....	56
B. Hâkimin Reddi	57
a. Hâkimin Reddi Sebepleri	58
b. Ret Talebi Başvurusu	61
C. Hâkimlerden Şikâyetçi Olmak	62
a. Hâkimlerden Şikâyetçi Olma Halleri	63
aa. Hâkimin Dürüst Davranmaması, Hile Veya Büyük Mesleki Bir	
Hata İşlemesi.....	64

bb. Hakkında Şikâyetle Bulunulan Hâkimin Dava Taraflarından Birinin Lehine Taraflı Davranması	66
cc. Hâkimin Adaleti Sağlamaktan İmtina(İhkâkı Haktan İstinkâf) Etmesi.....	67
b. Hâkimlerden Şikâyetçi Olma İşlemlerinin Kabul Şartları	70
4. IRAK'TA YARGI BAĞIMSIZLIĞIN KAPSAMI	72
A. Irak'ta Yargının Yasama Organına Karşı Bağımsızlığı	72
a. Yasamanın Yargıya Müdahale Etmesi	74
b. Yargı Organını Yasama Organının Müdahalesinden Korumak	76
aa. Irak'ın 1925 Kanuni Esasisi'nde Kanunların Yargısal Denetimi..	79
bb. 1968 Anayasası'nda Kanunların Yargısal Denetimi	80
cc. 2004 Geçiş Dönemi Irak Devleti Yönetimi Kanunu'nda Kanunların Yargısal Denetimi	81
B. Irak'ta Yargının Yürütme Organına Karşı Bağımsızlığı	84
a. Yürütmenin Yargıya Müdahale Etmesi	84
b. Irak'ta Hükümet Tarafından Yargı Üzerine Yapılan Baskı	85
c. Yargı Organını Yürütme Organının Müdahalesinden Korumak (Irak'ta Hâkimlik Teminatı)	87
aa. Hâkimlerin Azlolunamazlığı, Naklolunamazlığı ve Başka Bir İşe Görevlendiremezliği.....	87
bb. Hâkimlerin Disiplin Sorumluluğu.....	90
cc. Hâkimlerin Mali Teminatı	92
dd. Hâkimlerin Şahsi Hak ve Özgürlüklerini Tekeffül Etmek	95
ee. Hâkimlerin İçtihat Etme ve Görüş Belirtme Özgürlüğü	96
ff. Hâkimlerin Dernek Kurma Hakkı	97
gg. Hâkimlere Siyasi İşlerin Yasaklanması.....	99
SONUÇ.....	101
KAYNAKÇA	105
ÖZET	111
ABSTRACT	113

KISALTMALAR

s.	: sayfa.
S	: Sayı.
Böl	: Bölüm.
B	: Baskı.
B.M	: Birleşmiş Milletler.
C	: Cilt.
I.Y.D.K.	: Irak Yargısının Düzenleme Kanunu.
İ.H.E.B	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.
YÖAB	: Yüksek Öğretim ve Araştırma Bakanlığı

GİRİŞ

Yargının görevi, adaleti sağlamak, fertlerin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Kanuna saygı duymak yargı işlerine müdahale etmemeyi gerektirir. Bunun amacı da yargının görevini yerine getirmesini sağlamaktır. Aksi halde yargı görevini yerine getiremez, bu da toplumun huzursuzluğuna yol açar ve fertlerin kanuna olan güvenini sarsar. Irak'ta yargı bağımsızlığının amacı, bir şahıs olarak hâkimler için bağımsızlığı sağlamak ve bunları hiçbir otoritenin kontrolüne tabi tutmamaktır. Bunlar sadece hukukun egemenliğine tabidirler. Farklı dönemlerde çıkarılan Irak anayasaları hâkimlere, yürütmeye karşı bağımsızlıklarını tekeffül eden, bazı teminatlar ön görmüştür. Yürütme organının hâkimleri görevden alamaması (bunun amacı yürütmenin yargıya müdahale etmesini ve istediği yönde baskı yapmasını engellemek ve bunu yargı organın kendisine bırakmaktır), hâkimlerin terfi ve maaş işlerini yürütme veya yasama organlarına değil, yalnızca yargı organının kendisine bırakmak bahsedilen teminatların bazılarıdır.

Irak'ın geçici anayasalarında her zaman yargının bağımsızlığına işaret edilmişse de Irak hükümetleri, yargıyla ilgili metinleri uygulamamıştır. Zira 1925 yılındaki Kanuni Esasi'den başlayarak 2004 yılında Geçiş Dönemi için Irak Yönetimi Kanunu'nun çıkarılmasına kadar, bütün Irak anayasaları, yürütme organını, yasama ve yargı organlarından daha güçlü ve üstün görmüş ve hatta yargıyı, yürütme organının bir parçası haline getirmiştir.

09.04.2003 tarihli Irak işgalinden sonra Irak'taki yargı, yeni bir döneme girmiştir. Eskiden Adalet Kurulu tarafından yönetilen yargı işlerinin yönetilmesi için Yüksek Yargı Kurulu oluşturulmuştur. Yargı organına büyük önem veren Irak'ın 2005 Anayasası, Yüksek Federal Mahkemesi'nin görevine destek vermiştir.

Bu çalışmanın amacı Irak anayasalarında Hâkimlerin bağımsızlığı üzerine ışık tutmak, aynı zamanda bir taraftan yargı organını yasama organının müdahalesinden korumak yolu yargısal denetimi belirlemek diğerk taraftan yargı organını yürütme organının müdahalesinden koruyan hakim teminatlarını ortaya koymuştur.

Dolayısıyla bu çalışmamızı iki bölüme ayıracağız : Birinci bölümde mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı genel olarak ; İkinci bölümde Irak'ta mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatını ele alacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİM TEMİNATI

1. MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI GENEL OLARAK

A. Mahkeme Bağımsızlığının Anlamı

Hakim bağımsızlığı ile hakim teminatı mutlaka bir arada bulunması zorunlu olan iki müessesedir. Biri olmadan öbürü de olmaz. Bunlara paranın ve turası gibidir, birinin olmadan diğeri de söz konusu olamaz. Demokratik rejim bakımından yargının bağımsızlığı söylenince akla Hâkimlerin bağımsızlığı ve hakim teminatı gelir. Bunlardan biri yoksa ötekide yoktur, Kabul edilir. Yani bir ülkede hakim teminatı var fakat Hâkimlerin bağımsızlığı mevcut değilse hakim teminatının varlığı yokluğuna eşittir. Aksi takdirde aynı şeyleri söyleyebiliriz. Bu açıdan yargının bağımsızlığı deyince mutlaka olması gerekli olan, Hâkimlerin bağımsızlığı ve hakim teminatıdır¹.

Mahkemelerin bağımsızlığı kavramı ,genelde , Hâkimlerin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamda kullanılmaktadır . ancak unutmamak lazımdır ki, mahkemeler bir kuruluştur . kuruluşun bağımsızlığı ile gerçek bir şahıs olan hakimin bağımsızlığına eş anlam vermek kanaatimize göre bazı hatalar önceden kabul etmek anlamına gelebilir . özellikle bu husus bağımsızlığın sağlanması gayesi ile alınacak önlemlerde kendini gösterir . bir kuruluş olan mahkemelerin bağımsızlıkları hukuken alınacak önlemlerle sağlanabilir . ancak gerçek bir kişilik olan Hâkimlerin bağımsızlıklarını alınacak olan hukuki tedbirlerle tam olarak mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Bunun için hukuki tedbirlerin kültürel,

¹ Attila Özer , **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, B.2, Ankara, 2005, s.242.

ahlaki , sosyal ve piskolojik değerlerinde dikkate alınması gerektiği görüşündeyiz. Şüphesiz bu hususlar seçiminde ve hakimin göreve devamında çok önem arz etmektedir . toplum genelde hakimin bağımsızlığını irdelerken bazı değerleri de dikkate almaktadır.

Mahkemelerin bağımsızlığı kuvvetler ayrılığı ilkesinin ortaya çıkması ile paralel olarak tartışmaya açılmıştır. Ancak 2. Cihan Harbinden sonra özellikle demokratik rejimlerde sistemin temel değeri olarak değer kazanmıştır. Bu yüzden demokratik ülkeler başta olmak üzere hemen hemen tüm ülkeler anayasalarında mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine yer vermişlerdir. “Biz mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlerin bağımsızlığı kavramlarını eş anlamda kabul etmenin hatalı olabileceği görüşünde olduğumuz için bu iki kavramı ayrı ayrı incelemenin daha isabetli olacağı görüşündeyiz.

Mahkemelerin bağımsızlığı mahkemelerin devlet düzeni içindeki yeri ve yapısı ile ilgilidir. Mahkemeler devlet düzeni içinde hiçbir makama bağlı olmadan bağımsız ve otonom kuruluşlar olarak görev ifade etmek durumundadır. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi bunu gerçekleştirirse şüphesiz kuvvetler ayrılığı ilkesinin de tabii bir neticesidir. Şayet siz devlet düzeni içinde, mahkemeleri belirli bir yere bağlarsınız o takdirde mahkemelerin bağlı olduğu makamın kendileri için yaptığı plana uygun çalışmak zorunda kalacaklardır. Bağlı oldukları makam, bu yolla mahkemelerin istediği istikamette faaliyette bulunmalarını gerçekleştirebilir. Şüphesiz, bunda mahkemelerin bağımsızlığı ile bağdaşması oldukça zordur. Bu sebepten mahkemeler devlet düzeni içinde yeri, yapısı ve işleyişi bakımından bağımsız veya otonom bir yapıda olmak zorundadırlar. Mahkemelerin bağımsızlığından anlaşılması gerekli olan budur. Böyle olduğu takdirde, devlet içinde hiçbir makam veya kuruluş mahkemelere emir ve talimat veremez ve mahkemeleri kendi istekleri veya arzuları istikametinde çalıştıramazlar. Bu durumda da mahkemeler bağımsız olarak

kimseye borçluluk hissetmeden minnet duymadan huzurlu bir ortamda çalışarak adaleti gerçekleştirebilirler ².

Hâkimlerin bağımsızlığı, Hâkimlerin tarafsızlıklarını kapsamaktadır. Başka bir ifade ile Hâkimlerin bağımsızlığı kavramı onların bağımsız ve tarafsızlığını ifade etmektedir. Şüphesiz bağımsızlık ve tarafsızlık farklı anlamlar ifade eder. Bağımsızlık, davranışlarını, tutumunu girişimlerini herhangi bir gücün etkisinde kalmadan düzenleyebilir özgür ve müstakil olmayı ifade eder. Tarafsızlık ise, yansılığı ve bitaraflılığı ifade eder. Ancak şu da bir gerçektir ki; bu iki kavramı birbirinden ayırmak oldukça zordur. Uygulamada bu iki kavram iç içe girmiştir. Hâkimlerin bağımsızlığı onların tüm olaylar, kurumlar ve kuruluşlar karşısındaki durumunu ifade eder. Hakimler tüm olaylara, kurumlara ve kuruluşlara karşı bağımsızdır. Ancak hakimler bağımsız oldukları halde belirli kişi ve kuruluşlara karşı özel ilişkileri dolayısı ile tarafsız olamazlar. Bu kişi ve kuruluşlarla olan ilişkisi Hâkimlerin tarafsızlık ilkesi ile bağdaşmaz. Örneğin, hakimin anne, baba eş ve kurduğu kooperatifle olan ilişkisi onun tarafsız davranmasına mani olur. Bu durumda hakim bağımsız olduğu halde yukarıda belirttiğim kişi ya da kuruluşla ilgili bir olay karşısında tarafsız olmayacağı kabul edilir. Hakim bağımsız olduğu kadar tarafsızda olmak zorundadır. Adaletin tahakkuku bağımsız ve tarafsız olan hakimle vasıtası ile sağlanabilir. Hakimin bağımsız ve tarafsız olduğu inancı yargıya olan güvenin artmasını gerçekleştirir. Şu da bir gerçektir ki; hakimin bağımsızlığı onun tarafsız olmasını temel dayanağıdır. Başka bir ifade ile bağımsızlık hakimin tarafsız hareket etmesini gerçekleştirir³.

² Attila Özer , **Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 7-8.

³ Attila Özer , **age**, s.8-9.

B. Mahkeme Bağımsızlığının Önemi Ve Gerekliliği

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu maddesine göre, “Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız tarafsız bir mahkeme tarafından nasfetle ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir”.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 8. maddesine göre ise, “Her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde milli mahkemelere müracaat hakkı vardır⁴. Ayrıca, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmesi (Roma, 4 Kasım 1950) “Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili uyuşmazlıklara, gerek cezai sahada kendisine karşı ileri sürülen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkına 6/1 maddesine göre” haizdir.

Yukarıdaki milletlerarası metinlerde, insanların bir hakkının ileri sürülmesinde veya kendisine karşı yapılan haksızlığın giderilmesinde bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanması hakkının mevcudiyeti vurgulanmaktadır. Kişinin bağımsız bir yargı önüne çıkması, artık onun tabii haklarından. Tabii hakların verilmesi, tanınması veya mevcut olması ne kadar önemli ise, onun garanti altına alınması da o kadar önemli ve değer ifade etmektedir.

Bağımsız yargının önemi sadece milletlerarası metinlerde değil, dünya anayasalarında çok sık rastlanmış ve bu anayasalardan destek görmüştür. Alman Anayasasında hâkimlerin bağımsız oldukları ve yalnız kanuna tabi oldukları (md.97/1); Fransız Anayasasında Cumhurbaşkanının adli otoritenin

⁴ Hüseyin Nail Kubalı, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul 1971, S. 220.

bağımsızlığının güvencesi olduğu (md. 64/1), hâkimlerin azledilmezliği (md. 64/4) hükümlerine yer verilmiştir. Hâkimlik, İtalyan Anayasasında, diğer kuvvetlerden bağımsız olarak, kendisini idare eden otonom (muhtar) bir sınıf olarak, yer almıştır (md. 104)⁵. Demokratik Kongo Cumhuriyeti Anayasasının 122. maddesi “Yargı organının, yürütme ve yasama organından bağımsız olduğunu”, Polonya Anayasasının 52. maddesi “ Hâkimlerin bağımsız ve sadece hukuk tabii” olduğunu düzenlemiştir. Bu öz diğer birçok anayasalarda da böyledir. Nijerya Anayasasının 59. maddesi “Yargı mensupları görevlerini icra ederken sadece hukuka tabii olacak ve Cumhurbaşkanı Yargı bağımsızlığının garantörü olacaktır. Malta Anayasasının 40/1. maddesi “Herhangi bir kimse suçlandığında, suçlama geri alınmadıkça kendisi uygun bir süre içerisinde kanun tarafından kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde dinlenir”, 40/2 “...medeni hak ve yükümlerin varlık ve şümulünü belirlemek için kanun tarafından kurulan herhangi bir mahkeme veya karar merci bağımsız ve tarafsız olmalıdır hükmünü öngörmüştür.

1982 Türk Anayasası hâkimlerin görevlerinde bağımsız olup, Anayasaya, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiçbir organ, makam veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı (md. 138) düzenlemelerine yer vermiştir. Bir ülkede meclisi, hükümeti ve mahkemesi ile emreden ve yasaklar koyan bir otorite niçin vardır? O memleket insanların mesut yaşamalarını mümkün kılmak ve bugünü yarına sarsıntısız götürecek tek güç bağımsız adalet olduğu içindir⁶.

Bir toplumda yargının önem ve gerekliliğinin tersi durumlarda şu sonucun doğabileceğini tereddüt duymadan söyleyebiliriz. “yüzlerce hattın ulaştığı büyük bir tren istasyonunda makasları açıp kapayan ve ulaşımı sağlayan

⁵ Atıf Akgüç, **İtalyan Cumhuriyeti Anayasası**, Ankara 1972, S. 27.

⁶ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul ,1979, S. 31.

mekanizmanın, tüm sistemin işleyişi yönünden rol ve fonksiyonu ne ise, insan toplumunda adalet mekanizmasının rolü ve fonksiyonu da odur. Bu sebeple toplumda adalet fonksiyonunun kriz içine düşmesi en tehlikeli ihtimalleri ortaya çıkarır. Uygun şekilde işleyen, etkin fonksiyon yapan bir adalet mekanizmasına sahip bulunmayan toplumlar, 20. asrın sosyal çalkantıları içinden kendilerini kurtarmazlar”⁷.

Günümüz modern toplumlarında yargı organları ile ilgili geçerli kural, hâkimi daha bağımsız yapmak, adaleti ise, daha hukuka uygun ve hukuk devletine yaraşır hale getirmektir. Gerçekleştirilmek istenen, son amaç olan adaletin ve rejimin başarıya ulaşmasında yargı kuvvetine önemli bir rol düşmektedir. Yargı anayasanın; dolayısıyla, hukuk devletinin koruyucusu olmaktadır⁸.

Devlet ne kadar güçlü olursa olsun, insanlar yine de birbirlerine karşı suç işleyeceklerdir. Hiçbir kural ihlal edilmez olmayacağına göre, kurallar ihlalin müeyyidesi öngörülmalıdır. Hukukun hâkim olduğu toplumlarda, müeyyidenin ancak kanuni ve bağımsız bir Yargı tarafından verilmesi zorunluluğu vardır. Fiilin kanuna göre suç olduğunu belirleyecek yegâne mekanizma, bağımsız olan yargı organıdır. Kendisini bağımsız ve teminatlı kıldığımız yargı, bizim suç işleyip işlemediğimizi, haklı olup olmadığımızı belirlemekle en büyük teminatımız olacaktır. Bize uygulanan müeyyidenin yerinde olduğuna inanmamız yargının her şeyden önce bağımsız ve tarafsız olduğuna inanmamıza bağlıdır. Haksız yere uygulanan kural, adalet değil, zulüm olacaktır. Bağımsız yargının en başta gelen görevi haksızlığı ortadan kaldırmak ve haksızlığa sebep olmamaktır. Hür ve korkusuz yaşama değerlerini sağlayacak olan bağımsız ve teminatlı yargının, bizim için en büyük ümit olduğudur. Kişiler bu makamdan adalet isterler ve bu onların haklarıdır. Yargı bağımsızlığı bunu sağlamakla yükümlüdür. Yasama ve

⁷ Sulhi Dönmezer, **Ceza Adaletinde Reform İlkeler**, 1972, s.1.

⁸ Vecdi Aral, **age**, s.31.

yürütme karşısında yargı bağımsızlığı kişi hürriyetleri için faydalı olduğu gibi aynı zamanda zorunludur⁹.

C. Bağımsızlığın Kapsamı

Bağımsızlığın kapsamı mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlerin bağımsızlığını kapsamaktadır. Bağımsızlık demokratik ülkelerde tatbik sahası bulan bir kavramdır. Demokratik ülkelerde mahkemelere yasama ve yürütme organı karşısında bağımsız olması gerektiği gibi Hâkimlerinde ekonomik , sosyal, etnik ve dinsel açıdan bağımsız olarak hareket etmesi gereklidir. Yani mahkemeler ve hakimler üzerinde bahsettiğimiz bu unsurların etkili olması gereklidir. Hakimler kararlarını verirken tamamen bağımsız ve tarafsız olarak hiçbir dış müdahalenin etkisi altında kalmadan hareket etmelidirler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mahkemelerin tarafsızlığını “ objektif , tarafsızlık ve subjektif tarafsızlık” diye iki açıdan ele almaktadır . objektif tarafsızlık mahkemelerin kurumsal tarafsızlığı olup mahkemelerin fertlerin zihninde bıraktığı güven duygusudur. Kişiler mahkemelerin hiçbir dış etkiye maruz kalmadan her türlü baskıdan uzak hareket ettikleri kanaatini taşımalıdır. Aksi halde kişilerin mahkemelere karşı duyduğu güven yapısal olarak yok olur. Subjektif tarafsızlık ise Hâkimlerin kişisel yapısıyla ilgilidir. Hakimler kişisel anlamda önyargıdan uzak ve her türlü dış etki ve baskılara karşı korunmuş olarak davranmalıdırlar. Hakimler her türlü kararlarını tarafsız ve bağımsız olarak vermek durumundadırlar. Ayrıca bu ortamın da hakimlere sağlanması gereklidir , şarttır. Devletin en önemli görevlerinden biri de adaletin adil olarak dağıtımıdır.

⁹ Bülent Daver , **Siyasal Bilime Giriş**, Ankara, 1968, s.181.

Adaletin adil olmasının başlıca şartı ise adaleti dağıtanların tarafsız ve bağımsız olmasıdır¹⁰.

a. Yasama Organına Karşı Bağımsızlık

Hakim her şeyden önce yasama organına karşı bağımsız olmalıdır. Bu hakimlin yasama organının yaptığı yasalarla bağlı olması anlamını taşımaz. Hakimler yasalar ile bağlıdır. Ancak yasalar, somut olayı çözmeyen, soyut ve genel kurallar koyan metinleridir. Hakim somut olayda, o somut olayı ne şekilde çözeceği konusunda yasama organından emir ve talimat alamaz. İşte hakimlin yasama organına karşı bağımsızlığı bu anlamdadır. Hakimlin kaderi politikacının elinde olduğu müddetçe yargının bağımsızlığından söz edilemez¹¹.

Bu ilke kuvvetler ayrılığının Kabul edildiği ülkeler için geçerlidir. Bilindiği gibi kuvvetler birliğinde devletin üç kuvveti de belli bir organda toplanmıştır. Bu sebepten bu ilkenin kuvvetler birliğinin uygulandığı ülkelerde özellikle meclis hükümeti sisteminin uygulandığı ülkelerde tatbiki genellikle uygun ortamı bulmamaktadır. Bunun tek istisnası İsviçre'dir¹².

Demokratik rejimlerde yasama organlarının ülkenin sorunlarının tartışıldığı ve bu konuda ihtiyaca göre yasal düzenlemelerin yapıldığı yerdir. Yani yasama organları kanunların Kabul edildiği yerlerdir hakimlerde ihtilafları çözerken mevcut kanunları uygularlar. Başka bir ifadeyle yasama organları kanunları yapar, yargı organlarında yasama organlarının yaptığı kanunları yorumlayarak hukuki ihtilafları çözüme bağlar. Ancak yasama organı mensupları herhangi bir yasal düzenleme yapmaksızın, görülmekte olan bir davayla ilgili olarak davayla

¹⁰ ÖZER Attila , **a. g. e.**, s.15-16.

¹¹ Ferman Demirkol , **Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul, 1991, s.87.

¹² Attila Özer , **age**, s.16.

yasama organında hakimlere etki edecek bir şekilde telkinlerde bulunamaz, yorumlar yapamazlar. Yasama organı mensupları yasama organındaki müzakerelerde, yargı organına intikal etmiş olan itilafları müzakere konusu yapmamaları zorunludur. Aksi durum yargının siyasileşmesine sebebiyet verir ki, bunun da toplumun, menfaati yoktur. Tarih bize göstermiştir ki, yargının siyasileşmesinden toplum her zaman zarar görmüştür. Tarih bu konuda sayısız örneklerle doludur. Mesela bizim yakın tarihimizde vatan haini diye mahkûm ettiğimiz birçok kişiyi sonradan büyük devlet adamı, vesair sıfatla onura ettik, adlarına üniversiteler kurduk, başbakan, bakan, milletvekili yaptık, heykellerini, anıtlarını diktik. Bu ve benzeri sebeplerden hâkimlerin yasama organına karşı bağımsız olmasından toplumun her zaman büyük menfaati vardır¹³.

b. Yürütme Organına Karşı Bağımsızlık

Yürütme organları hakimlere emir ve talimat veremezler, Hâkimlerin iradelerine baskı yaparak veya baskı imkanına sebebiyet verecek vasıtaları dolaylı olarak kullanarak, onlara telkin ve tasviyelerde bulunarak, Hâkimlerin kararlarına etki edecek işlem ve faaliyetleri yapamazlar, ayrıca yapmanın da ceza kanunları ile cezalandırılması gereklidir. Bu ilke Hâkimlerin bağımsızlığının en önemli ilkesidir. Bilindiği gibi hürriyetler devlet kudretinin sınırlanması ile gelişmektedir. Devletin otoritesi ile hürriyetler her zaman ters orantılı olmuştur. Devletler otoritesi arttıkça hürriyetlerin alanı daralır. Hürriyetler geliştikçe de devletin otoritesi azalır. Devletin icra organı olan yürütme organı şayet hakimlere baskı yaparsa onlara emir talimat verirse telkinlerde bulunursa o zaman yürütme organının keyfi ve hürriyet tanımaz anlayışına karşı kişileri kim koruyacaktır. Bu ve

¹³Atilla Özer , age, s.248.

bunun gibi sebeplerden dolayı Hâkimlerin yürütme organına karşı bağımsız olması hürriyetin temel dayanağıdır. Aksine düşünmek imkansızdır.

Hâkimlerin yürütme organıyla olan ilişkileri hukukçular ve siyasiler arasında her zaman tartışma konusu olmuştur. Kanaatimizce da olmaya devam edecektir. Yürütme organının hâkimlerle ilişkisinin kapsamı toplumun sosyal, kültürel ve ahlaki yapısı ve adalet anlayışıyla yakından ilgilidir. Belirttiğimiz değerlerin geliştiği ve kökleştiği toplumlarda hâkimlerle yürütme organı arasındaki ilişkiler medeni bir toplumda bulunması gerekli ilişkiler seviyesinde olup karşılıklı olarak suiistimale sebebiyet vermemektedir. Ancak bahsettiğim değerlerin gelişmediği ve kökleşmediği ülkelerde ise yürütme organı ile hâkimler yani yargı organı arasındaki ilişkiler her zaman şikayet konusu olmuştur ve kanaatimize göre de olmaya devam edecektir. Ta ki bu değerler gelişene kökleşene kadar. Şunu tarih bize göstermiştir ki; bir toplumda adaletin gerçekleşmesi sistemlerle direk ilgili olmayıp toplumun içinde bulunduğu kültürel, sosyal ve ahlaki yapısı ile yakından ilgilidir”¹⁴.

c. Taraflara Karşı Bağımsızlık

Hâkimlerin taraflara karşı bağımsızlığı somut bir yaklaşımdır . hakimın kişiliği davanın tarafları ile ilgili olarak herhangi bir töhmet altında bulunmamalıdır. Hakim davanın taraflarına ve davanın konusuna karşı tamamen tarafsız olmalıdır ve taraflarda hakimın bu konuda tarafsız olduğuna dair bir terredüdü olmamalıdır . taraflarda hakimın dava ile ilgili olarak tarafsız ve objektif karar vereceği görüşü kabul görmelidir. Hukuki itilafın var olduğu konuda, tarafların yargıya gitmelerinin amacı yargının adaleti gerçekleştirmenin temel

¹⁴ Attila Özer, **age**, s.18.

unsuru adaleti gerçekleştirmekle görevli olan kişinin ve kişilerin olayın taraflarına karşı bağımsız olduğunun kabulüdür. Aksi halde tarafların yargıya başvurmalarını beklemek gerçeklerle fazla bağdaşmaz. Bu sebepten hâkimler ihtilâfın taraflarına karşı bağımsız olmak zorundadırlar. Adaletin gerçekleştirilmesini temel gaye kabul etmiş bütün ülkeler yasak düzenlemelerinde bu konuya yer vermişlerdir. Tarafsızlığın gerçekleşmesi için itilâfın taraflarına da, hâkime de yasal imkânlar tanınmıştır. Gerektiği zaman itilâfın tarafları ve hâkimler bu imkânlarını kullanabilirler . Bu ilkeye karşı kasten veya ihmali davranışlarda bulunarak tarafların zarar görmesine sebep olan Hâkimlerin sorumlu olması hukuk devleti anlayışının en temel gereksimidir . Şunu unutmamak lazımdır ki bağımsız yargı yani hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hukuk devletinin vazgeçilmez temel ilkesidir . Aksine düşünmek mümkün değildir ¹⁵ .

d. Medyaya Karşı Bağımsızlık

Teknolojik gelişmelere paralel olarak çağımızda medyanın gücünde artmaktadır. Medya artan gücün neticesi olarak kamu oyu yaratmakta çok etkili olma özelliğine sahip olmuştur. Özellikle görsel medya araçları toplumun oluşmasında, toplum tarafından bazı hususların benimsenmesinde önemli bir etken olmaktadır. Medyanın sahip olduğu bu güç, siyasi partiler ve toplumdaki hakim güçler tarafından rahatlıkla kullanılabilir. Bu yolla siyasi partiler ve toplumdaki hakim güçler, kamu oyunu kendi arzu etkileri istikamette yönlendirebilmektedirler. Netice olarak objektif davranan, adaleti arayan kamu oyuyla değil, şartlandırılmış kamu oyu ile karşı karşıya kalınabilir. Kısa devrede olmasa bile, uzun devrede toplum mutlaka bu neticeden zarar görür ve toplumda

¹⁵ Attila Özer , *age* , s.19.

var olan dengeler değişebilir. Medyanın sahip olduğu bu güç hakimlere karşıda kullanılabilir. Bu sebepten demokratik ölkelerde yargıya intikal etmiş olaylarla ilgili olarak hakimleri etki altında bırakacak tarzdan basın yayın yapma yasağı vardır. Başka bir ifadeyle medya yargıya intikal etmiş olaylarla ilgili olarak yayın yapma imkanına sahip olmamalıdır. Aksi kanuna göre suç mahiyetinin olmalıdır. Nitekim hemen hemen tüm demokratik ölkelerde bu husus suç kabul edilmiştir, cezai veya tazminatı muciptir, ancak burada çok önemli olan basın ve haber hürriyetiyle bu konuda dengeyi sağlayacak yasal düzenlenmenin yapılmasıdır. Basın ve haber hürriyetinin, hakim bağımsızlığına, hakim bağımsızlığında basın ve haber hürriyetini zarar vermemesi sağlanmalıdır. Toplumun menfaati bunu gerektirmektedir. Birçok demokratik ölkede zaman zaman basın ve haber hürriyetlerini kullanımı suiistimal edilerek yargıya etki yapılmak istenildiğine şahit olmaktayız. Özellikle ölkemizde medya kuruluşlarının bu yola sık sık başvurdukları bir gerçektir. Tüm bunların hakim bağımsızlığıyla bağdaştığını kabul etmenin çok zor olduğu kanaatindeyiz. Bu sebepten de fazla zaman kaybetmeden ve de geç kalmadan konuda makul yasal tedbirler alınması gerektiği görüşünü taşımaktayız ¹⁶.

e. Kamuoyuna Karşı Bağımsızlık

Yaradılış icabı insanlar toplu halde yaşarlar ve çeşitli açılardan yaşadıkları toplumun etkisinde kalırlar. Günlük yaşayışta toplumun veya kamuoyunun etkisinden sık sık bahsedilir. Hatta zaman zaman kamuoyu adına önemli görüş ve düşünceler ileri sürölür. Bu görüş ve düşüncelerin haklılığını kamuoyunun desteklediği ileri sürölür. Şunu unutmamak lazımdır ki; bir toplumda çeşitli gruplar ve gruplara hakim olan çeşitli görüş ve düşünceler

¹⁶ Attila Özer, **age**, s.248-249.

vardır. Her grup kendi görüşünün ve düşüncesinin doğru olduğunu ileri sürer ki; bu olayın tabiatında vardır. Çağımızda kamuoyu olayların yönlendirilmesinde oldukça önemli bir yere sahiptir. Özellikle demokratik toplumlarda kamuoyu karar mekanizmalarının sevinde hatırı sayılır bir etki sahibidir. Kamuoyunu şu şekilde tarif edebiliriz. Kamuoyu belli bir zamanda belli bir tartışmalı sorun karşısında bu sorunla ilgilenen kişiler gruplarına hakim olan kanattır. Burada sorun şudur.” hakim kanaat” nasıl ortaya çıka? Bu kanaatin ortaya çıkış yöntemleri nasıl olacaktır? Tüm bu ve bu gibi sorular kamuoyunun ortaya çıkmasında önemli rol oynar. Çağımızda baskı grupları ve menfaat grupları toplumda önemli yere ve güce sahiptir. Bu gruplar kendi isteklerini gerçekleştirmek için çok çeşitli yöntemler kullanırlar. Sonunda da kendi arzu ve isteklerini kamuoyunun arzu ve isteği olarak takdim ederler. Bu grupların başvurdukları yöntemler genelde, toplantılar, gösteriler, boykotlar, mitingler, televizyon ve radyo program ve reklamları, gazete haberleri gibi baskı yöntemleridir. Kullandıkları bu baskı yöntemleri ile kamuoyunu kendi arzu ve istekleri yönünde şekillendirirler. Bu sebepten birçok demokratik ülkede bu şekilde oluşacak kamuoyunu mani olmak yasal önlemler alınmıştır. Hâkimlerin suni olarak oluşturulacak kamuoyu etkisinden uzak tutulması için yasal yolların başvurulması olaylarla ilgili olarak cezai ve hukuki tedbirleri içeren yasal düzenlemeler yapılmıştır. Kamuoyu genelde hissidir. Ondan akıllı verilere göre şekillenmesini beklemek kanaatımızca fazla iyimserlik olur. Bu sebepten kamuoyunun objektif ve akılcı olduğunu savunmak oldukça zordur. Hakimler verecekleri bu türlü kararlarında kamuoyunun etkisinden uzak, hissi olmadan, akılcı ve objektif olarak, yasalara uygun hareket etmek durumundadırlar. Başka bir ifade ile hakimler verecekleri her türlü kararlarına da kamuoyuna karşı bağımsız olmak zorundadırlar¹⁷.

¹⁷ Attila Özer , a.g.e, s.21-22.

D. Mesleğe Girişte Uygulanan Sistemler

Hâkimlerin mesleğe girişte geçirdikler esaslar onların evsal ve seviyelerinin tayininde büyük rol oynar. Hakimler üstün vasıflı kişiler arasından seçilirse toplumun bundan en büyük faydaları olacağı şüphesizdir. Aksi durum ise toplum açısından büyük mahsurların doğmasına sebebiyet verilir. Unutmamak lazımdır ki adaletin taahhuku oldukça zor ve meşakkatli bir çalışmayı gerektirir. Bu da üstün vasıflı ve seviyeli kişilerin varlığı sayesinde imkan dahilinde olur. Bu açıdan bakıldığında Hâkimlerin mesleğe girişlerinde geçirdiği aşamalar oldukça önem arz etmektedir. Hâkimlerin mesleğe girişte uygulanan sistemler şu şekilde inceleyebiliriz ¹⁸.

a. Hâkimlerin Halk Tarafından Seçilmesi

Demokratik rejimlerde egemenliğin sahibi halktır. Yargı organı da devletin üç kuvvetinden biri olup, halk adına karar vermektedir. Bu sebepten de halkın kendi adına karar verenleri seçmesi de demokratik rejimin gereğidir. Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi metodu veya usulünü savunanlar bu gerekçeden hareket etmektedirler. Hâkimlerin halk tarafından seçilmesinin temel dayanağı olan bu düşünce yapısına karşı ciddi tenkitler vardır. Bu tenkitleri kısaca şu şekilde belirtebiliriz. Bir, bu sebepten adaletin siyasileşmesi ihtimalinin oldukça yüksek olduğu, iki, halkının demokratik kültürünün ve adalet anlayışının gelişmediği ülkelerde halk seçimlerde popülist propagandanın ve şahsi menfaat arzusunun etkisiyle hareket edebilir, üç, hakimler tekrar seçilebilmek için adaletin incitilmesine sebebiyet verebilir, dört, seçimlerin paraya dayalı yani paraya fazla ihtiyaç olduğundan seçimlerde maddi gücü fazla olanlar daha fazla

¹⁸ Attila Özer, **age**, s.10.

söz sahibi olabilirler, beş, yargıçlar kendilerini seçenlere karşı diyet ödeme psikolojisine girebilir, altı, hakimin seçilmesinde oy vermeyenler yargıcın kendilerine karşı adil davranmayacağı ve tarafsız olmayacağı kanaatini taşıyabilirler, yani yargıca güven duymayabilirler. Buda yargıçla ona oy vermeyenler arasında kutuplaşmanın doğmasına sebebiyet verebilir.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi, ABD' nin bir kısım eyaletlerinde ve İsviçre de, bazı mahkemelerin Hâkimlerin tayininde uygulanan bir usuldur. Her iki ülkede uygulanan seçim sistemi, eyaletlere göre farklılık göstermektedir. Seçilen bir hakimin görevde kalma süresi eyaletlere göre değişmektedir. Bu süre 4 veya 6 yıldır. Seçilen bir hakimin tekrar seçilmesi caizdir¹⁹.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesini savunanlar , bunun demokrasinin temeli olan milli hakimiyet görüşün bir neticesi olduğu Kabul edilmektedir . Bilindiği gibi kuvvetler ayrılığı ilkesine göre yasama , yürütme ve yargı kuvvetleri , mevcudiyetlerini milli egemenlik ilkesine dayandırmaktadırlar ve faaliyetlerini milli egemenlik adına gerçekleştirilmektedirler . O halde Hâkimlerin milli egemenliğin sahibi olan halk tarafından seçilmesinden tabi bir olay yoktur. Başka bir ifade ile egemenlik adına faaliyet gösteren ve karar veren Hâkimlerin milli egemenliğin sahibi olan halk tarafından seçilmesi de milli egemenlik ilkesinin doğal sonucudur²⁰ .

b. Hâkimlerin Yürütme Organı Tarafından Seçilmesi

Hakim ve savcıların mesleğe alınması yargının bağımsızlığıyla çok ilgilidir. Hakim ve savcıların göreve getirmelerinde diğer bir yol da yürütme organının etkili olduğu sistemdir. Bu sistemin yararları şöyle ifade edilmiştir. Yürütme

¹⁹ Attila Özer, **age**, s.244.

²⁰ Attila Özer, **age** , s. 10.

organı, teşkilatın başında olmasından dolayı meslek hakkındaki bilgileri etraflı şekilde toplama imkanına sahiptir. Yine yürütme organı yasama Hâkimlerin tayin ve terfiinde gerekli hassasiyeti gösterir ²¹.

Hâkimlerin yürütme organı tarafından seçilmesi günümüzde demokratik ve demokratik olmayan birçok devlet tarafından uygulanmaktadır. Özellikle Kuzey Avrupa devletlerini büyük bir bölümü bu sistemi uygulamaktadırlar. Bilindiği gibi devletin sevk ve idaresinde temel görevi yürütme organı yapar. Şüphesiz yürütme organı bu görevleri yerine getirirken hukuki bir takım problemlerin doğmasına da sebebiyet verebilir. Bu problemlerin çözüleceği yerde yargıdır. Problemleri çözecek olan yargı mensupları kendilerini göreve getiren yürütme organına karşı ne kadar tarafsız olabileceği ciddi bir sorun olduğu düşünülmektedir. Nitekim birçok mahkeme kararlarında gördüğümüz "kamu yararı", "kamu düzeni" gibi kavramlar yürütme organı lehine karar vermekte sık sık başvurulmuş geniş içerikli kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda hâkimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmektedir.

Unutmamak lazımdır ki; adaletin gerçekleşmesi zor ve oldukça da pahalıdır. Pahalıda kast edilen maddi olgu olmayıp çalışmak, fedakârlıkla ve özveride bulunmak, senelerin birikimi olan kültür, ahlak ve inanç sahibi olmaktır. Bu özelliklere sahip olmayan hâkimler devlet karşısında küçülür ve onu her zaman her şartta haklı gösterecek gerekçeler bulabilir. Bu davranıştan da toplum zarar görür ve yargıya olan güven ve inanç giderek azalır. Hâkimlerin yürütme organı tarafından seçilmesi sistemini uzun zamandır uygulayan ülkelerde senelerin getirdiği tecrübeler yürütme organının mensuplarına seçim konusunda objektif davranma zorunluluğunu kazandırmıştır. Aksi takdirde yani objektif davranılmadığı takdirde kaybedenin yürütme organının mensubu olan siyasi partinin olacağı zamanla kabul görmüştür. Başka bir ifade ile objektif

²¹ Ferman Demirkol, *age*, s.103.

davranmayan yürütme organının mensubu olan siyasi partinin seçimlerde seçmen tarafından cezalandırılarak seçim, kaybetme ihtimali her zaman yüksek oranda olacaktır ²² .

c. Hâkimlerin Yasama Organı Tarafından Seçilmesi

Hâkimlerin parlamento tarafından seçilmesi sistemi, başlıca İsviçre’ de Federal Mahkeme üyeleriyle, kantonların çoğunda istinaf mahkemeleri Hâkimlerinin seçiminde uygulanan bir yöntemdir. Aynı şekilde Amerika Birleşik Devletlerinde bazı eyaletlerin hakimleri ile, Almanya Federal Cumhuriyetinde Federal Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi bütün yüksek mahkeme üyeleri ile eyaletlerde Anayasa Mahkemesi hakimleri parlamento tarafından seçilmektedir.

Bu sisteme karşı ileri sürülen eleştiriler ise: yasama organının kalabalık bir kitleden meydana gelmesi ve bu kitlenin belli siyasi gruplardan oluşması Hâkimlerin seçiminde ihtiyaç duyulan hakimler yerine yasama meclisinde ağırlığı olan siyasi partinin desteklediği adayın seçilmesine yol açacaktır. Bu durumda siyasi düşüncelerin hakim olduğu bir organın yetkileri kullanmakta objektif olması da düşünölmeyecektir ²³.

Hâkimlerin Yasama Organı Tarafından Seçilmesi yukarıda izah ettiğimiz sistemlerden farklı olarak, hâkimlerin mesleğe ilk girişleri ile ilgili olmayıp meslekte belirli bir ilerleme yapmış olan hâkimlerin Yüksek Mahkemelere üye olarak seçilmesi ile ilgilidir. Aslında bu durum itibari ile bu sistemin burada incelenmesi fazla gerekli olmayabilir. Ancak bu konuda uygulamada ileri sürölen bazı düşüncelerin anlaşılması bakımından yanlışlıklara sebebiyet vermemek için

²² Attila Özer, **age** , s. 13-14.

²³ Tosun Öztekin , **Türk Suç Mahkemesi Hukuku Dersleri**, C.2, İstanbul, s.381.

kısa olarak bahsetmenin faydalı olacağı kanaati dolayısı ile bahsetmek ihtiyacı görülmüştür.

Yüksek Mahkeme Hâkimlerinin yasama organı tarafından seçilmesi husussunun lehine, aleyhinde birçok şeyler söylenmekle beraber günümüzde Almanya, İsviçre gibi ülkelerde başarılı diyebileceğimiz bir uygulama geçirmemektedir ²⁴.

d. Özel Kurul Tarafından Seçim

Bu metot özellikle ikinci dünya harbinden sonra birçok ülke tarafından uygulamaktadır. Örneğin İtalya, Fransa ve Türkiye gibi. İtalya da yüksek yargı konseyi adı altında düzenlenen özel kurul İtalya Anayasasının 104. Maddesinde hükme bağlanmıştır. İtalya yüksek yargı konseyi 23 üyeden meydana gelmiştir. Kurul Yargıtay başkanı ve başsavcısı ile hakimler arasından seçilen 14 üye ve parlamento tarafından üniversitelerdeki hukuk profesörleriyle 15 yılını doldurmuş avukatlar arasından seçilen 7 üyeden oluşmaktadır. Yüksek yargı konseyine cumhurbaşkanı başkanlık eder. Adalet bakanı konseyin üyesi değildir.

Fransa'da hakimler konseyi Anayasasının 65. Maddesiyle düzenlenmiştir. Fransız hakimler yüksek konseyi iki bölüm halinde yapılanmıştır. Birinci bölüm hakimlerden, ikinci bölüm savcılardan sorumludur. Cumhurbaşkanı ve Adalet bakanı her iki bölümünde üyesidir. Birinci bölümde yapı seçilmiş 5 hakim, 1 savcı, 1 Danıştay üyesi ile cumhurbaşkanı, Meclis başkanı ve Senato başkanı tarafından hakim sınıfından olmayan kişiler arasından seçilen üç kişiden müteşekkildir. İkinci bölümün üye yapısı da aynı birinci bölüm gibidir. Yalnız Hâkimlerin yerine savcılar, savcıların yerinede hakimler seçilir. Fransız hakimler yüksek konseyi yalnızca yüksek mahkemelerini üyelerini seçer ve listeyi tasdik

²⁴ Attila Özer , **age** , s.15.

için cumhurbaşkanına sunar. Normal mahkemelerin Hâkimlerin ise Adalet bakanı tarafından seçilir. Liste konseyin tasvibine sunulur. Bölümler cumhurbaşkanını başkanlığında toplanır. Yani cumhurbaşkanı konseyin başkanıdır. Adalet bakanı ise konsey başkan yardımcısı olarak görev ifa eder. Türkiye’de özel kurul anayasanın 159. Maddesinde “ hakimler ve savcılar yüksek kurulu” adı altında düzenlenmiştir. Adalet bakanı kurulun başkanıdır. Kurul 7 üyeden meydana gelmiştir. Adalet bakanı, adalet bakanı müsteşarı kurul tabii üyesidir. Bunların dışında üç üye Yargıtay dan 2 üye de Danıştay dan kendi genel kurullarınca seçilir. Seçimle gelen üyeler 4 yıl süre için seçilmişlerdir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler, kurul yüksek mahkemelerin üyelerinin seçiminde söz sahibidir. Hâkimlerin mesleğe ilk girişleri Adalet bakanlığı tarafından yapılan sınavla sağlanmakta ve gerekli çalışmalar sonunda Adalet bakanlığı tarafından hazırlanan liste yüksek kurulun kabulüne sunulmaktadır²⁵.

e. Hakimler Tarafından Seçilmesi

Hakim ve savcıların göreve getirmelerinde düşünülen diğer bir sistemde ne halk, ne de bir kurul olmayıp, hakim ve savcılarının bizzat kendilerinin söz sahibi olmasıdır. Bu sistemin açık faydası, hakimlere yürütme organı karşısında tam bir bağımsızlık sağlamasıdır.

Hakimler tarafından seçilen, tayinini, terfiini hükümetten beklemeyen bir hakimin iktidar karşısında kesin bir bağımsızlığa sahip olmasında şüphe yoktur. Ayrıca Hâkimlerin hakimler tarafından seçilmesiyle, halk tarafından seçilmede

²⁵ Attila Özer , *age*, s.246.

söz konusu olan, adalete politikacının karıştığı ve halkın iyi vasıflı bir hakimi seçememesi sakıncası da ortadan kalkmış olacaktır²⁶.

Hâkimlerin mesleğe başlarken hâkimler tarafından seçilmesi işlemine Kooptasyon (Cooptation) usulü de denilmektedir. Bu usulün ana teması, hâkimlik mesleğinin işleyişi en iyi hâkimler tarafından bilineceğinden bu mesleğe girmek isteyenleri de en iyi olarak en isabetli olarak da hâkimler seçebilir fikri teşkil etmektedir. Şüphesiz bu düşüncenin doğru tarafı vardır ancak tutulmayan yani kabul görmeyen tarafı daha fazladır. Bunun en önemlisi bu görüşün bir kast yaratacağı ve hâkimliğin kendi içinde kapalı bir sınıf olarak ortaya çıkacağıdır. Bunu da demokratik bir yapıyla izah etmenin çok zor olduğudur. Bu ve bunun gibi sebeplerden bu usulsün fazla tarafları olmamıştır. Tarih içinde yaşananlar da bu usulün tutulmamasına sebebiyet vermiştir. Bu sistem A.B.D' inde New Jersey, New York, Indiana Connecticut gibi eyaletlerde bazı hâkimler için tatbik edilmektedir. Kooptasyon usulünün tam olarak uygulanmasının bazı mahsurlarına karşılık, hâkimlerin seçimi, terfi, nakli ve disiplin işleri ile ilgili konularda hâkimlerinde söz ve rey hakkına sahip olması hususu günümüzde oldukça taraftar kazanmış olmaktadır. Yukarıda incelediğimiz hâkimlerin özel kurul tarafından seçilmesi usulü bu anlayıştan doğmuştur²⁷.

2. HAKİMLİK TEMİNATI

Yargı organının devlet hayatındaki önemi dolayısıyla yargıda görev yapan hâkimler tarihin her döneminde kamu görevi yapan diğer personelden farklı olarak korunmuş ve onların sahip olmadığı belirli bazı hak ve imtiyazlara sahip olmuşlardır. Hâkimlere tanınan bu ayrıcalık onların yaptığı işte objektif ve akılcı

²⁶ Münci Kapani , *İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali*, Ankara, 1956, s.52.

²⁷ Attila Özer , *age* , s. 265-266.

davranmaları içindir. Bunda da hâkimden ziyade kamuoyu menfaati vardır. Böylece hâkimler verecekleri kararı hiç kimseden korkmadan, çekinmeden adil bir anlayış içinde verirler. Aksi halde hâkimler verdikleri kara sonunda belirli olaylara maruz kalacakları korkusu taşırsa sağlıklı, objektif ve adil karar veremezler. Korktukları kişinin veya organın veya grubun istediği istikamette karar vermek zorunda kalırlar. Bu tip olayların meydana gelmemesi için tüm demokratik ülkelerde hâkimlere diğer kamu personelinin sahip olmadığı belirli ayrıcalıklar ve imtiyazlar tanınmıştır. Hâkimlere tanınan bu ayrıcalıklara ve imtiyazlara hukuk literatüründe hâkim teminatı denilmektedir. Hâkim teminatı, hakim bağımsızlığı ile birlikte kullanılan müessesedir. Bu iki müesseseyi birbirinden ayırmak mümkün değildir, iç içe girmişlerdir. Bu bakımdan bunlar bir bütünün iki ayrı parçasıdır. Hâkim bağımsızlığı ile Hâkimlerin objektif bağımsızlığın, hakim teminatı ile de Hâkimlerin kişisel bağımsızlığı, ifade edilir. Hakim teminatının kapsamını şu şekilde ifade edebiliriz²⁸ .

A. Hakimler Azlolunamazlar

Yargı mensupları mesleğe girdikten sonra anayasanın veya kanunun belirttiği yaşa kadar normal şartlar altında görevlerinden azledilemezler. Bu yaş sınır birçok ülkede anayasa ile belirtilmiş olmakla beraber bazı ülkelerde kanunla belirtilmiştir. Normal olarak görevini yerine getiren bir yargıcın azledilmesi mümkün değildir. Yargıçların hangi sebeplere ve hangi şartlarda ve de hangi usulle azledilebileceği kanunlarla çok sıkı bir şekilde düzenlenmektedir. Bu konuda kefilliğe yer verilmemiştir. Hele yargıcın usulüne ve kanuna uygun bir

²⁸ Attila Özer, **age**, s. 269.

şekilde verdiği “ karar” sebebiyle azledilmesi demokratik ülkelerde mümkün değildir. Hakimlere tanınan bu imtiyaz onların

“ karar” verirken hiçbir şeyden çekinmeden korkusuzca hareket etmesini sağlamaya yöneliktir²⁹. Yargı mensupları mesleğe girdikten sonra anayasanın veya kanunun belirlediği yaşa kadar normal şartlar altında görevlerinden azledilemezler. Bu yaş sınırı birçok ülkede anayasa ile belirlenmiş olmakla beraber bazı ülkelerde kanunla belirlenmiştir. Ancak bazı ülkeler yaş sınırı dışında bazı çok özel sınırlama getirmişlerdir. A.B.D. ve İngiltere’de olduğu gibi normal olarak görevlerini yerine getiren bir hâkimin azledilmesi mümkün değildir. Hâkimlerin hangi sebeplerle hangi şartlar da hangi usulle azledilebileceği anayasalarda ve kanunlarda demokratik olarak düzenlenmiştir. Bu konuda kesin olarak sübjektif davranmaya ve keyfiliğe yer verilmemiştir. Hele hâkimin usulüne ve kanuna uygun bir şekilde verdiği karar sebebiyle azledilmesi demokratik ülkelerde mümkün değildir. Hâkimlere tanınan bu imtiyaz onların karar verirken hiçbir şeyden çekinmeden korkusuzca hareket etmelerini sağlamaya yöneliktir . Şüphesiz bunda kamunun büyük menfaati vardır. Çünkü hakimler bu ortamda objektif, akli ve yasalara uygun davranarak adaletin gerçekleşmesini sağlarlar .

B. Hakimler Resen Emekliye Sevk Edilemez

Hakimler göreve başladıktan sonra anayasada veya kanunda belirtilen yaştan önce emekliye sevk edilemezler. Emeklilik yaşı her ülkenin şartlarına göre değişik olmaktadır. Bu yaş genellikle 65 ile 75 yaşları arasında değişmektedir. Hâkimlerin kendileri istemedikçe belirtilen bu yaştan önce resen emekliye sevk edilmeleri demokratik rejimlerde imkansızdır. Türkiye’de emeklilik

²⁹ Attila Özer, **age**, s.250.

yaşı 65 olup İngiltere’de görev yaptığı mahkemenin derecesine göre 70ile 75 yaş arası değişmektedir. A.B.D. ve İngiltere’de yüksek Hâkimlerin ömür boyu görevde kalabilirler. Bunların kendi talep etmediği sürece emekli olması normal şartlarda imkansızdır ³⁰ . Almanya’da, Alman Hakimler Kanunun 12. nci maddesine göre, hakim olmak isteyenler başlangıçta hakim yardımcısı olarak atanmaktadırlar. Alt yıl görevde kalanlar ve tecrübe dönemi geçirenler ise, yaşam boyu hakim veya savcı olarak atanabilmektedirler. Hakim yardımcılarını ancak, bu süre zarfında kişilik ve mesleki yetenekleri bakımından hakim olmaya layık görüldükleri takdirde kesin olarak atanabilmektedir. Fransa’da hakim adayları hukuk tahsilinden sonra Milli Hakimlik Okulu ve mahkemelerde 28 aylık bir staj döneminden sonra hakim olarak atanmaktadırlar. Azledilmezlik ilkesinin bir sonucu olarak Fransa’da hakimler 1852 yılına kadar yaşam boyu görevde kalabiliyorlardı. Halen bütün bir yaş sınırı uygulanmaktadır. Yargıtay üyeleri ise 70 yaşın bitimine kadar görevde kalabilmektedir. Bir hakim ancak 60 yaşını bitirdikten sonra kendi rızasıyla emekliye sevk edilmesini isteyebilmektedir³¹.

C. Hakimler Yargı Görevi İle Bağdaşacak Başka Görevleri İsterlerse Yapabilirler

Hakim atanmasıyla birlikte yargı erki içinde, yasama ve yürütme organlarından ayrı olarak özel bir statü içine girmektedir. Hakimin faaliyetinin sıkı bir şekilde yargı görevi ile sınırlandırılması ve başka görev kabul etmesinin

³⁰ Attila Özer, **age**, s.24.

³¹ Şeref Ünal, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı Ve Hakim Teminatı**, Ankara , 1995,s.38.

yasaklanmasıyla kendisinin bağımsızlığı teminat altına alınmakta ve ayrıca kuvvetler ayırımı ilkesinin gereklerine de uyulmaktadır³².

Hakimler yargı görevinin yerine getirilmesini sağlayan temel surelerdir. Onların yargı görevleriyle bağdaşmayacak başka görevler yapmasına imkan tanımının doğru olmadığı bir gerçektir. Böyle bir imkanın hakimlere tanınması halinde, Hâkimlerin belirli kesimlere hoş görünmek sevdasıyla mesleklerini kullanabilme imkanı her zaman var olabilir, şüphesiz buda adaleti yaralar ve güven duygusunu sarsar. Bu ve bu gibi sebeplerden Hâkimlerin yaptıkları görevle bağdaşmayan işleri yapmasına müsaade edilmez hemen hemen tüm demokratik ülkeler bu ilkeyi kabul etmişlerdir.

Demokratik birçok ülkede yargıçların, yaptıkları görevle bağdaşacak görev yapabileceği kabul görmektedir. Mesela İngiltere’de, İtalya’da özellikle yüksek mahkeme üyelerinin hukuk fakültelerinde ders verebileceği kabul edilmektedir. Bu ülkelerde yüksek mahkemelerin üyelerinin birçoğu, hukuk fakültelerinde ders vermektedir. Ayrıca, hukuk fakültelerinde görevli birçok profesörde yüksek mahkemelerde üyelik yapmaktadırlar. Bu yolla teoriyle, uygulama bir arada işlenerek hukukun gelişmesi sağlanmaktadır. Teorinin, uygulamadan, uygulamanın da teorideki gelişmelerden bilgisi olmaktadır. Böylece taraflar birbirini tamamlamış olmaktadır³³.

D. Hakimlere Coğrafi Teminat Tanınmalıdır

İnsanlar içinde bulundukları ortamın ve çevrenin etkileri ile mutlu olur veya olmazlar. Mutlu olmayan bir insanında sağlıklı düşünmesini beklemek fazla iyimserlik olur. Bu açıdan bakıldığında Hâkimlerin içinde bulundukları ortamın ve

³² Şeref Ünal, **age**, s.41.

³³ Attila Özer , **age**, s.252.

çevrenin onların objektif, histen uzak ve adil karar vermesi için önemli olduğu bir gerçektir. Bu sebepten hakimlere kendileri için ızdırap veren bir çevre ve ortamdaki uzak olmak ve kendileri için memnuniyet veren ortam ve çevrede yaşamak imkanı tanınmalıdır. Hakimler kendileri istemedikçe içinde bulundukları coğrafi ortamdaki uzaklaştırılmamalıdır. Özellikle hakimler verdikleri kararlar sebebiyle yer ve yurtlarından olacağı kanaatini taşırlarsa o hakimden objektif, akılcı ve adil olmasını beklemek çok gerçekçi olmaz görüşündeyiz. Hakimler istemedikçe tayin ve nakillerinin yapılmaması gerektiği gibi, onların arzu ve istek göstermediği bir coğrafi ortamda zorla çalıştırılmaması gereklidir. Coğrafi teminat hakimlerin adil karar vermesinde oldukça önem arz eden bir gerçektir. Hakimler sağlıklı bir ortamda bulunduklarında onların vereceği kararlarda sağlıklı ve adil olur³⁴.

E. Hâkimlerin Mali İmkanları Üst Seviyede Olmalıdır

Hakimler toplumda örnek insan olmak zorundadırlar. Çünkü adalet dağıtacak insan üstün meziyetlere sahip olmak zorundadır. Bu da insanların maddi ve manevi hayatının dengeli ve üst seviyede olmasını zorunlu kılar kanaatindeyiz. Maddi ve manevi eksiklikleri bulunan insanın normal düşünmesi akılcı ve objektif olması, adil davranması kanaatimizce oldukça zordur. Şunu unutmamak gereklidir ki; adalet dağıtımı oldukça önemlidir ve adil olmakta oldukça zordur. Adil olmanın temel taşı kanaatimizce olgun olmaktan geçer. Olgun ve kamil olmayan insandan adil davranması beklemek çok zordur. Maddi ve manevi ihtiyaçlarını gidermeyen bir insanın olgun ve kamil bir insan olmasını beklemek fazla iyimserlik olur.

³⁴ Attila Özer , *age*, s.26.

Bu gerçekler dolayısı ile dünyamızın geçirdiği her çağda Hâkimlerin olgun ve kamil insan olması hedeflenmiştir. Bu sebepten de Hâkimlerin tüm ihtiyaçlarının giderilmesine imkan sağlayacak maddi imkanlara kavuşması hedef olarak benimsenmiştir. Şunu unutmamak lazımdır ki; bir devlete yargı dışındaki diğer devlet organları, yani yasama ve yürütme bozulsa iyi kötü devlet hayatı zorda olsa devam edilebilir. Ancak yargı bozulursa, yargı insanlara güven vermezse kanaatimizce devlet hayatı uzun ömürlü olmaz ve devlet yok olur. Bize göre yargı devletin uzun ömürlü olmasını sağlayan en önemli organdır. Bu sebepten de yargı devlet içinde istisnai yer kapsar ve diğer organlardan daha önemlidir. Tüm insanlar yargıya güvenirse yaşam ve yürütme organının hukuk dışı tüm insanların yargıya güveni dolayısı ile fazla yıkıcı ve yıpratıcı olmaz. İnsanlar yasama ve yürütme organlarının bu hukuk dışı tutumunun yargıdan döneceği kanaatini taşıdıkları sürece devlet hayatı uzun ömürlü olur. Tarih bize bu gerçeği göstermişti. Bu sebeplerden Hâkimlerin mali imkanları üst seviyede olması toplumun ve devletin geleceği için zorunludur. Hâkimlerin vereceği kararlar dolayısı ile sahip oldukları mali imkanlardan yoksun bırakılmayacağı teminatı da verilmelidir³⁵.

3. İSLAM HUKUKUNDA HAKİMLERİN GÖREV BAŞLANGICI 36

Yargısal korumayı devlet sağlar. Devlet bu korumayı mahkemelerde çalışan kadılar (hâkimler) aracılığıyla gerçekleştirir. (hâkim) terimiyle aşağıdaki anlamlardan biri ifade etmek istenir:

a. Görevi insanlar arasında (hâkimlik) yapmak olan kişiler

³⁵ Attila Özer, *age*, s.25-26.

³⁶ Abdülkerim Zeydan , *Nizamul Kaza Fil Şeria'l İslamiye*, Bağdat ,1984, s.31.

b. Bu kelimeyle mahkeme yani aracılığıyla (hâkimlerin) tek başlarına veya diğer (hakimlerle) birlikte hâkimlik görevini yerine getirecek görev düzeni kastedilebilir. Yani devletin aracılığı ile yargısal koruma sağladığı birim³⁷.

A. İslam Hukukunda Hakim Seçme Yöntemleri

Hakim seçme hususunda İslam hukuku her üç sistemi benimsemiş (seçim, tayin ve yargı organı tarafından seçilme):

a. Tayin Yolu

İslam hukukuna göre asıl olan halifenin kadıyı atamasıdır. Çünkü aslında yargı (kadılık) halifenin görevlerindendir. İslam hukukçularına göre halife yargı makamını üstlenecek salih ve yetenekli kişileri seçmelidir. Eğer halife bu makamı üstlenecek kişinin bu nitelikleri taşıyor olduğuna dair bilgisi varsa şahsi bilgilerine dayanarak seçme işini gerçekleştirir. Söz konusu şahsi bilgiye sahip değilse, bu konuda uzman olan bilim adamlarının bilgilerine dayanır. Halife söz konusu kişilerin önerdiği kişinin yargı hakkında bilgiye sahip olup olmadığından emin olmak için kendisini huzura çağırıp ve kendisinden istediği sorular sorabilir. Halife bunları yaptıktan ve gerekli özellikleri taşıdığından emin olduktan sonra ilgili kişiyi kadı olarak atar³⁸.

³⁷ Fethi Vali, **el Vasit Fi Kanun'il Kazaa'il Medeni**, Dari'l Nahzal Arabiye, 1986, s.156.

³⁸ Adam Vahip, **el Murafaatil Medeniye**, Bağdat, 2009 ,s. 37.

b. Hakimın Yargı Tarafından Atanması

Burada hakimın tayini yürütme organının bir kararıyla gerçekleşir. Bu yöntem, Abbasi Halifesi Harun el Reşit zamanında kurulan Kadıların Kadısı (Kadil Kudat) ilk defa olarak uygulanmıştır. Abbasi Halifesi Harun el Reşit Eba Yusuf'u kadıların kadısı olarak tayin etti ve kendisine kadıları seçme ve tayin etme vekâletini vermiş ve yetkili kılmıştır. Çünkü ancak kadıların kadısı, kadı olarak atanacak kişinin bilgili, yetenekli ve görevi yerine getirme gücüne sahip olup olmadığını bilir. Böylece kadıları seçme yargı organı tarafından gerçekleşmiş olur. Yargı kimin kadılık görevini yerine getirme gücüne sahip olup olmadığını herkesten daha iyi bilir.

c. Hâkimlerin Seçimle Seçilmesi

İslam devleti küçükken kadılık görevini seçimle iktidara gelen hâkim (hükümdar) tarafından yerine getirilmekteydi. Hükümdarlık ve kadılık hizmeti doğrudan doğruya hükümdar tarafından sunulmaktaydı. Bu da kadının da halk tarafından seçildiği anlamını taşır. Ancak İslam devleti genişleyince İslam halkı ve memleketleri çoğalınca hükümdarın her iki hizmeti sunması imkânsız hale gelmiştir. Bu yüzden hilafetin başkentinden uzak hatta başkentten uzak bölgelerinde hükümdarın temsilcisi olarak kadılık hizmetini sunacak kadılara ihtiyaç hususu ortaya çıkmıştır³⁹.

B. İslam Hukukunda Hâkimlerin Atanma Şartları

İslam hukukçuları kadı görevini üstlenecek kişide bazı şartların bulunmasını aramıştır.

³⁹ Abdünnasır Musa, *Şerih Kanun Usul el Muhakematil Şeriye*, Bağdat, 1999, s. 35.

a. Buluğ, İdrak ve Özgür Olma Koşulu

Hakimlik görevi idrak ve olgunluğu gerektiren bir görevdir. Bu sıfatların da buluğ öncesi düşünülmesi mümkün değildir. Bu hastalığa yakalanan birisinde bu özellikleri aramak mümkün değildir. Hatta bazı İslam hukukçusu sadece bu özelliklerle yetinmemiş, bunlara şeri teklifin konusu olan idrakle yetinmemiş bunun yanında doğru kadılık makamını üstlenecek kişide düşünme, kıvrak zekâlılık, dalgınlık ve gafletten uzak olma ve zekâsıyla sorunu açıklama ve çözüme kavuşturma bilme özelliklerinin bulunmasını aramıştır.

b. Müslüman Olma

İslam hukukuna göre hakimlik bir egemenliktir. Bu hukuka göre Müslüman olmayanın Müslüman'ı yönetmesi mümkün değildir. Dolayısıyla Müslüman olmayanın Müslümanlara hakimlik yapması mümkün değildir. Ayrıca hakim şeri kuralları uygular, bu bir dindir inanmayı gerektirir. Müslüman olmayanın buna inancı yoktur. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre yine Müslüman olmayanların Müslüman olmayanlara hakimlik yapması mümkün değildir. Bunlara göre Müslümanlık hakimlik yapmak için bir ön şart ve olmazsa olmazdır. hakimlik hizmetinden yararlananların Müslüman olup olmadığının bir önemi yoktur. Halk Müslüman olsun veya olmasın Dar'ül İslam (Müslümanların diyarı/vatanı) söz konusu olduğunda hakimlik makamına yükselecek kişinin Müslüman olması gerekmektedir. Çünkü Müslümanların diyarında uygulanması gereken kural İslam hukuku (şeriattır) kurallarıdır. Bu bir dindir, buna inanmayanın bunu uygulaması mümkün değildir. Bir diğer taraftan Dar'ül İslam (Müslümanların Diyarı), kanun ve yargı birliği ilkesi üzerine kuruludur. Müslümanların diyarında bulunan mahkemelerde uygulanan ve uygulanması gereken kanun kuralı İslam hukuku kurallarıdır. Müslüman olmayana hakim

olma hakkı tanımış olsaydı hangi kanun kuralıyla hükmedecekti? Müslüman olmayanlar arasında kendi dinine göre hükmedecek denilirse, uygulanan kanun ve yargı ilkesi ihlal edilmiş olur ve yargı makamının ayrılmasına yol açmış olur. Yargı makamı, Müslümanlara ait yargı makamı ve Müslüman olmayanlara ait yargı makamı meydana gelirdi ⁴⁰.

c. Adaletlilik

Yargıyı üstlenecek kişinin adaletli olması gerekmektedir. Bunun için büyük günahlardan uzak olması, küçük günahlara ısrar etmemesi ve insanlığını zedeleyen her türlü fiillerden uzak durması gerekmektedir ⁴¹.

d. İctihat

Hakim Allah'ın indirdiği hükümleri uygulamakla mükelleftir. Müçtehit olmayan birinin de Allah'ın indirdiği hükümleri anlaması ve uygulaması mümkün değildir. Hanefi Mezhebine göre, hakimlik makamına yükselen kişinin içtihat şartı aranmaz. Çünkü içtihat gücüne sahip olmayan hakimin âlimler tarafından çıkarılan fetvalara dayanarak hüküm vermesi mümkündür. Bunlara göre hakimliğin amacı çekişmeleri çözümlenektir. Başkalarını taklit ederek hüküm çıkarması mümkünse, ortada sorun yoktur demektir, âlimlerin fetvasına dayanarak hüküm çıkarmak mümkündür ⁴².

⁴⁰ Abdülkerim Zeydan , **a.g.e**, s. 27.

⁴¹ Âdem Vahip , **a.g.e.**,s. 38.

⁴² Abdülkerim Zeydan, **ag e.**, s. 29.

e. Erkek Olmak

Bu koşul İslam hukukçuları arasında tartışma konusudur. Çoğunluk bunu bir şart olarak koşarken bir grup hukukçu (Zahiri Mezhebi hukukçuları) Hâkimlerin de kayıtsız şartsız hakimlik makamına üstlenebileceklerini savunmaktadır. Diğer bir grup hukukçu Hâkimlerin (Hanefi Mezhebi hukukçuları) Hudud ve Kisas davaları hariç geri kalan davalarda hakimlik görevini üstlenebileceğini savunmaktadır ⁴³.

f. Duyuların Sağlamlığı

İslam hukukçular Hâkimlerin duyu sağlamlığını bir şart olarak koşmuşlardır. Bunlara göre hakimlik makamına yükselecek kişinin duyma ve görme duyularının sağlam olması ve konuşabiliyor olması gerekmektedir. Dilsiz olanların bu görevi üstlenmesi mümkün değildir. Çünkü o konuşmıyor ve herkes onun işaretlerini anlayamaya bilir. Sağırın dava taraflarının ne söylediklerini duyamaz olduğu ve körlerin de davacı ve davalı birbirinden ayırt edemez olduğu için bu görevi üstlenmeleri mümkün değildir. Şafii Mezhebi hukukçularından bazıları körlerin hakimlik yapabileceklerini savunmaktadır. Bu grup hukukçu arasında işaretleri anlaşılır olan dilsizlerin hakimlik makamına yükselebilecekleri hususu tartışma konusudur. Maliki Mezhebi hukukçularına göre, kör ve sağır hakimler görevini üstlenmiş ve hüküm çıkarmışlarsa, vermiş oldukları hükümler geçerlidir, ancak görevden alınmaları (azletmek) gerekmektedir. Bu da şu demek oluyor, Maliki Mezhebi hukukçuları Hâkimlerin duyu sağlamlığını bir şart olarak koşmaktadır, ancak bu şart ihlal edilip ve kör...

⁴³ Âdem , Vehip a g e., s. 38.

vs. hakim olarak tayin edilip ve hüküm çıkarmışlarsa, kamu yararı, hukuki istikrar ve yargının kutsallığından dolayı bunların çıkarmış olduğu kararların geçerliliğini savunmaktadırlar. Hakimleri atama yetkisi olanların hatasının sonucu halka yüklenmemelidir. Bu hoşgörü duyu sağlamlığı şartının bulunmamasına rağmen, bu hastalıklarla malul bulunan hakimin hakimlik makamında devam edeceğinin caiz olduğu anlamına gelmez ⁴⁴.

⁴⁴ Abdülkerim Zeydan ,**a g e** , s. 31-32.

İKİNCİ BÖLÜM

IRAK'TA MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİMLİK TEMİNATI

1. IRAK'TA MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİMLİK TEMİNATININ HUKUKİ TEMELİ

A. Irak'ın 1925 Kanuni Esasisi'nde Mahkemelerin Bağımsızlığı Ve Hakimlik Teminatı

Irak'ın Kanuni Esasisi'nde 68. 71. 72. maddeler, yargıya ait olan genel hükümleri ele almıştır. Bu maddelere göre hâkimler kral iradesiyle atanırlar ve kanunda belirtilen durumların dışında görevden alınmazlar. Mahkemelerin işine müdahale edilemez. Kanuni bir sebeple muhakemenin gizli olması dışında hepsi aleni olmak üzere bütün hükümler kral adına çıkarılır⁴⁵. Dolayısıyla bu dönemde kurulan mahkemelerden bahsedeceğiz:

Mahkemeler: 69. maddeye göre mahkemeler üçe bölünmektedir: Medeni Mahkemeler, Dini Mahkemeler ve Özel Mahkemeler.

a. Medeni Mahkemeler

Kanuni Esasi'de şunlar geçmektedir: Dini ve Özel Mahkemelerin görevlerine giren davaların dışında, medeni ve cezai davaların hepsinde Medeni Mahkemelerin Irak'ta olan bütün kişileri yargılama hakkı vardır. Yabancılarla ait

⁴⁵ Vail Abdullatif, *Desatir Eldevle El İrakiyye 1876–2005*, 2. B, Bağdat 2006, s. 71.

özel durumlarda ise uluslararası bir gelenek olarak yabancı devlet kanununun uygulanması özel bir kanunla olur. Tüm hukuki, ticari ve cezai davalara Medeni Mahkemeler bakar ⁴⁶ .

b. Dini Mahkemeler

75. maddeye göre dini mahkemeler ikiye ayrılmaktadır: Şer'i Mahkemeler ve Ruhani Topluluklar Mahkemesi.

aa. Şer'i Mahkemeler: Bu mahkemeler yalnız Müslümanların kişisel durumlarına bakmaktadır. Şer'i Mahkemelerde yargılama, İslam mezheplerinin şer'i hükümlerine göre yapılmaktadır. Bir yerde Sünni ya da Şii yargıcın atanması da o yerdeki mezhep çoğunluğuna bağlanmaktadır ⁴⁷ .

bb. Ruhani Topluluklar Mahkemeleri: Bu mahkemeler, Musevilerin ve Hristiyanların Ruhani Meclislerini kapsamaktadır. Meclisler, gayrimüslimlerle ilgili nikâh, sidak "kadına verilen nikâh parası" boşanma, nafaka ve vasiyet onaylama gibi davalara bakmaktadır ⁴⁸

c. Özel Mahkemeler

Kanuni Esasi'de Özel Mahkemeye Yüksek Mahkeme adı verilmiştir ⁴⁹ .

⁴⁶ Kanuni Esasi'nin 73. ve 74. maddeleri.

⁴⁷ Kanuni Esasi'nin 77. ve 77. maddeleri.

⁴⁸ Kanuni Esasi'nin 78. ve 79. Maddeleri.

⁴⁹ Abdulhamit Kübbe, *Eltanzimat El Kazaiyye ve Elhereke Elteşriyye Fil El İrak*, Dar Eltezamun Yayınevi, Bağdat, 1973, s.91.

B. Irak'ta Ulusal Rejim Döneminde Hâkimlerin Bağımsızlığı ve Teminatları

Yargı sistemi, yargı organının şekli, mahkeme türleri, bu organın kapsadığı yargısal birimler, hâkimlerin sınıf ve dereceleri ve bunların terfi, tayin, emekliye ayrılma, açığa alma, sorguya çekme ve yargısal makamları üstlenme yollarını kapsar. Bu sistem kendisine özgü kanuna göre düzenlenir. Söz konusu kanunda yargı erkinin yerini düzenleyen anayasal kurallara dayanır. Irak'ta ulusal rejimi kurulduktan sonra da İngiliz işgali döneminde yürürlükte olan yargı sistemi uygulanmaya devam etti. Esasen söz konusu sistem Osmanlı döneminden kalan Osmanlı yargı sistemiydi. Bu sistem hükümleri aynı kalmak üzere 28.12.1917 tarihli Mahkemeleri Oluşturma Beyannamesi ışığında tekrardan düzenlenmiştir. Hâkimlerin tayini ile ilgili uygulanan koşul ve düzenler İngiliz işgal döneminden beri uygulanan sistemdir. Bu koşul ve düzenler 1929 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. 1929 yılında Irak'ta hâkimlerin durumunu düzenleyen ilk ulusal kanun (1929 tarihli ve 31 sayılı Hâkim ve Kadılar Kanunu) çıkarılmıştır. Bu kanun, hâkimlerin tayin koşulu, bunların terfii, nakli ve disiplin sorgulamasına alınmalarını düzenleyen kuralları içermektedir. Daha doğrusu bu kanun hâkimlerin konumunu ve bağımsızlıklarını destekleyen ilk kazançtır. 1929 tarihli ve 31 sayılı Hâkim ve Kadılar Kanunu görevleri bakımından hâkimleri ayrı ayrı kurallara tabi tutmuştur. Söz konusu kanun ikinci maddesinde hâkimi “ Medeni Mahkeme hâkimlerinden biri” ve kadıları “ Şeri Mahkeme hâkimlerinden biri olarak tanımlamıştır. Buna göre tayin koşulları değişmiştir. Bu kanun dokuzuncu maddesinde hâkimin tayininde bulunması gereken koşullar belirlenmiştir: “aşağıdaki şartları taşımayanlar hâkim olarak tayin olamazlar:

1. Irak Vatandaşlığını taşıma koşulu
2. 25 yaşını tamamlamış olması
3. Memurlarla ilgili kanun hükümleri uyarınca vücudunun salim olması
4. Arapçaya hâkim olması

5. 23 Ağustos 1921 tarihinden önce bir Osmanlı hukuk okulundan veya Irak hukuk fakültesinden mezun olmuş olması, buna ilave olarak en az iki yıl süreyle avukatlık yapmış veya adalet bakanlığı, bakanlıklar divanında veya diğer görevlerde iki yıl çalışmış olması. Ayrıca bunlar en az bir yıl süreyle mahkemelerin birinde bulunmuş olmaları gerekmektedir. İlgili kurumların belirlediği koşullara göre Irak kanun hükümleri uyarınca denklik işlemlerini tamamladıktan sonra yabancı hukuk fakültelerinden mezun olanlar Irak hukuk fakültelerinde mezun olmuş sayılır ⁵⁰.

Irak yargı tarihinde ilk olarak yukarıda zikri geçen kanuna göre Hâkim ve Kadı İşleri Komisyonu adı altında bir komisyon oluşturulmuştur. Hâkimlerle ilgili tüm işlemlerin idaresi söz konusu komisyona bırakılmıştır. Bu komisyon tayin edilecek hâkim ve kadı adaylarını gösterir ve bununla ilgili kraliyet fermanının çıkması için ara buluculuk yapar. Söz konusu komisyon aday göstermediği sürece bakanın kraliyet fermanı için müracaatta bulunma yetkisi yoktur. Bu komisyon ayrıca hakimleri, yargısal makamlara yükselmeleri için, aday gösterir ve bakanın konu hakkında olumlu ve gerekçeye dayalı olumsuz emrini elde eder. Bakanın emri olumsuzsa, ilgili yargısal makama ehil olan ve yetenekli bulunan üç kişiyi aday gösterir. Bu halde bakan söz konusu yargısal makama yükselmek üzere komisyon tarafından önerilen üç adaydan birini seçmelidir. Hâkim ve Kadı İşleri Komisyonu, bir başkan ve iki üyeden oluşur. Irak Temyiz Mahkemesi'nin başkanı söz konusu komisyona da başkanlık yapar. Üyelerden biri adalet bakanı tarafından atanır, bu adalet bakanlığı memurlarından biri olabileceği gibi hâkimlerden birisi de olabilir. Diğerisi ise, yine bakan tarafından atanan bir hâkim veya Temyiz Mahkemesi hâkimleri veya ilgili kişinin, medeni hâkim mi, Şii veya Sunni hâkim mi? Husumetine göre, Sunni olan Temyiz Meclisi başkanı veya Şii olan Temyiz Meclisi başkanı tarafından tayin olunur.

⁵⁰ Mithat El Mahmut , **el Kuzat Fi'l Irak**, Bağdat ,2010, s. 22.

Yargısal makamlardan birinin boşalması durumunda da yine tayinde uygulanan yöntemin aynısı uygulanır. Boşalan makama yükselme veya terfi etme emri, bakan tarafından verilir. Ancak bahsi geçen komisyonun önerisi olmadan bakanın böyle bir emir çıkarma hakkı yoktur. Ancak bakan komisyon tarafından aday gösterilen kişiyi kabul etme ve reddetme hakkı vardır. Bakan burada gerekçeli ret emrini ilgili komisyona bildirir. Bu halde komisyon, boşalan makam için en uygun ve yetenekli bulunan üç adayı bakana sunar, bakan da bunlardan birini seçmek durumundadır. Hâkim ve Kadılar Kanunun 13. maddesi ise hâkimlerin bir yerden başka bir yere nakilleri ile ilgilidir. Hâkimlerin nakli, komisyonun kararı ve bakanın emriyle yapılır. Ancak burada bakanın komisyon kararını reddetme hakkı vardır. Bakan, kamu çıkarı hâkimin naklini gerektiriyor olduğunu görürse komisyonun bu husustaki kararını reddetme hakkı vardır. Ancak bakan bu husustaki ret kararının gerekçesini yazılı olarak komisyona bildirmelidir. Hâkim ve Kadı İşleri Komisyonun, hâkimleri disiplin sorgulamasını çekme hakkı vardır. Hâkimlerin görevlerini olumsuz etkileyen bir fiil işlemeleri, görevlerini kusurlu olarak yerine getirmeleri durumunda komisyonun bunları disiplin sorgulamasına çağırma hakkı vardır. Ancak bunu yapabilmesi için bakanın bu yönde bir emrinin bulunması gerekmektedir. Çünkü kanun bakana da hâkimi uyarma hakkı tanımıştır. Kanunun 18. maddesi komisyona hâkimleri aşağıdaki cezalara çarptırma hakkı tanımıştır: Kınama, derece ve mevkiini düşürme ve görevden alma cezalarıdır. Ancak hâkimlere söz konusu cezaları indirmek için bakanın imzasına gerek vardır. Komisyonun kararı hâkimi görevden alma yönündeyse, bu halde kanunun 22. maddesine göre bakanın muvafakatine ilave bakanlar kurulunun olumlu veya olumsuz kararı onaylaması gerekir. 1929 tarihli ve 31 sayılı kanunla oluşturulan Hâkim ve Kadı İşleri Komisyonun adı söz konusu kanunu tadil eden 1943 tarihli ve 68 sayılı kanunla Hâkimler ve Kadılar Komisyonu olarak değiştirilmiştir. Söz konusu komisyonun oluşumu, o zamanki şartlara uygun bir şekilde, bu kanunla yeniden ele

alınmıştır. 1943 tarihli ve 68 sayılı kanuna göre Hâkimler ve Kadılar Komisyonu aşağıdakilerden oluşmaktadır:

1. Temiz Mahkemesinin başkanı, başkan olarak
2. Bir Temyiz Mahkemesi hâkimi: Bir yıllık süreyle bakan tarafından atanır.
3. Adalet bakanlığının yüksek bürokratlarından biri: Bakan tarafından seçilir.
4. Konu hakimlerle ilgili ise, duruma göre, hâkim yerine Şeri Temyiz başkanlarından biri görevi yerine getirir.
5. Komisyon başkanın hazır bulunamaması durumunda kendisini Temyiz Mahkemesinin başkan yardımcısı temsil eder. Temyiz Meclisinin başkanlarından biri hazır bulunmazsa, kendisini bakan tarafından seçilen meclis üyesi temsil eder.

1929 tarihli ve 31 sayılı Hâkim ve Kadılar Kanunu ve bu kanunu tadil eden 1932 tarihli ve 39 sayılı ve 1943 tarihli 68 sayılı kanunlardan sonra 1945 tarihli ve 3 sayılı Mahkemeleri Oluşturma Kanunu (Kanun Teşkilil Mahakim) çıkarılmıştır. Söz konusu kanunla 28 Aralık 1917 tarihli Mahkemeleri Oluşturma Beyannamesi tadil edilmiştir. Bu kanuna göre Temyiz Mahkemesinin çalışma mekanizmasını detaylı olarak düzenlenmiştir. 1945 tarihli 3 sayılı kanun Irak'ı altı adli bölgeye ayırmıştır. Bu kanuna göre Irak, Bağdat bölgesi, Basra bölgesi, Musul bölgesi, Hille bölgesi, Diyala bölgesi, Kerkük bölgesine ayrılmıştır. Bu bölgelerdeki idari işleri düzenlemek amacıyla bu bölgelerden her biri adli bir bölge görülmüştür. Büyük mahkemenin başkanı da adli bölgenin başkanı olarak

görülmüş ve bölgedeki idareden ve bölgedeki çalışma düzeninden sorumlu tutulmuştur⁵¹.

Bu kanundan sonra, yenilenen ihtiyaçlardan dolayı 1945 tarihli ve 27 sayılı Yargısal Hizmet Kanunu çıkarılmıştır. Yeni Çıkarılan bu kanunun önemli hükümlerinden biri Hâkimler ve Kadılar Komisyonunun oluşumunu düzenleyen hükmüdür. Bu kanuna göre söz konusu komisyon Temyiz Mahkemesi başkanı başkan olarak ve bakan tarafından bir yıl süreyle atanan adalet bakanlığının yüksek bürokratlarından üye olarak oluşur. Komisyonun hakimlerle ilgili bir meseleyi ele alması durumunda, Temyiz Mahkemesi hâkimleri yerine, Sunni olan Şeri Temyiz Meclisi başkanı ve Şii olan Şeri Temyiz Meclisi başkanı komisyonun iki üyesi olarak görülür⁵².

1945 tarihli 27 sayılı Yargısal Hizmet Kanunu yürürlüğe girdiği tarihten 11 yıl sonra 1956 tarihli ve 58 sayılı yargısal hizmet kanunu çıkarıldı. Bu kanunun da amacı Irak'ta yargı işlerini düzenlemektir. Bu kanunun yeni hükümlerinden biri, Hâkimler ve Kadılar Komisyonunun oluşumunu yeniden düzenlemesiydi. Bu kanun söz konusu komisyonun adını tekrardan Hâkim ve Kadı İşleri Komisyonu olarak değiştirmiştir. Bu hüküm Adli Teftiş Heyetinin başkanını, Temyiz Mahkemesi başkan yardımcısını (yüksek hâkimlerden biri, her yılbaşı bakan tarafından atanan adalet bakanlığının yüksek bürokratlarından birinin yanı sıra) üye olarak görmüştür. Yeni kanunda komisyonun başkanlığı Temyiz Mahkemesi başkanında kalmıştır⁵³.

Yine 1956 tarihli ve 58 sayılı kanun yürürlüğe girdiği tarihten 11 yıl sonra 1963 tarihli ve 26 sayılı Yargı Erki Kanunu Çıkarılmıştır. 1956 tarihli ve 58 sayılı

⁵¹ 1945 tarihli ve 3 sayılı Mahkemeleri Oluşturma Kanunun 6. maddesi.

⁵² 1945 tarihli ve 27 sayılı Yargısal Hizmet Kanunun 2-4. maddeleri. Mesele kadıların birisiyle ilgili olması durumunda, Şeri Temyiz Meclisinin iki başkanından her biri (Temyiz Mahkemesinin iki hakimi yerine) Komisyonun iki üyesi sayılır. Zikri geçen meclis başkanlarından biri hazır bulunmazsa, bunun yerine meclisinin en kıdemli üyesi geçer.

⁵³ 1956 tarihli ve 58 sayılı Yargısal Hizmet Kanunun (1, 2 ve 5.) maddeleri

kanunu yürürlükte Hâkimlerin ve Irak'ta yargı işlerini düzenleyen söz konusu kanunun getirdiği en önemli yenilik Hâkim ve Kadı İşleri Komisyonun ismini değiştirmesidir. Bu kanuna göre adı geçen komisyonun ismi Yargı Meclisi olarak değiştirilmiştir. Ancak ihtisasları konusunda bir değişiklik yapılmamıştır. Ayrıca yeni kanun 1945 tarihli ve 3 sayılı Mahkemeler Oluşturma Kanununa göre oluşturulan adli bölgeleri iptal etmiştir. İstinaf Bölgelerinin aynı görevi yerine getirdiği adli bölgelerin iptali için bir gerekçe olarak gösterilmiştir. Yeni kanun bir de Şeri Temyiz Meclislerini iptal etmiştir. Bu meclislerin görevi Temyiz Mahkemesinin bünyesinde olan bir kuruma verilmiş ve başkanları da Temyiz Mahkemesi Kişisel Konular Kurumu üyesi sayılmıştır. Her iki meclisin üyeleri de şeri mahkemelerin hakimi sayılmıştır. Bu aslında, Irak'ta Sunni ve Şii yargısının birleştirilmesi ve tek bir şeri yargı haline getirilmesi konusunda atılan önemli bir adımdı.

C. 1968 Anayasasında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlerin Teminatı

1968 anayasasının 79. maddesine göre, hâkimler yargısal görevlerinde bağımsızdırlar ve kanundan başka hiçbir otoritenin etkisinde değiller. Hiçbir otorite yargının bağımsızlığını etkileyemez ve adalet işlerine müdahalede bulunamaz. Yargı erki özel kanunla düzenlenir. Bu anayasanın 80. maddesinde mahkeme sınıf ve dereceleri sırasıyla zikredilmiş ve ihtisasları belirtilmiştir. 81. maddesinden ise, kamu düzeni ve ahlaktan dolayı ilgili mahkeme gizliliğini kararlaştırdığı haller hariç, mahkeme oturumları alenidir. Söz konusu anayasanın 82. maddesine göre ise, hükümler halk adına çıkarılır ve icra edilir. Hâkimlerin tayini, nakli ve disipline sevki kanunla düzenlenir. Kanun kamu savcılığı makamının ve savcılarının görev ve ihtisaslarını düzenler. Başsavcı ve savcılarının tayini, disipline sevk edilmeleri ve görevden alınmaları kanun tarafından düzenlenir. Bu anayasanın 87. maddesinde Yüksek Anayasa

Mahkemesinin oluşturulması kararlaştırılmıştır. Bu hükme göre söz konusu mahkemenin oluşumu özel kanunca düzenlenir. Yüksek Anayasa Mahkemesi, anayasal kuralları yorumlar, kanunların anayasaya uygunluğunu kararlaştırır, idari ve mali kanunları yorumlar ve talimatların kanunları ihlal edip etmediği kararlaştırır. Mahkemenin kararları kesin ve bağlayıcıdır⁵⁴.

D. 1970 Anayasasında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı

Bu anayasada Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin garantisi 60–61 maddelerinde düzenlenmiştir. 60. maddenin birinci fıkrasına göre hâkimler bağımsızdır ve kanundan başka hiçbir otoriteye bağlı değildir. Bu maddenin ikinci fıkrasında ise, tüm vatandaşların dava açma hakkı garanti altına alınmıştır. Söz konusu maddenin 60. maddesindeyse mahkemeleri oluşturma yolları, mahkeme dereceleri ve ihtisasları, hâkimlerin tayini, nakli, terfii, yargılanmaları ve emekliye ayrılma hususları düzenlenmiştir. 1970 anayasasının 61. maddesindeyse, kamu savcılığı makamını düzenlemiştir. Bu maddeye göre, kamu savcılığının görevleri, birimleri, savcı ve yardımcılarının tayini, bunların nakli, terfileri, yargılanmaları ve emekliye ayrılmaları hususlarının özel kanunlarca düzenleneceği kararlaştırılmıştır.

E. 2004 Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yöntemi Yasasında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlerin Teminatı

Bu yasanın 43. maddesinde yargının bağımsız olduğu ve adalet bakanlığı dâhil yürütme organı tarafından yönetilmediği düzenlenmiştir. Yasama ve

⁵⁴ Vail Abdullatif, *age.*,s.256.

yürütme erklerinin hiçbir müdahalesi olmadan, kanun hükümlerine göre, sanığın suçlu veya suçsuz olduğunu kararlaştırma yetkisi yargıdadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, kanun hükümlerince görevden alınanlar hariç 1 Temmuz 2004 tarihinden önce hâkimlik makamında çalışanlar görevlerine devam edeceklerdir. Üçüncü madde ise, Ulusal Konseyin yargı erki için bağımsız ve yeterli bir bütçe koyacağı belirlenmiştir. 2004 anayasasının 47. maddesinde hâkimlerin ve Yargı Yüksek Konsey Üyelerinin, yüz kızartıcı suç veya yolsuzluk fiili işlemeleri ya da tam derecede engelli hale gelmeleri durumları hariç, görevden alınamayacakları hükmü düzenlenmiştir. Bunları görevden alma operasyonu Yüksek Yargı Konseyinin önerisi, bakanlar konseyi kararı ve başkanlık konseyinin muvafakati ile gerçekleştirilir. Söz konusu muvafakat çıktıktan sonra görevden alma eylemi uygulanır. Bu maddede zikri geçen suçlardan dolayı yargılanan hâkimin çalışmaları, mahkeme kararı çıkıncaya kadar, askıya alınır. Görevde hizmet ettiği sürece herhangi bir gerekçe altında hâkimin maaş miktarının düşürülmesi veya askıya alınması mümkün değildir.

F. 2005 Irak Anayasası'nda Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı

Yargı bağımsızlığı, Irak'ın yeni anayasal sisteminde öyle bir yere ulaşmıştır ki eski anayasalardan daha üstün bir duruma gelmiştir. Bunun nedeni de Irak'ın 2005 Anayasası'nın diğer anayasalardan daha karakteristik bir özelliğe sahip olmasıdır.

Yargı bağımsızlığı, 2005 Anayasası'nda üç yerde geçmektedir:

Birincisi, yargı bağımsızlığının vatandaş için bir hak olarak nitelendirilmesidir. Zira haklar ve özgürlükler başlığı taşıyan 2005 Anayasası'nın 2. kısmının Haklar Bölümü'nde yargı bağımsızlığına şu şekilde değinilmiştir: 19.

maddenin 1. fıkrasına göre: “Yargı bağımsızdır ve yasalar dışında yargının üstünde güç yoktur”. 3. fıkraya göre: “Yargıya başvurma hakkı, herkes için teminat altına alınmış bir haktır”. 6. fıkra ise: “Her fert, yargı ve idari işlemlerde adaletli bir şekilde muamele görme hakkına sahiptir”. 7. fıkraya gelince: “Mahkeme tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, mahkeme celseleri aleni yapılır” ifadesiyle muhakemelerin aleni yapılmasının altını çizmiştir. Bu maddelerde yargı bağımsızlığı, anayasa ile ikrar edilen birey için tanınmış bir hak sayılmaktadır. Dolayısıyla bu hakta bir eksikliğin olması ya da bu hakkın tecavüze uğraması halinde, bireyin itiraz etmesi gerekir ve bu hakkı muhafaza etmesi için mümkün yolları kullanabilmektedir.

İkincisi, yargı bağımsızlığının anayasal bir yemin olarak nitelendirilmesidir. Anayasanın 3. kısmının yasama organıyla ilgili 1. bölümünde yargı bağımsızlığı, Millet Meclisi üyesinin ettiği, anayasal yemin şeklini belirleyen 50. maddede geçmektedir. 71. madde de Millet Meclisi önünde Cumhurbaşkanı’nın anayasal yeminiyle ilgili 50. maddeye devredilmiştir. Aynı şekilde, 79. maddede Millet Meclisi önünde Başbakan ve Bakanlar Kurulu üyelerinin yeminleri 50. maddeye devredilmiştir. Bundan anlaşılıyor ki hükümet üyelerinden “Cumhurbaşkanı’ndan bakana kadar” yargı üzerine herhangi bir baskı yapılırsa yeminlerini asılsız yere etmiş sayılırlar.

Üçüncüsü ise yargının kendi başına bağımsız bir organ olarak nitelendirilmesidir. Zira anayasanın 3. kısmının 3. bölümü, yargı görevini ele almıştır. 87. maddeye göre: “Yargı organı bağımsızdır. Bu görevi çeşitli tür ve dereceli mahkemeler yürütür ve kararlarını yasalara uygun olarak verirler”. 88. madde, yargıçların bağımsızlığına değinmiştir. Bu maddeye göre: “Yargıçlar bağımsızdırlar. Yasalar haricinde hiç kimsenin yargı üzerinde otoritesi yoktur. Hiç bir makam yargı veya adalet mekanizmasının işlerine müdahale edemez”. 90. madde ise yargı kurumları işlerinin yürütülmesini Yüksek Yargı Kurulu’na

vermiştir. 91. maddeye gelince yüksek görevlerde hâkimlerin atanmasını ve yargı organının yıllık bütçe tasarı önerisini, yüksek Yargı Kurulu'na vermiştir.

Yeni anayasa, 100. maddesinde yargı erkine uymayan egemenlik işleri ilkesini reddetmiştir. Maddeye göre “Yasalarda bir işe veya idari karara itiraz etme imkânını ortadan kaldıran hükme yer verilemez”. Burada hükümetin tüm çalışmalarına ve kararlarına itiraz olduğunda yargı, merci olarak kabul edilmiştir. Bu maddeleri takiben 2005 yılı 10 sayılı Yüksek Ceza Mahkemesi Kanunu'nun 1. maddesinin a fıkrasında yargı bağımsızlığına değinilmiştir. Fıkra göre: “ tam bağımsız olarak Yüksek Ceza Mahkemesi ismiyle adlandırılan bir mahkeme oluşturulur”. Kanunun 14. maddesi ise yargı çalışmalarına müdahale etmenin veya yargıya baskı yapan işlerin bir cinayet olup, bu mahkemenin görev alanında yargılanacağına değinmiştir.

Yukarıdakilerden anlaşılıyor ki 2005 Anayasası önceki anayasalara göre yargı bağımsızlığını en iyi bir şekilde düzenlemiştir. Bu başarılı düzenleme de yargı organını diğer organların baskısına karşı çitle çevirmiştir ⁵⁵.

2005 Irak Anayasasının 1. Maddesinde Irak Cumhuriyeti , federal ve bağımsız bir devlettir. Irak'ta hükümet sistemi cumhuriyetçi, parlamenter, ve demokratik bir sistemdir. Bu Anayasa Irak'ın birliğinin bir garantörüdür. Aynı zamanda aşağıdaki tadil olumuş metnin onayı için bir sonraki meclis tarafından onaylanması gerekiyor. 2005 Irak Anayasası odak bulunduğunuz Irak'ın federal devlet olduğunu, Bu anayasa herhangi bir ülke veya Birliğin bir kısmının ayrılması, örneğin (Irak Kürdistan bölgesi gibi) olasılığı için örtülü bir referans oldu.

⁵⁵ Basim Aryan , **Irak Anayasalarında Yargı Organı** , Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.71.

2. IRAK'TA MESLEĞE GİRİŞE UYGULANAN SİSTEMLER

A. Hâkimlerin Yasama Organı Tarafından Seçilmeleri

Yasama organı yoluyla hâkimlerin seçimi eksik ve olumsuz yönleri vardır. Hâkimlerin yasama organı yoluyla seçilmeleri kendilerini seçmen kitlesinin etkisinden kurtarsa da, bu yol yasama organının kontrolüne girmelerine yol açar. Bu sistem de hâkimlerin bağımsızlıklarını etkiler. Çünkü yargı organı yasama ve yürütme organlarına karşı eşit bir şekilde bağımsız olmalıdır . Bu sistem Irak'ta uygulanmamaktadır ⁵⁶.

B. Hâkimlerin Halk Tarafından Seçilmeleri

Amerikan Birleşmiş Devletlerinde uygulanmakta olan bir sistemdir. Bu sistem yargı organının yürütme organına karşı bağımsızlığını korumakta, ancak seçmenlerin yetenekli, bilgili, hukuk uzmanı, uygun ve ahlaklı hâkimleri ayırt etme yeteneğine sahip olmayışları bu sistemin ayıplarındandır. Ayrıca hâkimin seçilmesinin sebebi siyasi mensubiyetinden dolayı olabilir. Bunun yanında seçmenlerin tekrardan kendisini seçmeleri için hâkimleri bunları iknaa etmeye iter, bu da yargının bağımsızlığını etkiler. Bu sistem Irak'ta uygulanmamaktadır ⁵⁷.

⁵⁶ Siban Cemil Mustafa el Atruşi , **Mebde İstiiklalil KazaÖ** , Yüksek Lisans Tezi ,Musul, 2003 ,s. 92.

⁵⁷ Hasan el Ukayli , İstşklal'il Kaza, **Makale Menşure Fi'l İnternet**, [www. İraqia.iq/view.704](http://www.İraqia.iq/view.704).

C. Hâkimlerin Yürütme Organı Tarafından Seçilmeleri

Ülkelerin çoğu, hâkimlerin yürütme organı tarafından seçilmelerini benimsemiştir. Bu ülkelerde devlet hâkimleri atama yetkisini yürütme organına bırakmıştır. Yürütme organ hâkimleri seçer ve tayin eder. Bu sistemin, gerekçeleri şudur, yargı, devletin kamu hizmeti sunan kurumlarından biridir. Bunun için bu hizmeti sunanların diğer kamu görevlileri gibi devlet veya yetkili kıldığı makamlarca atanmaları çok doğaldır. Gene olarak kararlar devlet başkanı, veya halk adına veriliyor. Karar merci olan hakimleri atama yetkisi, halkın temsilcisi olan devlet başkanına ait olması en doğrusudur⁵⁸. Bu görüşü savunanlara göre hâkimlerin yürütme tarafından tayin edilmeleri devletin çağdaş egemenlik anlayışı ile örtüşen en uygun yöntemdir. Bunlara göre bu yöntem devletin mesai ve devamlılık gerektiren yargısal özelliği ile örtüşen en uygun yöntemdir. Bu yöntem hakim için istikrarı ve aynı zamanda yargı işlerinin iyi yürütmesini sağlar . Yargısal işlerde uzun yıllara dayalı deneyim kanunun iyi bir şekilde uygulanmasını garanti altına alır⁵⁹.

Ancak bununla birlikte bu sistem aşağıdaki şekilde eleştirilmektedir:

a.Bu sistem kuvvetler arası ayrılık ilkesini ihlal etmektedir. Çünkü bu sistem yürütme organının yargıya müdahalesini hoş görmektedir. Bu sistem veya yol hâkimleri atama hakkını yürütmeye vermektedir, bu olumsuzlukları gizlenemeyen bir durumdur. Ancak kuvvetler veya erkler arası ayrılık ilkesini şiddetle savunanlar bile bunun mutlak değil orantılı bir prensip olduğunu görmektedirler. Devletin varlığı, bütünlüğü ve kenetlenmesi ve çalışmalarının

⁵⁸ Necip İbrahim Saad , **el Kanun el Kazai el Has**, menşetil Marif, el Eskenderiye 1980, s. 249–250.

⁵⁹ Ahmet Savi , **el Vasit Fi Kanuni'l Murafaati'l Medeniye'l Ticariye**, Dari'l Nahza'l Arabiye, el Kahire 1995, s. 71.

devamlılığının garantisini sağlamak için devletin farklı kuvvetleri arasında verimli işbirliğinin var olması gerekmektedir ⁶⁰.

b.Hâkimlerin kendilerini tayin eden hükümetin etkisi altında kalabilecekleri riskini ve endişesini artırır. Ancak farklı yollarla bu riski ortadan kaldırmak mümkündür. Farklı hukuk sistemleri hâkimlerin tayininde uygulanması gereken belli objektif şartlar öngörmektedir. Bunun gerisini de hükümete bırakmaktadır. Hükümetler, kanunun öngördüğü koşul ve hükümleri uygulamakla mükellef olduğu için hâkimleri seçerken de kanun öngördüğü kurallara riayet etmek durumundadır. Hükümetler her hangi bir kişiyi bu makama atadığında kanunun öngördüğü kuralları ihlal etmemelidir ⁶¹. Buna ek olarak kanun koyucu her zaman hâkimi bağımsız kılan ve etkilerinden uzaklaştıran düzenlemeler koymaya özen gösterir.

Hâkimlerin atanması için uygulanan en iyi sistem, hâkimlerin hükümet tarafından atanmasıdır. Çünkü bu yol veya sistem hâkimlerin halk ve hükümete karşı bağımsızlıklarını korur. Bu sistemde kanun koyucu hâkimlerle ilgili her türlü hususu düzenler, ayrıca bu yöntem hâkimlik makamına üstlenecek bilgili, yetenekli ve dürüst insanların yükselmesini sağlar. Bu özelliklerinden dolayı İslam ülkelerinde bu sûtsem benimsenmektedir.

Irak'ta adalet bakanlığı, Hâkimler Yüksek Okulundan mezun olanları hâkim olarak atar. Hakimler Yüksek Okuluna kayıt yaptırabilmek için, başvuran kişinin aşağıdaki şartları taşıyor olması gerekmektedir:

1-Doğumla Iraklı ve tam ehliyetli olması.

⁶⁰ Fethi Vali ,a g e., s. 319.

⁶¹ Abdülvehap el Aşmavi , kavaiti'l Mürafaat Fi'l Teşrii el Masri Ve'l Mukaren, Mektebi'l Edep, el Kahire, 1957, s. 27–28.

2-Hakimler Yüksek Okuluna kabul olduğu tarihte yaşının 40'tan fazla ve 28'den eksik olmaması gerekmektedir.

3-Siyasi olmayan veya yüz kızartıcı bir suçtan dolayı hüküm girmemiş olmalıdır.

4-Geçmiş hayatında iyi halli, dürüst ve saygın olmalıdır.

5-Fiziksel liyakate sahip olması.

6- Bir Irak hukuk fakültesinden veya Irak tarafından tanınan herhangi bir ülkenin hukuk fakültesinden mezun olmuş olması gerekmektedir. Başvuran kişi yabancı bir ülkede bulunan hukuk fakültesinin mezunu ise, Irak hukuk düzenini konu alan ve söz konusu yüksek okulun meclisi tarafından hazırlanan sınavdan başarılı olarak geçmiş olması gerekmektedir.

7-Hakimler Yüksek Okulundan daha önce uzaklaştırılmamış olmaması gerekmektedir.

8- Hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra, en az üç yıl süreyle avukatlık yapmış veya devlete ait kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet etmiş olması gerekmektedir. Yüksek lisans veya doktora diplomasını taşıyanlardan üç yıllık hizmet şartını yerine getirme koşulu aranmaz.

9- Son olarak Hakimler Yüksek Okulu mezunu ve evli olmayanların hâkim veya savcı olarak atanmaları mümkün değildir.

Irak'ta hâkimler göreve başlamadan önce, Adalet Meclisinin önünde yemin etmeli ve görevi halk arasında hâkimlik yapmak olduğu için aşağıdaki şahsi vazifelere bağlı olması gerekmektedir:

1.Yargının saygınlığını korumak, dürüst olmadığına dair şüphe uyandıran her husustan uzak durmalıdır. Hâkim olarak davranışına dair şüphe uyandıran her türlü eylemden ve herhangi bir mekana gelmekten uzak durmalıdır. Burada çok geniş ve esnek kullanılmıştır. Belki de bundan kasıt ileride meydana

gelebilecek ve hâkim tarafından işlenmesi dürüstlüğünü olumsuz etkileyecek her türlü hususları kapsamaktır.

2.Görev esnasında veya nedeniyle gizli nitelikli husus ve belgeler veya açığa çıkması sonucu devletin veya kişilerin zarar görebileceği husus ve konularla ilgili elde ettiği bilgilerin gizliliğini koruma bağlayıcılığı. Hâkimin bu bağlayıcılığı görev süresi bittikten (emekliye ayrıldıktan sonra) da devam eder.

3.Ticarette veya hâkimlik görevi ile bağdaşmayan herhangi bir işte çalışmamak. Yani hâkimin, Ticaret kanununda kararlaştırılmış bulunan ticari faaliyet kriterlerine göre ticari iş sayılan faaliyette çalışmıyor olması. Buna ek olarak sosyal ve hukuki bakımdan hâkimlik makamıyla bağdaşmayan söz konusu kanun kuralları gereği ticari faaliyet sayılmasa da hâkimin, sosyal ve hukuki bakımdan hâkimlik makamıyla bağdaşmayan her türlü çalışma ve faaliyette bulunmaması gerekmektedir.

4.Adalet bakanın bazı koşullardan dolayı kararlaştırdığı istisnai durum hariç, hâkim iş yerinin bulunduğu yerin (idari bölgenin) merkezinde ikamet etmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi yargı işleri gereği bazı durumlarda hâkimin (özellikle kasaba ve ilçelerde çalışan hâkimler) mesai saatleri dışında çalıştığı bölge bulunması gerekebilir. Söz konusu kasaba ve ilçelerde hâkimlik yapan kişiler, birden fazla işte hizmet sunmaktadırlar. Bunlar aynı anda asliye hâkimi, aile mahkemesi hâkimi (ahvali şahsiye hâkimi), sorgu yargıcı ve Noter sıfatıyla çalışmaktadırlar. O yüzden bunların iş yerlerinin bulunduğu bölgeler dışında ikamet etmeleri iş verimliliklerini olumsuz etkiler. Ancak mevzuat adalet bakanına belli hallerde takdir yetkisi tanımıştır, buna dayanarak adalet bakanı hâkimin iş yerinin bulunduğu idari bölge merkezi dışında ikamet etmesine izin verebilir.

5.Duruşma esnasında hâkimin, adalet bakanının talimatı öngörülen, özel cübbeyi giymesi.

6.Aralarında evlilikten veya dördüncü dereceye kadar akrabalık bağı bulunan hâkimlerin aynı yargı heyetinde yer alması mümkün değildir. Aynı zamanda, bir hâkimin çıkarmış olduğu karara karşı aralarında söz konusu akrabalık bağı bulunan bir başka hâkim önünde itiraz edilmesi mümkün değildir⁶².

3. IRAK'TA HAKİMİN TARAFSIZLIĞI İLKESİ

Hâkimin tarafsızlığı ilkesi yargının kökleşmiş ilkelerindendir. Bu ilke, hâkim rolünün dava taraflarının sunduğu delilleri teslim aldıktan sonra, sunulan her delilin kuvvetini kanunun belirlediği şekilde takdir etmekle sınırlı olmasıdır. Hâkimin görevi delilleri toplamak ve araştırmak değildir⁶³. Hâkim, idraksiz, hissetmeyen bir nesne değil, o bir insandır hisseder, etkiler ve etkilenir. O bir insan olarak kontrolünü kaybedip sinirlenebilir, akrabalık ve arkadaşlık gibi sebeplerden dolayı duygusal davranıp uygulaması gereken ilkenin (hâkimin tarafsızlığı ilkesi) sınırlarını ihlal edebilir. Hâkim taraf tutarsa adalet çiğnenmiş olur ve bu güzel isimden geriye hiçbir şey kalmaz. Böylece yargı, adaleti dağıtan bir kaynak yerine haksızlık ve zulmün kaynağı haline dönüşür, zalim ve haksızlık mazlum ve hakka karşı desteklenmiş olur. Bir ülkede adalet dengesinin bozulması, o ülkenin yok olmasının habercisidir⁶⁴.

⁶² Vehip Âdem el Neddavi ,a g e., s. 42–43.

⁶³ Faris Ali Ömer , **Mebde Heyadi'l Kadı**, Yüksek Lisans Tezi, el Musul, 1999, s. 30.

⁶⁴ Abdünnasir Musa , a g e. ,s. 56.

A. Hâkimin Memnuiyeti

a. Hâkimin Mecburi Memnuiyeti

1969 tarihli 83 sayılı Irak Medeni Muhakemeler Kanununun 91. maddesinde, hâkim aşağıdaki hallerde zorunlu olarak bazı davalara bakmamakla mükellef kılınmıştır

aa. Hâkimin Taraflardan Birisinin Dördüncü Dereceye Kadar Akraba Olması

Buradaki yasağın sebebi hâkimi zor duruma sokmamaktır, hâkim akrabası olan kişilere karşı bir karar çıkarırsa çok zor duruma düşer. Kararın olumsuz etkisi olur ve hâkimin akrabası olan kişilerle var olan samimi sosyal ilişkileri zedelenmiş olur. Ayrıca verilen karar objektif olarak adil ve yasaya uygun olsa dahi, hâkimin kendi akrabaları lehine verdiği karar, diğer dava tarafınca doğru bir karar olarak karşılanmaz. Çünkü kararın objektif olarak adaletli bir karar olması yetmez ayrıca aleyhine çıkan dava tarafını ikna edici olmalıdır ⁶⁵.

bb. Hâkimin Kendisinin Veya Akrabasının Dava Taraflarının Birisi Veya Onun Akrabasıyla Bir Çekişmesinin Var Olması

Hâkime bir dava sunulmuş ve hâkimin veya eşinin, evlatlarının veya ebeveynlerinden birinin bu davada davacı veya davalı bulunan tarafla veya

⁶⁵ Adem Vehip el Neddavi , **a g e**, s. 48.

bunun eşi, evlatlar veya ebeveynlerinden birisiyle bir husumeti varsa, hâkimin bu davaya bakma yetkisi yoktur. Bu yetkisizliğin sebebi, husumetin varlığıdır ⁶⁶. Ayrıca burada hâkimin memnuiyetinden söz edebilmek için davanın bahsedilen husumetin daha sonra vukuu bulmuş olması gerekmektedir. Daha önce vukuu bulmuşsa, hâkimin memnuiyetinden söz etmek mümkün değildir. Ayrıca husumetin hâkimin bakmakla yetkili olmadığı davanın sunulduğu tarihe kadar devam ediyor olması gerekmektedir. Bu husumet var olup, ancak ilgili dava hâkime sunulmadan önce sona ermişse, yine hâkimin memnuiyetinden değil reddinden söz edilir ⁶⁷.

cc. Hâkimin Dava Taraflarından Birinin Vekili, Vasisi, Kayyımı Olması

Hâkimin taraflardan birinin genel veya özel vekili veya eksik ehliyetli bulunan dava taraflarından birinin vasisi veya kayyımı olduğu durumlarda, söz konusu davaya bakması mümkün değildir. Hâkimin dava taraflarından birinin açık mirasçısı olduğu durumlarda da hâkimin memnuiyeti söz edilir. Açık mirasçı, miras davası eldeyken, bu davaya bakan hâkimin taraflardan birinin açık veya görünen mirasçısı demektir. Gerçekte mirasçı olmadığının bir etkisi yoktur, hâkimin görünürde mirasçı olması hâkimin memnuiyetinden söz edebilmek için yeterli bir sebeptir. Örneğin hâkimin miras bırakanın kuzeni olması durumunda ve görünürde kendisini engelleyen başka bir mirasçı yoksa bu halde açık veya görünen mirasçılıktan söz edilir. Davanın der dest olduğu halde miras bırakanın gerçekte var olan ancak bilinmeyen kuzeni veya yiyeinin

⁶⁶ Abdülmunim el Şerkavi / Abdülbasit Cumeyii , **Şerih Kanuni'l Murafaati'l Cedit**, Dari'l Fikri'l Arabi, el Kahire 1976, s. 168.

⁶⁷ Emine el Nimri , **Kavanin'l Murafaat**, Menşeti'l Maarif, el Eskenderiye, 1998, s. 104.

var olması söz konusu hâkim üzerinden açık veya görünen mirasçı sıfatını kaldırmaz. Yani yine de hâkimin memnuiyeti söz konusudur ⁶⁸.

dd. Hâkimin Veya Eşinin, Üstsoyu, Alt Soyu Veya Bunların Eşlerinin Derdest Olan Dava İle Çıkarının Var Olması

Bu hüküm bir ihtiyati tedbir konumundadır. Bu hükmün amacı diğer hükümlerin kapsamı dışında kalan halleri kapsamaktır. Hâkime sunulmuş bulunan dava, yukarıdaki hükümlerde zikri geçen kişilerden başkası aleyhine açılmış olabilir ama hâkimin kendisinin veya eşinin ya da akrabalarının derdest olan davayla ilgili bir çıkarı söz konusudur. Bu kişilerin dava ile ilgili bir ilişkilerinin var olması yeterlidir ⁶⁹.

ee. Hâkim Daha Önce Dava Taraflarından Biri Hakkında Fetva Vermiş Olması

Buradaki memnuiyetin sebebi taraf tutmaktır. Dava taraflarının biri lehine fetva vermek veya kendisini savunmak kendisini tutmak anlamına gelir. Hâkimin görüş bildirmesi, kendisinin dava ile ilgili kanaatini belirler, bu da hâkimin dava taraflarının kendisine sunduğu delillerle görüş oluşturması gerektiği gerçeğiyle çelişir. Hâkimin görüş belirtmiş olduğu davaya bakmasını (hakimin memnuiyeti) yasaklamak, hakimin kişisel bilgilerine dayanarak karar çıkaramaması ilkesiyle bağdaşmadığı içindir. Hâkimin daha önce hâkim, uzman ve hakem olarak

⁶⁸ Memduh Abdülkerim Hafız , **Kanuni’l Murafaatil Medeniye’l İraqi**, el Basra, 1971–1972, s. 367.

⁶⁹ Mehmet el Aşmavi / Abdülvehap el Aşmavi , **a g e** , s. 150.

bakmış olduğu davaya bakamamasının (hâkimin memnuiyeti) sebebi, kendisinin daha önce belirtmiş olduğu kanaat ve görüşüne bağlı kalması ve hâkimliğinin bundan etkilenmesi endişesidir ⁷⁰. Buna rağmen bu beş halden birinin gerçekleşmiş olmasına rağmen hâkim davaya bakıp karar çıkarır veya tedbir alırsa, bu karar İstinaf Mahkemesinin çıkardığı bir kararsa iptal edilir. Temyiz Mahkemesinin çıkardığı bir karar ise geçersiz olur ve alınmış bulunan tüm tedbirler iptal edilir. Çünkü hâkim kanun hükmünden dolayı bu gibi hallerde davaya bakmaya yetkili değildir ⁷¹.

b. Hâkimin İhtiyari Memnuiyeti

Bu hallerde hâkimin dava taraflarının bu hususta taleplerinin olup olmamasına bakmaksızın kendiliğinden davadan cayması söz konusudur. Bu haller hâkimin isteğine bağlıdır. Bu haller dava taraflarının çıkarıyla değil, hâkimin şahsıyla ilgilidir. Bazı davalara bakmak hâkimi zor duruma bırakabilir. İşte bu durumu telafi etmek için hâkimin izinli memnuiyeti hali veya hükmü öngörülmüştür. Yani hâkimin zor duruma düşmesini engellemek için bu hal öngörülmüştür. Irak Mendi Usul Kanunun 94 maddesi herhangi bir sebepten dolayı olursa olsun, hâkim zor duruma düşeceğini hissederse, cayma iznini kararlaştırmak üzere mahkeme başkanına sunar. Söz konusu kanunun gerekçelerine göre, bu halin öngörülmesinin sebebi ek tedbir almak ve hâkimlerin zor duruma düşmelerini engellemektir. Hâkimin memnuiyetini gerekli kılan bir hal olmasa bile, kanun hâkim lehine olan bu hükmü öngörmüş bulunmaktadır. Temyiz Mahkemesi hâkimlerinden birinin belli bir davaya bakarsa zor duruma düşeceği hissi varsa bunu mahkeme başkanına bildirip

⁷⁰ Ahmet Ebulvefa , **el Murafaati'l Medeniye Ve'l Ticariye**, el Kahire 1986, s. 82.

⁷¹ Irak Medeni Duruşmalar Kanunun 92. maddesi.

kendisinden bu davaya bakmayacağı talebini kararlaştırmasını talep etmelidir. Dava taraflarından birinin cayma talebinde bulunan hâkimin eski sınıf arkadaşı, eski komşu veya bilimsel eserlerinin birinde, bir makale çalışması veya hukuki bir araştırmada, dava taraflarının işine gelen bir görüş sunmuş olması halleri hâkimin izinli memnuiyetine (hâkimin caymasına) bir örnek olarak gösterilebilir. Kanun koyucu hâkimin cayma talebini mahkeme başkanının kabul kararına bağlamıştır. Mahkeme başkanı talebi reddeder ise, cayma talebinde bulunan hâkimin derdest olan davaya bakmaya devam etmelidir. Cayma kararı, dava taraflarına bildirilecek bir hüküm değil, o bir idari karardır. Bu yüzden bu karşı itirazda bulunmak mümkün değildir ⁷².

B. Hâkimin Reddi

Genel olarak kanun koyucu bazı hallerde dava taraflarına hâkim reddini talep etme hakkı tanımıştır. Bu yollun amacı hâkimin memnuiyetinde olduğu gibi yine yargının sağlamlığı ve dürüstlüğü olsa da, burada hâkimin reddi hakkı tarafların takdirine bırakılmıştır. Hâkimin memnuiyetindeyse, hâkim kendiliğinden vazgeçmesi gerekmektedir. Hâkimin memnuiyetinde tarafların iradesi hâkimin kalmasına yönelik olsa da bunun bir etkisi yoktur. Yukarıda zikri geçen maddelerin gerçekleşmesi halinde mecburi olarak hâkim ilgili davaya bakmamalıdır. Hâkimin reddi, hâkimin mecburi memnuiyeti ile izne dayalı memnuiyeti (hâkimin cayması) arasında olan orta bir yoldur. Sebepleri gerçekleşmeden ve dava tarafları talepte bulunmadan hâkimin reddinden söz etmek mümkün değildir. Ancak bu iki şart gerçekleşirse, hâkimin reddi gerekmektedir. Hâkimin reddi sebeplerinin gerçekleşmiş olmasına rağmen, dava

⁷² Muhammet Mahmut İbrahim , *Kanune'l Muraffati'l Medeniye*, 1990, s. 122.

tarafları ret ve hâkim cayma talebinde bulunmazlarsa, hâkimin çıkaracağı kararın bu yönden bir eksikliği yoktur ⁷³.

a. Hâkimin Reddi Sebepleri

Irak Medeni Usul Kanunun 93. maddesine göre, bazı hallerde dava taraflarının hâkimin reddi talebinde bulunması mümkündür. Söz konusu maddeye göre yalnız alttaki üç sebepten birinin gerçekleşmesi halinde dava taraflarının hâkimi reddetme hakkı vardır:

aa. Dava taraflarından biri hâkimin, beraber yemek yediği veya dava öncesi veya sonrası kendisinden hediye aldığı kişi ise: Dava taraflarından birinin hâkime hizmet eden, kendisi için yemek pişiren, bahçıvanı olan, kapıcısı veya şoförü olan bir kişi olması olasıdır. Aynı zamanda hâkimin dava taraflardan birisiyle samimi ve yakın dost oldukları izlenimi veren sürekli bir şekilde kendisiyle yemek ve oturup sohbet etmek, hâkimin reddi sebeplerinden biridir. Tesadüfen hâkimin dava taraflarından biriyle aynı masada yemek yemesi hâkimin reddi sebeplerinden sayılmaz. Komşulukta da aynı şey söz konusudur. Aynı evin iki odasında oturuyor olsalar bile, aralarında samimiyet ve yakın ilişki yoksa bu hâkimin reddi için yeterli bir sebep değildir ⁷⁴. Hâkimin veya yakınlarından birinin davadan kısa bir süre önce veya sonra bir hediye alması yine ret sebeplerinden biri sayılmaktadır. Ancak bu maddenin çok geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Mesela kişi davaya taraf olmadan önce bile uzun süreden beri bir alışkanlık olarak hâkime hediye veriyorsa, bu olay hâkim reddi sebeplerinden sayılmamalıdır. Bunun sebebi söz konusu hükmün mutlak

⁷³ Remzi Seyif , *el Veciz Fi Kanuni'l Murafaat 'l Masri*, el Kahire , 1982 , s.100.

⁷⁴ Memduh Abdülkerim Hafiz, *a g e* , s. 368.

olmasıdır. Hukukçulara göre hâkime verilen hediye rüşvet suçu niteliklerini taşıyor olsa da bahsedilen hükmün mutlaklığından dolayı, hâkimin reddi sebeplerinden sayılır. Diğer bazı hukukçulara göre, kanun koyucu bu kuralın katı bir şekilde uygulanmasını istememiştir. Bunun hâkimin reddi sebeplerinden sayılabilmesi için, davadan çok kısa bir süre önce veya doğrudan doğruya dava açıldıktan sonra, gerekçelendirilmesi mümkün olmayan şüphe ve güvensizlik uyandıracak bir şekilde verilmiş olması gerekmektedir.

bb. Hâkimin dava taraflarının biriyle arkadaşlık bağı veya düşmanlığı varsa ve bundan dolayı hâkimin taraf tutabileceği endişesi söz konusu ise, yine davanın reddi sebebi gerçekleşmiştir. Kanun koyucunun genel nitelikli bu hükmü ön görmesinin amacı, hâkimin belli bir davada tarafsız olmayacağı şüphesinin var olduğu tüm halleri kapsamaktır. Bu maddeye dayanarak hâkimin, dava taraflarının biriyle dava boyutuna ulaşmayan şahsi nitelikli bir düşmanlığı var olduğu hallerde bile, reddi mümkündür. Ancak hâkimin dava taraflarından biriyle dava boyutuna varan bir çekişmesi varsa, o halde hâkimin reddinden değil, memnuiyetinden söz edilir. Çünkü durum hâkimin memnuiyeti sebeplerinden biri sayılmaktadır. Hâkimin dava taraflarının biriyle dava boyutuna varan bir çekişmesi varsa, hâkimin memnuiyeti sebeplerinden biri gerçekleşmiş sayılır⁷⁵.

cc. Hâkimin vaktinden evvel görüş belirtmesi: bu sebeple ilgili Irak Temyiz Mahkemesinin bir kararı vardır “ *hâkimin reddi talebi Medeni Muhakemeler Kanunun 93. maddesinin 3. fıkrasına dayandırılmıştır. Talepte ilgili hâkimin vaktinden önce dava hakkında görüş bildirdiği açıklanmıştır. Talepte, hâkimin kararına karşı itiraz edildiğini öğrenince daha önce vermiş olduğu kararda direneceği açıklamasında bulunduğu hususu vurgulanmıştır. Ancak bu halde davalı tarafın itiraz sonrası davaya bakılmadan önce hâkimin reddi talebinde bulunması gerekmekteydi. Oysa söz konusu vekil duruşmanın sonuna*

⁷⁵ Abbas el Ubudi, **a g e** ,s. 70.

*kadar hazır bulunmuş ve daha sonra hâkimin reddini istemiştir. Bu aşamada ise artık davalı vekili ret talep hakkını kaybetmiştir. Bunun geçerliliği için artık Medeni Muhakemeler Kanunun 95. maddesinde zikredilen yeni sebeplerden birinin gerçekleşmesi gerekmektedir ”.*⁷⁶

Irak Medeni Muhakemeler Kanunun 93. maddesinde zikredilen hâkimin ret sebepleri örnek olarak gösterilmemiştir. Dolayısıyla burada öngörülen halleri esas alıp başka halleri de kıyasen hâkimin ret sebeplerinden biri olarak görmek mümkün değildir. Hâkimin reddi talebi, bir dilekçe halinde davayı bakan hâkime sunulmalıdır. Hâkimin reddi talebi hakkında Irak Temyiz Mahkemesinin şöyle bir kararı vardır *“hâkimin reddi talebi İstinaf Mahkemesi Başkanına değil reddi istenilen hâkimin kendisine sunulmalıdır. Davaya bakan mahkeme birden fazla hâkimden oluşuyorsa, ret talebi mahkeme heyeti başkanına sunulmalıdır”*. Medeni Muhakemeler Kanunun 95. maddesi gereğince ret talep dilekçesi, ret sebepleri ve ret talebinde bulunan kişinin iddiasını kanıtlayan belgeleri içermelidir. Usulüne uygun bir ret talebi takdim edildiğinde derdest olan dava kanun hükmünden dolayı durdurulmuş olur ve ret talebi sonuçlanıncaya kadar, hâkim veya hâkimler heyeti söz konusu davaya bakmayacaktır⁷⁷. Ret talebi kabul edilip onaylanırsa, hâkimin istinaf mahkemesi önünde söz konusu kabul kararına karşı itirazda bulunamaz. Çünkü hâkim dava tarafı değildir. Ayrıca, ret kararın gerekçeleri yasal ve doğru bulunmasa bile, makamının saygınlığından dolayı hâkim söz konusu davaya bakmaya ısrar edemez. Bunun için hâkimin reddi kararı onaylansa bile, mahkeme giderleri hâkime yükletilemez⁷⁸.

⁷⁶ ITM. 30.05.1981 tarihli 611 sayılı kararı (el ahkâmi'l Adliye, el Adet el Sani, s. 81.

⁷⁷ Medeni Duruşmalar Kanunun 96. maddesinin ikinci fıkrası.

⁷⁸ Ahmet Ebu'l Vefa , **a g e** , s. 91.

b. Ret Talebi Başvurusu

aa. Ret talebi duruma göre bir dilekçe halinde hâkim veya heyet başkanına sunulur.

bb. Ret dilekçesi ret sebepleri, talebi doğruluğunu destekleyen belgeleri içermelidir. Ret talebinin sunulmasının bir sonucu olarak, ret talebi sonuçlanıncaya kadar hâkim veya hâkimler heyeti ilgili davaya bakamazlar.

cc. Reddi talep olunan hâkim talep takdim edildiği günden itibaren üç gün içinde ret olayı ve sebeplerini yazılı olarak cevaplandırıp ve acil yargılama usulüne göre kararlaştırmak üzere Temyiz Mahkemesine göndermelidir. Temyiz Mahkemesi hâkimin reddini kararlaştırırsa, reddolunan hâkimin yerine başka bir hâkim atar. Ancak söz konusu mahkeme talebi reddederse, reddedilmesi istenilen hâkim veya heyet davaya bakmaya devam eder.

dd. Temyiz Mahkemesi hâkimin reddi talebini reddederse, ret talebinde bulunan kişiyi 1000 dinardan az ve 5000 dinardan fazla olmayan bir mali cezaya çarptırır.

ee. Talebi ret olunan kişi aynı davada aynı hâkimin reddedilmesi için bir başka ret talebi sunarsa, hâkim davaya bakmaya devam eder ve kararını vermek üzere ret talebi ile ilgili cevabını Temyiz Mahkemesine gönderir. Temyiz Mahkemesi ret talebini tekrardan ret ederse, ret talebinde bulunan kişiyi önceki mali cezanın en az iki katı bir mali cezaya çarptırır, ayrıca mali cezanın miktarını kararlaştırırken en az ve en çok miktar sınırına bağlı değildir ⁷⁹.

⁷⁹ Nebil Abdürrahman Hayyavi , **Kanuni’l Murafaati’l Medeniye**, Bağdat 2009, s. 43.

C. Hâkimlerden Şikâyetçi Olmak

Hâkimlerden şikâyetçi olmayı (hukuki sorumluluktan dolayı hâkimlere dava açmak) şu şekilde tanıtabiliriz: Kanunun belirlediği ve özel işlemlere tabi tuttuğu bir halde, dava taraflarının hâkimin kusuru neticesinde maruz kaldıkları zarardan dolayı bu hâkime karşı tazminat talep hakkı tanıyan davadır ⁸⁰. Bunun için Irak Yargıyı Düzenleme Kanunun (Kanuni'l Tanzimi'l Kazai) yedinci maddesinin birinci fıkrasında *“hâkim, yargının saygınlığını korumak ve dürüstlüğü zedeleyen ve şüphe uyandıran hususlardan uzak durmakla mükelleftir” hükmüne yer verilmiştir* ⁸¹.

Dolayısıyla görev esnasında hâkim kötü niyetli olarak kanuna karşı bir eylemde bulunursa, kanun koyucu haksız yere aleyhine hüküm çıkarılan kişiye hâkime karşı şikâyetinde bulunma hakkı tanımıştır. Bu hususta kanun koyucu yargının bağımsızlığını garanti altına almak için, şikâyetin sebep ve tedbirleri bakımından hâkimlerden şikâyetçi olma yolunu devletin diğer memurlarını sorgulama yolundan farklı hükümlere tabi tutmuştur ⁸².

Hâkimlerden şikâyetçi olmak hâkimlerin reddinden farklı bir haldir. Hâkimin reddinde, ret talebinde bulunan dava tarafının amacı hâkimin hüküm çıkarmasını engellemektir. Burada hâkimin dürüst ve tarafsız davranmasını engelleyen bazı sebeplerin varlığı söz konusudur. Hâkimden şikâyetçi olmak halindeyse amaç, uğramış olduğu zararlardan dolayı şikâyetçiye tazminat vermektir. Aynı zamanda hâkimlerden şikâyetçi olmak yolu kararlara karşı itiraz

⁸⁰ Abbas el Ubudi , **a g e**, s. 74.

⁸¹ Yürürlükte olan 1979 tarihli ve 160 sayılı yargıyı düzenleme kanunun yedinci maddesinin birinci fıkrası.

⁸² Abdürrahman el Allam , **1969 tarihli ve 160 sayılı Medeni Muhakemeler Kanununun şerhi (Şerih Kanuni'l Murafaati'l Medeniye)**, el Zahra Matbaası, Bağdat 1990. s.95.

yollarından değildir. Hâkimlerden şikâyetçi olmak, hâkimin ihtisasına giren çekişme hususunda adaleti sağlamaktan (ihkak-ı haktan) imtina etmesidir ⁸³.

Hâkimlerden şikâyetçi olma yolu özel nitelikli hukuki bir dava türüdür. Burada dava derdest olan dava taraflarından biri tarafından hâkim, mahkeme heyeti veya heyette bulunan hâkimlerin birine karşı açılır. Bu davanın amacı, kanunda belirlenen sebeplerin birinin gerçekleşmesi halinde, şikâyetinde bulunan tarafı, uğramış olduğu zararlardan dolayı taviz etmektir. Hâkimlerden şikâyetçi olmanın birkaç anlamı vardır. İlk başta bu dava bir sorumluluk davasıdır. Daha önce belirtildiği gibi amacı hâkimin eyleminden zarar gören dava tarafını taviz etmektir. Bazı kanunlarsa bu davaya bir disiplin ve cezalandırma anlamı yüklemektedir. Çünkü bu davanın sonucunda ilgili hâkim tarafından çıkarılan kararın iptali ve geçersizliği söz konusudur. Çünkü hile, sahte veya haksızlık yaptığı için, hâkime karşı şikâyetinde bulunulmuş olabilir. Ancak kanun koyucu bu davayı sorumluluk nitelikli bir dava olarak ortaya koymaya çalışmıştır. Amacı zararı taviz etmek, zarara uğrayan dava tarafı olan kişi tarafından kanunda belirlenen sebeplerin birinden dolayı hukuka aykırı ve kusurlu davranan hâkime karşı açılan bir davadır ⁸⁴.

a. Hâkimlerden Şikâyetçi Olma Halleri

Yukarıda da zikredildiği gibi hâkimlerden şikâyetçi olma yolu, özel nitelikli bir hukuk davasıdır. Bu davayı, kanunun belirlediği hallerle sınırlı olarak, dava taraflarından biri hâkim aleyhine açılır. Bu dava kanunun belirlediği hallerle sınırlı olduğu için, görevinden dolayı hâkim tarafından işlenen her türlü hata

⁸³ Adem Vahip el Neddavi ,a g e., s. 75.

⁸⁴ Abbas el Ubudi ,a g e., s. 76.

hukuki sorumluluğuna yol açmaz. Dolayısıyla hâkim ancak kanunda zikrolunan hallerden dolayı tazminat ödemek durumunda kalır. Kanun koyucu hâkimi diğer devlet memurlarından farklı olarak sebebiyet verdikleri veya işledikleri her türlü hatalardan dolayı değil, sadece yargısal görevini büyük bir şekilde ihlal etmişse sorumlu tutmuştur. Irak Medeni Muhakemeler Kanunun 286. maddesinde aşağıdaki hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda, dava taraflarının hâkim, mahkeme heyeti veya mahkeme heyetinde üye olan hâkimlerden şikâyetçi olabilir:

aa. Hâkimin Dürüst Davranmaması, Hile Veya Büyük Mesleki Bir Hata İşlemesi

Dürüst davranmama veya hile ne demektir :⁸⁵ görevini yerine getirirken hâkimin inhıraf etmesidir. Bu inhıraf hâkimin dava taraflarından biri yeğlemesi veya sinirlendirmek veya hâkimin özel çıkarını sağlamak gibi şekiller alabilir. Burada önemli olan buna maruz kalan tarafın hâkimin inhıraf ettiğini yani kötü niyetini ispatlamasıdır⁸⁶. Hâkimin dava taraflardan birinin lehine karar vermesi için işbirliği içerisinde olması, hâkimin kasıtlı olarak tutanakta dava taraflarından birinin veya şahidin sözlerini tahrif etmesi veya bilirkişi raporunu, dava belgelerinden birini, şahidin ifade ettiği bilgilerden farklı bilgiler kayda alması, taraflardan birini zarara uğratmak veya korumak amaçlı karar çıkarmaya yararlı olan bazı belge veya evrakları gizlemesi hâkimin dürüst davranmadığına örnek olarak gösterilebilir⁸⁷. Hâkimin hileli yollar kullanarak (hâkimin taraflardan biri lehine taraflı davranmak veya taraflarından birini zarara uğratmak kastıyla kanun hükümlerine aykırı olarak bir karar veya emir çıkarmak gibi) dava konusunda

⁸⁵ Şahin Şehap Ahmet Samar Abdürazzak , el Şekva Minel Kuzat, 2006, s. 71.

⁸⁶ Adem Vahip el Neddavi ,a. g. e., s. 51.

⁸⁷ Abdürrahman el Allam, a g e ,s. 532.

dava taraflarını veya başkalarını yanıltmak için dava taraflarından birini haklı göstermek, hâkimin dürüst davranmamasına örnek olarak gösterilebilir ⁸⁸. Doktrinde bir görüş, dürüst davranmamakla hileli davranmayı aynı anlam altında toplamaya çalışmaktadır. Çünkü her ikisinin de amacı aynıdır. Her ikisinin de amacı, yasal olmayan sonuca varmak için kanuna karşı hile yapmaktır. Hileli olan bu davranışa kalkışmadan yasal olmayan sonuca varmak mümkün olmazdı. Her ikisinde de hâkim görevini yerine getirirken kanunun öngördüğü yoldan uzaklaşmaktadır ⁸⁹. Oysa doktrinde diğer bir grup yazar, dürüst davranmayla hileli davranmayı aynı anlam altında toplamak doğru değildir. Çünkü dürüst davranmama, nefret etmek veya sevmek dürtüsüyle dava taraflarından birinin hakkında haksızlık yapmak demektir. Hileli davranmak ise, hileli yolları kullanarak veya aldatmakla adalet çizgisinden sapmak veya inhiraf etmek demektir. Bu görüşe göre dürüst davranmama hileli davranmamadan daha zorludur. Dava taraflarından birini sevmek veya ondan nefret etmek dürtüsüyle veya şahsi çıkardan dolayı adalete aykırı çıkarılan yargı kararı daha ehvendir ⁹⁰. Mesleki kusur ise, normalde hâkim tarafından işlenmemesi gereken ancak fahiş hatadan dolayı kusurlu davranmaktır. Hâkimin göstermesi gereken normal özeni göstermemesi veya çalışmalarını ihmal etmesinden dolayı meydana gelen hatalı eylemdir. Kusurun kanun ilkeleri ile ilgili fahiş hata veya dava dosyasında tespit olunan dava olayları ile ilgili fahiş hata olmasının bir önemi yoktur. Hâkim iyi niyetli ise, belli bir tedbiri kusurlu olarak yerine getirmesi, hukuki vakaların kusurlu tespiti, vasıflandırması veya kanun kuralını hukukçuların çoğunluğundan farklı olarak belli bir şekilde yorumlaması veya kanun kuralını davaya uygularken işlediği kusurdan dolayı kendisinden şikâyetçi olunamaz ⁹¹.

⁸⁸ Abbas el Ubudi , **a g e**,s. 79.

⁸⁹ Mahmut Muhammet İbrahim , **el Veciz Fil Murafaat**, Dare'l Fikril Arabi Yayını, 1983, s. 131.

⁹⁰ Mahmut Muhammet Haşim , **Kanuni'l Kazai'l Medeni**, Dari'l Fikri' Arabi, 1998, s. 258.

⁹¹ Muhammet Mahmut İbrahim , **a g e**,s. 132.

bb. Hakkında Şikâyetle Bulunulan Hâkimin Dava Taraflarından Birinin Lehine Taraflı Davranması

Bu şart hâkimin mal, satın almak istediği bir eşyayı kendisine değerinden daha ucuza satılması veya herhangi bir hediyein kabulü şeklinde kendisini adaletten uzaklaştıracak bir yarar elde etmesi anlamına gelir. Buradaki yararlanma veya faydalanmanın ölçüsü, hâkimin davadan dolayı elde ettiği her türlü kardır. Bu şartın gerçekleşmiş olması için hâkimin doğrudan doğruya bu yararlanmayı veya karı elde etmesi aranmaz. Hâkimin aile fertlerinden veya arkadaşlarından birine verilmiş olması yeterlidir. Yeter ki yarar karşılığı hâkimin taraflardan birinin yararına veya taraflardan birine haksız yapmış olsun. Ancak şikâyetle bulunan tarafın o yararlanmayı ispatlaması gerekmektedir. Faydalanma veya hâkimin elde ettiği menfaatin manevi, ekonomik veya idari gücünü kullanmak vadi gibi kolaylıklar sağlamak veya maddi menfaat şeklinde olmasının bir önemi yoktur. Hâkime sunulduğu sürece bu menfaat şekillerinin hepsi şikâyeti gerekçelendirmek için yeterlidir. Bunun için Irak Medeni Muhakemeler Kanunun 286.maddesi menfaat sözcüğüyle neyin vurgulanmak istendiğini belirlememiştir. Bu sözcük hediye kapsadığı gibi hâkimin taraflardan birinin zarara uğraması sonucunu doğuracak şekilde diğer taraftan elde ettiği her türlü hususu kapsar. Bu şartın gerçekleşmesi için hâkimin söz konusu menfaati davanın kararlaştırılmasından önce veya daha sonra elde edilmiş olmasının bir önemi yoktur. Bu menfaatin dava sonuçlandıktan daha sonra hâkime teslim edileceği üzerine mutabakata varılmışsa, bahsedilen şart gerçekleşmiş sayılır. Yukarıda da vurgulandığı gibi söz konusu menfaatin ilgili kişi tarafından doğrudan doğruya hâkime takdim edilmiş olması gerekmez. Hâkimin bilgisi dâhilinde verilmiş olması koşuluyla aile fertlerinin birine teslim edilmiş olması

yeterlidir. Ancak bu menfaatin dolaylı olsun veya dolaysız olsun hâkime uzanmış olması gerekmektedir⁹².

cc. Hâkimin Adaleti Sağlamaktan İmtina(İhkâkı Haktan İstinkâf) Etmesi

Hâkimin adaleti sağlamaktan kaçınması, sonuçlandırmaya elverişli halde olan bir davayı karara bağlamaması, davanın sonuçlandırmasını gerekçelendirmesi mümkün olmayan bir şekilde geciktirmesi veya taraflı bir karar vermesi demektir. Hâkimin gerekçesiz olarak kendisine sunulan bir dilekçeyi kabul etmemesi veya gerektirdiklerini yerine getirmeyi geciktirmesi, duruşmaya hazır olan bir davaya bakmaktan veya kararlaştırmaktan imtina etmesi hâkimin adaleti sağlamaktan imtina (ihkâkı haktan istinkâf) etmesine örnek olarak gösterilebilir. Hâkim karar vermekten imtina edemez, kendisine sunulan tüm davaları sonuçlandırmak durumundadır. Aksi takdirde ihkâk-ı haktan istinkâf (adaleti sağlamaktan imtina) etmiş sayılır. Bu husus Irak Medeni Muhakemeler Kanunun 3. maddesinde düzenlenmiştir “hiçbir mahkeme kanunun muğlâklığı, metnin bulunmadığı veya eksikliği gerekçesiyle karar vermekten imtina edemez. Aksi takdirde hâkim adaleti dağıtmaktan imtina etmiş sayılır⁹³. Dolayısıyla kanun bir konu hakkında susmuş olsa bile hâkimin kendisine sunulan davadan vazgeçmesi mümkün değildir. Çünkü hâkim kendisine sunulan tüm davaları sonuçlandırmak durumundadır. Hâkim davacının haklı veya haksız olduğunu belirleyen açık bir kanun hükmü bulamazsa, kanundan istinbat etme yolu veya hukukun diğer kaynakları yoluyla hüküm bulmak için içtihat eder(hâkimin hukuk yaratması)⁹⁴. Doğrusu yalnızca

⁹² Şahin Şahap Ahmet Abdürrazzak , **a g e** ,s. 22.

⁹³ Irak Medeni Duruşmalar Kanunun 30. maddesi.

⁹⁴ Abdürrahman el Allam , **a g e** ,s. 533.

kanun kuralını yorumlamak kanun kuralını koyma gibi bir anlam taşır. Kuralın yokluğu durumunda ancak kural koymak veya oluşturmaktan söz edilebilir. Hâkim, kanunda hüküm bulunmadığı takdirde ancak bu yola başvurmalıdır. Görülmekte olan davayla ilgili bir hüküm yoksa hâkim diğer kanun kuralları veya örf, adet, İslam Şeriatı ilkeleri, adalet kuralları ve doğa kanununa dayanarak hukuk yaratır. Bu durumda hâkim bir derece hukuk kuralının üstünde olur, aklını ve mantık kurallarını kullanarak bunlardan ana ilkeleri istinbat etmeye veya bunlara dayanarak kanunun suskun kaldığı hususu kapsayıp bunu çözüme kavuşturacak genel teori koymaya çalışır. Daha doğrusu burada hâkim kanun kuralı koymaktadır. Ancak burada mutlak yetkiye sahip değil ve bunu kendi şahsi görüşünü hukuk kuralı haline getirmek için bir araç olarak kullanamaz. Hâkimin kanun kuralı olarak uygulamak istediği görüşünün kanun metinlerinden elde edilen ilkelerle örtüşüyor olması gerekmektedir. Hâkimin söz konusu vasıftaki görüşü bahsedilen ilkelerle örtüştüğü oranda kural haline getirilmesi mümkündür. Kanun koyucu da kanun kurallarını koyduğunda bu ilkelerden yola çıkmıştır. Böylece ancak mahkemeler kanun koyucunu bıraktığı boşluğu doldurabilir ve kanuna yeni meydana gelen halleri kapsama ruhu katar ve toplumun yeni gelişmelere ayak uydurabilmesini sağlar. Dolayısıyla yukarıda da vurgulandığı gibi hâkimin gerekçesi kanun kuralının bulunmaması, kanun kuralının doğru olmadığı veya herhangi bir sebepten dolayı da olsa, adaleti yaymaktan imtina edemez. Hâkim kanun kurallarına dayanıp istinbat yoluyla veya hukukun diğer kaynaklarına dayanmak yoluyla hüküm çıkarmak için içtihat etmelidir⁹⁵. Dava ile ilgili incelemeler henüz tamamlanmamışsa veya dava ile ilgili incelenmesi ve çözülmesi zaman gerektiren hukuki sorun ise ve hâkimin hastalık ve saire gibi kendisini yargılamaya devam etmekten engelleyen bir durum söz konusu, bu durumlardan hâkimden sorulmaya gidilmez. Bu

⁹⁵ Abdürrahman el Allam , *age*,s. 534.

durumlarda hâkim veya mahkeme heyetine karşı noter'e sunulan bir ile şikâyetle bulunulur. Dilekçe, hâkimi veya mahkeme heyetini dilekçelerle ilgili hususları 24 saat ve davalarla ilgili hususları bir hafta içinde, adaleti yayma çağrısını içerir ⁹⁶.

Yürürlükte olan Irak Medeni Muhakemeler Kanunun 286.maddesinin 3. fıkrası hâkimin adaleti yaymaktan (ihkak-ı haktan istinkâf) etmiş sayılan üç hali düzenlemiştir. Bu haller aşağıdaki gibidir:

1- Hâkimin usulüne uygun bir şekilde kendisine sunulan dava dilekçesi, istinaf davası dilekçesi ve herhangi bir hususla ilgili olan dilekçeyi gerekçesiz reddetmesi. Ancak bu ret kötü niyete dayalı olmalıdır. Ret yanlış içtihattan kaynaklanıyorsa, hâkim ihkak-ı haktan istinkâf etmiş sayılmaz.

2- Hakimin hiçbir yasal gerekçe olmadan dava dilekçesini bir süre geciktirmesi ve bu dilekçe hakkında olumlu veya olumsuz herhangi bir karar vermemesi. Gecikme yasal bir gerekçeye dayanıyorsa, bu durum geciktirme kabilinden sayılmaz. Hâkimin hastalanması ve izne ayrılması hâkimin şahsına bağlı olan yasal bir gerekçedir. Ayrıca gecikme gelişmelerden dolayı davanın bir süre duraklamasına neden olan ve dava ilgili hukuki bir gerekçe meydana gelebilir. Bu hallerde dava gerekçeye dayalı olarak gecikmiştir. Bu hallerde dava taraflarının anlaşması veya hâkimin muvafakatine dayalı ⁹⁷ olarak duruşmalar durdurulur. Dava, dava taraflarının birisinin ehliyetinde meydana gelen eksiklik, ölümü veya dava tarafı olarak devam etme sıfatını (vasfını) kaybetmesi durumunda da dava kesintiye uğrar ⁹⁸.

3- Hâkimin kabul edilir bir gerekçeye dayanmadan duruşma ve kararlaştırmaya hazır olan bir davaya bakmaması. Hâkimin kabul edilebilir bir gerekçe olmadan ve tüm hukuki aşamaları tamamlamış olmasına ve

⁹⁶ Irak Medeni Duruşmalar Kanunu 286/3.

⁹⁷ Irak Medeni Duruşmalar Kanunun 83. maddesi.

⁹⁸ Irak Medeni Duruşmalar Kanunun 84. maddesi.

kararlaştırmaya hazır hale gelmesine rağmen davayı terk etmesi ve sonuçlandırmasını geciktirmesi ⁹⁹.

b. Hâkimlerden şikâyetçi Olma İşlemlerinin Kabul şartları

Birinci derece mahkeme hâkimlerine karşı öne sürölen şikâyetler aleyhine şikâyetle bulunulan hâkimin tabi olduğu istinaf mahkemesine (dilekçe olarak) sunulur. şikâyet istinaf mahkemesi başkanı veya üyeleri ile ilgiliyse, şikâyet dilekçesi Temyiz Mahkemesine verilir. Bu husus Irak Medeni Muhakemeler kanunun 287. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir “*şikâyet bir dilekçe halinde kendisinden şikâyetle bulunulananın tabi olduğu istinaf mahkemesine sunulur. Ancak şikâyet istinaf mahkemesi başkanı, istinaf mahkemesi üyelerinden biri veya istinaf tesviye hâkimi ile ilgiliyse, bunun Temyiz Mahkemesine sunulması gerekir*” ¹⁰⁰. Bu konuda birinci derece mahkemesi hâkimleri ile ilgili olan görevin istinaf mahkemesine verilmesinin sebebi, bu mahkemenin birinci derece mahkemesi olan asliye ve şeriye mahkemelerine nazaran bir üst mahkeme olduğu içindir. Görevini yerine getirirken taraf tutan hâkimin daha önce görev yaptığı mahkemede yargılanması mantık dışı olması gerek. Çünkü burada çalışan meslektaşlarının kendisine karşı duygusal ve taraflı davranmaları olasıdır. İstinaf Mahkemesi başkanı veya bu mahkemede üye olan hâkimler aleyhine açılan davalar Temyiz Mahkemesinin ihtisasına girer. Çünkü Temyiz Mahkemesi birinci derece hâkimlerin yargılamasına yetkili olan yargısal bir heyettir. Bazı ölkelerde hâkimlerden şikâyet dilekçelerinin kabulü hakkı yargısal bir taraf olmayan makamlara verilmektedir. İtalya da durum

⁹⁹ şahin şahap Ahmet Abdürrezzak , *age*,s. 22.

¹⁰⁰ İhsan el Mafreci , *İstiklale’l Kaza*, Irak’ta İnsan Hakları Derneği tarafından İnsan Hakları Gazetesinde yayınlanan bir makale çalışmasıdır. Sayı 7, Bağdat 1997, s. 41.

böyledir. Irak Medeni Muhakemeler Kanunları gibi farklı hukuk sistemleri hâkimlerden şikâyet dilekçesinin bazı zorunlu şartların içermesini gerektirmiştir. Bu şartlar aşağıdaki gibidir:

1. şikâyet dilekçesi, şikâyetçi veya Noter tarafından onaylanan vekâletnameye göre şikâyetçinin vekil olarak atadığı kişi tarafından sunulur. Dilekçe ayrıca aleyhine şikâyetle bulunulan kişinin ve bağlı olduğu şirketin adını, şikâyetin sebepleri ve dayanaklarını içermelidir. Dilekçeye şikâyetçinin iddialarını ispatlamaya yarayan evrak ve belgeler eklenir. Şikâyetle bulunan kişi şikâyet dilekçesini sunduğunda teminat olarak mahkeme sandığına 50 Dinar tevdi etmelidir¹⁰¹. Bazı hukukçular, özel vekil olarak atanan kişinin avukat olmasını öngörmektedir. Çünkü davanın tek başına vekil tarafından öne sürülebilmesini öngörmek entrika ve tesadüfî davaların sayısını arttırır¹⁰².

2. Şikâyet dava taraflarından biri tarafından sunulmalıdır. Bu davacıyı, davalıyı, dava taraflarından birine katılan veya dava taraflarının her ikisinden şikâyetçi olan, aynı zamanda tarafların birinin talebi ve mahkemenin onayıyla veya mahkemenin kendiliğinden davaya taraf olarak girdirilenleri kapsar. Ancak Medeni Muhakemeler Kanunun 96. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, belli bir konuya açıklık getirmek mahkemenin çağırdıkları kişiler dava taraflarından sayılmazlar *“Davaya sonuçlamak için açıklamalarını dinlemek üzere mahkeme herhangi bir kişiyi çağırma hakkı vardır”*¹⁰³.

3. Davacının dilekçesi veya adaletin yaymayla ilgili hâkimin uyarılması talebinin aleyhine şikâyetle bulunulan hâkime yakışsız tabirler içermemelidir. Aksi takdirde talebinde yakışsız tabirler kullanan kişi 20 Dinardan az olmayan ve 50 Dinardan fazla olmayan bir mali cezaya çarptırılır. Bu olumsuz şartın

¹⁰¹ Muhammet Hasan el Zubeydi , *Zamanati'l Kazi Fi'l Irak*, Menşetil Maarif, Bağdat, 1985, s. 22.

¹⁰² Abbas el Ubudi, *age*, s. 85.

¹⁰³ Yürürlükte olan Irak Medeni Duruşmalar Kanunun 69/4 maddesi.

amacı hâkimlerin saygınlığını, mevki ve duygu itibarlarını hedef alan saldırılardan ve saldıranlardan korumaktır ¹⁰⁴.

4. IRAK'TA YARGI BAĞIMSIZLIĞIN KAPSAMI

A. Irak'ta Yargının Yasama Organına Karşı Bağımsızlığı

Yargının yürütme ve yasama organlarına karşı bağımsızlığı, yargı otoritesinin bir otorite ve oluşum olarak yasama ve yürütme organlarından bağımsızlığı ve otoritenin düzenlenmesi için herhangi bir makama yargı organına emir, talimat vermek veya öneride bulunma hakkı tanımamak demektir. Bahsedilen bağımsızlık aynı zamanda yargının orijinal yetki ve ihtisası olan çekişmeleri çözümümlendirme yetkisine dokunmamak demektir. Dokunmak bu yetkiyi istisnai mahkemeler, yasama meclisleri veya yargılama yetkisini uygulayıcı idarelere bırakmak şekillerini alabilir veya bunlar bu hale örnek olarak gösterilebilir. Yargı bir otorite olup bir görev değildir. Ancak kanun koyucu önceki rejim döneminde yargıyı göreve çevirmiştir. Kanun koyucunun bu tutumu 1977 tarihli ve 35 sayılı Hukuk Sistemi Reformu Kanunda (Kanun İslahi'l Nizami'l Kanuni) açık bir şekilde belirtilmiştir, “... Ülkede tek bir siyasi otoriteden başka bir otorite yoktur. Bu otorite düzenlemelerle toplumun genel politikasını veya genel çerçevesini çizer, daha sonra idari ve yargı görevleri vardır. Ülkede tek bir otorite varlığı yasama, yürütme ve yargı otoritesi gibi otorite çokluğu fikrini ortadan kaldırır”. Yargı ile ilgili olan bu anlayışa istinaden yargı işleri adalet bakanı tarafından yönetilmekteydi. Çünkü adalet bakanı adalet meclisinin başkanıdır. Adalet bakanı da yürütmenin bir parçasıdır, ne kadar yücelirse

¹⁰⁴ Abdülkerim Zeydan , **age**,s. 82.

yücelsin söz konusu otoriteyi temsil etmekte ve onun siyasetini uygulamaktadır. Bu da çoğu zaman hukukun ihlal olunmasına yol açar ve vatandaşların hak ve özgürlükleri ile çakışır ¹⁰⁵. Irak'ta 1963 yılında 1963 tarihli ve 26 sayılı Yargı Otoritesi Kanunuyla ilk defa olarak yargı yürütme ve yasama otoritesi (erki) yanında üçüncü bir otorite olarak tanınmıştır. Söz konusu otorite veya organ Temyiz Mahkemesi başkanlığını yaptığı Yargı Konseyi tarafından yönetilmekteydi. Söz konusu konsey Irak'ta en yüksek yargı mercisiydi. Ancak bu hal çok uzun sürmedi, bahsedilen kanun 1977 tarihli ve 101 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Tekrardan adalet bakanının başkanlığını yaptığı Adalet Meclisi sistemi uygulanmaya başlanmıştır. 1977 yılında Yargı Konseyi'nin iptali ve 18.09.2003 tarihinde tekrardan oluşturulmasına kadar uzanan süre içerisinde müdahalelerden muzdarip olmuştur. Yüksek Yargı Konseyi Başkanı Mithat el Mahmut bu konu hakkında ve bahsedilen süre için şu ifadede bulunmuştur: *“Yargı görevini yerine getirmekte büyük sıkıntı yaşamaktaydı, müdahaleler hâkimleri gerekçesiz nakil, başka sivil görevlere ihale etme, görevden alma, avukatlık yapabilme hakkından mahrum etme, hapis, önemli yargı makamlarına yükselmemeleri için aktif bulunan yargı elemanlarının önünü tıkatmadan ibaretti. Çünkü yargı siyasi rejim ve bunun ideolojileri kimliğini taşımaz”*. Bu süre içerisinde siyasi rejimin fikir ve ideolojilerini taşıyor oldukları için yargıda çalışma ehliyeti olmayan elemanların önü açıldı ve yargıda çalışmaya başladılar. Sıkıntılı olan bu dönemde yargının rolü adalet ve hukukun egemenliği alanında hedeflerini gerçekleştirmekle sınırlı olmuştur. Ancak hâkimin içinde ve vicdanında bir vasıta veya diğeriyle hakkı yüceltme ateşi ve yürütme organı parmağının yargıya uzanmasını engellemek için ödünsüz istekliliği devam etmiştir. Elinden geldiği kadar görevini yerine getirirken yargının bağımsız kalması için çalışmış ve bu yolda görünür veya görünmez şekilde mücadele

¹⁰⁵ Asım Halil , **Kiraa Fi Nazariyeti'l Sultal Teşriiye**, Ruya Dergisi, 2.sayı , s. 11.

etmiştir. Bu mücadele 09.04.2003 tarihine yani Saddam rejiminin çöküşüne kadar devam etmiştir. Bu tarihte artık hukukun otoritesini pekiştirmek, insan hakları ve genel hak ve özgürlükleri korumak için yargının bağımsız olması gerektiği sesleri yükselmeye başlamıştır. Hâkimlerin bu hedeflerini gerçekleştirebilmiş ve 18. 09. 2003 tarihli ve 35 sayılı emirle Yargı Konseyini tekrardan oluşturmuşlardır ¹⁰⁶ .

a. Yasamanın Yargıya Müdahale Etmesi

Genel olarak anayasa devletteki genel otoritelerin (erklerin) ihtisaslarını belirler, oluşumunu belirtir, özet olarak bu hususları çözümler ve kanunun anayasanın tamamlayıcısı olduğu ilkesine dayanarak bunların detaylarını ve düzenlemesini kanun koyucuya bırakır. Yasamanın Yargıyı Düzenleme Kanununu çıkarması doğal ve mantıkidir ve yetkisinin yasa koymak olduğu yasama organın ihtisası ile ilgili olan genel kuralla bağdaşmaktadır. Bu aslında kanun koyucunun olumlu müdahalesi demektir. Ancak normal kanun koyucunun kanunlarla uyguluyor olduğu bu otorite veya yetki kayıtsız ve mutlak değildir. Kanun koyucunun bu konudaki otoritesi belli sınır ve kurallarla takyit edilmiştir. Kanun koyucu söz konusu takyitlere bağlı kalmalıdır aksi takdirde müdahalesi olumsuz sayılır ve yargı organın bağımsızlığını zedeler .

aaa. Kanun koyucu açık bir şekilde anayasada zikrolunan ilkeler ve açıkça zikrolmasa da insani vicdanda var olan anayasal usullere bağlıdır ¹⁰⁷ .

¹⁰⁶ Mithat el Mahmut , **İstiklali'l Kazaa Fi'l Irak ve Devri'l Düstüri'l Daim Fi Himayeti'l İstiklali'l Kaza**, Merkezi'l Kazaai'l Iraki Lildirasat Ve'l Tevsik, el Şebeke'l Duveliye <http://www.iraqijudicature.org/researches.html>.

¹⁰⁷ Muhammed Nur Şahata , **İstikali'l Kazaa Min Viçheti'l Nazarı'l Düveliye Ve'l Arabiye Ve'l İslamiye**, Dari'l Nahza'l Arabiye, el Kahire, 1985, s. 23.

bbb. Kanun koyucu yargının velayetinin tam olmasını gerektiren anayasa kurallarıyla bağlıdır. Kanun koyucu yargının görevinin bir kısmını yargıdan kesip yargısal olmayan bir makama vermemelidir veya yargıyı bazı davalara bakmaktan men edemez¹⁰⁸.

ccc. Yargının bağımsızlığı ile hususların düzenlenmesi yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunla yapılmalıdır. Bunun kanun düzenlemesinden daha düşük bir vesileyle düzenlenmesi mümkün değildir. Durum bu olunca yargının düzenlenmesi, yürütmenin çıkardığı kanun hükmünde kararname veya kanunla mümkün değildir. Bazen anayasa yürütmeye kanun hükmünde kararname veya yasa koyma yetkisi tanımaktadır¹⁰⁹.

ddd. Yargı organının işlerini düzenleyen kanun yargı elemanlarının önerisi üzerine çıkarılmalıdır. Bu nokta yargı bağımsızlığı ilkesinin gerektirdiği bir husustur¹¹⁰.

Irak kanun koyucusu farklı yöntemlerle yargı işlerine müdahale etmiştir:

aaa. Bazı çekişmelerin (meselelerin) çözüme kavuşturulmasını yargı kontrolünden (velayetinden) uzaklaştırmış ve bu çekişmelere bakacak özel idari komisyon veya konseyin oluşturulmasını ön görmemiştir. Böylece kanun koyucu öngörmüş olsun veya olmasın ilgilinin önünde velayetli veya başkanlık şikâyetlerine başvurmadan başka bir şey kalmamıştır. 15. 04. 1975 tarihli ve 415 sayılı Devrim Komuta Konseyi kararı buna örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu karara göre “ *Mahkemelerin, Irak Vatandaşlığı Kanun hükümlerinin uygulanması ile ilgili meydana gelen davalara bakması, yasaklanmıştır. Kanun hükümlerinin uygulanması ile ilgili içişleri bakanlığının kararlarına karşı itirazda*

¹⁰⁸ Fuat el Attar , *el Kazaai'l İdari*, Dari'l Nahza'l Arabiye, el Kahire 1977, s. 126.

¹⁰⁹ Yahya el Cemal , *el Nizami'l Düstüri Fi Cumhuriyet Mısır'l Arabiy*, el Kahire 1977, s. 126.

¹¹⁰ Hasan el Ukeyli , *a g e*, s. 9.

bulunmak cumhurbaşkanının önünde yapılır. Cumhurbaşkanının bu konudaki kararı kesindir”.

bbb. Bazı çekişmelerin çözüme kavuşturma yetkisini yargının genel velayetinden uzaklaştırmış ve bunun (yargının) yerine özel idari komisyon ve konsey oluşturmuştur. 1970 tarihli ve 117 sayılı Ziraatta Reform Kanunu buna bu hale örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu kanun mahkemelerin, zirai ilişkilerle ilgili davalara bakmasını, yasaklamıştır. Bahsedilen türdeki davalara bakma ve çekişmeleri çözümüleme yetkisini özel komisyonlara bırakmış ve bu komisyonların nasıl oluşturulacağını hükme bağlamıştır.

ccc. Irak kanun koyucusu birçok özel mahkeme oluşturmaya başvurmuştur. 1968 tarihli ve 180 sayılı tadil olunmuş kanuna göre oluşturulan Devrim Mahkemesi bu hususta örnek olarak gösterilebilir ¹¹¹.

b. Yargı Organını Yasama Organının Müdahalesinden Korumak

Genel olarak anayasa, milletin onayından sonra ikrar edilir. Buna göre birçok anayasa, metnini uygulamak için ve kurallarına aykırı kanunların çıkarılmaması için teminatlara değinmiştir. Teminatların amacı ise anayasa hükümlerine kanun tarafından tecavüz olunmaması ve anayasaları etkisiz hale getirilmemesidir. Bunlara kanunların anayasallığının denetimi denir ve bu denetimin amacı ise anayasal ilkeleri yasa koyucusundan korumaktır ¹¹².

Kanunların anayasaya aykırı olup olmadığını, yargı tarafından belirlenmesinin birçok olumlu özellikleri vardır. Bunlardan, yargı görevlilerinin

¹¹¹ el Atruşi , **a g e** , s. 66.

¹¹² İsmet Abdulmecit , **Düstüriyet Elkavanin Fi El İrak**, Global Strateji Enstitü dergisi, S: 4, Ankara 2008, s. 139–140.

tarafsızlığı ve görevlerini yaparken bağımsızlıkları ve kanunların kontrolünde yargı görevlilerinin yetkili olmalarıdır. Yargısal denetimin fertler için özgür yargılanma, itiraz hakkı, mahkemelerin aleniyetinin sağlanmasıdır. Bu özelliklerle yargısal denetim gerçek ve etkili bir denetim olur ¹¹³. Yargısal denetim: Yargının kanunların anayasa hükümlerini çiğnemediğini soruşturmak demektir. Yargının, yasama organının kanun koyma faaliyetlerini denetleme görevini üstlenmesinin amacı, kanun koyarken normal kanun koyucunun anayasa kurallarını çiğnemesinden imtina etmesi ve böylece anayasal ilkeleri muhafaza etmek ve iyi bir şekilde uygulamasını tekeffül etmektir ¹¹⁴. Doğrudan Doğruya Dava Yolu ile denetim ve anayasal olmadığı itirazında bulunma yolu ile denetim olmak üzere iki tür yargısal denetim yolu vardır. Doğrudan Doğruya Dava Yolu ile denetim, anayasaya aykırı olan kanunların iptal edilmesi talebi vasıtasıyla kanun koyucunun özel şartlara göre, yetkili mahkeme önünde dava açarak kurumlara ve fertlere tanınan bir denetim türüdür ¹¹⁵. İlgili hâkim söz itiraz konusu kanunun anayasaya aykırı olduğunu saptarsa, söz konusu kanun iptal edilir ve hükmü yok olur. Çıkarılan bu hüküm devlette bulunan diğer fert ve farklı kurumlar hakkında mutlak bir şekilde uygulanır ¹¹⁶. Denetim kanunun çıkarılmasından önce de uygulanabilir. Önceki ve sonraki denetim olmak üzere iki başka denetim şekli vardır. Anayasa bazen cumhurbaşkanı veya herhangi bir makama kanunlaşmasından önce kanun taslağını, anayasaya uygunluk oranını araştırmak üzere, mahkemeye ihale etme hakkı tanır. Mahkemenin, söz konusu taslağın anayasal olmadığını saptarsa, bunu iptal etme hakkı vardır. Bu tür denetimi başlatma hususu devlet kurumlarına aittir, fertlerin bu gibi davaları öne

¹¹³ Abdulgani Besyuni , **Elmebadî Elamma Lil Kanun Eldusturi**, İskenderiye Üniversitesi, Elkahire 1985, s. 197.

¹¹⁴ Cafer Sadık Mehdi , **Damanat Hukuki'l İnsan**, Bağdat, 1990, s. 7.

¹¹⁵ Bedevi İbrahim Hamuda , **el Rikabe'l Kazaiye Ala Düsturiyeti'l Kavanin**, Meeleti'l Ulumi'l İdariye, 1978, s. 8.

¹¹⁶ Abdülğani Besyuni Abdullah , **el Mebadî'l Amme Lil Kanuni'l Düsturi**, el Dari'l Camiye, Beyrut 1985, s. 199.

sürme hakkı yoktur, çünkü itiraz konusu düzenleme daha kanunlaşmamıştır. Denetim sonraki denetim şeklini de alabilir, bu tür denetim daha fazla yaygındır ¹¹⁷. Bu tür denetim kanunlaşma sonrası yapılır. Daha doğrusu bu tür denetim herhangi bir çekişmeden bağımsız olarak asli dava yoluyla bazı makam ve mercilere doğrudan doğruya bu kanuna karşı atakta bulunma vasıtasıdır. Lağvetme denetiminin muhtevası anayasanın kendisinin garanti altına aldığıdır. Anayasa fertlere veya bazı makamlara yetkili bulunan belli bir mahkeme önünde itirazda bulunarak bir kanuna karşı doğrudan doğruya iptal itirazında bulunma hakkını garanti eder. İlgili mahkeme kanunun anayasaya uygun olmadığını saptarsa, söz konusu kanunun geçersiz olduğunu kararlaştırır. Bu karar sadece itirazda bulunanın değil herkes hakkında hüküm ifade eder. Burada da yetkili mahkemenin türü (itiraz normal mahkemeye mi yoksa doğrudan doğruya anayasa mahkemesine sunulur?) tartışma konusudur. Bu konuda anayasalar birbirinden farklı yöntemler izlemiştir. Bazı anayasalar denetimi yargısal bir mahkemeye bırakırken diğer bazıları bu özel mahkemelere vermiştir.

Anayasa Mahkemesi önünde doğrudan doğruya dava itirazda bulunma: Bu dava (lağvetme davası), doğrudan doğruya öne sürülmesi, kanunun lağvedilmesi ve çıkarılan kararın herkese karşı hüküm ifade etmesi bakımından benzerdir. Her iki mahkemenin de kararları mutlak ve kesin niteliktedir. Burada mahkemenin rolü çok tehlikeli olduğu ve birden çok mahkemenin bu görevi üstlenmesi durumunda çelişkili kararların çıkmasını engellemek için, bu tür denetimi yapma yetkisi devlette sadece bir mahkemeye verilmektedir. Genellikle bu tür denetim bu amaç için özellikle oluşturulan bir Anayasa Mahkemesine verilmektedir ¹¹⁸.

¹¹⁷ Nuri Latif , *el Kanun el Düsturi/ el Mebadi Ve'l Nazariyati'l Amme*, Bağdat ,1976.s. 225.

¹¹⁸ Hasan Nasır Tahir , *el Rikabe Ala Düsturiyeti'l Kavanin*, Bağdat, 2008, s. 65.

aa. Irak'ın 1925 Kanuni Esasisi'nde Kanunların Yargısal Denetimi

1925 tarihli Irak Esasi Kanunu (Krallık dönemi Irak'ın anayasasının adı) kanunların anayasallığını denetleme görevini, başkan hariç olmak üzere sekiz üyeden oluşan bir yüksek mahkemeye bırakmıştır. Bu üyelerin dördü Senato (Ayan) Meclisi üyeleri ve geri kalan dört üyesi Temyiz Mahkemesi hâkimleri veya diğer yüksek hâkimler arasından Senato Meclisi tarafından seçilir. Söz konusu Yüksek Mahkeme Senato Meclisi başkanı veya yardımcısı başkanlığında toplanır. Bahsedilen mahkeme kanunlardan birinin anayasal olmadığını saptarsa, bunun geçersizliğini kararlaştırma hakkına sahiptir. İptal edilen kanun karar tarihinden itibaren geçersiz sayılır ¹¹⁹. Kanuni Esasi'de söz konusu Yüksek Mahkeme'yle ilgili madde şu şekilde geçmektedir: “Yüksek Mahkeme adı altında bir özel mahkeme kurulacak, siyasî veya görev aldıkları makamda suç işlediklerinden dolayı bakan, parlamenter ve Temyiz Mahkemeleri'nin yargıçlarını yargılayacak ve bu kanunla ilgili ahkâmları inceleyecek. Ayrıca yasamadan geçen diğer kanunların bu kanuna uyup uymayacağını denetleyecektir ¹²⁰.”

1925 Kanuni Esasisi'ne göre Yüksek Mahkeme'nin yapısına baktığımızda hem siyasi hem de yargı özelliklerini taşıdığını görmekteyiz. Burada anayasa, mahkeme üyelerini seçme yetkisini Senato “Ayan” Meclisi'ne vermektedir. Hâlbuki bu hâkimlerin mahkeme tarafından seçilmesi daha makul olurdu.

1925 Kanuni Esasisi'nde Yüksek Mahkeme'nin dokuz üyesinin dördü Senato “Ayan” Meclis'i üyelerinden seçilmekteydi. Bu üyelerde de ehliyet, okul diplomasına sahip olma ve okuma ya da yazma bilmek şart değildi. Ayrıca Yüksek Mahkeme'nin çalışma sistemine bakıldığında, anayasaya aykırı bir

¹¹⁹ Mazın Lilo Radi , **Daman İhtirami'l Kavaiti'l Düsturiye**, Bağdat, 2009, s. 7.

¹²⁰ 1925 Irak Kanuni Esasi'nin 81. maddesi.

kanunu incelemek için sadece kralın ve Bakanlar Kurulu'nun çağırmasıyla olabilmektedir. Burada anayasaya aykırı olan kanun, çağırın tarafın çıkarına uygun olursa, incelemeye çağırılmayabilir. Söz konusu mahkeme, 1938'de 20 sayılı Kötü Amaçlı Reklâm Kanunu'nun anayasallığını reddetmiştir. Bu kanun dışında birçok kanunun anayasallığının denetimini yapmamıştır ¹²¹.

bb. 1968 Anayasası'nda Kanunların Yargısal Denetimi

1968 tarihi geçici olan Irak anayasası bu tür denetimden söz etmiştir. Bahsedilen anayasanın 87. maddesinde, anayasal hükümlerin yorumlanmak, kanunların anayasallığını kararlaştırmak, idari ve mali kanunları tefsir etmek, kanunlara dayanarak çıkarılan düzenlemelerin bu kanunları ihlal edip etmediğini denetlemek üzere Anayasa Mahkemesi adı altında bir mahkeme oluşturulur. Özel bir kanuna dayanarak oluşturulan Anayasa Mahkemesinin kararları bağlayıcıdır. Buna dayanarak Anayasa Mahkemesinin oluşturulmasına dair 159 sayılı özel kanun çıkarılmıştır ¹²². Söz konusu kanun anayasanın yasal olmadığına dair itirazda bulunma hakkını cumhurbaşkanı, başbakan, adalet bakanı ve kendisine sevk edilen davalara baktığında Irak Temyiz Mahkemesine vermiştir. Anayasa Mahkemesi kanunlardan birinin anayasaya uygun olmadığını kararlaştırırsa bu husustaki mahkeme kararının çıkarıldığı tarihten itibaren geçersiz sayılır. Böylece bu anayasaya göre de fertlerin Anayasa Mahkemesine başvurarak kanunlardan birinin anayasal olmadığı itirazında bulunma hakkı yoktur. Böylece bu 1968 tarihli Irak geçici anayasası fertlerin hak ve özgürlüklerini saldırılara karşı korumasını tekeffül eden temel bir garantiden

¹²¹ Basim Aayan , *Irak Anayasalarında Yargı Organı* , Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.58.

¹²² Elvakai Elirakiye: "Irak'ın Resmi Gazetesi", S: 1659, 02.12.1968, 159 sayılı Anayasa Yüksek Mahkemesi Kanunu.

yoksun olmuştur. Genel olarak bahsedilen anayasanın uygulandığı süre içerisinde Anayasa Mahkemesi kanunların anayasallığı denetleme şekillerinden herhangi birine başvurmamıştır ¹²³.

1968 yılı 159 sayılı kanununa göre, Yüksek Anayasa Mahkemesi, bir başkan, sekiz asil ve dört yedek üyeden oluşmaktadır. Bunları da şöyle açıklayabiliriz: Temyiz Mahkemesi'nin başkanının bu mahkeme başkanı olmak üzere sekiz üyeden birisi Malî İşler Komisyonu başkanı, birisi de Kanunî İşleri Tedvin Etme Divanı başkanıdır. Altı üye ise, üç üyesi Temyiz Mahkemesi'nin asil üyelerinden, diğer üçü de devlet dairelerinde en az genel müdür derecesinde görev yapan büyük memurlardandır. Altı üyenin atanmasına gelirse, Adalet Bakanı'nın teklifi üzerine Başbakanlık Meclisi tarafından atanmaktadırlar. Atanma, cumhurbaşkanlığının resmî bir kararıyla yapılmaktadır. Mahkemenin dört olan yedek üyelerine gelince, ikisi Temyiz Mahkemesi üyelerinden, ikisi de devlet dairelerinde en az genel müdür derecesinde görev yapan büyük memurlardan olmaktadır. Atanmaları da altı asil üyenin atanma formülü gibi yapılır. Üyelik süresi de tekrar yenilenebilmek üzere üç sene olmaktadır ¹²⁴.

cc. 2004 Geçiş Dönemi Irak Devleti Yönetimi Kanunu'nda Kanunların Yargısal Denetimi

Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yönetimi Kanunu'nun 39. maddesinin c fıkrası, Yüksek Federal Mahkemesi'nin başkanı ve diğer üyelerinin atama görevini, Başkanlık Konseyine "Cumhurbaşkanı ve yardımcılara" vermiştir. Madde metni şöyledir: "Altıncı bölümde belirtildiği gibi Yüksek Yargı Kurulu'nun

¹²³ Mazın Lilo Radi , **a.g.e** , s.7.

¹²⁴ 1968 yılında çıkarılan 159 sayılı Anayasa Yüksek Mahkemesi Kanunu'nun 1. maddesi.

tavsiyesi üzerine Başkanlık Konseyi, Yüksek Federal Mahkemesi'nin başkanı ve üyelerinin atanmasını yapar". Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yönetimi Kanunu'nda belirtildiği üzere Yüksek Federal Mahkemesi dokuz üyeden oluşur. Yüksek Yargı Kurulu, bölgelerin yargı kurulları ile görüşerek mahkemedeki boş koltukları "görev" doldurmak için en az on sekiz ile en fazla yirmi yedi aday göstermelerini ister. Aynı yöntemle bağlı kalınarak, her boş koltuk için üç yedek aday "vefat etme, görevden atma ve istifa etme durumları yaşanabilir" göstermeleri belirtilmiştir. Başkanlık Konseyi, mahkemenin üyelerini atar ve birilerini başkan seçer. Herhangi bir üyenin atanması reddedilirse Yüksek Yargı Kurulu, üç kişiden oluşan yeni bir aday grubu sunar ¹²⁵.

2005 tarihli Irak Kalıcı Anayasasında ise, kanunların anayasaya uygunluğu denetimi konusunda, ihtisaslı mahkeme sistemi uygulanmaktadır. Söz konusu anayasa hükümlerine göre, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme görevi Federal Mahkemeye aittir. Federal Mahkeme Kanununun dördüncü maddesine göre mahkemenin görevleri aşağıdaki gibidir:

aaa. Federal hükümet, bölgeler hükümeti, iller, belediyeler ve yerel idareler arasında meydana gelen çekişmeleri çözüme kavuşturmak.

bbb. Tüm kanun düzenlemelerinin anayasaya uygunluğu ve yasallığı ile ilgili olan çekişmeleri çözümlmek ve anayasa ile çelişen kanunları lağvetmek.

ccc. İdare mahkemesinin çıkardığı hüküm ve kararlara karşı öne sürülen itirazlara bakmak.

ddd. İstisnai olarak mahkeme önünde açılan davalara bakmak. Mahkemenin bu ihtisası özel kanunca düzenlenir ¹²⁶.

¹²⁵ Mekki Naci , *El Mahkeme Elittihadiye Elulya Fi Elirak*, Dar Elziya Yayınevi, 1. B, Necef 2007, s.39-40.

¹²⁶ Hasan Nasır Tahir , *el Rikabe Ala Düsturiyeti'l Kavanin*, Bağdat, 2008, s. 65.

Yukarıda da belirtildiği gibi 2005 Irak Cumhuriyeti Anayasası, Kanun ve düzenlemelerin anayasaya uygunluğu denetimini kararlaştırmış ve bu yetkiyi Federal Mahkemeye vermiştir. Bahsedilen anayasanın 92 maddesine göre *“Birinci: Yüksek Federal Mahkemesi mali ve idari bağımsızlığı olan bir yargısal heyettir. İkinci: Yüksek Federal Mahkemesi bir gurup hâkim, İslam Fıkhi uzmanları ve hukukçudan oluşur. Sayıları, seçilme sistemleri ve mahkemenin çalışmaları temsilciler meclisinin üçte iki oy çokluğu ile çıkarılan kanunca düzenlenir”*. 2005 anayasası Yüksek Federal Mahkeme yetkilerini 93 maddesinde düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre bu mahkemenin görevleri şunlardan ibarettir: *“kanun ve düzenlemelerin anayasallığının denetimi, anayasal hükümleri yorumlamak ve federal kanunlar, kararlar, talimatlar ve federal otorite tarafından alınan tedbirlerin uygulanmasından dolayı meydana gelen sorunları çözümlmek. Kanun bakanlar konseyi, ilgililer (fertler ve diğerleri) mahkeme önünde doğrudan doğruya itirazda bulunma hakkını tekeffül eder*. Bu hükümden anayasa koyucusunun 1925 tarihli Irak Esasi Kanunu (Krallık dönemi Irak’ın anayasası) ve 1968 tarihli geçici anayasada var olan eksikliği telafi ettiği anlaşılmaktadır. 2005 tarihli Irak Cumhuriyeti Anayasası fertlere doğrudan doğruya Yüksek Mahkeme önünde kanunların anayasaya uygunluğu itirazında bulunma hakkı tanımıştır. Bu mahkeme kanunların anayasaya uygunluğunu denetim görevi yanında federal hükümetle bölge hükümetleri, iller, belediyeler ve yerel idareler arasında meydana gelen çekişmelerle bölge hükümetleri ile iller arasında meydana gelen çekişmelere bakar. Bunlara ilave olarak cumhurbaşkanı, bakanlar konseyi başkanı ve bakanlara karşı öne sürülen suçlamaları çözümlendirmek ve temsilciler meclisi üyeliği seçiminin nihai sonuçlarını onaylamak. Yukarıda da değinildiği gibi Yüksek Federal Mahkeme hâkim (mesleği hâkimlik olan) ve hâkim olmayan iki tür üyeden oluşmaktadır.

Kanunların anayasaya uygunluğu ve anayasanın tefsiri ile ilgili olmayan çekişmelere bakması halinde mesleği hâkim olmayan üyeler mahkeme üzerine bir yük teşkil eder¹²⁷.

B. Irak'ta Yargının Yürütme Organına Karşı Bağımsızlığı

a. Yürütmenin Yargıya Müdahale Etmesi

Genel olarak yargının bağımsızlığı ilkesi, çoğu ülkelerde yürütme organının hâkimleri atamak, terfi, nakil ve görevden alma yetkisini engelleyememiştir. Doğal olarak da yürütmenin bu yollarla yargıya müdahale etmesi mümkündür¹²⁸. Yürütmeye tanınan yetkiler ve özellikle hâkimleri atamak, emekliye ayırmak ve görevlendirmek yetkileri kişisel görüşlerin devreye girmesine yol açabilir. Yürütme organı kişisel görüş ve eğilim katarak büyük ihtiyacın bulunmasına rağmen bir kişiyi yargı makamında yerleştirmekten veya bunun tam aksine gerektiğine rağmen hâkimlerden birinin emekliye ayrılmasını onaylamaktan imtina edebilir. Hâkimlerin bir yargısal görevden diğer yargısal göreve naklinde durum en tehlikeli halini almış olur. Örneğin, akanın hâkimlerden birini belli bir ilde bulunan bir asliye mahkemesinden diğer bir ilin asliye mahkemesine nakletmesine dair hemen icra edilecek karar çıkarma hakkı vardır. Şüphesiz ki bu yetki kişisel olması mümkün olan belli bir hedefe ulaşmak uğruna hâkime üzerine uygulanan bir baskı vasıtası olur. Yürütmenin yargıya müdahalesi başka şekillerde alabilir. Müdahale yürütme organına ait yargısal

¹²⁷ Mazin Lilo Radi , **a g e** ,s. 8.

¹²⁸ Muhammet kâmil Liyla , **el Nuzumi'l Siyasiye**, Dari'l Fikri'l Arabî, el Kahire, 1963, s. 1050. el ATRUŞÎ, s. 95.

denetleme (kontrol) makamı aracılığıyla yapılabilir. Bu makam aracılığıyla bakan, kamu çıkarıyla ilgili olmayan veya kişisel çıkara kamusal çıkardan daha yakın olan hedefleri gerçekleştirmek için, bazen psikolojik baskı uygulayabilir ¹²⁹. Dolayısıyla buna karşılık yargı organının bağımsızlığını yürütmenin müdahalesinden korumak uğruna yargı elemanlarına ciddi garantiler sağlamak gerekmektedir. Çünkü bunlar çekişmelerin çözümleme ve adaleti sağlama külfetini sırtlayan en önemli insani elemandırlar. Yargının bağımsızlığı ile hâkimlerin bağımsızlığı arasında sıkı bağ vardır. Söz konusu bağımsızlık bunların görevleri konusunda çatısı altında çalıştıkları otoritenin müdahalesinden başka her hangi bir müdahaleye uğramamalarını gerektirir ¹³⁰.

b. Irak'ta Hükümet Tarafından Yargı Üzerine Yapılan Baskı

Irak'ın 1968 Anayasası'nın 78. maddesi, Yüksek Anayasa Mahkemesi'nin oluşturulmasına değinmiştir. Gerçekten de zikrettiğimiz gibi 1968 yılı 159 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanunu çıkarılmıştır, ama ne yazık ki bu karar hükümet tarafından uygulanmamış ve mahkeme oluşturulmamıştır. 16.07.1970 Anayasası çıktığında da Anayasa Mahkemesi'ne değinmemiştir. Bu nedenle Irak demokratik, anayasal hayat teminatından mahrum kalmış ve sonuçta bir dikta rejimine mahkûm olmuştur. Irak'ta yargı bağımsızlığından bahsederken acı gerçekleri de söylemek gerekmektedir. Nitekim 1970 Anayasası'nın metninde, yargı bağımsızlığından bahsedilmesine rağmen yargı organı, yürütme organı etkisi altında kalmaktan kurtulamamıştır. Bu durum yargı organının bağımsızlığını kaybetmesine sebep olmuştur. Bağımsızlığı etkileyen

¹²⁹ el Atruşi, **a g e**, s. 95.

¹³⁰ Muhammet Kamil Abit , **İstiklali'l Kaza**, Dirase Mukarene, utruhati'l Doktorah, Kuliyyeti'l Hukuk, Camiati'l Kahire, 1988, s. 21.

şartların en tehlikelisi de yargının ve savunmanın kutsiyetini zayıflatan komisyonların ve istisnai mahkemelerin oluşturulmasıdır. İptal edilmiş Irak'ın 1970 Anayasası'nın kurduğu rejim gölgesinde emniyet ve Baas Partisi mensupları, bireylerin hakkında çıkardıkları hukuka aykırı icraatları uygulamayan yargıçlar aleyhine gizli raporlar hazırlamaktaydılar. Bu raporlara göre Cumhurbaşkanı 1979 yılı 160 sayılı Düzeltilmiş İ.Y.D.K. icraatlarını uygulamadan birçok yargıcı görevinden almıştır. Bu icraatlardan birine değinirsek, 60. maddeye göre disiplin cezasını vermezden önce yargıcı Yargıçlar İşleri Komisyonu'na göndermesidir.

Irak'ta 1958 devriminden sonra krallık rejimi simgelerini yargılamak için 7 sayılı kanunla Millet Mahkemesi adıyla tanınan özel bir mahkeme oluşturuldu. 1969 yılında da 1967 yılı Arapların yenilgisinden sonra İsrail lehine ajanlık yapan sanıkları yargılamak için, Irak Devrim Komuta Meclisi bir Askeri Mahkemesi'nin kurulmasına karar vermiştir. Bu durum öyle devam ederken 1973 yılında devrime kalkışanları yargılamak için Devrim Komuta Meclisi'ne ait bir Devrim Mahkemesi oluşturuldu ve bu mahkeme 1979 yılında Kerbela şehrinde kargaşa çıkaranları, devrime kışkırtıcıları yargılamıştır. Bu mahkeme, gizlice çalışmıştır ve bazen de esas olmayan cinayetlere hüküm vermiştir. Devrim Mahkemesi nadiren idam kararı çıkarmazdı. Zira bir davada İslam Dava Partisi üyesi olmak suçuyla bir grup komüniste idam hükmü vermiştir. 1991 yılında ise 1970 Anayasası'nın 16. maddesi b bendinin hükümlerine aykırı olan 1981 yılı 681 sayılı Irak Devrim Komuta Meclisi'nin kararı, bir hâkim tarafından uygulanmamıştır. Hâkimin bu içtihiadı, kanunların anayasallığının denetimini istemeyen ve 1968 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunu engelleyen hükümeti kızdırmıştır. Sonunda hükümet bu hâkimi tutuklayarak iki yıldan fazla hapis ile cezalandırmıştır. Bu tür işler, yargı organına ait olan

mahkemeleri görevinden uzak tutmuş ve genellikle yargı görevini zedelemiş. Ayrıca yargı bağımsızlığını olumsuz bir şekilde etkilemiştir ¹³¹.

c. Yargı Organını Yürütme Organının Müdahalesinden Korumak (Irak'ta Hâkimlik Teminatı)

Yargının bağımsızlığı için yürütmenin yargı işlerine karışmasını yasaklamak yeterli değildir. Bu yasaklama yürütmenin hâkimleri nakil etme, görevden alma ve görevlerini yerine getirmekten engelleme yoluyla müdahalede bulunmalarını imtina ettirmez. Bu müdahaleye karşı teminatlar var olmalıdır. Dolayısıyla yargısal dokunulmazlık hâkimlerin kendilerini yürütmeye karşı korumak için gerekli bir ihtiyaçtır ¹³².

aa. Hâkimlerin Azlolunamazlığı, Naklolunamazlığı ve Başka Bir İşe Görevlendiremezliği

Hâkimlerin bağımsızlığının temel ilkelerinden biri, onun yaşam kaynağının ve çalışma istikrarının tehdit edilmemesidir. Dolayısıyla hâkimlerin görevden almaya karşılık dokunulmazlığı var olmalıdır. Bu dokunulmazlığın hedefi hâkimleri bulundukları yerde sabitleştirmek ve rahat çalıştırmaktır ¹³³. Bundan dolayı hâkimlerin görevden alınmasının imkânsızlığı veya mümkün olmaması ilkesi hâkimler için kuvvetler arası (erkler arası) ayrılığın bir görünüşü

¹³¹ Basim Aryan , **a g e**,s.64.

¹³² Muhammet Abit el Garip , **el Merkezi'l Kanuni Lil Niyabe'l Amme**, Dürase Mukarene, Dari'l Fikri'l Arabi, 1979, s. 111.

¹³³ Muhammet Nur Şahate , **a g e**,s. 178.

veya bir belirtisidir ¹³⁴. Aynı zamanda bilimsel bakımdan da yürütme organından bağımsız olan bir yargı organının varlığının göstergesidir. Hâkimin görevden alınmasının imkânsızlığı ilkesi: Hâkimlerin ilgili kanun hükmünün belirlediği haller haricinde, görevden almak yoluyla olsun veya emekliye ayırma veya görevini askıya alma yoluyla olsun, yargısal görevden uzaklaştırılmalarının mümkün olmadığı anlamına gelir ¹³⁵. Ancak bu hâkimin artık görevini temellük ettiği veya hâkim ne kadar yanlış yaparsa yapsın o görevinde devam edeceği anlamına gelmez ¹³⁶.

Irak'ta Hâkimlerin azlolunamazlığından 1925 Kanuni Esasisi madde 68, 1963 Anayasasının 89.maddesinde 1968 Anayasasının 83.maddesinde bahsedilmiştir. 1979 tarihli ve 160 sayılı Yargısal Düzenleme Kanunu, kanunun 55–62 maddelerine göre, hâkimin görevden alınması hali ve hâkimin hizmetine son verilmesi hallerinde uygulanması gereken mekanizme veya tedbirler belirlenmiştir. Bu maddelerde bahsedilen haller sınırlı olarak zikredilmiştir. Bunlardan biri: yetkili ve ihtisaslı bir mahkemeden çıkan ve kesinlik derecesi kanan bir karara göre hâkimin yargı makamının saygınlığı ve şerefiyle bağdaşmayan bir fiili işlemiş olduğundan dolayı suçlu bulunması. İkincisi: hakim'in yargı işinde ehliyetsiz “ yetersiz” olduğunu kanıtlayan yargı işleri komisyonu kararı ve hakim'in dördüncü derecede ehliyetsiz “yetersiz” olmasıdır. Bahsedilen ilke, Yargısal Düzenleme Kanununun işaret ettiği haller dışında hâkimin yargısal meslek olmayan bir göreve nakledilmesini de kapsar. Ancak söz konusu kanunun hükümlerine göre, hâkimin yargısal meslek içinde bir yerden bir yere veya bir dereceden başka bir dereceye nakli (mekân ve nitelik

¹³⁴ Muhammet Kamil Abit , **a g e**,s. 169.

¹³⁴ el Hudayri , **Teşriat el Sulta'l Kazaaiye Fi'l İmarati'l Arabiye'l Muttahide**, Dari'l Nahza'l Arabiye, el Kahire, 1996, s. 81.

¹³⁵ Ammar Budıyaf el Tuhami , **Maalim İstiklali'l Kazaa Fi'l Şeria'l İslamiye**, Mecerleti'l Buhusi'l Fıkhiye'l Muasire ,1996, s. 142.

⁹³ Irak Yargısal Düzenleme Kanununun 42-49 ve 59 Maddeleri.

nakli) mümkündür. Altmış üç yaşını doldurmadan emekliye ayırmak mümkün değildir, hakimin görev yaptığı bölgede üç yıl bitmedikçe naklolanamazlığı, nakil istediği halde resmi bir tıp komitesince çıkarılan bir sağlık raporunun gösterilmesi, hâkimin talebi veya yazılı muvafakati olmadan görevlendirilmesi yargısal olmayan başka bir göreve nakledilmesi de mümkün değildir ¹³⁷.

Irak kanun koyucusu 1979 yılı 160 sayılı Yargısal Düzenleme Kanunun 49. maddesinde hâkimin görevlendirilmesinin mümkün olduğundan söz etmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında, Temyiz Mahkemesi hâkiminin kendisinin yazılı muvafakati ve adalet bakanının emrine göre, Devrim Komuta Konseyi, başkanlık divanı, adalet bakanlığının merkez dairelerinin başkanlıklarının birisi, Zirai Reform Kurumu başkanlığında müsteşar vazifesinde, üniversite veya Hâkimler Yüksek Okulunda öğretim görevlisi olarak görevlendirilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Kanunun 2. fıkrası b şıkkında geldiğimizde, hâkimin resmi kuruluşlarda ve toplumcu sektör kurumlarında memur olarak görevlendirilmesini yasaklamıştır. 3. fıkra ise görevlendirmenin üç yıl süresince bitmesini belirtmiştir ve bu süre bir yıl daha uzatılabilir ¹³⁸.

Görüldüğüne göre kanun koyucu hâkimin nakli için adalet konseyinin muvafakatini şart koşmamıştır. Aynı zamanda kanun koyucu hâkimin görevlendirilmesinin tüm resmi dairelere değil sadece yargısal vazife ile doğrudan doğruya ilişkisi (başkanlık divan, Devrim Komuta Konseyi, Adalet bakanlığı gibi) olan görevlere mümkün olduğunu ön görmüştür. Söz konusu kurum ve kuruluşların düzenlemeler ve uygulamaları ile temas eden hukuk ve düzenleme çalışmalarıyla ilişkisi olan kurumlardır. Çünkü asıl olan görevlendirmenin çok dar ve belirli bir süreyle sınırlı olmasıdır. Hâkimin asıl vazifesi mahkemededir, dolayısıyla Irak kanun koyucusu resmi dairelerde veya

¹³⁸ Muhammet Hasan el Zubeydi , *Zamanati'l Kazi Fi'l Irak*, Bağdat, 1985, s. 60.

sosyalist sektör kurumlarında bulunan vazifelerde görevlendirmelerinin mümkün olmadığını düzenlemiştir ¹³⁹.

2004 Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yönetim Kanunu'na gelince, hâkimlerin azlolunamazlığı 47. maddede geçmiştir. Maddeye göre; Yüksek Yargı Kurulu üyesi veya hâkim, ahlaki düşkünlükten kaynaklanan yüz kızartıcı bir suçtan dolayı ya da yolsuzluk yaptığı için hüküm giymediği, sürekli şekilde görevini yerine getirmeyecek bir durumda bulunmadığı sürece görevinden alınamaz. Bu şekilde bir görevden alma işlemi, Yüksek Yargı Kurulu'nun önerisi, Bakanlar Kurulu'nun kararı ve Başkanlık Konseyi'nin onayı ile gerçekleşir. Görevden alma işlemi, bu konudaki onayın alınmasının ardından hemen uygulamaya konulur ¹⁴⁰.

2005 tarihli Irak Cumhuriyeti Anayasasında bu ilke zikredilmiş ve kanunun belirlediği haller hariç hâkimin görevden alınmasının mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Irak'ın kalıcı 2005 Anayasası'nın 97. maddesine göre:” Yargıçlar yasaların belirlediği durumlar dışında görevden alınamazlar. Yargıçlarla ilgili hükümler, uyarma, kınama ve benzeri cezalara çarptırılmaları yasayla düzenlenir”. İşte bu madde, hâkimlerin azlolunamazlıklarına değinmiştir. Ancak anayasa, hâkimlerin görevden alınma koşullarına değinmemiştir ¹⁴¹.

bb. Hâkimlerin Disiplin Sorumluluğu

Hâkimler disiplin soruşturmasına tabidir, soruşturma hâkimin görevden alınması (azli) ile sonuçlanabilir. Ancak hâkimlerin dokunulmazlığı, özel hayatlarında bağlı olmaları gereken hususlar ve şüphe uyandırıcı işlerden

¹³⁹ Siban Cemil Mustafa el Atruşi , **a g e** ,s. 101.

¹⁴⁰ Vail Abdullatif , **a g e** , s.379.

¹⁴¹ 2005 Tarihli Irak Cumhuriyeti kalıcı anayasasının 97. maddesi .

uzaklığı, yargının bağımsızlığı ve saygınlığı ile bağdaşmayan işlerden uzak durması kendileri ile ilgili disiplin soruşturmalarını bazı özel hükümlerle normal disiplin soruşturmalardan farklı olarak özel hükümlere tabi tutmuştur. Bu hükümlerin amacı hâkimin yargı görevlerini bağımsızca yerine getirmeyi ve yargı bağımsızlığına dokunmamayı garanti eder ve bu soruşturmanın hâkimden öç alma ve kendilerine entrika yapma yoluna dönüşmesini engeller. Dolayısıyla burada kararlaştırılması gereken en önemli husus bu disiplin soruşturmasının yargı organı tarafından yapılması gerektiği hususudur. Kanunun koyucu bu hususta yürütme organına hiçbir rol vermemelidir. Bu hâkimlerin sahip olduğu en önemli garantidir ¹⁴².

Irak'ta kanun koyucu disiplin cezalandırması görevini yargı nitelikli bir komisyona bırakmıştır. Bu komisyonun adı, Hâkim İşleri Komisyonudur. Komisyon Adalet Konseyi tarafından ve kendi üyeleri arasından her yılın başında seçilen üç hâkimden oluşturulmaktadır. Komisyon soruşturmayı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanundan öngörülen usule göre yapar ¹⁴³. 1979 tarihli ve 160 sayılı Yargısal Düzenleme Kanununa göre, iki hal yargısal otorite olmayan makam tarafından hâkimin görevine son verilmesi veya başka sivil bir vazifeye nakledilmesi mümkündür:

aaaa.Aynı dereceye terfisi art arda iki defa ertelenirse.

bbbb.Bu durum dördüncü derece hâkimlere özeldir. Bu hal gerekçelendirilmiş bir karara dayanarak hâkimin hâkimlik vazifesinde çalışmaya ehil olmadığı tespit edilmiş olması halidir ¹⁴⁴.

¹⁴² Abdürrahman İbat , *Usul İlmil Kaza Fi'l Memleke'l Arabiye'l Suudiye*, Mahedi'l İdare'l Amme 1981, s. 86.

¹⁴³ 1979 Yılı ve 160 Sayılı Irak Yargısal Düzenleme Kanunun 58-60-62 Maddeleri.

¹⁴⁴ Yargısal Düzenleme Kanunun 39. maddesi.

Kanaatimizce kanun koyucu bahsedilen iki halde yargı işlerine dışarıdan gelen müdahaleye ve böylece yargının bağımsızlığını tekeffül eden garantilerin ihlaline göz yummuştur. Kanun koyucu hâkimin nakli ve görevden alınması ile ilgili oldukları için bu hallerde de yargı organının üyelerinin soruşturmasıyla yetkili ve tarafsız olan Hâkim İşleri Komisyonuna bırakmalıydı. Kanun koyucu bunu yapmış olsaydı soruşturmada tarafsızlık garantisini tam olarak sağlamış olurdu ¹⁴⁵.

cc. Hâkimlerin Mali Teminatı

Devlet ve topluma karşı adaleti en iyi şekilde sağlamak, hak ve özgürlükleri korumak hâkimin görevidir. Görevinin özelliği üzerine büyük yük ve sorumluluklar eklemektedir. Bunlara ek olarak, yargı hizmeti hâkimden doğruluk, dürüstlük vasıflarını taşıyor olmasını, hayatını yargının yerini, saygınlığını ve itibarını koruyacak surette şekillendirmesini gerektirmektedir ¹⁴⁶. Devlet hâkimler için saygın bir hayat, kendisine kutsal olan görevini güven ve huzur içinde yerine getirmeye yardımcı olan yüksek maaş ödemelidir. Bu sebepten dolayı, dünyada bulunan tüm hukuk sistemleri yargı adamlarını özel bir mali muameleye tabi tutmuşlardır. Bu muamele hâkimlerin hayat yöntemlerinin ve makamlarının üzerlerine ilave ettiği yükümlülöklere uygun olmalıdır. Bu muamele hâkimlerin kültürel ve sosyal merkezlerine de uygun olmalıdır. Çünkü bunlara dokunmak hâkimin istismarına yol açar ¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Mahmut el Hudayri , **a g e** ,s. 127.

¹⁴⁶ Mahmut Sami Abit , **a g e** ,s. 372.

¹⁴⁷ Ahmet Şevki el Şelkani , **İstiklali'l Kaza Ve'l İddiai'l Am Fi'l Anzime'l Suudiye**, Mecelleti'l İdare'l Amme ,1999, s. 443.

Yaşam giderleri ve yükümlülükleri kendilerini meşgul etmez ve hâkimler hallerini ve hayatlarını garanti altına alırlarsa, hiçbir şahsi çıkarı göze almadan davalara, korkmadan ürkmeden yalnızca yargısal vicdanları ile bakarlar. Halleri bu şekilde olursa hâkimlerden hiçbiri hâkimlik olan vazifesini ne kadar yüksek olursa olsun başka vazifeyle değiştirmeye çalışmaz ve üzerine uygulanan baskılara karşı direnir. Bu ayrıcalık şahsi değildir. Bu ayrıcalıktan amaç, görevini yerine getirirken bağımsızlığını korumaktır. Bu bağımsızlık, bir taraftan vatandaşların hak ve özgürlüklerinin güvencesi diğer taraftansa hâkimlerin dürüstlüğü ve tarafsızlığını garanti eden bir bağımsızlıktır ¹⁴⁸.

Hâkimlerin maaşıyla ilgili Irak kanun koyucusunun tutumuna gelince, Irak kanun koyucusu 1963 tarihli 26 sayılı lağvedilmiş Yargı Organı Kanununda bunu sınıf ve bu sınıfa ait maaş yöntemiyle belirlemeye çalışmıştır ¹⁴⁹. Bugün yürürlükte olan 2003 tarihli 35 sayılı Koalisyon Güçleri emrinde ise (bu emir esasında yargı konseyinin oluşturulmasıyla ilgilidir), yargı organının bütçesini hazırlamak, koymak ve uygulamak hususunda, konseye (yargı konseyine) mali bir yetki verilmemiştir. Konsey görev ve sorumluluklarını yerine getirirken adalet bakanlığının herhangi bir kontrol, denetimine tabi olmamalıdır. Fiilen de Yargı Yüksek Konseyinin önerisi ve uyguladığı olmasına rağmen yargı organının bütçesi yargı organın bütçesinden bağımsızdır ¹⁵⁰.

Artık Irak Yargı Konseyinin yürütme organının bütçesinden bağımsız olan bir bütçesi vardır. 2004 tarihli 12 sayılı Geçici Koalisyon Güçlerinin emrine göre, Yargı Konseyi ve Temyiz (Veto) Mahkemesinin özel bir bütçesi vardır. Maliye bakanlığı bu bütçelerden her birinin inşası, kaynak sağlanması ve

¹⁴⁸ Mahmut Atif , **el Vasit Fi'l Nuzumi'l Siyasiye**, Dari'l Fikri'l Arabi, el Kahire, 1988, s. 437.

¹⁴⁹ 1963 tarihli 26 sayılı lağvedilmiş Yargı Organı Kanunun 39. maddesi.

¹⁵⁰ Koalisyon Güçlerinin, 2005 tarihli Federal Bütçe Kanununa özel, 2005 tarihli 23 sayılı emri. Bu emir el Vakai el Irakiye (Irak'ın Resmi Gazetesinde) 2005 tarih ve 3996 numaralı sayısının 5. sahifesinde yayımlanmıştır.

desteklenmesi için, işbirliği yapar. Adalet bakanlığı bütçesi içinde bu iki bitçe için tekrardan mali tahsis yapmak bu işbirliğinin içinde yer alır. 2004 yılına gelince, maliye bakanlığı, adalet bakanlığı, yargı konseyi ve Temyiz Mahkemesinin görüşünü alarak, adalet bakanlığının bütçesinden 2004 yılı için Yargı Konseyi ve Temyiz Mahkemesi için tahsis edilen tutarı belirler. Aynı zamanda maliye bakanlığı 2004 yılı bütçesinde bu iki makamla ilgili herhangi ek giderleri azaltmaya çalışır ¹⁵¹.

2005 Irak Anayasası'nın hakimlere ait bir bütçe ayırması doğru yola daha yakın olmuştur. Anayasanın 91. maddesine göre: "Yüksek Yargı Kurulu aşağıdaki yetkileri kullanır: 3. Federal yargı organının yıllık bütçe taslağını önererek, onaylanmak üzere Millet Meclisi'ne sunar". Zira Adalet Bakanlığı yerine Yüksek Yargı Kurulu'na bütçe tasarısını önerme konusunda yetki sahibi yapan yasa koyucusu hassas olmuştur.

Buna rağmen bu maddede bazı eksiklikler vardır. Bunlar:

aaaa. Yeni metin, yargı organının onaylanan bütçesinin uygulanmasını kimin tarafından yapılacağını belirtmemiştir. Şüpheyi kesmek için bu metin, uygulama konusunda Yargı Kurulu'nu yetkili kılmalıydı.

bbbb. Metin, onaylama hususunda Millet Meclisi'ni yetkili kılmıştır. Burada Millet Meclis'i yargı bütçesinde değişiklik yapabilir ve sonuçta yargı organını büyük bir oranda etkiler. Bu sorunu gidermek için yasa koyucusu, yargı bütçesini devletin genel bütçesinden ayırmalı ve bu bütçede Millet Meclisi tarafından onaylanma konusunda hiçbir değişiklik yapılmamalıdır ¹⁵².

¹⁵¹ Nebil Abdürrahman Hayyavi , **a g e** ,s. 112.

¹⁵² Basim Aryan , **a g e** , s.85.

dd. Hâkimlerin Şahsi Hak ve Özgürlüklerini Tekeffül Etmek

2005 tarihli Irak Cumhuriyeti anayasasının 15. maddesine göre *“her fert yaşam, güven ve özgürlük hakkına sahiptir”*. Bu madde mutlak, istisnasız sıfatları ne olursa olsun tüm fertleri kapsar. Dolayısıyla mutlak nitelikte olan bu hüküm bir fert olan hâkimleri de kapsar. Çünkü bunlar bir taraftan vatandaş ve diğer taraftan yargı görevini yerine getirmektedirler. Bunun için bu görevi yerine getirmek için gereksinimleri sağlamak önemli bir husustur. Bu hususun da en önemli noktası, bunların şahsi güvenliğini sağlamaktır. Hâkimleri ve mallarını, namus ve haysiyetlerini saldırılara karşı korumak devletin görevidir. Devlet hâkimlerin değerini ve itibarını düşüren eylemlerden uzak durmalı, bunlara işkence ve haksızlık yapmamalıdır. Devlet bunları, çıkarmış oldukları yargı kararlarından dolayı tutuklamamalı ve hapsetmemelidir. Devletin, buradaki sorumluluğunun esası, bakanlıklara dağıtmış olduğu yetki ve gücüyle vatandaşları korumak, selamet ve güvenlerini sağlamak için gerekli kanun ve kararları uygulayan ilgili otorite olduğudur. Hükümetin bu gücü hâkimlere karşı kullanması veya bu gücü hâkimleri diğerlerine karşı kullanmaması riski kaimdir. Hükümetin diğer makamların hâkimlere saldırmasına karşılık sessiz kalması ve olumsuz tutum sergilemesi buna örnek olarak gösterilebilir. hâkimlere hükümet tarafından yapılan alçaltma ya da eleştiri işlemi de yargı bağımsızlığını zedeleyen bir işlemdir. Buna örnek verirsek 2005 yılı sonunda Düceyl davasında Saddam Hüseyin’i yargılayan hâkim Rezgar Muhammet Emin, hükümet sorumluları tarafından yargılama konusunda ciddi olmama ve irade zayıflığıyla eleştirilmiştir. Onun yerine yargılamanın devam etmesi için hâkim Rauf Abdurrahman’ı atamışlardır. Hâkimlerin şahsi güvenliğini sağlamak için Hâkimlerin üzerine düşen görevleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

aaaa. Hâkimleri hedef alan ve başkaları tarafından kaynaklanan saldırı girişimlerine mani olmak.

bbbb. Hâkimlerin güvenliğine dokunan her hangi bir söz veya fiilden imtina etmelidir.

cccc. Kendilerine gereken korumayı sağlamak.

Hükümet kasten veya kastsız bu görevlerden birini ihmal eder ve yerine getirmezse, hâkimleri şahsi güvenliği ile ilgili hâkimlerin hakkını ihlal etmiş ve çiğnemiş sayılır ve dolayısıyla yargı organının bağımsızlığına dokunmuş olur¹⁵³.

ee. Hâkimlerin İctihat Etme ve Görüş Belirtme Özgürlüğü

Fertlerin inandıkları fikir ve görüşleri benimseme hakkı ve açıkça bunu ortaya koyma hakkı fikir özgürlüğünün temelidir. Bildirme ve ortaya koyma imkânı olmadan ve sağlanmadan fertlerin fikirlere sahip olması ve inanmasının bir faydası ve önemi yoktur. Görüş bildirme sözlü, yazılı veya herhangi bir şekilde olabilir. Fikir özgürlüğü ve görüş belirtme özgürlüğü aynı şeyin (aynı banknotun) iki yüzünü oluşturmaktadır. Bunlar fertlerden ayrılamazlar ve fertler de bunlardan vazgeçemezler. Çünkü bunlar insanların kendiliği (zatiyla) ilgili olan ve kendini ifade etme yollarıdır. İnsan bu yolları kullanarak içinde dolaşan hususları açıklar ve ilan eder. Bunun için bunlar insanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan ve ayrılması mümkün olmayan şahsi haklarındandır¹⁵⁴. İ.H.E.B.'nin 19. maddesine göre, “her kişi görüş belirtme ve bildirme özgürlüğüne sahiptir. Bu hak hiçbir baskıya maruz kalmadan herhangi bir vesileyle ve hiçbir sınıra

¹⁵³ Adnan: Acil Abit , *Eser İstiklali'l Kaza Ani'l Hukume Fi Devleti'l Kanun*, Risalet Duktorah, Bağdat ,2007, s. 111–112.

¹⁵⁴ Rahil Muhammet Garaybe , *el Hukuk Ve'l Hurriyati'l Siyasiye Fi'l Şeria'l İslamiye*, Ürdün ,2005, s. 345.

itibar etmeden görüşlere inanma özgürlüğü fikir ve haberlere ulaşma ve bunları diğerlerine nakletme özgürlüğünü kapsar” ¹⁵⁵.

Düşünce özgürlüğüyle ilgili 2005 Irak Anayasası’nın 42. maddesi şöyle demiştir: “Her ferdin fikir, vicdan ve inanç özgürlüğü vardır”. Aynı anayasa anlatım özgürlüğüyle ilgili 38. maddesine göre: “Devlet, kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı düşmeyecek şekilde aşağıdaki hususları güvence altında tutar: 1. Tüm vesilelerle ifade özgürlüğü.”

Yeni anayasa, geçen maddelerde düşünce ve anlatım özgürlüğünden geniş bir şekilde bahsetmiştir. Bu hakların güvence altında tutulması hâkimler dâhil herkesi kapsamaktadır. Daha önce bahsettiğimiz gibi Irak’ta hâkimlerin düşüncelerine yapılan baskılardan biri; hâkimlerin aleyhine yazılan gizli raporlardır. Bu tür baskılar hâkimlerin hükümetin istediği gibi davranmalarına yol açmıştır ¹⁵⁶.

ff. Hâkimlerin Dernek Kurma Hakkı

Hâkimlerin kendi haklarını savunmakla ve yargı organının bağımsızlığına temas eden meseleleri ortaya koymakla ilgili olan dernek ve kulüp kurmadan sadece hâkimlerin şahsi haklarını tekeffül etmekle yetinerek hukuk devleti çerçevesinde yargı organının bağımsızlığı fikri rayına oturmuş olmaz. Dernek de genel olarak kar amacı gütmeyen siyasi, iktisadi, sosyal ve mesleki alanlarda kamu çıkarıyla ilgili olan kamu hedeflerini gerçekleştirmek için bir grup geçek veya tüzel kişi tarafından oluşturulan tüzel kişiliktir ¹⁵⁷. İ.H.E.B.’nin 20. maddesi

¹⁵⁵ Adnan Acil Abit , **a g e** ,s. 120.

¹⁵⁶ Basim Aryan , **a g e** , s.84.

¹⁵⁷ Adnan Acil Abit , **a g e** , s. 128.

şöyle buyurmuştur:" 1. Herkes, barış içinde toplanma ve örgütlenme hakkına sahiptir. 2. Hiç kimse, bir örgüte üye olmaya zorlanamaz".

2005 Irak Anayasası ise, bu hakla ilgili 39. maddesinde şöyle demiştir: "1. Dernek ve siyasi parti kurma ve bunlara üye olma özgürlüğü güvence altındadır. Bu hususlar yasayla düzenlenir. 2. Hiç kimse bir partiye, derneğe veya siyasi oluşuma üye olması ve/veya üye olmaya devam etmesi için zorlanmaz". Bu madde, herkesin dernek kurma hakkından bahsetmiştir. Dolayısıyla maddenin geniş anlamı, hâkimleri de kapsamaktadır.

Bu bağlamda Irak hükümetinin hâkimlerin kendilerine dernek kurma haklarına baskı yapmasından bahsederek 2004 yılı Geçici Koalisyon Otorite Emri'nde ve 2005 Anayasasında bu hakla ilgili düzeltmeleri anlatacağız. Irak'ı yöneten Baas rejimi döneminde derneklerin kurulması, bu partinin ideolojisine bağlanmıştır. Irak'ın 2000 yılı 13 sayılı Dernekler Kanunu'nun 2. maddesine göre: "Bu kanunun amacı Irak'taki derneklerin düzenlemelerini, 17-30 Temmuz devriminin ideolojisine göre yapmaktır". Aynı kanunun 4. maddesi de, dernek amacının devrim amacına aykırı olmamasından bahsetmiştir. Geçen sözlerden anladığımız kadarıyla derneklerin hâkim olan partinin ideolojisine bağlanması, sadece yargı bağımsızlığını tanımayan rejimlerde geçerlidir. Dolayısıyla geçici 1970 Anayasası gölgesinde hâkimlerle ilgili bir dernek kurulmamıştır. Ayrıca 2004 yılı 45 sayılı Geçici Koalisyon Otorite Emri'nin, fikir ya da ideolojiye bağlı olarak bir derneğin kurulmasını sınırlamamasına rağmen hâkimlerle ilgili dernek kurulmamıştır. Geçen sözleri göz önüne alarak ve 2005 Anayasası'nda geçen maddeye dayanarak Irak'ta hâkimler tarafından bir derneğin kurulmasını tavsiye ederiz. Irak'taki 2000 yılı 13 sayılı Dernekler Kanunu'nun 23. maddesine göre "Deneğin idari heyeti, genel heyeti veya başkanı tarafından çıkarılan bir karar, kanuna ya da kamu düzenine aykırı olduğunu gören Irak'ın İçişleri Bakanı, bu kararı iptal edebilir". Aynı kanunun 30. maddesi de, İçişleri Bakanı'nın derneklere gözetim yapmasına değinmiştir. Kanunun 34. ve 35. maddeleri ise,

İçişleri Bakanı'na yargı mercii önünde itiraz yolu olmadan deneklerin kapatma hakkını vermiştir. İtiraz ise kapatma kararının çıkarılmasından sonra 15 gün içerisinde sadece Bakanlar Kurulu önünde yapılabilir. Yani bu kanun çerçevesinde, yürütme organının derneklere karşı yapılan baskısını açıkça görmekteyiz.

Bu durumdan kurtulmak için 2004 yılı 45 sayılı Geçici Koalisyon Otorite Emri, geçen kanunun tam tersine çıkarılmıştır. Emrin 2. ve 6. kısımları, Tasarlama Bakanlığı'nın rolünü, derneklerin kayıt işlemlerinin kanuna uygunluğundan emin olmakla sınırlamış ve derneklerin kapatmalarıyla ilgili itiraz davalarını da, bir yargı mercii önünde açmalarına değinmiştir. Bu emirle yürütme organın baskısı "hâkimler derneği de dâhil" derneklerin üzerinden kaldırılmıştır

158

gg. Hâkimlere Siyasi İşlerin Yasaklanması

Hâkimlerin zorunlu ya da gönüllü olarak siyasi işlere katılmaları yargı bağımsızlığına olumsuz sonuçlar getirmektedir. Bu sonuçlardan: hâkimlerin yargı alanında içtihat ve araştırmalarını yapmak yerine bu çalışmaları siyaset işlerinde kullanmaları, kanuna bağımlılıkları yerine siyasi bir parti üyesi olarak o partinin lehine çalışmaları ve o partinin isteklerini uygulamakla yükümlenmeleridir. Birbirini takip eden hâkim partiler ise egemenliğe sahip olan her yeni parti, kendisine bağlı olan hâkimleri yaklaştıırıp önceki partiye bağlı olanları uzaklaştırmaya çalışırlar.

Irak'ta hâkimlere siyasi işlerin yasaklanması, iptal edilmiş 1963 yılı 26 sayılı Yargı Organı Kanunu'nda geçmiştir. Zira kanunun 52. maddesinde:

¹⁵⁸ Basim Aryan , **a g e** ,s.85-87.

“Hâkimler ve yargıçlar şu görevlere uymalıdır: a. siyasi partilerin üyesi olmamak ve siyasette çalışmamak” şeklinde hâkimlere siyasi işlerin yasaklanmasına değinmiştir. 1979 yılı 160 sayılı Düzeltilmiş I.Y.D.K.’da ise hâkimlere siyasi işlerin yasaklanmasıyla ilgili net bir şekilde metin bulunmamaktadır. Sadece 7. maddenin 3. fıkrasında hâkimlerin ticarete ve yargı görevine uygun olmayan çalışmaların yasağı belirtilmiştir. Burada da net bir metnin bulunmamasının açık bir amacı vardır. Çünkü o dönemde çok sayıda parti yokken Irak’ı sadece Baas Partisi yönetiyordu ve metnin söz konusu olmasında bir yarar kalmamıştır.

Adı geçen kanunun 2003 yılı 35 sayılı Geçici Koalisyon Otoritesi emriyle askıya alınmasına rağmen, 2004 Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yönetimi Kanunu’nda da bu konuyla ilgili net bir metin bulunmamaktadır .

Gördüğümüz gibi 1979 yılı 160 sayılı Düzeltilmiş I.Y.D.K. 2003 yılı 35 sayılı Geçici Koalisyon Otoritesi Emriyle askıya alınmıştır. Buna rağmen 2004 Geçiş Dönemi için Irak Devleti Yönetimi Kanunu’nda hâkimlere siyasi işlerin yasaklanmasıyla ve üç organın görevini birlikte eşzamanlı olarak üstlenilemezliği ilgili net bir metin bulunmamaktadır.

2005 Anayasası ise bu yasaklamalar, 98. maddede geçmektedir. Maddeye göre: ”Yargıç ve savcılar aşağıda sayılan işlerle iştigal edemez:

1. Yargı görevini, yasama ve yürütme veya başka bir görevle birlikte eşzamanlı olarak üstlenilemez.

2. Hiçbir siyasi parti veya oluşuma üye olamaz. Hiçbir siyasi faaliyette bulunamazlar”.

Gördüğümüz gibi yeni anayasanın 90. maddesi, yargı işlerinin yönetilmesini Yüksek Yargı Kurulu’na devretmiştir ve bu hususta bir kanunun çıkarılmasına değinmiştir. Biz de bu maddeye dayanarak yeni kanunun yasaklama hakkında daha net metnin içermesini önde görüyoruz ¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Basim Aryan , **a g e** , s.87.

SONUÇ

Irak yargı bağımsızlığının hedefi, yargı organının kendisine verilen görevleri yerine getirirken; yasama ve yürütme iktidarlarından gelecek müdahalelere karşı kendisini korumasını sağlamaktır. Yargı bağımsızlığı, anayasal demokratik devlet anlayışının temel ilkelerinden birisidir. Çünkü, herhangi bir dış etki veya baskıya karşı korunmadığı sürece yargı, adaletli ve tarafsız olamaz. Yargı organın üzerinde yalnızca hukuk otoritesi olmalıdır. Anayasal devletlerde Hâkimlerin, siyasal tarafsızlığa riayet etmeleri esastır. Çünkü, hukukun otoritesi hakimin politik olmamasına bağlı olmakta; bu ise Hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmalarını gerektirmektedir. Yargının bağımsız olması, temel hak ve özgürlüklerin en büyük güvencesidir.

Irak Anayasası, kuvvetler ayrılığı ilkesini ve dolayısıyla da yargı organının yasama ve yürütme organları karşısındaki bağımsızlığını güvence altına almaktadır. 1963 Anayasanın 85. Maddesine göre, yargı organı bağımsızdır. Yargı görevini çeşitli tür ve derecedeki mahkemeler yürütür ve kararlarını yasalara uygun olarak verirler. Ancak kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerinin anayasada teorik olarak yer alması, yargı organın bağımsızlığını temin etmek için yeterli değildir. Yargı bağımsızlığının gerçek anlamda sağlanması, bir takım ilkelerle mümkündür. Bunlar Hâkimlerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkeleridir.

1963 Irak Anayasası Hâkimlerin bağımsızlığı ilkesini 86. maddesinde düzenlemektedir. 86. madde aynen şöyledir; “Yargıçlar bağımsızdırlar. Yasalar haricinde hiç kimsenin yargı üzerinde yetkisi yoktur. Hiçbir makam, yargı veya adalet mekanizmasının işlerine müdahale edemez.” Bu maddedeki “hiçbir makam” ibaresi, çok açık bir şekilde Hâkimlerin yasama, yürütme ve yargı organlarının müdahalelerine karşı korunduğunun bir güvencesi olarak değerlendirilebilir.

Irak Anayasası hakimleri; yasama, yürütme ve yargı organlarına karşı korumakla kalmamış; bu üç organın hakim üzerinde etki yapabilmesi muhtemel her türlü eylemi önlemesini de göz önünde bulundurmıştır. Öyle ki, 96. madde gereğince; “ Hakimler ve savcılar şu işlerle iştigal edemezler. Yargı görevi yasama, yürütme veya başka bir görevle birlikte eşzamanlı olarak üstlenilemez. Hiçbir siyasi parti veya oluşuma üye olamaz. Hiçbir siyasi faaliyette bulunamazlar.” Böylece Irak Anayasa koyucusu, siyasi iktidarın hakimler üzerindeki her türlü dolaylı etkisini önlemektedir.

Yargı bağımsızlığının temellerini gerçekçi ve işlevsel bir şekilde oturtmak, politik süreci emin adımlarla ileri taşıyacaktır. Vatandaş tarafsız ve güçlü bir makamın varlığına inanmalıdır. Bu makamı tüm taraf ve kurumlar kabul edecektir ve hiç kimse, siyasi parti, grup ve oluşum kanunun üstünde ve dışında kalmayacaktır. Aynı şekilde istisnai yargılamalar kalkacak, tüm anlaşmazlıklara yargının kendisi bakacak ve idarecilerin elinde yargılama yetkisi olmayacaktır. Bunların yanı sıra insan hakları ilkesi sivil ve cezai yargı kurumunun içine işleyecek ve geçmiş dönemlerdeki istisnai yargılamalara konu olan örfi oturumlar, devrim mahkemeleri, devlet güvenlik mahkemeleri ve bunların çeşitleri anayasal aykırılık teşkil edecektir. Yürürlükteki düzenlemelere ve yargı bağımsızlığına açık bir ihlal olduğu vurgulanacaktır.

Yargı bağımsızlığı, verilen hükümlerin ve kararların hiçbir şekilde düşürülemez ve çürütülemez olduğu anlamına gelmez; yargılama işlevlerine ve kanuna göre hükümler verilmesine işaret eder. Yargıçlar yapabileceklerinin en iyisini ortaya koyarak adaleti amaçlamalıdır. Irak yargısının bağımsızlığı kavramı somutlaşana kadar devlet kurumları yargı sürecine karışmamalı ve kendi partileri, siyasi yapılanmaları ve etnik köken tabanına hizmet edecek kimseleri yargı bünyesine sokmamalıdır. Etkinliklerine, deneyim ve uzmanlıklarına bakılmaksızın gerçekleştirilecek bu gibi uygulamalar Irak yargısının geleceğine oldukça olumsuz etkiler bırakacaktır. Ayrıca yargının bağımsızlığı yolunda engel teşkil edecektir.

Irak'ta hakimlik teminatı ilkesinin tarihçesi, 1970 yılları öncesi ve sonrası olmak üzere iki döneme ayrılmaktadır. 1920-1970 yılları arası hakimlik teminatı açısından nispeten olumlu bir dönemdir. 1925 Kanuni Esaside, 1968 tarih 159 sayılı Anayasa Yüksek Mahkemesi Kanunu, 1963 tarih ve 26 sayılı Yargı Otoritesi Kanunu sayesinde hakimlere yönelik bir takım güvenceler sağlanmıştır. 1977 tarih ve 101 sayılı Kanun gereğince; Adalet Bakanı başkanlığında inşa edilen Adalet Konseyi, yargı bağımsızlığını ve dolayısıyla da hakimlik teminatını tamamen yok etmiştir. Fakat 1979 tarih ve 160 sayılı kanun hakimlere bir takım teminatlar tanımıştır.

Geçmiş döneme tepki olarak 2003'te Saddam rejiminin çöküşünden sonra, Irak'ta yargı ile ilgili meydana gelen önemli gelişme, yargının Yüksek Yargı Konseyine bağlanmasıdır. Ancak Irak yargısının bağımsızlığı sadece bundan ibaret olmamalıdır. Bağımsızlık hâkimlerin şahıslarını (şahsi veya kişisel güvenlik) da kapsamalıdır. Daha doğrusu, yargı organının bağımsızlığı hâkimin bağımsızlığını gerçekleştirmek için uygulanan bir yoldur. Bunun için Iraklı hâkimler bu ilkeyi benimsemelidir. 2005 Irak Anayasası hakimlik teminatına 95. madde de belirlediği durumlar dışında görevlerinden alınamazlar. Yargıçlarla ilgili hükümler, uyarma, kınama ve benzeri cezalara çarptırılmaları yasayla düzenlenir. Hâkimlerin atanması, görevleri ve emekliye sevk edilmelerine ilişkin esaslar yasayla düzenlenir. Hâkimlerin mali teminatı, Hâkimlerin terfilerinin yürütme kontrolünde olmadığı, Hâkimlerin şahsi hak ve özgürlüklerini tekeffül etmek ve Hâkimlerin dernek kurma hakkı yasayla düzenlenir.

Son olarak Hâkimlerin teminatları hususunda devletin aşağıdaki görevleri yerine getirmesi gerekmektedir:

a. Devlet, hâkimlerin sebepsiz bir şekilde işten çıkarılmasına, vaktinden önce emekli edilmesine ve hâkimliğin sivil bir görev olarak görülmesine engel olmalıdır.

b. Çalışırken ve emekliye ayrıldıktan sonra devletin hâkimin kendisi ve ailesi için saygın bir hayat sağlama yükümlülüğü vardır. Bugün Irak'ta olan istikrasızlık ve sıkıntılı şartlardan dolayı devletin emekliye ayrılan hâkimin ve ailesinin saldırılara karşı güvenliğini korumak yükümlülüğü vardır.

KAYNAKÇA

A.Kitaplar

ABDULLAH Abdülgani Besyuni, **el Mebadî'l Amme Lil Kanunî'l Düsturi**, el Dari'l Camiye, Beyrut 1985.

ABDULLATİF Vail, **Desatir Eldevle El İrakîyye**, 1876–2005, 2. B, Bağdat 2006.

ABDÜRREZAK Şahin Şehap Ahmet Samar, **el Şekva Minel Kuzat**, 2006.

AKGÜÇ Atif, **İtalyan Cumhuriyeti Anayasası**, Ankara 1972.

ARAL Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul ,1979.

ATIF Mahmut, **el Vasit Fi'l Nuzumi'l Siyasiye**, Dari'l Fikri'l Arabî, el Kahire, 1988.

BESYUNİ Abdulgani, **Elmebadî Elamma Lil Kanun Eldusturi**, İskenderiye Üniversitesi, Elkahire, 1985.

DAVER Bülent, **Siyasal Bilime Giriş**, Ankara, 1969.

DEMİRKOL Ferman , **Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul,1991.

DÖNMEZER Sulhi, **Ceza Adaletinde Reform İlkeler**, 1972.

EBULVEFA Ahmet, **el Murafaati'l Medeniye Ve'l Ticariye**, el Kahire 1986.

el ALLAM Abdürrahman, **1969 tarihli ve 160 sayılı Medeni Muhakemeler Kanununun şerhi (Şerih Kanunî'l Murafaati'l Medeniye)**, el Zahra Matbaası, Bağdat 1990.

el ATTAR Fuat, **el Kazaai'l İdari**, Dari'l Nahza'l Arabiye, el Kahire, 1977.

el CEMEL Yahya, **el Nizami'l Düstüri Fi Cumhuriyet Mısır'ı Arabiy**, el Kahire, 1977.

el GARİP Muhammet Abit, **el Merkezi'l Kanuni Lil Niyabe'l Amme**, Dürase Mukarene, Dari'l Fikri'l Arabi, 1979.

el GEYLANİ Faruk, **İstiklalil Kaza**, el Kahire, 1977.

el HUDAYRİ, **Teşriat el Sulta'l Kazaaiye Fi'l İmarati'l Arabiye'l Muttahide**, Dari'l Nahza'l Arabiye, el Kahire, 1996.

EL MAHMUT Mithat, **el Kuzat Fi'l Irak**, Bağdat ,2010.

el NİMİR Emine, **Kavanin'l Murafaat**, Menşeti'l Maarif, el Eskenderiye, 1998.

el ŞELKANİ Ahmet Şevki, **İstiklali'l Kaza Ve'l İddiai'l Am Fi'l Anzime'l Suudiye**, Mecelleti'l İdare'l Amme ,1999.

el ŞERKAVİ Abdülmunim /CUMEYİ Abdülbasit, **Şerih Kanuni'l Murafaati'l Cedit**, Dari'l Fikri'l Arabi, el Kahire 1976.

el TUHAMİ Ammar Budıyaf, **Maalim İstiklali'l Kazaa Fi'l Şeria'l İslamiye**, Meeleti'l Buhusi'l Fıkhiye'l Muasire ,1996.

el ZUBEYDİ Muhammet Hasan, **Zamanati'l Kazi Fi'l Irak**, Bağdat, 1985.

el ZUBEYDİ Muhammet Hasan, **Zamanati'l Kazi Fi'l Irak**, Menşetil Maarif, Bağdat, 1985.

HAFİZ Memduh Abdülkerim, **Kanuni'l Murafaatil Medeniye'l Iraqi**, el Basra, 1971–1972.

HAMUDA Bedevi İbrahim, **el Rikabe'l Kazaiye Ala Düsturiyeti'l Kavanin**, Meeleti'l Ulumi'l İdariye, 1978.

HAŞİM Mahmut Muhammet, **Kanuni'l Kazai'l Medeni**, Dari'l Fikri' Arabi, 1998.

HAYYAVİ Nebil Abdürrahman, **Kanuni'l Murafaati'l Medeniye**, Bağdat, 2009.

İBAT Abdürrahman, **Usul İlmil Kaza Fi'l Memleke'l Arabiye'l Suudiye**, Mahedi'l İdare'l Amme 1981.

İBRAHİM Mahmut Muhammet, **el Veciz Fil Murafaat**, Dare'l Fikril Arabi Yayını, 1983.

İBRAHİM Muhammet Mahmut, **Kanune'l Muraffati'l Medeniye**, 1990.

İbrahim, **el Kanun el Kazai el Has**, menşetil Marif, el Eskenderiye 1980.

KAPANİ Münci, **İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali**, Ankara, 1956.

KUBALI Hüseyin Nail, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1971.

KÜBBE Abdülhamit, **Eltanzimat Elkazaiyye ve Elhereke Elteşriiyye Fi El İrak**, Dar Eltezamun Yayınevi, Bağdat 1973.

LATİF Nuri, **el Kanun el Düsturi/ el Mebadi Ve'l Nazariyati'l Amme**, Bağdat ,1976.

LİYLA Muhammet kâmil, **el Nuzumi'l Siyasiye**, Dari'l Fikri'l Arabî, el Kahire, 1963.

MEHDİ Cafer Sadık, **Damanat Hukuki'l İnsan**, Bağdat, 1990.

MUSA Abdünnasır, **Şerih Kanun Usul el Muhakematil Şeriye**, Bağdat, 1999.

NACİ Mekki, **El Mahkeme Elittihadiye Elulya Fi Elirak**, Dar Elziya Yayınevi, 1. B, Necef 2007.

ÖZER Attila, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

ÖZER Attila, **Türkiye'de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

ÖZTEKİN Tosun, **Türk Suç Mahkemesi Hukuku Dersleri**, C.2, İstanbul.

RADİ Mazın Lilo, **Daman İhtirami'İ Kavaiti'İ Düsturiye**, Bağdat, 2009.

SAAAd Necip el AŞMAVİ Abdülvehap, **kavaiti'İ Mürafaat Fi'İ Teşrii el Masri Ve'İ Mukaren**, Mektebi'İ Edep, el Kahire, 1957.

SAVİ Ahmet, **el Vasit Fi Kanuni'İ Murafaati'İ Medeniye'İ Ticariye**, Dari'İ Nahza'İ Arabiye, el Kahire 1995.

SEYİF Remzi, **el Veciz Fi Kanuni'İ Murafaat 'İ Masri**, el Kahire , 1982.

ŞAHATA Muhammed Nur, **İstikali'İ Kazaa Min Viçheti'İ Nazarı'İ Düveliye Ve'İ Arabiye Ve'İ İslamiye**, Dari'İ Nahza'İ Arabiye, el Kahire, 1985.

TAHIR Hasan Nasır, **el Rikabe Ala Düsturiyeti'İ Kavanin**, Bağdat, 2008.

TAHIR Hasan Nasır, **el Rikabe Ala Düsturiyeti'İ Kavanin**, Bağdat, 2008.

ÜNAL Şeref, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı**, Ankara, 1995.

Vahip Adam, **el Murafaatil Medeniye**, Bağdat, 2009.

VALİ Fethi, **el Vasit Fi Kanun'il Kazaa'il Medeni**, Dari'İ Nahzal Arabiye, 1986.

VEHİP Âdem, **el Murafaatil Medeniye**, Bağdat, 1988.

ZEYDAN Abdülkerim, **Nizamul Kaza Fil Şeria'İ İslamiye**, Bağdat 1984.

B. Tezler

ABİT Muhammet Kamil, **İstiklali'l Kaza**, Dirase Mukarene, utruhati'l Doktorah, Kuliyyeti'l Hukuk, Camiati'l Kahire, 1988.

ABİT, Adnan: Acil, **Eser İstiklali'l Kaza Ani'l Hukume Fi Devleti'l Kanun**, Risalet Duktorah, Bağdat ,2007.

ARYAN Basim, **Irak Anayasalarında Yargı Organı** , Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

el ATRUŞİ Sibane Cemil Mustafa, **Mebde İstiklalil Kaza**, Yüksek Lisans Tezi, Musul, 2003.

ÖMER Faris Ali, **Mebde Heyadi'l Kadı**, Yüksek Lisans Tezi, el Musul, 1999.

C. Gazeteler

el MAFRECİ İhsan, **İstiklale'l Kaza**, Irak'ta İnsan Hakları Derneği tarafından İnsan Hakları Gazetesinde yayınlanan bir makale çalışmasıdır. Sayı 7, Bağdat 1997.

Elvakai Elirakiye: **"Irak'ın Resmi Gazetesi"**, S: 1659, 02.12.1968, 159 sayılı Anayasa Yüksek Mahkemesi Kanunu.

D. Irak Cumhuriyeti'nin Anayasaları Ve Kanunları

1925 Kanuni Esasisi.

1945 tarihli 27 sayılı Yargısal Hizmet Kanunu.

1945 tarihli 3 sayılı Mahkemelerin Oluşturma Kanunu.

1956 tarihli 68 sayılı Yargısal Hizmet Kanunu.

1969 tarihli 83 sayılı Medeni Duruşmalar Kanunu.

1969 yılında çıkarılan 159 sayılı Anayasa Yüksek Mahkemesi Kanunu

1979 tarihli 160 sayılı I.Y.D.K. "Irak Yargısının Düzenleme Kanunu".

2005 Tarihli Irak Cumhuriyeti kalıcı anayasası

E. Dergiler

ABDULMECİT İsmet, **Düstüriyet Elkavanin Fi El Irak**, Global Strateji Enstitü dergisi, S: 4, Ankara, 2008.

HALİL Asım, **Kiraa Fi Nazariyeti'l Sultal Teşriiye**, Ruya Dergisi, 2.sayı.

F. İnternet Sayfalarında Yazılan Makaleler

el MAHMUT Mithat, İstiklali'l Kazaa Fi'l Irak ve Devri'l Düstüri'l Daim Fi Himayeti'l İstiklali'l Kaza, Merkezi'l Kazaai'l Iraki Lildirasat Ve'l Tevsik, el Şebeke'l Duveliye <http://www.iraqijudicature.org/researches.html>.

el UKAYLİ Hasan, İstşklal'il Kaza, Makale Menşure Fi'l İnternet, www.Iraqia.iq/view.

ÖZET

Sunbul A. AHMET, Irak'ta Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

Ulusal rejim kurulduktan sonra, İngiliz işgali döneminde uygulanan yargısal sistemin aynısı Irak ulusal rejim (Irak Ulusal Hükümet) döneminde uygulanmaya devam etmiştir. Aslında söz konusu sistem veya düzen (yargısal sistem) Osmanlı döneminden uygulanmaya gelen bir sistemdi. Ancak bu sistem 1917 tarihinde mahkemelerin oluşturulması beyannamesi ışığında tekrardan ele alınıp düzenlenmiştir. Hâkimlerin atanma koşulları ile ilgili hükümler, İngiliz işgali boyunca hiç değiştirilmeden aynen uygulanmıştır. Bu hal 1929 tarihine kadar devam etmiştir. Bu tarihte 31 sayılı Hâkimler ve Kadılar Kanunu çıkarılmıştır. Bahsedilen kanun hâkimlerin tayini, terfileri, azledilmeleri ve disiplin soruşturma ve yargılanmaları ile ilgili hükümleri içermektedir. 1925, 1968, 1970 ve 2005 Irak anayasalarında mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin garantileri hususundaysa, zikri geçen tüm bu anayasalarda, hâkimlerin bağımsızlığı ve kanun hükmü hariç bunların hiçbir devlet organının kontrolünde olmadıkları hükme bağlanmıştır, bunlar hiçbir vakit yasama ve yürütmenin kontrolüne tabi değiller. 2005 yılına kadar Irak'ta hâkimler adalet bakanlığı tarafından atanırlar. Adalet bakanlığı Hâkimler Enstitüsü mezunlarını hâkim olarak atar. Ancak 2005 anayasasında hâkimlerin atanmasını ve yargı organının yıllık bütçe tasarı önerisini, yüksek Yargı Kurulu'na vermiştir. Yargı organının yasama organının müdahalelerinden korumak yargısal denetim yoluyla sağlanmaktadır. 1925–2004 anayasalarında yargısal denetim sırasıyla şu şekilde sağlanmaktadır: 1925 Irak Esasi Kanunu (krallık dönemi Irak'ın anayasası) döneminde Yüksek Mahkeme, 1968 anayasasında Anayasa Mahkemesi, 2004 Irak Devleti Yönetimi yasasında Yüksek Federal Mahkeme tarafından yerine getirilmektedir. Yargı organının yürütme organının müdahalelerinden korumak hâkimlere teminatlar

sağlamak yoluyla yapılmaktadır. Bu teminatlar hâkimlerin yürütmeye karşı kendilerini koruyabilmeleri için yargısal dokunulmazlık bahsetmektedir. Hâkimlerin naklinin ve azil edilmelerinin mümkün olmadığı bu garantilerden biridir. Irak anayasalarına göre, kanun hükmü olmaksızın belirli süre geçmeden önce hâkimlerin nakli, azli veya emekliye ihale edilmeleri mümkün değildir. Hâkimlerin mali durumu çok yüksek olmalıdır, söyle ki hâkimler yaşamlarını sağlamak yüküyle uğraşacak durumda bırakılmamaları ve kendilerine konforlu bir hayat sağlanmalıdır ki davalara, şahsi çıkarlarını göz önünde bulundurmadan ve bunun peşinde olmadan, sırf yargısal vicdanlarına dayanarak bakabilsinler. 2005 tarihli Irak'ın anayasası hâkimlerin şahsi hak ve özgürlüklerini garanti altına almış ve kendilerine görüş belirtme özgürlüğü ve dernek kurma hakkı tanımıştır.

Çalışmamız bir yüksek lisans tezi sınırları içerisinde Irak mahkeme bağımsızlığının hukuk temeli, Irak'ta mahkeme bağımsızlığı ve hâkim teminatını, Irak'ın 2005 Anayasası'ndaki mahkeme bağımsızlığını ve hâkim teminatını çalışmıştır.

Anahtar kelimeler:

1. Anayasa
2. Irak
3. Mahkeme
4. Hakim
5. Bağımsızlık

ABSTRACT

Sunbul A. AHMET, Independence of Courts, Judge Security in Iraq, Master Thesis, Ankara, 2011.

The same judicial system which was being applied during British invasion after the national regime, continued to be implemented in Iraqi national regime (Iraqi National Government). Actually the said system or order (judicial system) was the one which has been being implemented since Ottoman era. However this system was rearranged in the light of court establishment declaration of 1917. Provisions regarding conditions for assignment of the justices, were implemented word for word during British invasion. This situation lasted till 1929. In that year Law No 31 on Justices and Cadis, was enacted. The said law included provisions regarding assignment, promotion, dismissal, disciplinary actions and trials of justices. As for the independence and security of judges in the Iraqi constitutions of 1925, 1968, 1970 and 2005, it's been stipulated that judges are not controlled by any public institutions save independence of justice and provisions of the law and they are not subject to control by any legislative and executive powers. Till 2005, justices were assigned by Ministry of Justice in Iraq. The Ministry of Justice assigns graduates of Institute of Justices as judges. However in 2005 Constitution power to assign justices and propose annual budget for judicial authorities was vested with High Judicial Commission. Protection of judicial power from the interventions by the legislative power is enforced through judicial supervision. Judicial supervision was enforced as follows in the constitutions from 1925 to 2004: Such supervision was performed by the Supreme Court in Iraqi Constitution of 1925 (Iraqi Constitution of Royal Era), by Constitutional Court in Constitution of 1968 and by Higher Federal Court in Iraqi Regime Constitution of 2004. Protection of judicial power from the interventions by the legislative power is ensured by providing securities to the

judges. Such securities provide judicial immunity to enable justices to protect themselves against executive branch. That judges cannot be transferred or dismissed is one of these securities provided to them. According to Iraqi Constitution, it's impossible to transfer, remove or retire justices before expiry of a certain time, without a court order. Living and financial standards of judges must be very high so that they must not face struggling for making a living and they must be provided with a comfortable life so that they might attend to the case only based on their own judicial conscience without their judgment being clouded by their own interests or without pursuing their personal interests. 2005 Iraqi Constitution has guaranteed personal rights and freedoms of justices and granted them rights to express their minds and organize.

Our paper examines legal grounds of independence of Iraqi courts, independence of courts and security of judges in Iraq, independence of courts and security of judges under 2005 constitution of Iraq within the framework of a dissertation.

Key Words:

1. Constitution
2. Iraq
3. Court
4. Judge
5. Independence