

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

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGIÇ GÜVENCESİ
AÇISINDAN MESLEKİ SORUNLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
İsmail ŞAHBAZ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Ankara-2010

ONAY

İsmail ŞAHBAZ tarafından hazırlanan “YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGIÇ GÜVENCESİ AÇISINDAN MESLEKİ SORUNLAR” başlıklı bu çalışma 28.01.2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oy birliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan

Prof Dr. Hasan TUNÇ

Üye

Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Üye

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

ÖNSÖZ

Günümüz modern toplumlarında yargı bağımsızlığının sağlanması anlayışı ön plana çıkmış ve yargıçların daha bağımsız olduğu bir sistem kurmak için gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Çünkü bağımsız yargı devlet ve demokrasinin, temel hak ve hürriyetlerinin güvencesi ve vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmektedir.

Çalışmamda da bu gerekçeden hareketle Türk Yargı Sisteminin mevcut sorunları ve bu sorunları gidermeye yönelik alternatifler üzerinde durulmuştur. Esasında her bir başlık ayrı bir tez konusu olabilecek kapsamda olduğundan konu derinlemesine ele alınmaksızın sadece ilgili kısımlarda öne çıkan başlıklar ve farklı yaklaşımlara değinilmiştir.

Konuyu en zor kılan husus ise şüphesiz hukukun insan ilişkilerini konu alan sosyal bir bilim olması nedeniyle pozitif bilimlerde olduğu gibi kesin bir doğruluktan söz etme imkanının bulunmamasıdır. Bu nedenle çalışmada farklı düşünceler ortaya konuktan sonra kendi düşüncelerime kısaca yer verilmiştir.

Bu eseri hazırlamamda her türlü desteği ve kolaylığı sağlayan tez danışmanın sayın Prof. Dr. Hasan Tunç'a,

Tez yazım aşamasında benle birlikte aynı sabrı gösteren ve bu konuda maddi manevi desteğini esirgemeyen sevgili eşim Hatice'ye ve neşe kaynağım sevgili oğlum Alper'e sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISATMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGI BAĞIMSIZLIĞININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. YARGI	3
A. Yargı Kavramı ve Niteliği	3
B. Ayrı Bir Erk Olarak Yargı	5
1. Yargının Ayrı Bir Erk Olup Olmadığı Sorunu	5
2. Yargı Erkinin Ortaya Çıkış Süreci	6
3. Türk Yargı Sisteminin Gelişim Süreci	8
a. Osmanlı Dönemindeki Hukuksal yapı	8
b. Cumhuriyet Dönemindeki Hukuksal Yapı	9
II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI	11
A. Yargı Bağımsızlığı Kavramı	11
B. Yargının Bağımsız Olmasının Önemi	13
C. Yargı Bağımsızlığı'nın Diğer Kavramlarla Olan İlişkisi	15
1. Hukuk Devleti ve Yargı Bağımsızlığı	16
2. Temel haklar ve Yargı Bağımsızlığı	16
3. Demokratik Devlet ve Yargı Bağımsızlığı	17
4. Küreselleşme ve Yargı Bağımsızlığı	18
III. YARGIÇLIK GÜVENCESİ	20
A. Yargıçlık Güvencesi Kavramı	20
B. Yargıçlık Güvencesinin Tarihsel Gelişimi	21

İKİNCİ BÖLÜM
YARGI BAĞIMSIZLIĞININ KORUNMASI VE
UYGULAMADAKİ SORUNLARI

I.	GENEL OLARAK.....	24
II.	HAKİMLİK MESLEĞİNE KABUL	25
	A. Hakim ve Savcıların Mesleğe Alınmasında	
	İzlenen Usuller	25
	1. Seçim Yoluyla Mesleğe Alınma	27
	2. Hakim ve Savcılar Tarafından Seçilme	28
	3. Yasama Organınca Mesleğe Alınma	29
	4. Yürütme Tarafından Mesleğe Alınma	30
	5. Karma Kuruluşlarca Mesleğe Alınma	31
	B. Türkiye’de Hakimlik Mesleğine Kabulde	
	Benimsenen Sistem.....	32
	6. Adaylığa Kabul	32
	1. Yargıç ve Savcı Adaylarının Mesleki Eğitimi	36
III.	MESLEKİ HAYATTA YARGI BAĞIMSIZLIĞININ	
	KORUNMASI.....	37
	A. Yasama Organına Karşı Yargı Bağımsızlığı	38
	1. Anayasaya Göre Yargının Yasamaya Karşı Korunması.....	38
	2. Yasama Organına Karşı Yargıcın Bağımsızlığını Gerçekleştiren	
	İlkeler	41
	a. Yasama Organının Yargısal Denetimi	41
	b. Olağan Mahkeme ve Tabi Hakim İlkesi	42
	c. Yasal Düzenlemelerin Soyutluğu ve Genelliği	43
	A. Yürütme Organına Karşı Yargı Bağımsızlığı	44
	1. Anayasaya Göre Yargının Yürütmeye Karşı Korunması	44
	2. Yargının Yürütmeye Karşı Korunması ve İdarenin Yargısal	
	Denetimi	45
	3. Anayasaya Göre Yargı ve Yürütme Organı	
	Arasındaki Bağ.....	46

4. Yürütme Organı ve Danıştay Üyelerinin Seçimi	48
B. Yargının Yargıya Karşı Korunması.....	50
1. Mahkeme Kararlarının Hukuki Denetimi	50
2. Yüksek Mahkemece İlk Derece Mahkeme Hakimi ve Savcılar Hakkında Yapılan Not Takdiri	51
3. Yargının Yargıya Karşı Bağımsızlığına Getirilen İstisnalar	54
a. Yüksek Mahkemenin Israr Kararı Üzerine Verdiği Kararlar	54
b. İçtihadı Birleştirme Kararları	55
c. Uyuşmazlık ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Uyma Mecburiyeti.....	57
C. Yargının Basına Karşı korunması	58
1. Basının Kamusal Misyonu	58
2. Basın Özgürlüğü'nün Sınırı	59
3. Basına Karşı Yargı Bağımsızlığını Koruma Tedbirleri	60
D. Yargının Hakimin Kendisine Karşı Korunması	62
1. Tarafsızlık Kavramı.....	62
2. Yargıcın Tarafsız Olmasının Önemi	63
3. Yargıcın Tarafsızlığının Koruması	64

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1982 ANAYASASINA GÖRE YARGIÇLIK GÜVENCESİ VE REJİMİ

I. YARGIÇLIK GÜVENCESİ	67
A. Genel Olarak	67
B. Yargıçlık Güvencesinin Unsurları	68
1. Görev Güvencesi.....	68
a. Yargıçların Azledilmezliği İlkesi	68
b. Görevden Uzaklaştırma	71
c. Emekliye Sevk Olunamaması.....	72
2. Mali Güvence.....	73

3. Coğrafi Güvence.....	76
4. Türk Hukukunda Coğrafi Güvencenin Yeri	76
a. Coğrafi Güvencenin Yer Almamasının Yarar ve Sakıncaları	77
b. Bakanlığın Geçici Görevlendirme Yetkisi.....	79
c. Başka Görev Yasağı.....	81
C. YARGIÇ VE SAVCILARIN ÖRGÜTLENME HAKKI	83
1. Uluslararası Düzeyde Genel Kabul Görmüş Bir İlke Oluşu.....	83
2. Örgütlenme Hakkının Ulusal Düzeyde Korunması ve Yarsav	85
II. YARGIÇLAR REJİMİ	88
A. 1982 ÖNCESİ DÜZENLEME	88
1. 1924 Anayasası.....	88
2. 1961 Anayasası	90
B. 1982 Anayasası Dönemi	92
1. HSYK'nın Oluşumu.....	92
2. Düzenlemenin Yargı Bağımsızlığını İhlal Eden Yönleri	94
a. Sistematik Düzenleme ve Yargı Yolunun Kapalı Olması	94
b. HSYK'nın Sekreteryasının Bulunmaması	95
c. Cumhurbaşkanının Konumu	97
d. Bakanın Konumu	97
e. Adalet Bakanlığı Müsteşarının Konumu	99
f. Adalet Müfettişlerinin Konumu	103
C. ASKERİ YARGI VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI SORUNU	103
1. Genel Olarak	103
2. Mahkemelerin Oluşumu ve Yargı Bağımsızlığı.....	104
3. Askeri Hakim ve Savcıların Komutanlıklarla Olan İlişkisi.....	105
4. Emekliye Sevkleri ve Meslekten İhraçları	107
5. Yüksek Yargı Üyelerinin Seçiminde İdarenin Yetkisi	107

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARGI BAĞIMSIZLIĞININ SINIRI VE YARGININ DENETİMİ

I.	GENEL OLARAK	110
II.	HUKUK DEVLETİNDE YARGISAL YORUMUN SINIRI.....	111
	A. Vicdani Kanaat ve Kanuna Bağlılık	111
	B. Yargıçlar Devleti.....	113
	C. Yargının Devlete Karşı Bağımsızlığı Sorunu	116
III.	YARGIÇLARIN CEZAI VE HUKUKİ SORUMLULUKLARI.....	118
	A. Cezai Sorumluluk	118
	B. Hukuki Sorumluluk	119
	1. Sorumluluk Halleri	119
	2. Devletin Sorumluluğu	120
IV.	YARGININ DENETİMİ	121
	A. Denetimin Gerekliliği	122
	B. Yargının İdari Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı Sorunu	124
	SONUÇ	127
	KAYNAKÇA	139
	ÖZET	148
	ABSTRACT.....	150

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi
AY	: Anayasa
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
Bk.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E:	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi hukuk fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K:	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
M.K	: Medeni Kanun
mad.	: Madde

R.G.	: Resmi Gazete
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
t.y.	: Tarih Yerine, (Tarih belirtilmemiş)
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TODAİE	: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
v.d.	: Ve diğerleri
Y.	: Yıl
YD	: Yürütmenin Durdurulması
YHK	: Yüksek Hakimler Kurulu

GİRİŞ

Küreselleşme ile birlikte egemenlik anlayışında ciddi bir değişim yaşanmış ve devlet için birey anlayışı, yerini birey için devlet anlayışına bırakmıştır. Bunun doğal bir sonucu olarak da devlet kurumlarının oluşum şekli ve yetki paylaşımları mevzuat değişiklikleri ile yeniden yapılandırılmıştır.

Şüphesiz bu değişim yargı kurumlarına da yansımış ve bunun doğal bir sonucu olarak da eskiden beri varlığı kabul edilmekle birlikte Anayasa ve Yasa’da tanınan unsurları yönüyle farklılık arz eden yargı bağımsızlığı kavramının yeniden anlamlandırılması zorunluluğu doğmuştur.

Avrupa Birliği adayı olan Türkiye için 1982 Anayasasının öngördüğü sistem çok yetersiz olduğundan, yargı bağımsızlığının sağlanması için ciddi değişiklikler yapılması gerektiği bugün kamuoyunun hem fikir olduğu konuların başında gelmekle birlikte muhtevası noktasında tam bir mutabakatın sağlanamadığı görülmektedir. Şüphesiz bunun nedeni toplumsal yapının diğer batı toplumlarına kıyasla daha farklı bir nitelik göstermesidir. Bu gerekçeden hareketle Avrupa Birliği üye ülkelerde tek bir sistem benimsenmeksizin her devletin, kendi özel durumlarını göz önünde bulundurarak farklı bir sistem oluşturmaya imkan tanınmıştır.

Bu çalışmada Avrupa ülkelerinde benimsenen sistemlerin ortak ve farklılık arz eden yönleri ile Türk yargı sisteminde yer alan düzenlemeler karşılaştırılarak bir değerlendirme yapılmıştır.

Tez çalışması giriş ve sonuç dışında dört bölümden oluşmaktadır.

“Yargı Bağımsızlığının Tarihsel Gelişimi ve Kavramsal Çerçevesi” başlıklı birinci bölümde, yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi kavramları ile bu kavramların ortaya çıkış süreci ve Türk yargı sisteminin tarihsel gelişimi üzerinde durulmuştur.

“Yargı Bağımsızlığının Korunması ve Uygulamadaki Sorunları” başlıklı ikinci bölümde; hakimlik mesleğine kabul noktasında benimsenen sistemler

ile Türkiye'deki mevcut düzenlemenin yargı bağımsızlığını ihlal edip etmediği irdelenmiş, mesleki hayatta yargı bağımsızlığının yasama, yürütme ve yargı ile basın organları ve yargıcın kendisine karşı korunması için alınması gerekli tedbirlerin neler olduğu belirtilmiştir.

“1982 Anayasasına Göre Yargıçlık Güvencesi ve Rejimi” başlıklı üçüncü bölümde yargıçlık güvencesinin genel unsurları ile 1982 Anayasasında yer alan ve yer almayan unsurlara ve 1982 anayasasını göre HSYK'nın oluşu ve yetkileri ile bakanlığın konumu üzerinde durulmuş, düzenlemenin yargı bağımsızlığını ihlal eden yönlerine değinilmiş, yargıç ve savcılarının örgütlenme hakkı ile askeri yargının HSYK'dan ayrı yapılması ve bunun yargı bağımsızlığına aykırılık taşıyıp taşımadığı hususları irdelenmiştir.

“Yargı Bağımsızlığının Sınırı ve Yargının Denetimi” başlıklı dördüncü bölümde yargıçlık güvencesi ile yargı bağımsızlığının yargıçların şahsına tanınmış bir ayrıcalık olmayıp yargılama faaliyetinin gereği gibi yürütülmesine yönelik olduğu, hukukun üstünlüğü anlayışının yargının üstünlüğü şeklinde yorumlanamayacağı, bu ilkeleri suiistimal edenlerin hukuki sorumlulukları ile idari denetimin yarar ve sakıncaları üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGI BAĞIMSIZLIĞININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE

KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. YARGI

A. Yargı Kavramı ve Niteliği

Anayasada yasama ve yürütme erki yanında devletin üçüncü bir erki, bir başka anlatımla ayrı bir organı olarak yargıdan bahsetmekle yargı erki olmadan devletin tam anlamıyla ortaya çıkamayacağı imasında bulunmaktadır. Çünkü yargı insanlığın ilk var olduğu günden bu yana her zaman önemini koruyan hak kavramıyla doğrudan ilintilidir.

Yargılama yetkisi haklı olanı haksızdan ayırma işlemlerinin bütünüdür ifade eder. Bir başka anlatımla kişinin sıfatı, yürüttüğü görevi, sosyal statüsü, yaş ve cinsiyeti, dini inanç ve düşünce sistemindeki farklılıklara bakılmaksızın somut olaydaki haklılık oranının saptanarak mevcut hakların korunması anlamı taşır.

Bu yönüyle hak kavramı kişiden bağımsız olup maddi olayla alakalı bir kavramdır. Halk dilinde kullanıla gelen “Sezar’ın hakkını Sezar’a ver” deyimini de aynı hususa vurgu yapmaktadır. Sezar zalim bir kumandan veya idareci olabilir ancak somut olayda hukuken korunmaya değer hakları varsa kişilik analizi yapılmadan hak sahibinin hakkının korunması gerekmektedir. İşte bütün bu işlemleri gerçekleştirerek toplumda adalet dağıtma görevini üstlenen kamu görevlilerine hakim veya yargıç adı verilmektedir.

Günümüzde de doktrince yargı kavramı, özel bir muhakeme yöntemiyle ortaya çıkacak bir hakla ilgili kararların ortaya konması¹, bireylerce gerçekleştirilen bir takım işlem ve eylemleri belli usullerle denetleyerek

¹ Demirkol, 1991: 3

gerektiğinde yaptırım uygulayan taraflardan ayrı, tarafsız ve bağımsız bir kamu gücü cihazı² ve bağımsız organlarca hukuki uyuşmazlıkların kesin olarak çözülmesi ve karara bağlanması³ şeklinde farklı tanımlamaları yapılmıştır.

Tanım ne şekilde yapılırsa yapılsın hepsinde ortak olan şey hak kavramı olmadan yargıyı tanımlamanın mümkün olmadığı gerçeğidir. Devlet yargılama yapıp hakkın niteliğini saptamak suretiyle uyuşmazlıkları adalete uygun biçimde çözme görevini özel makamlara vermiştir ve bu makamlar yaptıkları yargılama faaliyeti ile toplumda ortaya çıkan menfaat çatışmalarını giderirler.⁴

Bu yönüyle yargı bir tür türemiş yetki olup yürütmenin kullandığı türevsel yetkiye benzer bir nitelik taşımaktadır. Çünkü yargı organı önlerinde bulunan davayı karara bağlamak suretiyle bu yetkiyi kullanmaktadır.⁵ Nitekim yargı içtihatlarında da dava, mahkemeden verilecek bir hükümlerle bir iddia üzerinde hukuki korumanın sağlanması dileği olarak nitelendirilmektedir.⁶

Her ne kadar yargılama faaliyetini yerine getiren makamlar idare organından ayrı ise de modern hukuk devletlerinin teşekkülü öncesinde yargılama faaliyetinin idare organlarınca yerine getiriliyor olması yargı fonksiyonunun niteliğine ilişkin hususlarda idare fonksiyonu ile karşılaştırılması sonucunu doğurmuştur.

Bir kısım görüş yargı fonksiyonunun amacını hukuk düzeninin korunması ve gerçekleştirilmesi olarak tanımlarken idare fonksiyonunun amacının kamu yararının sağlanması ve korunması olduğunu ve iki fonksiyon arasındaki ayrımın amaçlarındaki ayrılıktan doğduğunu ileri sürmüştür. Diğer görüş ise aradaki farkı işlemlerin maddi nitelikleri arasındaki farkta bağlamaktadır. Bu düşünceye göre yargısal işlemler gösterici, idari işlemler ise inşai nitelik taşımaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da idari işlemler her

² Duran, 1982: 3

³ Gözler, 2001: 332

⁴ Kunter, 1989: 44

⁵ Derdiman, 2006: 533

⁶ Aybay, Aybay, 2005: 241

zaman idarece geri alınabilirken yargı kararlarında “kesin hüküm” nedeniyle bu mümkün olamamaktadır.⁷

B. Ayrı Bir Erk Olarak Yargı

1. Yargının Ayrı Bir Erk Olup Olmadığı Sorunu

Yargının yasama ve yürütme kuvvetinden ayrı, bağımsız bir üçüncü kuvvet niteliği taşıyıp taşımadığı noktasında da değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir düşünceye göre kanunları yapan ve bunları uygulayan kuvvet olmak üzere iki erk vardır ve yargılama faaliyeti de kanunların uygulanmasından ibarettir. Bu nedenle yargı fonksiyonu da yürütme erkinin bir parçası olarak kabul edilmelidir.⁸ Gerek yargı gerekse idare fonksiyonu biraz farklı da olsa geniş anlamda kamu yararının özü olan adaleti gerçekleştirmeye yönelmiştir ve amaçları aynıdır.⁹ Yine bu düşünceye göre yargının ayrı bir erk olarak kabul edilebilmesi için yargıçların bizzat halk tarafından seçilmesi gerekmektedir.

Yargının yürütmeden ayrı bir erk olduğunu iddia eden hukukçulara göre ise yargının niteliği itibariyle yürütmeden ayrı değerlendirilmesi gerektiğidir. Yargıda her zaman bir ihtilaf vardır ve amaç tecavüze uğrayan hakkın korunmasıdır. İdare ise kamu işlerinin iyi yürütülmesine yönelik oluşturulmuş bir tür cihazdır.¹⁰

Kanımca İdarenin işleyişi ve oluşumu ile yargının yapısı tamamen birbirinden farklıdır. Öncelikle idarede, idarenin bütünlüğü ilkesi gereği hiyerarşik bir bağ vardır ve ast üstün talepleriyle bağlıdır. Yargıda ise tamamen bağımsızlık kavramı üzerine oturtulmuş bir yapı vardır ve her bir mahkeme, hatta aynı mahkemedeki her bir yargıç yargılama sırasındaki faaliyetlerde diğer yargıçlardan bağımsız durumdadır.

⁷ Özbudun, 2004: 353

⁸ Özbudun, 2004: 354

⁹ Azrak, 1969: 148

¹⁰ Demirkol, 1991: 14

Her ne kadar kanun yapmak ile kanunları uygulamak şeklinde ikili bir tasnife tabi tutulmuşsa da yasama organı da anayasanın verdiği yetkiye göre faaliyet gösterdiğinden yasamayı da bir noktada kanunların uygulayıcısı olarak görmek ve aynı kategoriye sokmak mümkündür. Bu nedenle yürütülen faaliyetin niteliğinin göz önünde bulundurulması ve buna göre bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyim.

Gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 Anayasası egemenliğin kayıtsız şartsız milletine ait olduğu ve Türk milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağını düzenleme altına alarak genel esaslar arasında yasama ve yürütmeden ayrı olarak yargı yetkisine değinmiş ve yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını düzenleme altına alarak ayrı bir erk olarak kabul etmiştir.

2. Yargı Erkinin Ortaya Çıkış Süreci

Yargı erki, insanlık tarihinin başlarından orta çağa kadar yürütme erki ile birlikte düşünülmüş ve yürütme organlarınca yargısal faaliyetler gerçekleştirilmiştir. Yargı erkinin organik ve fonksiyonel açıdan yürütme organından ayrılması ise devlet işlerinin artmasıyla ortaya çıkan ihtiyaç sonucu gerçekleşmiştir.¹¹ Bir noktada sosyal yapının karmaşık hale gelmesi ve devlet anlayışındaki değişme yargının fonksiyonel açıdan yürütmeden ayrılmasını gerekli kılmıştır.

Toplumsal barışın sağlanması ve güçlü bir devlet yapısının oluşturulması ancak bireyin adalet duygusunun tatmin edilmesiyle mümkündür. Bu da ancak ve ancak yargının yürütmeden ayrı ve bağımsız bir erk olarak kabulü ile sağlanabilecektir.

Tarihsel sürece bakıldığında yasama yürütme ve yargı erkleri arasındaki ayrıma ilk kez Siyaset adlı eserinde Aristo değinmiştir. Daha sonraki dönemlerde Cicero, Machiavelli ve John Locke bu kavramlar üzerinde durarak yaptıkları çalışmalarıyla gelişmesine katkıda bulunmuş ve nihayet

¹¹ Ünal, 1994: 1

kuvvetler ayrılığı ilkesinin klasik anlamdaki tanımı ise ilk kez Montesquie tarafından gerçekleştirilmiştir.

Montesquie devletin yasama yürütme ve yargı erki olmak üzere üç erkten oluştuğunu ve devlete ait yetkilerin bu erkler arasında dengeli olarak dağıtılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu düşünceden esinlenen 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri federal anayasası ile Fransız devrimi sonucu kabul edilen anayasalar kuvvetler ayrılığı ilkesini benimseyerek modern anlayışa uygun olarak yargılama yetkisini yürütmeden ayrı tutmuşlardır.¹²

Yargının bağımsız bir erk olarak kabulünde şüphesiz aydınlama çağı sonrası ortaya çıkan liberal ve özgürlükçü devlet anlayışının da etkisi olmuştur. Devletin yetkilerinin sorgulanır hale geldiği bu dönemde yargının bağımsızlığı sağlanmadığı müddetçe bireyin hürriyet ve güvenliğini sağlamanın mümkün olmadığı ve kişi hak ve özgürlüklerinin garantiye alınması için yargılamanın bağımsız olması gerektiği inancı pekişmiştir. Bütün yetkilerin tek elde toplanması keyfiliğe davetiye çıkaran bir uygulama şekli olarak algılanmış ve erklerin karşılıklı bir sınırlama ve frenlemeyi gerçekleştirecek şekilde birbirinden ayrılması özgürlük ve güvenin en önemli şartı sayılmıştır.¹³

Yargının bağımsızlığı sadece yargının ayrı bir kuvvet olmasıyla sağlanan bir durum değildir. Yargı bağımsız olmamakla birlikte ayrı bir erk olarak üstlendiği faaliyetleri yerine getirebilir.¹⁴ Bu nedenle yargı bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı teriminden çok daha geniş ve farklı anlamlar içermektedir.

Bununla birlikte yargı bağımsızlığı ilkesi devlette kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandığı¹⁵ ve bağımsız bir yargı teşkilatı için atılan ilk adımı yargının ayrı bir kuvvet olarak kabulü oluşturduğundan yargı bağımsızlığı ile kuvvetler ayrılığı arasında bu yönüyle yakın bir bağ bulunduğu ve iki kavramın birbirini tamamlar nitelikte olduğu da bilinen bir gerçektir.

¹² Ünal, 1994: 3

¹³ Usta, 1992: 4

¹⁴ Demirkol, 1991: 15

¹⁵ Yurtcan, 1987: 53

3. Türk Yargı Sisteminin Gelişim Süreci

a. Osmanlı Dönemindeki Hukuksal Yapı

Osmanlı Devletinde modern batı dünyasının devlet anlayışını şekillendiren kuvvetler ayrılığı ilkesine yer verilmediği, bütün devlet fonksiyon ve yetkilerinin devlet başkanında toplandığı görülmektedir. Padişahın sahip olduğu onca yetkiyi tek başına kullanması imkansız olduğundan Padişah'a devlet işlerinin yürütülmesinde yardımcı olacak organlara ihtiyaç duyulmuştur.¹⁶ Bu organlarca yürütülen faaliyetler padişah adına yapıldığından devlet başkanının yetkilerinin sınırlandırılması gibi bir durum söz konusu değildir. Padişah hiçbir organ veya kurum lehine yetkilerinden feragatta bulunmamış, bu konuda son söz yine hükümdarın olmuştur.¹⁷

Yarılama faaliyeti açısından bakıldığında Padişah'ın şer'i alanda bir yargılama yetkisi yoktur. Bu konuda ulemalar söz sahibi olmuştur. Tanzimat'a kadarki süreçte normal mahkemeler kadılarca yönetilmiş olup Padişah'ın şeriatın temsilcisi sayılan kadıların yargılama faaliyetlerine müdahale etme yetkileri yoktur. Burada şeriat ile onu temsil eden kadı ve hükmü düzeltme yetkisine sahip olan kazaskerin Padişah'tan üstün durumda olduğu¹⁸ görülmekle birlikte Padişah'ın emir ve buyruklarından oluşan örfi hukuk alanındaki yargısal faaliyetlerde Padişah'ın yetkileri son derece geniştir. Bu nedenle Osmanlı Devletinde yargı kuvveti yürütmeden tam olarak ayrılmamıştır ancak devletin temelini adalet olduğu kuralını benimseyen hükümdarlar kadılarca verilen kararlara rıza göstermişlerdir.¹⁹

Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinde yargısal faaliyete ilişkin bir takım düzenleme yapıldığı görülmekle birlikte bunun yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine ilişkin evrensel nitelikteki ilkeleri tümüyle düzenleme altına almaksızın daha ziyade yargısal faaliyeti yürüten mahkemelerin görev dağılımına ilişkin hükümleri içerdiği görülmektedir. Nitekim bu dönemde

¹⁶ Okandan, 1968: 22

¹⁷ Demirkol, 1991: 27

¹⁸ Demirkol, 1991: 27

¹⁹ Kunter, 1960: 51

hazırlanan 1876 Anayasası monarşik bir yapı öngördüğünden yargıyı ayrı bir erk olarak nitelendirmemiştir. Egemenliğin hükümdara ait olduğu belirtilmiş, yargı organına ilişkin bölüm de mehakim (mahkemeler) başlığı altında toplanmıştır.

Bununla birlikte 1876 Anayasasında yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatına ilişkin bir kısım düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin 86. maddede “mahkemeler her türlü müdahaleden azadedir” hükmü yer almış, 88. maddede her ne şekilde olursa olsun belli durumlar için muayyen mahkeme dışında olağanüstü mahkeme ve hüküm verme yetkisine haiz komisyon oluşturulamayacağı düzenlenmiş, 81. maddede de hakimlerin azlolunamayacağı esası benimsenmiştir.

b. Cumhuriyet Dönemindeki Hukuksal Yapı

1921 Anayasasında yasama ve yürütmeye ilişkin bir takım düzenlemelere yer verilmesine rağmen yargı hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle yargı erkinin yasama organında toplanıp toplanmadığı hususu eskiden beri doktrinde tartışıla gelmiştir. Mümtaz Soysal, saltanatı ortadan kaldırarak yeni bir devlet kurma düşüncesiyle bütün yetkilerin mecliste toplandığını, İstiklal Mahkemelerinin kurulması ve yargılama faaliyeti yapmasının da yargı yetkisinin TBMM’ye ait olduğuna bir kanıt oluşturduğunu ileri sürmüştür.²⁰

Sıddık Sami Onar’a göre ise yargı organı bağımsızlığını korumuştur. 1921 Anayasasının hazırlandığı dönemde tüm yurttaki ve özellikle mecliste düşünülen tek şey ülkenin bağımsızlığını korumaktır. Bu nedenle bütün ulusal kuvvetleri tek elde toplayarak savaşı idare etmek 1921 Anayasasının en önemli amacını oluşturmuştur.²¹

1921 Anayasasında yargının TBMM’de toplandığına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasanın 2. maddesinde yasama ve yürütmenin TBMM’de toplandığı düzenlemesine yer verilerek sadece siyasi kuvvetlerin

²⁰ Soysal, 1969; 161

²¹ Onar, 1966: 159

TBMM’de toplandığı²² belirtilmiştir. Bu maddede yargıya yer vermemesiyle yargı faaliyetinde TBMM’nin yetkili olmadığı şeklinde bir düzenleme yapma amacı güdüldüğü sonucuna varılabilir.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir nokta, 1921 Anayasasının yürürlüğe girmesine rağmen açıkça 1876 Anayasasını yürürlükten kaldırmaması nedeniyle 1921 ve 1876 Anayasasının birlikte uygulanma kabiliyetinin bulunup bulunmadığı hususudur.

Atatürk, Sadrazam Tevfik Paşa’ya gönderdiği telgrafta “1909 Anayasası’nın yeni anayasa ile çatışmayan hükümlerinin mer’i olduğunu bildirmiştir.”²³ Diğer taraftan 1924 Anayasası’nın 104. maddesiyle 1921 ve 1876 Anayasalarının birlikte yürürlükten kaldırılması da 1921 Anayasası’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu anayasa hükümleriyle çelişmeyen 1876 Anayasası hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin olduğunu göstermektedir. Nitekim 1921 Anayasasının yürürlükte olduğu 1921 ve 1924 yılları arasında yargı faaliyeti 1876 Anayasası uyarınca oluşturulan Şer’iye ve Nizamiye Mahkemelerince yerine getirilmiştir. Buradan hareketle yargılama yetkisinin meclise ait olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

1924 Anayasası yasama ve yürütme erkinin birliğine karşın 8. maddesinde yargının, millet adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı belirtilerek yargıyı bir erk olarak kabul ettiği gibi yargılama faaliyetinin meclisin yetkisinin tamamen dışında olduğunu ve bağımsız mahkemelerce icra edileceğini de açık bir dille ifade etmiştir.

1961 ve 1982 Anayasaları ile yargı erkine ilişkin önceki düzenlemelerden farklı olarak daha geniş hükümlere yer verilmiştir. 1924 Anayasasında görülen aksaklıklar nedeniyle yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı anayasada geniş bir biçimde düzenlenmiş, hakimlere ve mahkemelere hiçbir organ, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılması noktasında emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, yasama ve yürütme organlarının mahkeme

²² Gözübüyük, 1982: 93

²³ Demirkol, 1991: 36

kararlarına uymalarının zorunlu olduğu, yasama meclislerinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olarak herhangi bir beyanda bulunulamayacağı gibi modern hukuk anlayışına uygun ilkelerin benimsendiği görülmektedir.

1961 ve 1982 Anayasalarının yargı bağımsızlığı noktasında getirdiği düzenlemeler ileri bölümlerde geniş bir şekilde ele alınacağından bu bölümde genel bir açıklama ile yetinmek istiyorum.

II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI

A. Yargı Bağımsızlığı Kavramı

Kişi hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınması için yargı organının yasama ve yürütme organının etkisinden uzak tutulması gerektiği bütün çağdaş devletlerce benimsenmiştir. Bağımsızlık kavramı devletin organlarından birinin fonksiyonel açıdan diğer organ ve organ gruplarının etkisi olmaksızın faaliyet gösterebilmesi anlamını taşır.

Yargı bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiğini ise hukukçular çeşitli şekillerde ifade etmiştir. Kunter yargı bağımsızlığını “hakimlerin kararları verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları”²⁴ şeklinde tanımlamıştır. Yine Kunter’e göre baskı yapılması kadar yapılabilmesi ihtimali de hakimlerin bağımsızlığını zedeler. Baki Kuru hakimlerin her türlü maddi ve manevi etkilerden uzak olarak görevlerini huzur içinde yapabilmeleri,²⁵ Özbudun, hakimlerin gerek yasama gerekse yürütme organına bağlı olmadıkları, bu iki organın hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiyelerde bulunamayacağı ve genelge gönderemeyeceği anlamına geldiği²⁶ Gözler ise yasama ve yürütme yanında yargıçların çevre ve diğer yargı organlarına karşı da bağımsız olmaları olarak tanımlamıştır.²⁷

Doktrinde hakimlerin görevlerine ilişkin objektif bağımsızlığı ile kişisel bağımsızlık arasında bir ayırım yapılmakta ve mahkemelerin devletin diğer

²⁴ Kunter, 1989: 347

²⁵ Kuru, 1966: 1

²⁶ Özbudun, 2004: 358

²⁷ Gözler, 2000: 440, Tanör, Yüzbaşıoğlu, 2001: 435

organlarından bağımsız olması, onlardan emir ve talimat almamaları objektif anlamda bağımsızlık veya maddi bağımsızlık şeklinde ifade edilmektedir.²⁸ Çoğu kez kişisel bağımsızlık objektif bağımsızlığın teminatı olarak kabul edilmektedir. Türk hukukundaki hakimin bağımsızlığı ile hakimlik teminatı kavramları da aynı anlamı karşılamaktadır.²⁹

Mahkemelerin bağımsızlığı kavramı çoğu zaman hakimlerin bağımsızlığı kavramıyla eş anlamlı kullanılmaktadır. 1982 Anayasası'nın 9. maddesinde genel ilke olarak yargı yetkisinin Türk ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ifadesine yer vererek "bağımsız mahkeme" kavramına vurgu yapmakta, yine Anayasanın 138. maddesinde "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlığına yer vererek aynı kavramı öne çıkartmaktadır.

Her ne kadar Anayasamızın 138. maddesinin başlığı "mahkemelerin bağımsızlığı" ise de maddenin içeriğinde 1961 Anayasası'nda olduğu gibi "hakimler görevlerinde bağımsızdır" ifadesine yer vererek yargıç ve mahkemenin bağımsızlığının temel ilkelerinin gösterildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu ifade ile mahkemeler kurum olarak ele alınmış ve yargı bağımsızlığının sağlanması için yargı erkinin en önemli sujesi konumunda olan yargıçların da bağımsız olmaları gerektiği hususuna vurgu yapılmıştır.³⁰

Mahkemelerde her zaman tek yargıç bulunmadığından doktrinde de mahkeme kurulunda yer alan tüm yargıçların bağımsızlığını anlatmak üzere, Anayasa'da "mahkemelerin bağımsızlığı" kavramına da yer verildiği ileri sürülmüştür.³¹ Bu nedenle yargı bağımsızlığı kavramı ile hem mahkemelerin hem de hakimlerin bağımsız olmaları anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte Cumhuriyet Savcılarının yargılamada iddia makamı olarak devletin tarafında ve taraflardan birinin karşısında yer alması nedeniyle yargıçların yargılamaya ilişkin bağımsızlığı bunlar için

²⁸ Demirkol, 1991: 46

²⁹ Kapani, 1956: 83

³⁰ Ünal, 1994: 6

³¹ Centel, 2002: 105, Çınar, 2008: 8

tanınmamıştır.³² Selçuk'a göre ise yargı bağımsızlığı kavramını savcılardan ayrı düşünmek hatalıdır. AİHS'nin 5/3 maddesinde "yasa tarafından yargısal görevleri yürütmekle görevli bir başka majistra" ile anlatılmak istenen kurum Cumhuriyet Savcılarıdır. AİHM bir kararında sanığı dinleyecek, tutuklanması konusunda leh ve aleyhteki koşulları değerlendirecek olan savcının Adalet Bakanından talimat almasının sözleşme hükümlerine aykırılık taşıdığını belirtmiştir.³³

B. Yargının Bağımsız Olmasının Önemi

Devletin ilk ortaya çıkışını sosyal sözleşme teorisine bağlayan düşünörlere göre toplumda var olan çıkar çatışması devleti zorunlu kılmıştır. Thomas Hobbes Leviathan isimli eserinde "insan insanın kurdudur" tezini savunur ve hakkın korunması için devletin zorunlu olduğundan bahseder.³⁴ Yine Liberalizmin kurucusu ve babası olarak kabul edilen John Locke'a göre insanların doğuştan sahip oldukları hayat, özgürlük ve mülkiyet gibi bazı haklar bulunmaktadır. İnsanlar bu tür doğal haklarının korunması için bir araya gelip anlaşıarak devleti kurmuşlardır.³⁵

Bu yönüyle devletin asıl gayesinin toplumsal düzeni kurmak olduğu, bu da ancak hakkın sahibine verilmesi suretiyle adaletin sağlanması ile mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle toplumsal düzenin sağlanması hak kavramıyla, hak kavramını da yargı ile birlikte düşünülmektedir. Adaletin mülkün temeli olarak nitelendirilmesi de yargının bu işlevinin bir sonucudur.

Yargı fonksiyonunun doğrudan doğruya kişiler arasındaki hak ihtilafını gidererek adaletin gerçekleştirilmesini amaç edinmesi yargıya ayı bir misyon yüklemiştir. Yargı haksızlığa uğrayan bireylerin mağduriyetlerinin giderilerek toplumda yükselen tansiyonunu düşürme görevini üstlenmiş durumdadır.

³² Derdiman, 2006: 535

³³ Selçuk, 2000: 127

³⁴ Gözler, 2007: 38

³⁵ Gözler, 2007: 39

Kişilerin adalet duygularının tatmin edilmemesi illegal yöntemlerle hakkın aranması gibi bir takım sonuçları da beraberinde getirebileceği ve böylece toplumda bir takım kırılmaların yaşanabilecek olması yargının kendine özgü bir niteliğe bürünmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim idari usullerden önemli ölçüde farklı ve kişi haklarının korunması açısından çok daha güvenceli bir takım usuller benimsenmiştir.³⁶

Bunlardan en dikkate değeri şüphesiz yargının yasama ve yürütme organı karşısında bağımsız bir nitelik taşımasıdır. Çünkü yargı erkinin Anayasayla üstlendiği yasama ve yürütme erkinin denetimini eksiksiz yapabilmesi için yargı bağımsızlığı zorunludur.³⁷ Yine bu ilkenin bir uzantısı konumunda olan hakimlerin diğer kamu görevlilerinden daha teminatlı bir statüye kavuşturulmasıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde “Herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklarda gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen 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 sahiptir” ifadesine yer verilerek insanların bir hakkın ileri sürülmesinde veya kendisine karşı yapılan haksızlığın giderilmesinde bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanmasının bir insanlık hakkı olduğu vurgulanmıştır. Benzer bir düzenlemeye İnsan Halkları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesi ile Birleşmiş Milletlerin 2003/43 sayılı Bangalor Yargı Etiği İlkelerinde³⁸ de yer verilmiştir.

Uluslar arası metinler yanında yargının bağımsız olduğu anlayışı bir çok dünya milletlerinin anayasalarında da yerlerini bulmuştur. Alman Anayasası 97. madde, İtalyan Anayasası 104. madde, Fransız Anayasası 64. madde, Demokratik Kongo Cumhuriyeti Anayasası 122. madde, Nijerya Anayasası

³⁶ Özbudun, 2004: 354

³⁷ Sav, 1982: 41

³⁸ Çınar, 2008: 11

59. madde, Malta Anayasası 40. maddesinde yargının bağımsızlığına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.³⁹

Günümüz modern toplumlarında yargı organları ile ilgili geçerli kural yargıların daha bağımsız olduğu bir sistem oluşturmaktır.⁴⁰ Çünkü bağımsız yargı devlet ve demokrasinin, temel hak ve hürriyetlerinin güvencesi ve vazgeçilmez bir unsurudur.

C. Yargı Bağımsızlığı'nın Diğer Kavramlarla Olan İlişkisi

1. Hukuk Devleti ve Yargı Bağımsızlığı

Hukuk devleti yasama ve yürütmenin hatta belli ölçüde yargı organın bütün tasarruflarının kural olarak yargı denetimine tabi olduğu devlettir.⁴¹ 1982 Anayasasının 2. maddesinde “Cumhuriyetin nitelikleri” arasında sayılan ve değiştirilmesi dahi teklif edilemeyen hukuk devleti ilkesi bütün modern demokratik rejimlerince kabul edilmiş bir ilkedir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devletini “insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuka ve Anayasaya uyan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan bir devlet” şeklinde tanımlamıştır.⁴²

Ancak unutulmamalıdır ki hukuk devleti demek adaletli bir devlet modeli öngören devlet demek değildir.⁴³ Çünkü idarenin uymak zorunda olduğu hukuk kuraları her zaman adil hükümler içermeyebilir.

Vatandaşların devlete güven duyması ve manevi varlıklarını tam anlamıyla geliştirebilmesi ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk

³⁹ Demirkol, 1991: 49

⁴⁰ Üstündağ, 1977: 8

⁴¹ Velidedeoğlu, 1973: 14

⁴² 29.11.1966 gün ve E:1966/11, K:1996/44 sayılı R.G. 27.12.1967, 12787

⁴³ Uygur, 2004. 32

devleti sistemi ile mümkündür.⁴⁴ ve bunun teminatı da şüphesiz bağımsız yargıdır.

Hukuk devletinin karşıtı olan polis devletinde idare hiçbir hukuk kuralarıyla bağlı değildir. Devletin işlem ve eylemleri tamamen keyfi bir nitelik taşıyıp herhangi bir yargısal denetim mümkün değildir. Hukuk devleti de egemenliği kullanan kurumların bu tür denetimden uzak mutlak iktidar anlayışlarına bir tepki olarak doğmuş ve hukuk devletinde herkesin yargı yoluna başvurma hakkının bulunduğu ve bunun engellenmesinin hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmadığı gerek yargısal içtihatlarda gerekse öğretide kabul görmüş bir yaklaşımdır.⁴⁵

Bir hukuk devletinden söz edilebilmesi için devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması yeterli olmayıp hukuka uygunluk denetimi yapan mahkemelerin yürütme ve yasamanın bütün etkilerinden uzak olması ve yargıçların sadece somut olayda hukuk ve hakkaniyetin gereklerine göre karar verebilecekleri mekanizmanın da oluşturulması gerekmektedir. Bu nedenle yargı bağımsızlığının güvence altına alınmamış olduğu devletin tam anlamıyla bir hukuk devleti olduğundan söz edilemez.⁴⁶

2. Temel haklar ve Yargı Bağımsızlığı

Kamu hürriyetleri olarak da adlandırılan temel haklar kişinin belli bir sınıf ve zümreye dahil olup olmadığına bakılmaksızın sırf insan olması nedeniyle tanınan ve vazgeçilmez nitelikteki haklar bütünüdür ifade eder.

Toplumda tüm bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerin gelişip sürekli bir işlerlik kazanması ancak bağımsız bir yargı erkinin varlığıyla mümkündür. 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde bireyin hak ve hürriyetlerinin ancak mahkeme kararıyla sınırlandırılabilceği ifade edilmiş ve mahkemeye temel hakların koruyuculuğu misyonu yüklenmiştir. Bu nedenle temel hak ve hürriyetlerin korunması yargının bağımsız olmasını da

⁴⁴ Özbudun, 2004: 113

⁴⁵ Soysal, 1969:216

⁴⁶ Özbudun, 2004: 118

beraberinde getirmektedir. Aksi takdirde güdümlü bir yargıdan kişilik onurunun korunmasını beklemek çok yanlış olacağı gibi toplumu oluşturan bireylerin hakka olan güven duygularını da yitirmesine ve yargıya kuşkulu gözlerle bakmasına neden olacaktır.

Yukarıda hukuk devleti ilkesini açıklarken değinildiği üzere yargı yolunun kapalı olmasının hukuk devleti ilkesini ihlali anlamını taşımaktadır. Aynı hususu temel hak bağlamında ilişkilendirmek de mümkündür. 1982 Anayasasının “Temel hak ve ödevler” başlıklı ikinci kısmı içerisinde (mad.36) hak arama hürriyetine yer verilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında “herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” hükmü yer almıştır.

Temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesi durumunda bu ihlali müeyyidelerle koruma altına alacak bir bağımsız yargının bulunması hakların korunması açısından yargının çok büyük bir işleve sahip olduğunu göstermektedir. Yargı yolunun açık olmaması temel hak ve hürriyetlerin her an sınırlandırılabileceği tehdidini de beraberinde getirdiğinden hakların tanınmasının çok bir esprisi olmayacaktır. Çünkü kendisine başvurulamayacak yargının bağımsız olup olmaması çok bir anlam ifade etmemektedir. Bu nedenle yargı yoluna gidilememesinin bağımsız yargı ilkesinin de açık bir ihlali olarak nitelendirmek mümkündür.⁴⁷

3. Demokratik Devlet ve Yargı Bağımsızlığı

Demokratik olmayan otoriter ve totaliter ülkelerin bile anayasalarında yargının bağımsızlığına vurgu yapılmaktadır. Ancak uygulamada bu tür sistemlerde yargının güdümlü olduğu ve yürütme organının çıkarlarına hizmet eden bir araç niteliği taşıdığı görülmektedir. Yargının bağımsız olmasında amaç devlet organlarının hukuk dışı davranışlarını denetleyerek yaptırım uygulamak olduğuna göre otoriter veya totaliter sistemlerin buna tahammül

⁴⁷ Demirkol, 1991: 54

edemeyecekleri ortadadır. Bu nedenle yargı bağımsızlığı ile demokratik devlet ilkeleri arasında bir paralelliğin olduğu ve demokrasinin esenliğinin yargı bağımsızlığına bağlı olduğu⁴⁸ kolaylıkla söylenebilir.

Her şeyden önce kişinin iradesine değer verilmediği ve insanın devlet karşısında etken bir suje olarak kabul edilmediği baskıcı rejimlerde temel hakların kullanımı da devlet organlarının inisiyatifine bırakılmaktadır. Yargının bağımsız olması, kişi özgürlüğünü güvence altına almakta iken hürriyetlerin kısıtlandığı bu tür sistemlerde siyasal hakların gelişmesini ve yargının bağımsız olmasını beklemek de yersizdir. Hürriyetler üzerinde baskı kurup demokrasinin gerçekleşmesine engel olan yürütme erkine karşı yargı bağımlıdır. Hitler Almanyası buna en güzel örnek teşkil etmektedir.⁴⁹

Demokrasi her şeyden önce çok seslilik demektir ve toplumdaki farklı inanç, düşünce ve kültürleri bir zenginlik olarak görerek zıt düşüncelere de saygı gösterebilme erdemliğidir. Bu yönüyle toplumda demokrasinin yerleşmesi toplumun algılayış ve kültür seviyesindeki gelişmişliğin de işareti olmaktadır.⁵⁰

Bununla birlikte demokrasi, hürriyetleri tek başına gerçekleştirmeye yeterli olmadığından yargının bağımsız olması hem demokrasi hem de temel hakların güvencesi olmaktadır. her şeyden önce halkın iradesine dayanarak çoğunluğu elinde bulunduran siyasal gücün demokrasi ve hürriyet için tehlike olabilmesini de önleyen unsurların başında yargı bağımsızlığı gelmektedir. Çoğunluğun hukuk dışı tutum ve davranışları yargısal yolla denetlenerek demokratik hayatın devamlılığı sağlanmaktadır.⁵¹

4. Küreselleşme ve Yargı Bağımsızlığı

Küreselleşme, ekonomik, sosyal, ve kültürel alanlarda yerleşmiş yargıların ve kurumsal yapıların ülkelerin sınırlarını aşarak dünyaya yayılması

⁴⁸ Selçuk, 2001: 108

⁴⁹ Kunter, 1989: 347

⁵⁰ Selçuk, 2000: 61-63

⁵¹ Demirkol, 1991: 54

ve böyle bir boyutta kabul görerek ilgili alanlarda tüm dünyaca benimsenen normların ortaya çıkma süreci olarak tanımlanabilir.⁵² Küreselleşme basit bir medeniyet ve toplum meselesinden daha üst bir anlam içermekte olup bireysel kimlikleri, ulusal toplumları, tüm insanlığı ve bütün toplumları kapsayan evrensel bir olgudur.⁵³

Küresel dünyanın en belirgin özelliği çok hızlı hareket etmesi ve sıkı bağlarla birbirine bağlı olmasıdır.⁵⁴ Bunun doğal bir sonucu olarak da küreselleşme ile birlikte toplumsal hayat karmaşık hale gelmiş ve yargı bağımsızlığı anlayışı da oldukça kapsamlı bir boyut kazanmıştır. Geline nokta da klasik anlamda yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlık anlayışı yerini partiler, devlet ve toplumda etkili tüm sosyal baskı gruplarına karşı yargının korunması anlayışına bırakmıştır.⁵⁵

Ülkede yaşanan toplumsal sorunların yargıya taşınması durumunda zaman zaman uluslararası aktörlerin devreye girdiği ve yargısal sürece müdahale sayılabilecek nitelikte beyanlarda bulunulduğu görülmektedir. Örneğin AKP'ye karşı açılan kapatma davasında Avrupa Birliği temsilcileri ile bazı Avrupalı devletlerin önde gelen isimleri yargılamanın sonucuna yönelik beklentilerini ve muhtemel yargı kararlarına karşı sert tepkilerini dile getirmişlerdir.

Yine Türk Mahkemelerince verilen yargısal kararlara karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde itiraz yolu öngörülerek yargısal kararların dış aktörlerce denetlenmesini Türk yargı sistemine bir tür müdahale olarak nitelemek mümkün olmakla birlikte doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü Küreselleşme ulus devletin gücünü kırarken özgürlükleri genişletici bir yol izlemiş ve güçlü olan devlet karşısında zayıf olan bireyi korumaya yönelik bir takım düzenlemeleri de beraberinde getirmiş ve insan hakları, kadın hakları ve bireycilik gibi değerleri öne çıkarmıştır.⁵⁶ Bunun bir sonucu olarak ortaya

⁵² Acar, 2002:14.

⁵³ Yüksel, 2004: 165

⁵⁴ Türkbağ, 2006: 275

⁵⁵ Üstündağ, 1977: 273

⁵⁶ Yüksel, 2004: 165

çıkan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesini özgürlükçü Avrupa kültürünün ortak mirası olarak saymak mümkündür.⁵⁷

Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde üye devletlerin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme kurarak yargılama faaliyetini icra edememesi durumunda bir takım yaptırımların uygulanacağını kural altına alarak yargı bağımsızlığını uluslar arası düzeyde korumayı amaçlamıştır. Yine Anayasamızın 90. maddesinde temel hak ve hürriyetlere karşı konularda uluslar arası anlaşma hükümlerinin kanunlara nazaran öncelikli olarak uygulanacağını ifade ederek bu konudaki uluslararası standartlarının iç hukuk açısından bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır.

Bu nedenle küreselleşme ile birlikte yargısal süreçte ortaya çıkan değişimleri yargı bağımsızlığının korunması açısından bir tür kazanım olarak nitelemenin daha yerinde olacağı kanaatindeyim.

III. YARGIÇLIK GÜVENCESİ

A. Yargıçlık Güvencesi Kavramı

Yargıçlık güvencesi, yargıçların hiçbir baskı altında kalmadan görevini layıkıyla yapabilmeleri için tanınan güvenceleri ifade eder. Yargıçlık güvencesi esasında yargının bağımsızlığını sağlayan unsurlardan biri olduğundan yargı bağımsızlığı ifadesini yargıçlık güvencesini de kapsar biçimde anlamak gerekir.

Alman Anayasa Hukukunda yargı bağımsızlığının üç aşmasından biri olarak şahsi bağımsızlık ilkesi düzenlenmiş olup⁵⁸ Türk hukuk sistemindeki yargıçlık güvencesi/hakimlik teminatı kavramının karşılığını oluşturmaktadır.

Gerçekten de her iki kavram birbirini tamamlar nitelikte olup biri diğerinin varlığını gerekli kılmaktadır. Anayasamızın 138. maddesinde yargı bağımsızlığını düzenleme altına alırken hakimlerin objektif bağımsızlığını, peşinden gelen 139. madde ile de yargıçlık güvencesine yer vererek

⁵⁷ Selçuk, 2000. 43

⁵⁸ Demirkol, 1991: 119

yargıçların sübjektif bağımsızlığını ifade etmiştir.⁵⁹ Yani Anayasamızın 138. maddesindeki hüküm gereği hakimlerin vicdani kanaatlerini karara gereği gibi yansıtabilmeleri ve görevlerini hiçbir iç baskı altında kalmadan özgürce yürütebilmeleri için tanınan tedbirleri yargıçlık güvencesi olarak nitelendirmek yerinde olur.

Bu durum 1961 Anayasasının hakimlik teminatını konu olan 133. maddesi gerekçesinde “Yargı görevinin bağımsızlığını sağlayacak unsurların başında hakimlik teminatı gelmektedir. İyi bir adalet, bağımsız bir hakimlere ihtiyaç gösterir. Hakimlerin bağımsız olmaları da teminata kavuşmalarıyla mümkündür.”⁶⁰ İfadelerine yer verilerek yargı bağımsızlığı ile yargıçlık güvencesinin bir parçanın iki farklı yüzü olduğuna vurgu yapılmıştır.

1961 Anayasasının 134 ve devamı maddelerinde yargıçlık ve savcılık mesleklerini ayrı ayrı düzenleyip adli yargıçlar için Yüksek Hâkimler Kurulu’nu, savcılar için de Yüksek Savcılar Kurulu’nu oluşturduğu halde 1982 Anayasası 140. maddesinde yargıçlık ve savcılık mesleğini bir tutmuştur. Her ne kadar Anayasa’da yargıçların bağımsızlığından söz edildiği için, yargıçlara tanınan güvenceler ile bağımsız olmayan savcılara tanınan güvencelerin aynı olması öğretide eleştirilmekte⁶¹ ise de Cumhuriyet Savcılarınca yürütülen faaliyetleri yargısal süreçten ayrı düşünmek mümkün olmadığından yargıç güvencesi kavramının Cumhuriyet Savcılarını da kapsamasını yadsımamak gerektiği kanaatindeyim.

B. Yargıçlık Güvencesinin Tarihsel Gelişimi

Osmanlı İmparatorluğu’nda yargılama yetkisi Padişaha ait olup bu yetki padişah adına kadılar tarafından icra edilmekte idi. Osmanlı İmparatorluğu’nun yargıç güvencesi noktasında öngördüğü sistemi garanti altına alan somut düzenlemelere imparatorluğun son dönemlerine kadar

⁵⁹ Kuru, 1966: 29

⁶⁰ Öztürk, 1975: 265

⁶¹ Keskin, 1998: 141

rastlanamamakla birlikte uygulamada padişahların hak kavramına saygı duyması nedeniyle ideal anlamda olmasa da büyük ölçüde bu güvencenin sağlandığı görülmekte ve yargılama yetkisi kullanılırken yargıçların tarafsız tutum ve davranışları konusunda da bizlere çok seçkin örnekler sunmaktadır.⁶²

Bu dönemdeki en önemli düzenlemeyi 1876 Anayasasının 81. maddesi oluşturmaktadır. Anılan maddede yargıçların azilden masun oldukları, azillerin ancak bir suçtan dolayı mahkum olmaları halinde mümkün olduğu belirtilmiş, 1878 yılında çıkartılan Teşkilatı Mehakim Kanununda da yukarıda belirtilen hususlara ek olarak hakimlerin istekleri dışında başka görevlere atanamayacakları, ancak kendi talepleri üzerine aynı derecedeki başka bir mahkemeye nakledilecekleri düzenleme altına alınarak yargıçlık güvencesinin kapsamı genişletilmiştir.⁶³

Yine 1924 Anayasası'nın 55. ve 56. maddelerinde yargıçların kanunen muayyen usul ve ahval haricinde azledilemeyecekleri ifade edilmiş ve bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer vermeyerek yargıçların nitelikleri, hak ve ödevleri, maaşları ile göreve atanma ve görevden azledilmelerinin özel bir kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

1924 Anayasasının 54. maddesinde yargı bağımsızlığını ilke olarak benimsediği görülmekle birlikte 1924 Anayasası döneminde bu ilkenin gereklerinin tam olarak yerine getirildiğini söylemek mümkün değildir. Anayasanın 55. maddesinde yargıçlar kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamaz demek suretiyle yargı bağımsızlığının temel unsurunu oluşturan hakimlerin azlolunmazlığı ilkesine kanunla istisnalar getirilmesini ve bu istisnaların kapsamının belirlenmesini de tamamen yasama organının takdirine bırakmıştır.⁶⁴

1961 Anayasası öncesi dönemin en belirgin ve ortak olan yanı Anayasa Mahkemesinin olmaması nedeniyle Anayasa hükmüne açıkça aykırı yasal

⁶² Seçkin, 1979: 195

⁶³ Ünal, 1994: 28

⁶⁴ Özbudun, 2004: 356

düzenlemeler yürürlüğe konularak uygulanmasına imkan tanınmasıdır. Nitekim uygulamada da hakimlerin yaş haddi nazara alınmaksızın yasaya eklenen “görülen lüzum üzerine” ibaresi gerekçe gösterilerek yargıçlar idare organlarınca resen emekliye sevk edilmiş ve yargıç güvencesi işlevsiz kılınmıştır.

1961 ve 1982 Anayasaları, 1950 ile 1960 yılları arasında bu konuda yaşanan sıkıntılardan ilham alınarak hazırlandığından hakimlik güvencesi daha ayrıntılı biçimde anayasadaki yerini almıştır. Bu konuda Anayasa ve ilgili yasalarca getirilen düzenlemeler aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacak olduğundan burada sadece Anayasa Mahkemesinin yargıçlık güvencesinin himayesi noktasında en büyük yenilik olduğunu belirtmekle yetinmek istiyorum.

İKİNCİ BÖLÜM

YARGI BAĞIMSIZLIĞININ KORUNMASI VE UYGULAMADAKİ SORUNLARI

I. GENEL OLARAK

Bir devlet görevlisinin gördüğü iş devletin bekası açısından ne derece önem taşıyorsa o görevliye düşen sorumluluk da o oranda geniş olacaktır. Hakimlerin devlet işlerinde üstlendiği görevin ne derece ağır olduğu şüphe götürmeyen bir gerçektir. Hal böyle olunca hakimlerin sorumluluklarını ve buna karşılık da kişisel haklarını belli ederken bu özel konumlarının göz önünde bulundurulması ve yasal düzenlemelerin de bu doğrultuda oluşturulması gerekmektedir.⁶⁵

Adaleti gerçekleştirmenin yolu ve devletin üç temel organdan biri olan yargının en ayırt edici özelliği onun mutlak tarafsızlığıdır. Yani yargının her türlü iç ve dış etkilerden arındırılarak hakimlerin kararlarının özgürce oluşturmasına yardım etmektir. Devlet organlarının keyfi uygulamalarının azalması hakimlerin yargılamalarında bağımsız olmalarına bağlı olduğuna göre devlet idaresinde tekrar keyfiliğe dönmek için yargının bağımsızlığının korunması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁶

Bunu gerçekleştirmek sadece yürütme organına karşı koruma tedbirleri almakla sağlanamaz. Bugün gelinen noktada hakim bağımsızlığı sorunu çok daha kompleks bir yapıya bürünmüştür. Yargının bağırsızlığını partiler devlet ve toplumda etkili tüm sosyal baskı gruplarına karşı korunmasıyla izah etmek mümkündür.⁶⁷

⁶⁵ Seçkin, 1979: 223

⁶⁶ Demirkol, 1991: 61

⁶⁷ Üstündağ, 1977: 273

Münci Kapani'ye göre yargının bağımsızlığını koruyacak unsurların başında hakimin yüksek ahlak sahibi oluşu gelmektedir.⁶⁸ Bununla birlikte yargıçların da insan olduğu ve duyguları bulunduğuna göre bağımsızlığın ihlalini önleyecek ve gerektiğinde yaptırım uygulanabilecek bir kısım pozitif düzenlemelerin de yapılması zorunluluk arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise bir mahkemenin bağımsız olup olmadığı yönünde saptama yapmadan önce, üyelerinin atanma ve görevden alınma yöntemine, görev süresince üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın bulunup bulunmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına ve mahkemenin genel olarak bağımsız bir görünüm verip vermediği noktalarında bir değerlendirme yapmaktadır.⁶⁹

II. HAKİMLİK MESLEĞİNE KABUL

A. Hakim ve Savcıların Mesleğe Alınmasında İzlenen Usuller

Hakimlerin bağımsızlığını sağlamada en önemli unsurlardan birini mesleğe nasıl atandıkları hususu oluşturmaktadır. Çünkü atanma ile birlikte minnet ve teşekkür borcu duygusunun belirmesi mümkün olduğundan bir tür bağımlılık ilişkisinin kurulması da kaçınılmaz olmaktadır. Özellikle belli süre ile atanma durumunda kişi konumunu muhafaza etmek isteyeceğinden bağımlılık ilişkisi oldukça artmaktadır.⁷⁰

Hakim ve savcıya bakan yönüyle bir tür psikolojik baskı oluşturan bu tür durumların yargıyı güdümlü hale getirdiği gibi atayan makama bakan yönüyle de belli ideolojiye sahip insanları atayarak yargının kadrolaşmasına ve dolayısıyla bağımsızlığına etki edebilecek bir boyuta getirilmesidir. Bu

⁶⁸ Kapani, 1956: 83

⁶⁹ Tezcan vd, 2002: 254

⁷⁰ Ünal, 1994: 45

nedenle hakim ve savcının görevini bağımsız bir şekilde yürütebilmesi için mesleğe kabulü önem arz etmektedir.⁷¹

Hakimlerin mesleğe ne şekilde kabul edildikleri devletten devlete değişmekte ve her ülke kendi sistemine uygun bir atama biçimi izlemektedir. Demokratik devletlerde hakim ve savcılarının mesleğe kabulü ile ilgili beş farklı yöntem benimsenmiş olup bunlar, halk tarafından seçilme, yasama organınca seçilme, bizzat hakimlerce seçilme, yürütme organı tarafından seçilme ve bağımsız kurullarca seçilmedir.

Her sistemin kendine göre iyi ve kötü yönleri bulunmakta olup hakimlerin atanması noktasında ideal bir sistem bulmak oldukça zordur. Onun için her devlet kendi özgün yapısını göz önünde bulundurarak bir sistem izlemektedir. Çünkü bir devlette başarı ile uygulanan bir sistemin bir başka devlet açısından olumlu sonuçlar vermeyeceği gibi olumsuz sonuçlara da yol açabilmektedir. Örneğin daha çok anti demokratik devletlerde görülen ve yürütmenin hukuk dışı uygulamaları karşısında tavır koyamayacak bir yapı öngören hakimlerin yürütme organı tarafından seçilmesi sistemi demokratik bir devlet olan İngiltere ile özdeşleşmiş durumdadır. Bununla birlikte iki yüz yılı aşkın bir süredir yargı mensubunun meslekten ihracı gerçekleşmemiştir.⁷² Yine Amerika Birleşik Devletlerinde Türkiye'den farklı olarak yargıçların halk tarafından seçilmesi öngörülmüştür.

Bu konuda Avrupa Birliği ülkelerinde bile tam bir uyum olmadığı gözlemlenmektedir. Birlik açısından önem taşıyan tek husus yargının bağımsız şekilde işlemesi ve hukuk üstünlüğü ilkesine riayet edilmesidir.⁷³ Onun dışında her ülke kendi özel durumunu değerlendirerek bir sistem oluşturacaktır. Çoğu Avrupa ülkesinde de yargıyı yürütme organına karşı korumak için bağımsız kurullar oluşturulduğu⁷⁴ görülmektedir.

Hangi sistem benimsenirse benimsensin yargı bağımsızlığını sağlamada en önemli unsur insandır. Gerek yargı mensupları gerekse diğer

⁷¹ Çınar, 2008: 24

⁷² Ünal, 1994: 57

⁷³ Kırmaz, 2009: 196

⁷⁴ Selçuk, 2000: 124

devlet organlarının önde gelenleri sorumluluk sahibi oldukları müddetçe yargı hizmeti en iyi şekilde işleyecektir.

1. Seçim Yoluyla Mesleğe Alınma

Bir takım hukukçulara göre yargının yasama ve yürütme karşısında ayrı bir erk olarak kabul edilebilmesi için hakimlerin toplumca seçilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁵ Buna sevk eden düşünce ise egemenliğin kaynağının halka ait olduğu ve bütün iktidarlar gibi yargı erkini kullanacak hakimlerin de millet iradesine dayanması gerektiği anlayışıdır.⁷⁶

Yargıçların halk tarafından seçilmesi gerektiğini ileri süren hukukçulara göre yürütme organı karşısında hakimlin bağımsızlığını sağlamanın yegane yolu onların yargılama yetkisini halk oyu ile elde etmeleridir. Aynı düşüncedeki hukukçulara göre yasama faaliyetini icra eden vekillerin halk tarafından seçilirken yasayı uygulayacak yargıçların halk iradesiyle belirlenmesinde herhangi bir sakıncanın ortaya çıkmayacağıdır.⁷⁷

Erem, hakimlerin halk tarafından seçilmelerinin Cumhuriyet rejimine uygun bir yönetme olduğu görüşündedir. Sovyet Rusya ve Sovyet Ukraynası, ABD'nin federe devletleri, İsviçre'de hakimlerin; yine, ABD ve İsviçre'de savcılarının bu usulle seçildiği görülmektedir.⁷⁸

Çoğu demokratik parlamenter devletlerin anayasalarında hakimlerin seçim yoluyla göreve gelmeleri düzenlenmemesine rağmen yargı üçüncü bir erk olarak kabul görmüştür.⁷⁹ Sovyet Rusya örneğinde görüldüğü gibi hakimlerin seçimle belirlenmesi yürütmenin yargı üzerindeki hakimiyetine son vermemiştir.⁸⁰ Bu yönüyle yargı bağımsızlığını sağlamada en önemli unsurun halk oyu olduğu görüşü isabetli bir yaklaşım olarak gözükmemektedir.

⁷⁵ Okandan, 1967: 416

⁷⁶ Kapani, 1956: 25

⁷⁷ Kapani, 1956: 25

⁷⁸ Demirkol, 1991: 99

⁷⁹ Okandan, 1967: 417

⁸⁰ Demirkol, 1991: 100

Seçim sisteminin her ne kadar cumhuriyet rejimine uygun olduğu ileri sürülmüőse de uygulamada bir çok sorunu beraberinde getireceği de açıktır. Seçimlerde çoğunlukla siyasal etmenlerin rol oynaması ve çoğu kez yargıçların seçiminde siyasal partilerin propagandasının seçim sonuçlarını belirler nitelikte olması yargıçların bağımsızlığı noktasında kuşku yaratmaktadır. Yargılama faaliyeti, yüksek ahlaki fazilet ve hukuki bilgi birikimi ile belli bir mesleki formasyon gerektireceğinden seçmenin bu tür teknik meseleleri sezebilmesi oldukça güçtür.⁸¹ Bunun yanında ülke nüfusunun fazla olması durumunda yargıçların halk tarafından seçimi ancak federatif bir yapıyla mümkündür.

Kanımca lkemizde siyasal yapının oldukça karmaşık olması, yetmiő milyon nüfusa sahip ve üniter bir devlet niteliğinde olması, hukuki uyumazlıkları Avrupa standartlarına uygun çözebilmek için 30.000'in üzerinde hakim ve savcı ihtiyacı bulunması ve bu ihtiyacı karőılamada seçimin doğuracağı zorluklar göz önünde bulundurulduğunda bu sistemin Türkiye'de uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

2. Hakim ve Savcılar Tarafından Seçilme

Hakim ve savcılarının belirlenmesinde yine hakim ve savcılarının söz sahibi olması esasını benimseyen bu sistemin en büyük avantajı yargının yürütme karşısında tam bir bağımsızlık içinde olmasıdır.⁸²

Yargıçların halk tarafından belirlenmesinde ortaya çıkan adalet mekanizmasına siyasetin karıőması ve nitelikli bir yargıcının belirlenmesi sorunlarının giderildiėi⁸³ görülmekle birlikte zümre zihniyetini hakim kılması nedeniyle eleştirilmiştir.⁸⁴

Postacıoğlu'na göre bu sistemle hakim ve savcılar ayrı bir sınıf haline gelmekte ve onları toplumun taleplerine karşı duyarsız ve sorumluluktan

⁸¹ Kapani, 1956: 30

⁸² Postacıoğlu, 1975: 35

⁸³ Kapani, 1956: 52

⁸⁴ Tosun, 1984: 466

uzak tutum ve davranış sergilemeye itebilecek bir niteliğe bürünmektedir.⁸⁵ Münci Kapani ise bu sistemi tam olarak savunmamakla birlikte terfi, nakil ve disiplin işleri ile tayin işlerinde hakim ve savcılara söz ve oy hakkının verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁸⁶

Kanımca kooptasyon sistemi yargıyı diğer erklerden kopardığı için kuvvetler ayrımı ilkesinin temelini oluşturan kuvvetlerin birbirini dengelemesi anlayışı işlevini yitirmekte böylece yargı özerk bir yapı kazanmaktadır. Şüphesiz bu durum yargının zamanla diğer erklerin üstünde bir konuma gelmesine yol açacağından kuvvetler arasındaki denge bozularak yargıçlar devletin oluşumuna neden olabilecektir.

Hakim ve savcının göreve gelmesinde bütünüyle hakim ve savcılarının söz sahibi olması bir noktada yargıcın kendi meslektaşına karşı olan bağımsızlığını da zedeleyeceği açıktır. Ancak bu tür işlemlerde yine onları temsilen bir kişinin söz sahibi olması belli oranda yargı bağımsızlığına hizmet edeceğinden Münci Kapani'nin bu konudaki yaklaşımı olukça yerindedir.

3. Yasama Organınca Mesleğe Alınma

Bu sistemin uygulanışı özellikle yüksek mahkemelerin teşkilinde ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde de uygulanan bu sistem 1961 Anayasa'nın 145. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre Anayasa mahkemesinin üç asıl bir yedek üyesinin Millet meclisince yine iki asıl bir yedek üyenin de Cumhuriyet senatosunca seçilmesi öngörülmüyordu.

Bu sistemin uygulamadaki bir farklı yansıması yargıçların seçiminde yürütme ile yasamanın birlikte rol almasıdır. Filipin, Nijer ve ABD gibi ülkelerde yasamanın onay veya görüşü alındıktan sonra devlet başkanı tarafından seçimin yapılacağı öngörülmektedir.⁸⁷

Bu sistemin uygulanılabilirliği üzerinde hukukçular arasında farklı görüşler mevcuttur. Eleştirilerin odağını ise siyasal düşüncenin hakim olduğu böyle bir

⁸⁵ Postacıoğlu, 1975: 34

⁸⁶ Kapani, 1956: 59

⁸⁷ Demirkol, 1991: 103

kurulun yargı organlarının seçiminde söz sahibi olmasının yargının bağımsızlığını tehlikeye düşüreceği ve meclisin siyasal saikle hareket ederek belirleme yapacağı düşüncesi oluşturmaktadır.⁸⁸

Ancak bu sistemin o kadar yadsınacak bir tarafının olmadığı kanaatindeyim. Türkiye ve özgürlükçü demokrasi anlayışını benimsemiş bir çok modern dünya devletlerinin anayasalarında yargılama faaliyetinin millet adına yapıldığı hususuna vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu yönüyle yargıçların doğrudan halk tarafından seçilmesi çoğu zaman mümkün olmamakla birlikte halkın iradesine dayanan meclisin yargı organının oluşumunda belli oranda söz sahibi olması gerek mevcut anayasamızın gerekse özgürlükçü demokrasi anlayışının özüne uygun bir uygulama olacaktır.

4. Yürütme Tarafından Mesleğe Alınma

Hakim ve savcıların yürütme organlarıncı mesleğe kabul edilmesi eskiden beri tartışıla gelen hususlardandır. Özellikle yürütmenin keyfi uygulamalarına bir tepki olarak yargının ayrı bir erk ve bağımsızlığı anlayışı benimsenmekle birlikte bugün dünyada bir çok modern devlet yargıyı yürütmeden bütünüyle ayıramamıştır. Devletleri bu uygulamaya iten neden yürütmenin tayin yetkisinin objektif esaslara bağlanarak serbestiyetin kaldırılması durumunda diğer sistemlere göre daha iyi sonuçlar doğurmayacağı düşüncesidir.⁸⁹

Bu sistemin en belirgin uygulaması İngiltere’de görülmektedir. İngiltere’de hakimlerin tayininde yürütme organına çok geniş yetkiler tanımıştır. Türk yargı sisteminden bütünüyle farklılık gösteren bu ülkede meslekten gelme hakimler bulunmamaktadır. Hakimler yürütme organı tarafından belirli bir müddet (10-15 yıl) avukat olarak görev yapmış kimseler

⁸⁸ Tosun, 1984: 341

⁸⁹ Kapani, 1956: 59; Ünver, 1991: 155

arasından seçilir.⁹⁰ Norveç, Kanada, Polonya ve Finlandiya gibi ülkelerde de yargıçların seçiminde yürütme organına geniş yetkiler verilmiştir.⁹¹

Her ne kadar yürütme organın yasama organı karşısında sorumlu olduğu ve hakimlerin seçimi ve diğer özlük işlemlerinde bu sorumluluk duygusu ile hareket edeceği anlayışından hareketle bu sistem savunulmuşsa⁹² da yargının yürütmenin etkisinden uzak tutulması hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Her şeyden önce yargı bağımsızlığı ilkesi zarar görecektir ve güçlü olan devlet karşısında zayıf olan bireyin temel haklarının korunması görevini üstlenen yargı misyonunu gereği gibi yürütemeyecektir. Nitekim İngiltere örneğinde de hakimlerin tayininde siyasi düşüncelerin rol oynadığı bilinen bir gerçektir. Benzer durumla Fransa'da da karşılaşıldığından Fransa bu uygulamadan vazgeçmiştir.⁹³

5. Karma Kuruluşlarca Mesleğe Alınma

Bu sistem yasama, yürütme ve yargı erklerinden belli sayılarda üyelerin katılımı ile oluşan kurul vasıtasıyla yargıçların seçimi ve atanması yapılmaktadır.

Yargıçların atamalarını günlük siyasetin etkisinden çıkarmak ve yüksek nitelikli şahısları yargıya kazandırarak yargısal hizmetlerin gereği gibi yürütülmesine katkı sağlamak amaçlanmıştır. Bu sistemin yürütmeden tamamen ayrılamamasının nedeni ise ülkede zamana bağlı yaşanan değişimlere paralel düzenleme yapabilme noktasında siyasal organın inisiyatif üstlenmesidir.

İtalya'da yargısal tayinler yüksek hakimler kurulunun tavsiyesi üzerine devlet başkanı tarafından yapılır. Bu kurula Cumhurbaşkanı başkanlık eder. Kurul Yargıtay başkanı ve başsavcısı görevli hakimlerden seçilen on dört üye

⁹⁰ Yalçınkaya, 1981: 161

⁹¹ Demirkol, 1991: 106

⁹² Postacıoğlu, 1975: 34

⁹³ Postacıoğlu, 1975: 35

parlamento üniversite öğretim üyeleri ve belli bir süre avukatlık mesleğini yürütmüş avukatlar arasından seçilen yedi üyeden oluşmaktadır.⁹⁴

Aynı şekilde Fransa’da kurulun başkanlığını devlet başkanı yapmakta, yine konseyin dokuz üyesi devlet başkanı tarafından seçilmektedir. Devlet başkanının olmadığı durumlarda Adalet Bakanı kurul başkanlığını yürütür⁹⁵ Bu yönüyle yargının bağımsızlığı devlet başkanının şahsi teminatı altındadır.

Kanımca yargı mensuplarının mesleğe kabulünde tek bir organa geniş yetki tanımak yerine yasama, yürütme ve yargı organının ortaklaşa belirlediği bir kurul vasıtasıyla mesleğe alımın gerçekleştirilmesi dengenin korunması ve halk iradesinin yansıtılması açısından yerinde olacaktır. Bugün bir çok batılı devletlerde bu yetkinin dengeli bir şekilde paylaştırıldığı görülmektedir.

B. Türkiye’de Hakimlik Mesleğine Kabulde Benimsenen Sistem

1. Adaylığa Kabul

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8. maddesinde adaylığa atanacaklarda aranacak koşullar düzenlenmiş ve anılan maddenin (ı) bendinde “Yazılı yarışma sınavı ve mülakatta başarı göstermek” şart olduğu hükme bağlanmakla birlikte mülakatın nasıl yapılacağı noktasında herhangi bir belirleme yapılmaksızın gerekli düzenlemenin yönetmelikle yapılmasına olanak tanınmıştır. Konuya ilişkin çıkarılan yönetmelikte de mülakat heyetinin Bakanlık yetkililerinden oluşması öngörülmüştür.

Yine 2802 Sayılı Yasanın 9. maddesinde de her yıl alınacak aday sayısı, avukatlık mesleğinden alınacaklarla birlikte Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle, kadro ve ihtiyaç durumuna göre Adalet Bakanlığınca tespit yapılacağı belirtilerek Hakim ve Savcılar adaylığa kabulünde yetkiler Bakanlıkta toplanmış olup Hakimler ve Savcılar

⁹⁴ Demirkol, 1991: 108

⁹⁵ Özek, 1981: 931

Yüksek Kurulu'nun bu süreçte herhangi bir işlevi ve etkinliği bulunmamaktadır.⁹⁶

Hakim ve savcı adaylığına atamanın ve adaylığa atanacaklara uygulanacak yazılı yarışma sınavı ve mülakatın Adalet Bakanlığı'nca yapılmasının Anayasa'ya uygun olmadığı yönünde çok ciddi eleştiriler yöneltilmiş ve yargıcılık mesleğine alınacakların Adalet Bakanlığı'nca belirlenmesinin sınav sonuçlarının liyakate göre değerlendirilmesini göz ardı ettiği, uygulamada tercihlerin siyasi ağırlıklı olmasına olanak sağladığı ve daha başlangıçta yargının siyasallaşmasına zemin hazırladığı kuşkusunu uyandırdığı bu nedenle de adaylığa kabulün HSYK tarafından yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁷

Nitekim Yarsav tarafından idari yargı yargıç adayı alımına yönelik olarak 15.10.2006 tarihinde yapılacak olan sınavın ve bu sınavın dayanağını oluşturan “Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliği”nin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Danıştay Onikinci Daire’de açılan davada verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nca, yargıç ve savcı adaylığına atanabilmek için Adalet Bakanlığı’na yönetmelik düzenleme yetkisi tanıyarak, sözlü sınavın Adalet Bakanlığı personeline yapılmasına olanak tanıyan, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası’nın 8 ve 9. maddelerinin, Anayasa’nın 2, 10, 138 ve 140. maddelerine aykırı olduğu kanısına varılmıştır. Bu nedenle, konuyla ilgili olarak 31.3.2005 tarihinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmasına karar vermiştir.⁹⁸

Mahkemenin itiraz gerekçesi “Avukatlık mesleğinden atanacaklar için yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile mülakatın usul ve esasları yönetmelikle gösterilir” hükmünün iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesi’nce verilen 14.12.1995 günlü, 1995/64 sayılı karara dayandırılmıştır. Başvuru

⁹⁶ Germeç, 2006: 65

⁹⁷ Ünal, 1996: 435, Germeç, 2006: 65

⁹⁸ DİDDK, 30.11.2006, YD. No: 2006/1333

kararında, nitelik saptanmadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceği, adaylığa atama ve adaylık sürecinin mesleğe kabulün bir parçası olduğu, niteliğin ise mesleğe kabulden önceki dönemde belirlenebileceği, yasa ile hakim ve savcı adaylığına atama konusunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yetkili kılınmasının Anayasa'ya aykırı olmayacağı vurgulanarak hakim ve savcı adaylığı yarışma sınavı ve mülakatının yürütme organınca yapılmasının mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise "...Anayasa'da yer alan "mahkemelerin bağımsızlığı", "hakimlik ve savcılık teminatı" ve "hakimlik ve savcılık mesleği"ne ilişkin ilkeler, hakimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hakim ve savcılar için öngörülmüştür. Hakimlik ve savcılık ise ancak Anayasa uyarınca mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulup, görev yapan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca mesleğe kabul etme işlemi ile mümkündür. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylığa atama sürecinde Kurul tarafından hakimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve adaylık döneminde yargılama faaliyetinde de bulunmamaları nedeniyle hakim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Adayların, hakim ve savcı statüsünde olmamaları nedeniyle adaylığa atamada koşul olarak aranılan yazılı yarışma sınavı ile mülakatın uygulanmasına ilişkin hususların, yönetmelikte düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön görülmemiştir..."⁹⁹ denilerek hakimlik ve savcılık adaylığına kabulde Bakanlığın yetkilerinin geniş tutulmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Hakimlik ve savcılık mesleğini fiilen yürütenler ile henüz aday olanlar arasında her ne kadar teorik olarak bir ayırım yapılarak adayların 657 Sayılı Yasa'ya tabi genel idare hizmetleri sınıfında yer alması dolayısıyla 2802 sayılı Yasa'da tanınan hakimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı ilkesinden yararlanamayacağından bahisle adaylık süreciyle ilgili Bankalığa geniş yetki

⁹⁹ AYMK, 07.02.2007, E.2006/162, K.2007/15, R.G. 29.11.2007, 26715

verilmesinde Anayasaya aykırı bir düzenleme bulunmadığı ileri sürülmekte ise de pratikte adayların HSYK tarafından mesleğe kabulü yapılmayarak görevine son verilmesi gibi bir uygulamanın olmadığı ve ancak çok istisnai hallerde bunun mümkün olduğu göz önünde tutulduğunda Bakanlıkça yapılan adaylığa kabul işleminin aslında hakimlik ve savcılık mesleğine atanacakları belirlemek anlamı taşıdığı inkar edilemez bir gerçektir.

Bu bağlamda olay irdelendiğinde Anayasa Mahkemesi kararında olaya teorik açıdan yaklaşılması yürütme organının yargı organı karşısında elini güçlendirdiği ve hayatın gerçeklerinin görmezden gelinerek yargı bağımsızlığı ilkesinin zedelenmesine yol açıldığı kanısını kuvvetlendirmektedir.

Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin Anayasaya aykırı olması ile yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturmasını birbirinden ayırmak gerekmektedir. Anayasada HSYK bağımsız bir kurum olarak değil Bakanlık bünyesi içerisinde düzenlenmiştir. Yine Anayasada Bakanlığın yargıç ve savcılar üzerinde son derece geniş yetkilerle donatıldığı tartışma götürmez bir gerçektir. Hal böyle olunca Anayasa Mahkemesince verilen kararın aslında yadsınacak bir yönü de bulunmamaktadır..

Kamuoyunda yaşanan yoğun tartışmalar ve söz konusu yargı kararları sonrası 2802 Sayılı Yasa'da 5720 Sayılı Yasayla bir takım değişiklikler yapılmakla birlikte düzenlemeye genel olarak bakıldığında yönetmelik hükümlerinin yasaya aktarılmasından farklı bir şey içermediği görülmektedir. Bu konuda en önemli yenilik Bakanlıkça yapılan mülakat heyetinde Türkiye Adalet Akademisi temsilcilerinin de bulundurulması suretiyle Bakanlığın yetkilerinin kısmen daraltılması oluşturmaktadır. Şüphesiz sorunun çözümü yasa değişikliğinden ziyade yapılacak Anayasa değişikliği ile Kurulun yeniden şekillendirilmesinde gizlidir.

Avrupa Birliği Komisyonunca hazırlanan yargı sisteminin işleyişi raporunda da açıkça, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri'nin 10. maddesine ve Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı'nın 1 (2) (c) ilkelerine uygun olarak, yargıç adaylarının seçim

sürecinde Adalet Bakanlığı'nın etkisinin kaldırılması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁰⁰

2. Yargıç ve Savcı Adaylarının Mesleki Eğitimi

Yargıcın dış müdahaleler karşısında gerçek anlamda bağımsız bir tavır sergileyebilmesi onun yargılama yaptığı alanda gerekli bilgi birikimine sahip olmasıyla mümkündür. Çünkü uyumsuzluğa uygulanacak mevzuatı belirleme ve yorumunda tereddüt göstermesi durumunda ortamın etkisinde kalması kaçınılmaz olmaktadır.

Yargıcın değişen yasal düzenlemelerle toplumsal değişiklikleri bir arada özümsemesi hem yargıçların kişisel çabasını hem de HSYK'nın bu konuda ortaklaşa bir çaba yürütmesini zorunlu kılmaktadır. Kötü kanunların bile iyi uygulayıcılar sayesinde adil çözümler getirebileceğinden¹⁰¹ yargıçların niteliğinin artırılması sorunların çözümünde etkili olacaktır.

Avrupa'da hukuki düzenlemeler büyük ölçüde uluslararası nitelik taşıdığından eğitim sisteminde karşılaştırmalı hukuka geniş yer verilmekle birlikte ülkemizdeki eğitim sisteminde ulusal hukukun ağırlığı hissedilmektedir.¹⁰² Gerek eğitim eksikliği gerekse özellikle Avrupa Birliği uyum sürecinde yaşanan mevzuat değişiklikleri meslek içi eğitiminin önemini artırmıştır. Yargı mensuplarının kendilerini yenileyebilmesi amacıyla zaman zaman meslek içi eğitim programları düzenlenerek oluşan açığın giderilmesi gerekmektedir.¹⁰³

1982 Anayasasının 140. maddesinde yargıç ve savcılarının meslek içi eğitimlerinin yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ilkelerine uygun olarak yasayla düzenleneceği öngörülmüştür. Söz konusu Anayasa hükmü uyarınca 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu hazırlanmış ve 31.7.2003 tarih ve 25195 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁰ Çınar, 2008: 25

¹⁰¹ Demirbaş, 2000: 364

¹⁰² Arslan, Taşpınar, 2004

¹⁰³ Demirbaş, 2000: 356

4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nun 5. maddesinde Adli, idari ve askeri yargı hakim, savcılarının meslek öncesi ve meslek içi eğitimi ve gelişmesi için gerekli programın yürütülmesi görevi ayrı bir tüzel kişiliği olan Türkiye Adalet Akademisine verilmiştir. Düzenleme Türk yargı teşkilatının gelişimi açısından önemli bir yenilik olmakla birlikte yürütme organının ağırlığı kurum yapısında kendini hissettirdiği için Anayasada belirtilen şekilde yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesine uygun olarak oluşturulmadığı yönünde bir takım eleştiriler yöneltilmiştir .¹⁰⁴

Adalet hizmetlerinin örgütlenmesi ve yönetiminde Adalet Bakanlığının rolü ile Anayasayla hakim ve savcılar üzerinde Bakanlığına tanınan ayrıcalıklı düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde Bakanlık bünyesinde görevli bürokratların Akademi yönetim kurulunda ağırlığını hissettirmesini doğal karşılamak gerekir. Şüphesiz bu yaklaşım, hukukun niteliği itibarıyla araştırmayı ve sorgulamayı zorunlu kılması nedeniyle yargı mensuplarının düşüncelerini özgür biçimde ifade ederek farklı düşüncelerin seslendirilmesi ve her türlü etkiden uzak karar verebilme yeteneğine sahip kişiler olarak yetişmesinde büyük role sahip kurumun bağımsız olması gerektiği gerçeğini değiştirmez. Akademinin Hukuk Fakültelerinde verilen teorik bilgileri pratikle birleştirerek Türk Hukuk Sisteminin gelişiminde öncülük yapabilecek nitelikli bir eğitim kurumu hüviyetine bürünebilmesi için bilimsel ve kurumsal özerkliğin tanınması zorunludur.

III. MESLEKİ HAYATTA YARGI BAĞIMSIZLIĞININ KORUNMASI

Yargı bir taraftan temel hakların koruyucusu ve ortaya çıkan hak kayıplarının teminatı olurken bir taraftan da üstlendiği yol gösterme fonksiyonu nedeniyle verdiği kararlarla toplumsal sorunlara ışık tutmaktadır. Yargının bu önemli konumu çoğu zaman yargı organını farklı kesimlerle karşı karşıya getirmekte ve ister istemez beklenmedik dış müdahalelerin etkisi görülebilmektedir.

¹⁰⁴ Çınar, 2008: 26

Yargı bağımsızlığını korumaya yönelik güvencelerle yargının dış etkilere karşı korunmasına ilişkin tedbirlerin neler olduğu aşağıda başlıklar halinde değinilecektir. Fakat bugünün dünyasında uygar batılı devletlerde bile ideal bağımsız yargı anlayışının henüz varlık kazanamadığı, özellikle toplumun büyük kesimini ilgilendiren davalarda medya organları ile siyasi parti ve sivil toplum kuruluşlarının propagandası mahkemeyi zor durumda bıraktığı da bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır.

Şüphesiz bütün bunlar yargının yükünü artırırken yapılan bir takım yeni hukuki düzenlemelerle yargı mensuplarına belirli güvenceler vererek bu yük tamamıyla olmasa da belli oranda hafifletilmeye çalışıldığı görülmektedir.

A. Yasama Organına Karşı Yargı bağımsızlığı

1. Anayasaya Göre Yargının Yasamaya Karşı Korunması

1924 Anayasasının 54. maddesinde “Mahkemelerin kararlarını TBMM ve bakanlar Kurulu heyeti hiçbir vechile tebdil ve tağyir ve tehir ve infazı ahkamına mümanaat edemez” denilerek meclisin yargı kararını etkisiz kılma yolunu kapatmıştır. Bu dönemde Anayasa mahkemesinin bulunmaması ve sistemin tam olarak oturmaması nedeniyle bu ilkenin tam olarak yerine getirildiği söylenemez.

1961 Anayasasının 132/3 maddesi ile 1982 Anayasasının 138/3 maddesinde görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı düzenleme altına alınarak dolaylı olarak yargının bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmıştır.¹⁰⁵

Meclis kural olarak her tür konuda görüşme yapabilmekte ve buna ilişkin bir takım kararlar alabilmektedir. Ancak görülmekte olan bir dava ile ilgili bu

¹⁰⁵ Aldıkaçtı, 1982: 344

tür yasaklar konulmasının demokratik devlet ilkesini zedelediği düşüncesiyle bir kısım hukukçularca eleştirilmiştir.¹⁰⁶

Egemenliğin temsilciliğini yapan bir organın iradesini sınırlandırmanın bir anlam taşımadığı ve görülmekte olan bir dava hakkında meclislerde olayın ele alınıp görüşülmesinin de bir sakıncasının bulunmadığı ileri sürülmüştür.¹⁰⁷ Tosun da bu konuda çoğu batılı devletlerde bu şekilde bir düzenlemenin yer almadığı ve yasağın hakimnin aldığı nihai ve ara kararlarla sınırlı tutulması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁸

Bu hususta ölçünün korunması çok önemlidir. Yapılan görüşmeler yargıç ve savcılar zan altında bırakacak bir boyut kazanmamalıdır. Mecliste ve kitle karşısında kendisini savunma olanağı tanınmayan ve bunu yaptığı da tarafsızlığının zedelenmesi gündeme gelebilecek kimselerin hedef haline getirilmesi ve kamu oyununun yanlış yönlendirilmesi yargılama faaliyetine ciddi bir müdahale niteliğindedir. Bu yönüyle olaya bakıldığında ideal açıdan meclisin yargısal süreçle ilgili konularda görüşme yapabileceği kabul edilse de bunun uygulamaya geçirilmesi için ülkenin zengin bir demokrasi ve hukuka saygı kültürüne sahip olması gerektiği kuşkusuzdur.

Anayasanın bu hükmü yalnız yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olarak bir takım sınırlandırmalar getirmiştir. Bu kapsamın dışında olan hususlarda görüşme yapılabileceği tabidir. Kanun koyucu başka türlü düşünmüş olsaydı anayasa metninde “ yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olarak” ifadesi yerine “görülmekte olan bir dava hakkında” ifadesini kullanırdı.¹⁰⁹ Hükmün amacı hakimleri karar verirken etki altında bırakacak her türlü beyanlardan kaçınılması ve hükme tesir edecek nitelikteki soru ve tartışmalardan kaçınılmasıdır. Yoksa adil yargılanma hakkını ihlal eder hususların meclise taşınması ve yargısal tıkanmalara çözüm önerileri elbette tartışma konusu olabilecektir.¹¹⁰

¹⁰⁶ Demirkol, 1991: 66

¹⁰⁷ Ünal, 1944: 15

¹⁰⁸ Tosun, 1984: 431

¹⁰⁹ Mumcuoğlu, 1989:3

¹¹⁰ Ünal, 1994: 15

1982 Anayasa'sına göre gerek yasama gerekse yargı erki Türk Milleti adına karar veren kurumlar olarak düzenlenerek ortak bir paydaya işaret edildiği görülmekle birlikte yargının yasama erkine karşı tam bir bağımsızlık içinde olması gerektiği de herkesçe kabul görmüş bir anlayıştır.

Bu bağlamsızlık anlayışı yargının meclisçe çıkarılan kanunlara bağlı kalmayacağı anlamını taşımaz. Ancak yasalar somut olayı çözmeyen genel nitelikte hükümler içerdiğinden bu kuralı somut olaya uygulayarak ihtilafı gidermeye çalışır. İşte bu aşamada yasama organı uyuşmazlığının halline yönelik herhangi bir girişimde bulunamaz. Mahkemelere emir ve talimat gönderemez. 1924 Anayasasındaki "yorum davası"nı istisna tutarsak kendisince çıkarılan kanundan ne anlaşılması gerektiği şekilde mahkemeleri yönlendirecek bir tutum içerisine giremez.

Ancak uygulamada zaman zaman yargının önüne gelen konularda demeçler verilmektedir. Hatta yargıya taşınan konulara ilişkin komisyonlar kurularak yargısal sürece etki edebilecek bir takım sorular sorulmakta ve raporlar düzenlenmektedir.

Yine 1982 anayasasında yasamanın yargı kararlarını değiştiremeyeceği ve yerine getirilmesini tehir edemeyeceği temel yaklaşımından uzaklaşarak bir takım istisna hükümlere yer verilmiştir. Meclise tanınan genel ve özel af çıkarma yetkisi¹¹¹, 2004 yılında anayasa metninden çıkarılan mahkemelerce verilir kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar verme yetkisinin meclise ait olması,¹¹² TBMM üyelerinin yasama faaliyeti dolayısıyla adli kovuşturma kaygısını ortadan kaldırmaya yönelik olarak yasama dokunulmazlığına sahip olmaları gibi düzenlemeleri buna örnek gösterebiliriz.

¹¹¹ Tanilli, 1990: 551

¹¹² Kırmaz, 2009:

2. Yasama Organına Karşı Yargıcın Bağımsızlığını Gerçekleştiren İlkeler

a. Yasama Organının Yargısal Denetimi

Yargının yasamaya karşı bağımsızlığını sağlayan en önemli etken yasamanın yargı kararlarıyla bağlı olmasıdır. Yasama organının fonksiyonunu Anayasa'ya uygun yerine getirip getirmediği Anayasa Mahkemesi tarafından bir denetim mekanizmasıyla kontrol altında tutulmaktadır.¹¹³ Çünkü sistemin temelde yasama erkinin güçlenmesine karşı bir tepki olarak ortaya çıkmış ve devlet iktidarıyla, insan haklarının korunması arasında bir denge unsuru olarak yerini almıştır.¹¹⁴

Bu yönüyle hukuk devleti olmanın bir gereği olarak ifade edilen bu müessese 1982 Anayasasının 138. maddesinin son fıkrasında “Yasama..... mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” şeklinde ifadesini bulmuştur. Bu düzenleme ile yasamanın yargı karşısındaki konumu açıkça belirtilmiş ve yargının işlevselliğinin sağlanarak bağımsızlığının korunması amaçlanmıştır.¹¹⁵

Milli iradenin temsilci olan meclisin anayasal çerçevede yasama fonksiyonu yerine getireceği kuşkusuzdur. Fakat tarihsel bir takım gerçekler olaya kuşku ile yaklaşılması sonucunu doğurmuş¹¹⁶ ve yasamanın da kendisine tanınan yetkiyi aşarak bir takım hukuka aykırı düzenlemeler yapabileceği düşüncesinden hareketle yasamanın faaliyetlerinin de hukuki denetime tabi tutulacağı düzenleme altına alınmıştır. Zaten gerçek demokrasilerde ve hukukun üstünlüğünü kabul etmiş devletlerde yasama organının her istediği şeyi yapabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Bütün çağdaş hukuk devletlerinde devlet yetkisinin kötüye kullanımının

¹¹³ Kırmaz, 2009: 88

¹¹⁴ Ulaş, 2005: 320

¹¹⁵ Akın, 1972: 139

¹¹⁶ Ünal, 1994: 14

önüne geçerek halkın refah ve mutluluğunun sağlanması için anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri benimsemiştir.¹¹⁷

Kanunların yargı organınca iptal edilebileceğinin sistem olarak kabulü bile belli bir fikirsel olgunluğu gösterir ve yargı organlarının bu tür görevleri gereği gibi yapabilmesi için yasama organına karşı da bir takım koruma ve ayrıcalıklara sahip olması beklenir.¹¹⁸

Yasama organı verilen yargı kararlarını tartışma konusu yapmadan ne emrediyorsa ona uyacak ve hukuksal geçerliliklerini tanıyacaktır. Kararın yerine getirilmesi noktasında hala bir takım sorunlar yaşıyorsa cezai, siyasi ve mali bir takım yaptırımların da uygulanması mümkündür.

b. Olağan Mahkeme ve Tabi Hakim İlkesi

Anayasa mahkemesi tabii hakim ilkesini “Genel olarak ve herkes için kurulmuş, görev ve yetkileri kanunla belli edilmiş mahkemeler tabii mahkemeler ve bunların hakimleri de tabii hakimdir. Bunlardan gayri merciler umumi değil özeldir ve madde prensiplerine aykırıdır.” Şeklinde tanımlamıştır.¹¹⁹

Anayasamızın “Kanuni Hakim Güvencesi” başlıklı 37. maddesinde “Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” hükmüne yer verilmiştir. Anayasamızın bu prensibi kişi hak ve özgürlüklerini doğrudan güvence altına aldığı görülmekle birlikte ısmarlama kararların çıkmasına yol açacak etmenleri de ortadan kaldırarak yargı bağımsızlığını gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.

Böylece sanıkların rasgele bir mahkemeye çıkarılmak suretiyle cezalandırılmasının önüne geçilmekte¹²⁰ ve yargıya dışardan müdahale etme kabiliyeti zayıflamaktadır. Zaten suçun işlenmesinden sonra kurulan

¹¹⁷ Ulaş, 2005: 317

¹¹⁸ Erem, 1973: 84

¹¹⁹ AYMK, 28.03.1963, E.1963/4, K.1963/71, RG. 18.10.1963, S. 11534

¹²⁰ Dal, 1986: 163

olağanüstü mahkemelerde görevli yargıçların bağımsız olmasını düşünmek fazla iyimser olmayı gerektirir.¹²¹

c. Yasal Düzenlemelerin Soyutluğu ve Genelliği

Yasaların genel ve soyut olması yargının yasama organı karşısındaki bağımsız duruşuyla yakından ilgilidir. Yasama organınca çıkartılan kanunların her şeyden önce taşıması gereken belirli vasıflar vardır. Bunların başında soyut ve genel kuralların yer alması gelir. Yani yasama organı bunlar yerine somut ve belirli bir olayı çözmek amacıyla kural koyarsa kendisine tanınan yetkilerin sınırı aşılmış olacaktır. Belli bir kişi veya belli bir olayı değil aynı durumda olan bütün kişileri ve aynı vasıfları taşıyan bütün olayları kapsar nitelikte hükümler içermesi gerekmektedir.¹²²

Egemenliğin yasama organınca kullanıldığı ve yasama faaliyetinin genelliği ilkesi gereği her türlü konunun meclisçe görüşülerek gerekli düzenlemenin yapılabileceği düşünülse de devlet organları ve idare makamlarına bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunluluğunu öngören 1982 Anayasasının 10. maddesi gereği eşitlik ilkesinin ihlali niteliğinde sayılabilecektir.

Kanunların genel ve soyut olması yargıya intikal eden somut olayla mevcut hukuki düzenleme arasındaki bağın kurulmasında yargı organını serbest bıraktığından bu tür düzenlemeler kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından da önem arz etmektedir.¹²³

Bir başka anlatımla olayın hukuki boyutunu ilgilendiren kısımlarda mahkemenin yorum ve takdir hakkının bulunması kaçınılmazdır. Elbette yasa belirli alanlarda yargı organının takdir yetkisine sınırlandırma getirecektir ancak hiçbir zaman somut bir olaya ilişkin yargının iradesi yerine geçecek bir düzenleme yapamayacaktır. Aksi durumda “hakimin kaderi politikacının

¹²¹ Kunter, 1989: 350 Yurtcan, 1987: 54

¹²² Özgen, 1988: 134

¹²³ Usta, 1992: 21

elinde olduğu müddetçe yargının bağımsızlığından söz edilemez”¹²⁴ tezini kuvvetlendirecek ve kuvvetler ayrılığı ilkesi zedelenecektir.

B. Yürütme Organına Karşı Yargı Bağımsızlığı

1. Anayasaya Göre Yargının Yürütmeye Karşı Korunması

Yürütme organı genellikle siyasi parti üyelerinden oluşmakta olup yaptığı icrai işlemlerle sosyal hayatta kendini en çok hissettiren devlet organı durumundadır. Yargı bağımsızlığı denince akla ilk olarak yürütme organına karşı bağımsızlık kavramı gelmesine rağmen uygulamada en zor sağlanan bağımsızlık da budur.¹²⁵ Bu nedenle yargının iktidara karşı korunması ve mevcut etinin kaldırılması için bir takım korumaların sağlanması gerekmektedir.

1924 Anayasası’nın 54/2. maddesinde Bakanlar Kurulunun mahkeme kararlarını hiç bir şekilde değiştiremeyeceği, geciktiremeyeceği ve hükümlerinin yerine getirilmesine engel olamayacağı düzenlemesine yer verilmiş, 1961 ve 1982 Anayasalarında da hiçbir organ, makam merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı ve hakimlerin azlolunamayacağını hükme bağlamıştır.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus da Anayasa’nın 140. maddesinin 6. fıkrasında “yargıç ve savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı’na bağlı” oldukları belirtildiğinden emir ve talimat yasağının yalnızca “Yargı yetkisinin kullanılması” ile sınırlı tutulmasıdır.

Yargı organları bazen kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimine ilişkin bir takım kararlar alırlar. Ancak bu kararlar organik açıdan yargı kararları sayılsalar da maddi anlamda yargı kararı niteliği taşımayıp idari işlem niteliğindedir ve hakimlik sıfatıyla bir ilişkisi bulunmamaktadır.¹²⁶

¹²⁴ Özgen, 1988: 135

¹²⁵ Kapani, 1956: 4

¹²⁶ AYMK, 13.5.1964, E. 1963/99, K.1964/38, R.G. 14.7.1964, S.11753

Mahkeme görevlilerince tesis edilen bu tür işlemler Adalet Bakanlığı adına yapıldığı için hakimler söz konusu olaya ilişkin bakanlıkça yayımlanan genelge, tebliğ vs. düzenleyici işlemleri de göz önünde bulundurmak zorundadır. Bir kısım hukukçularca bu tür işlemlerin yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olmadığı için yargı bağımsızlığını da zedelediği ileri sürülmektedir.¹²⁷

Günümüzde de mahkemelerin idari işlerinin tanziminde Adalet Bakanlığı'nın tamim göndermesi ve bir takım idari tedbirlerin alınması gibi uygulamalar mevcut¹²⁸ olmakla birlikte doktrinde ağırlıklı olarak yargıçların görevlerinin, yargılama ve idari görevleri diye ikiye ayrılması ve idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığı'na bağlı tutulmaları yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ile bağdaşmadığı yönünde bir takım eleştiriler yöneltilmiş ve yargıcın, idari görevleri yönünden de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlı olması gerektiği ileri sürülmüştür.¹²⁹

Kuzu da Bakanlıkça gönderilen emir ve talimatnamelerin yargıcın terfisini doğrudan etkilediğinden yargı bağımsızlığının ihlali olarak nitelenmektedir.¹³⁰ Ancak AİHM bir kararında Bakanlığın yargı yerinin işlevine ilişkin yol gösterici genel ilkeleri belirlemesini yargılama makamına verilen emir ve talimat olarak nitelenemeyeceği gerekçesiyle yargı bağımsızlığının ihlali olarak görmemiştir.¹³¹

2. Yargının Yürütmeye Karşı Korunması ve İdarenin Yargısal Denetimi

Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında yürütme organının mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, mahkeme kararlarını hiçbir şekilde değiştiremeyeceği ve yerine getirilmesini geciktiremeyeceği ifade edilmiştir. Anılan madde metninde “yürütme” kavramına yer vererek yargının

¹²⁷ Atar, 2005: 283,

¹²⁸ Özer, 1984: 523

¹²⁹ Özkaya, 2003: 15, Erdoğan, 2003: 218, Surlu, 2003: 58

¹³⁰ Kuzu, 1990: 147

¹³¹ Doğru, 2003: 725

yürütmeye karşı korunması gerektiğine açıkça değinilmektedir. Anayasanın 104. maddesinde de Cumhurbaşkanının sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisi tanınarak bu kurala istisna getirilmiştir.¹³²

Yargının yürütmeye karşı korunmasında belki de en önemli düzenlemeyi Anayasanın 125. maddesi oluşturmaktadır. Şüphesiz idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olması ve yargı kararlarının yürütme organı ve idare makamlarını bağlaması yargının idare karşındaki üstünlüğünü gösterir ve fertleri ve yargıyı yürütme organına karşı korumada oldukça etkilidir.

İdarenin işlem ve eylemleri nedeniyle hukuki sorumluluğunun bulunduğu ve bunların yargı denetimi dışında bırakılamayacağını öngören Anayasanın 125. maddesi gerekçesinde de belirtildiği üzere idarenin/yürütmenin denetim yolları arasında hukuka uygunluğu sağlamada en etkin olanı yargısal denetimdir.¹³³

Anayasada ifadesini bulan bu hüküm hukuk devletinin en önemli ve vazgeçilmez ilkesi¹³⁴ olması yanında idare edilenler için de huzur ve güven kaynağı olmaktadır.¹³⁵ Ancak unutulmamalıdır ki gerçekte önemli olan idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine bağlı tutulmasını öngören hukuki düzenlemelerin varlığı değil idarenin yargıyı benimsemesi ve yargı organlarının verdikleri kararlarla kendini bağlı görmesidir.¹³⁶

3. Anayasaya Göre Yargı ve Yürütme Organı Arasındaki Bağ

Yargının yürütme organı karşısında bağımsız olması demek şüphesiz bu iki organ arasında hiç irtibatın ve ilişkinin bulunmaması demek değildir. Adaletin yerine getirilmesi toplumsal bir gereksinim olarak karşımıza çıktığına

¹³² Tanilli; 1990: 551

¹³³ Kuzu, 2003: 155

¹³⁴ Derdman, 2006: 533

¹³⁵ Balta, 1968: 222

¹³⁶ Diplock, 1979: 36

göre bunun sağlanmasında bütün devlet organlarının katkısının bulunduğunu ve çoğu zaman bu organların birbirini tamamlar bir takım çalışmaların içine girdikleri görülmektedir.¹³⁷

HSYK'nın Adalet Bakanlığı bünyesinde yer alması ve Bakanlığın yargıç ve savcılar üzerindeki yetki ve sorumluluklarının ne olduğu, bunun yargı bağımsızlığını ihlal eden yönlerine ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değinilecek olmakla birlikte burada Cumhurbaşkanının yüksek yargı organlarının seçiminde üstlendiği role değinmek istiyorum.

Bugün gelinen noktada birçok devletin anayasalarında devlet başkanı yüksek yargı üyelerinin seçiminde geniş yetkilerle donatılmıştır.¹³⁸ Benzer düzenlemeler Türk Anayasasına da yansımış ve 1982 Anayasası'nda Danıştay üyelerinin dörtte biri, askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının Cumhurbaşkanınca seçileceği öngörülmüştür.

Her ne kadar Cumhurbaşkanının bu yetkiyi başka organlar ile birlikte kullanacağı düzenlenmişse de yargı organlarının oluşumunda yürütmenin bu derece etkin rol üstlenmesi kuvvetler ayrımı ilkesine aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur. Çünkü Cumhurbaşkanının vatana ihanet suçu dolayısıyla yargılamasını yapacak mahkeme üyeleri ile davadaki savcı bizzat cumhurbaşkanınca atanmaktadır. Yine siyasi parti kapatma davalarında da aynı yol izlenmekte ve Anayasa Mahkemesi üyeliği ile başsavcılığa yapılacak kritik atamalarla Cumhurbaşkanına yakın veya muhalif partiler üzerinde siyasi kaygılarla ayrımcılık yapabilecek bir takım uygulamalara kapı aralanabilmektedir.

Devlet başkanının tarafsız olduğu düşüncesinden hareketle böyle bir düzenlemeye gidilmişse de unutulmamalıdır ki devlet başkanı çoğu zaman seçilmeden önce belli bir siyasi partiye üye olmakla tarafını belli etmektedir. Yine seçim sürecinde belli bir siyasi partinin yoğun desteğini alarak bu konumunu elde etmektedir. Bu yönüyle düşünüldüğünde devlet başkanının

¹³⁷ Demirkol, 1991: 67

¹³⁸ Kırmaz, 2009: 189-196

seçimle birlikte siyasi parti üyeliğine son verilmesi ve millet vekilliği görevinin son bulması onun siyasi bakımdan tarafsızlığı sonucunu doğurmadığı, tarafsızlık kavramının tamamen şekli bir anlam kazandığı¹³⁹ sonucuna ulaşmak çok da zor olmamaktadır.

Özellikle Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde yasama organın dışlanmış olmasının Mahkemenin demokratik meşruiyetine gölge düşürdüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹⁴⁰ Esasında tarafsızlığı şekli bir anlam taşıyan Cumhurbaşkanına bütün üyelerin seçimi noktasında geniş yetki verilmesini öngören bir düzenleme yerine yasama, yürütme ve yargı organlarının ortaklaşa gerçekleştirilen¹⁴¹ bir seçim sisteminin daha olumlu sonuçlar doğuracağı açıktır.

4. Yürütme Organı ve Danıştay Üyelerinin Seçimi

Anayasanın 155. maddesinde Danıştay üyelerinin dörtte birinin nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanınca seçileceği öngörülmüştür. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun Üye Seçimi başlıklı 9.maddesinde Danıştay'da boşalan üye sayısı dördü bulunca, dördüncü üyeliğin boşaldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde durum Danıştay Başkanlığınca Başbakanlığa ve Adalet Bakanlığına duyurulacağı ve bu boş üyelik seçiminin dörtte birinin belli idari görevleri yürütmüş kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanınca gerçekleştirileceği öngörülmüştür.

Yüksek mahkeme bilindiği üzere ilk derece mahkemesince verilen kararların temyiz mercii olarak görev yaptığı için uyuşmazlığa ilişkin son kararın verildiği mahkeme konumunda olmaktadır. İlk derece mahkemesince yapılan ısrarlar da yine yüksek mahkemece karara bağlanmaktadır. Bu yönüyle yüksek mahkeme üyelerinin seçimi bir noktada ülke genelindeki uygulama biçimlerini belirlemektedir. Bu nedenle yüksek yargı organının seçiminde Devlet Başkanına yetki tanınması yargı bağımsızlığına aykırılık

¹³⁹ Denirkol, 1991: 122

¹⁴⁰ Kaboğlu, 1997: 33 Ulaş, 2000: 327

¹⁴¹ Tunç, 1997: 163

teşkil etmektedir. Çünkü kuvvetler ayrılığı ilkesi her şeyden önce yürütme organı ile yargının birbirinden ayrılmasını öngörür.

Danıştay üyelerinin belli bir kısmının yürütme organınca seçilmesi gerektiği anlayışının temeli ile yürütme ve yargı arasındaki ilişkinin olması gereken boyutlarını değerlendiren Duran'ın düşünceleri paralellik göstermektedir. Duran' a göre “ Gerçek idare hakimi yalnız yargılama ile yetinemez, mutlaka yönetimin uygulamalarında ve günlük eylemlerinde beliren güçlükleri ve istekleriyle kaynaşmalı ve kendini sürekli olarak yenilemelidir.”¹⁴²

Her ne kadar idare mahkemelerince idari işlemler üzerinde bir denetim yapılmakta ise de bu denetimin hukukilik denetiminden ibaret olduğu ve mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacakları utulmamalıdır.

Kanımca idari yargıda meslekten gelmeyen sırf belli bir idari görevi üstlenmesi dolayısıyla yüksek mahkemeye atama yapılması, bu atamanın da devlet başkanınca gerçekleştirilecek olması yargı bağımsızlığına gölge düşüren bir durumdur.

Danıştay üyeliği seçiminde üzerinde değerlendirme yapılacak diğer önemli bir nokta da boşalacak her dört üyeden birinin Cumhurbaşkanınca seçilecek olmasıdır. Bu şekildeki bir düzenleme yerine Cumhurbaşkanı için belli kontenjan ayrılarak bu kadrolardaki boşalmaya göre atama yapılması kanımca daha yerinde bir düzenleme olurdu. En azından Cumhurbaşkanınca seçilen üyelerin genel üye sayısına oranı değişmezdi.

Ancak mevcut düzenlemenin öngördüğü ihtimal dahilinde ve günümüz uygulamasına bakıldığında Cumhurbaşkanının seçtiği üyelerin yaşlarının daha düşük olması nedeniyle dörtte birlik oranın aşıldığını görmekteyiz. Bunun kuvvetler ayrımı ilkesine aykırılık oluşturacağı ve yargının idare karşısındaki bağımsız duruşuna zarar vereceği kanısındayım.

¹⁴² Duran, 1983: 56

C. Yargının Yargıya Karşı Korunması

1. Mahkeme Kararlarının Hukuki Denetimi

1982 Anayasasının hiçbir organ, makam, mevki ve kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz genel hükmü uyarınca Türk milleti adına yargı gücünü kullanan mahkemelerin kendi yargı faaliyetleri sırasında diğer mahkemelerin yapacağı etkilere karşı da korunması zorunluluk arz etmektedir.¹⁴³

İdare makamlarından farklı olarak yargı yetkisini kullanan yargıçların bağımsız olmaları nedeniyle hiyerarşik bir bağ ve altlık üstlük durumu söz konusu değildir. Bir hakimce verilen kararı inceleyen diğer bir hakim üst yargı organıdır ancak yine bir birlerine karşı bağımsızlıkları söz konusu olup emir verememektedirler.¹⁴⁴

Her ne kadar bir mahkemece verilen kararın bir başka mahkemece denetlenmesi yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturduğu düşünülse de aslında ilk derece mahkemesinin kararı yargılama faaliyetinin ilk basamağıdır. İtiraz kural olarak bir mahkemenin verdiği kararda tarafların hukuka aykırılık olduğu yönündeki iddiası üzerine ortaya çıkan uyuşmazlığın yine bir mahkemeye müracaat edilerek yargılama yapılması işidir ve yargılama sürecinin ikinci basamağını oluşturur. Bu yönüyle yargılama faaliyetini sadece ilk derece mahkemesinin kararıyla sınırlı tutmamak gerekir.

Yargıçlar da insan olması nedeniyle hatalı yargılama yapabilmeleri kaçınılmazdır ve yargı kararlarının da hukuksal denetime tabi tutulması gerekir. Bu düşünceden hareketle bugün bütün uygar toplumlarda ilk derece mahkemesinin kararlarına itiraz yolu öngörülmüştür. Dahası bu anlayış hukuk devleti olmanın bir gereği olarak kabul görmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenleme altına alınan adil yargılanma hakkı

¹⁴³ Yurtcan, 1987: 55

¹⁴⁴ Demirkol, 1991: 78

gerçek anlamda mahkeme kararlarına karşı da itiraz hakkını içermektedir ve yargılamanın doğal bir uzantısıdır.¹⁴⁵

Üst yargı yolunun tanınması her şeyden önce kişi haklarına ve topluma güvence sağlamakta ve eşitlik ilkesinin bir gereği¹⁴⁶ olarak mevzuatın ülke genelinde herkese aynı uygulanmasına yol açmaktadır. Bu yönüyle itiraz yolunu yargılamanın olmazsa olmaz bir aşaması olarak kabul etmek gerekir. Mahkeme kararlarının bir başka yargıç tarafından denetlenmesinin yargı bağımsızlığına aykırılık taşıdığı iddiası Anayasa Mahkemesine taşındığında mahkeme bu durumu yargı bağımsızlığına aykırı olarak görmediği gibi itiraz yolunu temel hakların korunması için önemli bir müessese olarak değerlendirmiştir.¹⁴⁷

Kanımca mahkeme kararlarına karşı itiraz yolunun öngörülmesinin yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturacağını savunmak abartılı bir iddiadır. Yargı bağımsızlığı kişi güvenliği için geliştirilmiş bir kurum olduğundan yargılamanın seyrini yargıçların inisiyatifine bırakacak şekilde bir yorum ilkenin amacına da aykırı olacaktır. Yargıçların verdiği kararlar üzerinde yapılan hukuksal denetim aynı zamanda bağımsızlığı koruyan bir araç olup bağımsızlığın kötüye kullanılması durumunda bir tür oto kontrol görevi üstlenmekte ve uzun vadede yargıyı olumsuz etkileyebilecek yasal düzenlemelerin önünü kesmektedir.

2. Yüksek Mahkemece İlk Derece Mahkeme Hakimi ve Savcıları Hakkında Yapılan Not Takdiri

2802 sayılı yasanın 28. maddesinde “Yargıtay ve Danıştay daireleri; yaptıkları kanun yolu incelemeleri sırasında tek veya toplu olarak karar veren hâkimler ile iddianameyi düzenleyen, hükmün verildiği duruşmaya katılan ve kanun yoluna başvuran Cumhuriyet savcıları hakkında çok iyi, iyi, orta ve zayıf olmak üzere not verirler.” İfadesine yer verildiği görülmektedir. Yine

¹⁴⁵ Okay, 2000: 446

¹⁴⁶ Kırmaz, 2009: 94

¹⁴⁷ AYMK, 18.2.1971, E. 1970/31, K. 1971/2, R.G.9.71981

2802 sayılı yasaya göre yüksek mahkemeden orta ve zayıf not alan hakimlerin terfilerini olumsuz yönde etkilediğinden yüksek mahkemece verilecek olumsuz bir not mesleki kariyer bakımından da son derece önem taşımaktadır.¹⁴⁸

Not ve yükselme kaygısının yargıcı üst mahkemeye karşı bağımlı kılacağından yargı bağımsızlığına aykırılık taşıdığı ileri sürülebilir.¹⁴⁹ Ancak yargı bağımsızlığı hakimlin kararları üzerinde hiçbir değerlendirme yapılması anlamına gelmediği gibi not takdirlerinin yargının bağımsızlığına müdahale niteliği taşıyacak boyutta kötü niyetli kullanıldığını söylemek de kanımca fazla abartılı görünmektedir. Çünkü mahkeme not verirken; kararda sağlanan isabet, davanın hızlı yürütülmesi, duruşmalara hazırlıklı çıkılarak gereksiz gecikmelere neden olunmaması, usûl hükümlerinin eksiksiz ve zamanında yerine getirilmesi, dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi, gerekçeli kararın yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında gösterilen başarı, emsal kararların gözetilmesi, soruşturmanın niteliği, iddianame içeriğinin buna uygunluğu gibi hususlar göz önünde tutularak değerlendirme yapılmakta ve bu yönüyle nitelikli hakimlerin tespitinde objektif bir değerlendirme niteliği taşımaktadır.

Hatta bu yöndeki bir değerlendirmenin hem daha geniş bir zamana yayıldığı hem de yargıçlarla muhatap olunmaksızın sadece verilen kararlar üzerinde yapıldığı için tarafsız bir nitelik taşıdığından müfettişlerce yapılan değerlendirmeden daha faydalı sonuçlar verdiği de bilinen bir gerçektir.

Ancak bu konudaki en önemli noksanlık olumsuz notlara karşı yapılan itirazın yine aynı dairece karara bağlanması nedeniyle etkili bir itiraz usulünün öngörülmemesidir. Her ne kadar belli uyuşmazlıklara aynı daire baktığından o konudaki içtihatları en iyi bilen dairenin de kendisi olduğu gerekçesiyle itirazın bir başka dairece incelenme olanağının bulunmadığı ileri sürülse de tartışmalı konularda hakimlerle ilgili olumsuz bir değerlendirme yapılamayacağı açık olduğundan konunun teknik bir yönü bulunmamaktadır.

¹⁴⁸ Dıplöck, 1979: 33

¹⁴⁹ Selçuk, 2009a; 8

O nedenle yargıçlar hakkında düzenlenecek olumsuz notlara karşı yapılan itirazın ilgili dairenin inisiyatifine bırakılmaksızın bir başka dairece incelenmesi yargı bağımsızlığının korunmasına hizmet edecek bir düzenleme olacağı kanısındayım.

Yargının yargıya karşı korunması her şeyden önce hukukun yorum yoluyla gelişmesi için şarttır.¹⁵⁰ Çünkü yaşanan her zaman yeni uyuşmazlıkları beraberinde getirmekte ve düzenlemenin zamana bağlı olarak yorumu da farklılık gösterebilmektedir. İşte böyle durumlarda somut olaya ilişkin hakimın hukuk yaratması veya daha önceki yerleşik içtihattan ayrılma gibi hususlar gündeme gelir ki bu kuralların işletilebilmesi yargının yargıya karşı bağımsız olması ile sağlanabilir, hatta hakimın daha önce kendisi tarafından verilen kararlara karşı da belli ölçüde bağımsız olması gerekir.

Yargıcın zihninde kararın yüksek yargı tarafından ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin bir kaygı oluşuyorsa yargı bağımsız değil demektir. Bu nedenle yüksek yargı tarafından yapılan değerlendirme ilk derece mahkemesinin iradesini ortadan kaldıracak bir keyfiyete bürünmemeli ve yargıcın olumsuz bir not ile kariyerinin bitebileceği endişesinin de ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus yüksek mahkemelerin kararı veren hakimle ilgili not fişi düzenlerken herhangi bir gerekçe belirtmemeleridir. Kanun maddesine göre kararın onanması veya bozulması hakim ve savcı hakkında olumlu veya olumsuz not düzenlenmesini gerektirmediğinden bozma gerekçesinden farklı bir nedene dayalı olarak olumlu veya olumsuz not takdirine gidilmesi mümkündür. Ortaya çıkan hatanın ağırlık derecesinin gerekçeli olarak belirtilmesi hakimın eğitilmesi açısından fayda sağlayacağı gibi eğer yüksek yargının değerlendirmede hatalı yanıları varsa yapılacak itirazlarla hatalı uygulamalardan dönülmesi ve daha objektif ve istikrarlı değerlendirme yapılmasına da yol açacaktır. Bu nedenle not fişi düzenlerken gerekçeye

¹⁵⁰ Demirkol, 1991: 85

dayanılması yargının yargıya karşı bağımsızlığının korunması açısından hayati derecede önem taşımaktadır.

3. Yargının Yargıya Karşı Bağımsızlığına Getirilen İstisnalar

a. Yüksek Mahkemenin Israr Kararı Üzerine Verdiği Kararlar

Kural olarak ilk derece mahkemesi yüksek mahkemenin kararlarına uyma mecburiyetinde değildir. Kararı bozulan mahkeme kendi kararının doğru olduğunu iddia ediyorsa bozma kararına uymayıp eski verdiği kararda ısrar edebilir. Mahkemenin ısrar kararı ilgili genel kurulca bozulursa artık mahkeme bu karara uyarak karar vermek zorundadır.

Bunun her ne kadar yargının elini kolunu bağladığı ve istemediği bir kararı vermek zorunda olduğu biçiminde düşünülse de ilk derece mahkemesince verilen kararların aynı meslekten gelmiş, daha fazla tecrübesi bulunan ve ilk derece mahkeme üyelerinden sayıca da fazla olan hakimler tarafından denetlenmesi ve aynı kanunun farklı şekillerde yorumlanmasında yüksek yargıya öncelik tanınması her şeyden önce hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Mahkemece verilen kararlara karşı üst mahkemeye itiraz hakkı tanınması ve belli bir aşamadan sonra mahkemenin aynı yöndeki kararlarına sınırlandırma getirilmesi kişi güvenliğini sağlayan bir husustur. Aksi durum ilk derece mahkemelerinin keyfi uygulamalarına yol açabilecek bir sonucu da beraberinde getirir ve üst yargıya itiraz hakkının hiçbir işlevi kalmaz.

Yüksek yargı itirazı karara bağlarken ilk derece mahkemesi gibi davanın dayanağını teşkil eden maddi olayları irdeleyerek bu olaya uygulanacak hukuk kurallarının doğru tespit edilip edilmediği, yorum tarzının yerinde olup olmadığını değerlendirerek karar vermektedir. Bu yönüyle ilk derece mahkemesinden ayrılan bir yönü bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırılık taşıdığı iddiasıyla açılan davada direnme kararlarının bozulmasının ve bu kararın ilgili mahkemece

bağlayıcı olmasının yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturmadığı yönünde karar vermiştir.¹⁵¹

b. İçtihadı Birleştirme Kararları

İçtihadı birleştirme kararları yüksek mahkemenin daireleri arasında ortaya çıkan farklı kararları ortadan kaldırmaya ve ülke genelinde uygulama birliğini sağlamaya yönelik geliştirilmiş bir kurumdur. Benzer hukuki konularda genel kurulları, daireleri, mahkemeleri ve idare organlarını bağlar. Bu kararlar temyiz incelemelerinden farklı olarak prensip kararlar olup daha sonraki benzer olaylara uygulanacak şekilde soyut nitelik taşımaktadır.¹⁵²

Doktrinde bazı hukukçularca bu ilkenin yargıçların serbest karar verebilme olanağını yok ettiğinden bağımsızlık anlayışına zarar verdiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁵³ Yüksek mahkemeye belli bir uyuşmazlığın üstüne çıkarak, bütün uyuşmazlıklarda uygulanacak normu belirleme yani bir tür yasama faaliyeti sayılabilecek şekilde düzenleme yapma yetkisinin tanınması yargı bağımsızlığına, dolayısıyla anayasaya aykırılık taşımaktadır.¹⁵⁴

Bu düşüncedeki hukukçulara göre hakimler talimatlarla hareket eden bir memur değildir. Bu nedenle kuvvetli delil ve gerekçe göstererek içtihadın aksine karar verebilir.¹⁵⁵ Yargısal içtihatlar diğer mahkemeler için bağlayıcı kural koyan yaratıcı bir kaynak olmaktan ziyade yol gösterici, aydınlatıcı mahiyette ve ikinci derecede ilmi bir kaynak olarak değerlendirmenin yargı bağımsızlığı anlayışına daha uygun bir yaklaşım olacağı düşüncesindedir.¹⁵⁶ Yine bu düşüncedeki hukukçulara göre Diğer yüksek yargı kararları gibi hakimler uygun gördüğü karardan yararlanarak hukuki açıdan hangisinin daha uygun olduğunu düşünüyorsa o yönde karar vermeleri sağlanmalıdır.¹⁵⁷

¹⁵¹ AYMK,13.2 1968, E.1967/11, K.1968/7, R.G.14.9.1968, S.13001

¹⁵² Postacıoğlu, 1975: 105

¹⁵³ Kunter, 1989: 572, Selçuk, 2009a

¹⁵⁴ Özek, 1981: 922

¹⁵⁵ Berkin, 1973: 358, Duran, 1953: 228

¹⁵⁶ Onar, 1966: 404

¹⁵⁷ Tosun, 1984: 443

Anayasa Mahkemesi ise direnme kararlarına benzer şekilde içtihadı birleştirme kararlarına uyma zorunluluğunun da hakimlik bağımsızlığı ilkesini ihlal etmediğini belirtmiştir. Mahkemeye göre “İçtihadı birleştirme kararı o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı amaç edinmiş olan bir hukuk işlemi değildir... Mahkemelerin benzer olayda verdikleri kararlar arasında çelişmeler doğabilmekte ve bunun Anayasanın 12. maddesinde tanınan yasa önünde eşitlik ilkesini zedelemektedir...Bir hakimin kararının başka bir hakim tarafından denetlenmesi, bu maddenin kapsamı dışında kaldığı gibi bir hakimin kararlarını Yargıtay’ın görüşüne uygun olarak verilmesi ödevini hakimlere yükletilmesi dahi bu maddenin koyduğu yasaklayıcı kuralların dışında kalmaktadır...”¹⁵⁸

Yargıtay bir kararında içtihadı birleştirme kararlarını tanımlarken anayasa mahkemesince benimsenen görüşten oldukça uzaklaşmıştır. Anayasa mahkemesine göre bu tür kararlar kural koymayı amaç edinmemesine rağmen Yargıtay bir tür yasama faaliyeti olarak nitelemektedir. Yargıtay’a göre “Bir konunun içtihadı birleştirme kararı ile aydınlanmaması, sonuç bakımından o konuda yeni bir kanun çıkarılması anlamına gelmektedir. İçtihadı birleştirme kararlarının özelliği uygulamaları bir esasta toplamak ve yanlışlıklara meydan vermemek ve Medeni Kanun’un 1. maddesi uyarınca uygulama alanında meydana gelen boşluğu doldurmaktır.”¹⁵⁹

İçtihadı birleştirme kararlarının yargı bağımsızlığa aykırı olmadığını savunan yazarlar da ülke genelinde hukuki eşitliğin sağlanabilmesi için bunun gerekli olduğu kanısındadırlar.¹⁶⁰

¹⁵⁸ AYMK, 12.6.1969 E.1968/38, K.1969/34, R.G. 29.1.1970,13412

¹⁵⁹ Kuru vd., 1986: 499

¹⁶⁰ Kuru, 1977: 11, Bilge, 1993: 15

c. Uyuşmazlık ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Uyma Mecburiyeti

Uyuşmazlık Mahkemesi adli, idari,ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkili ve görevli mahkemedir. Bu mahkemece verilen kararlar kesin olup herhangi bir itiraz usulü öngörülmemiştir.

Yine Anayasa mahkemesi kararları kesin olduğundan kararın temyizi ve karar düzeltmesi gibi itiraz usullerinin işletilmesine olanak yoktur. 1982 Anayasasına göre Anayasa mahkemesi kararları Resmi Gazete’de yayınlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını gerçek ve tüzel kişileri bağlar.

Mahkemece bir yasa hükmünün iptaline karar verilmekle söz konusu norm yürürlükten kalkar, dolayısıyla iptal edilen normun uygulanma kabiliyeti kalmaz. Aksi bir davranış varsa bu tür fiiller hem ceza hukuku bakımından suç, hem de özel hukuk bakımından haksız fiil oluşturduğundan ilgili şahısların hukuki sorumluluğunu doğurur.¹⁶¹

Anayasa mahkemesi bir yasa metnini iptal ederken veya davayı reddederken gerekçede belirttiği hususların da aynı derecede bağlayıcı olup olmadığı hususu önem arz etmektedir. Daha çok “Gerekçeli ret kararı” olarak isimlendirilen bu uygulama ile iptal istemine konu edilen norm iptal edilmemekte ancak söz konusu normun uygulanmasından doğabilecek kaygılar da kararda karşılanarak bu normun uygulanmasına bir tür sınır çizilmektedir.

Her ne kadar yargı kararlarının gerekçeleriyle bir bütün olduğundan Anayasa Mahkemesinin kararda belirttiği gerekçelerin de herkesi bağlayıcı nitelikte olduğu iddia edilse de Anayasanın 153/2. maddesinde “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.” ifadesine yer verildiğinden

¹⁶¹ Özbudun, 2004: 408

anayasa mahkemesinin gerekçesiyle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar vermesi düşünülemez.

Bu nedenle gerekçeli ret kararlarının herhangi bir bağlayıcı yanının bulunmadığını kabul etmek gerekir. Aksi yorum benimsenirse hem yargı yasama faaliyeti üstlenmiş olacağından kuvvetler ayrımı ve demokratik hukuk devleti ilkelerine aykırılık oluşturacak hem de yargının yargıya karşı bağımsızlığı ilkesi büyük ölçüde zarar görecektir ve anayasa mahkemesine kazai tasarruflar yaratma noktasında kapı aralanacaktır.

D. Yargının Basına Karşı korunması

1. Basının Kamusal Misyonu

İletişim özgürlüğü, haber, düşünce ve yorumların kitle iletişim araçları ile serbestçe yayılması ve herkesin istediğinde bunlara ulaşabilmesi anlamına gelmektedir.¹⁶² Basının görevini gereği gibi yapabilmesi ve kamuoyunu oluşturan ve belirleyen bir güç olan konumunu sürdürebilmesi için özgür olması şarttır. Bu özgür ortamın sağlanması Anayasa tarafından devlete yüklenen bir görev olduğu gibi bireyin temel hakları arasında yer alan düşünce özgürlüğünün de bir yansımasıdır.¹⁶³

Çoğulcu demokratik toplum yapısının temelini, insanların özgür biçimde düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanılarından dolayı kınanamaması, bunları bir başkaları ile birlikte paylaşması ve gerektiğinde aynı düşünceye sahip insanların siyasi parti, dernek vs. gibi farklı isimlerle bir araya gelerek örgütsel bir yapı içine girebileceği olanaklarının sağlanması oluşturur.¹⁶⁴

Bunun bir gereği olarak da basının habere ve haber kaynaklarına ulaşma hakkı bulunmaktadır. Hatta Basın kanunun 12. maddesine göre süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibinin bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya

¹⁶² Okay, 2000: 433, Aydın, 1998: 4

¹⁶³ Centel, t.y: 57

¹⁶⁴ Akıncı, 1999: 157

zorlanamayacağı ifade edilerek basının görevini özgürce yürütmesi için bir takım somut düzenlemelere gidilmiştir. Çünkü medyanın haber verme hakkının diğer yüzünde bireyin bilgilenme hakkı bulunmaktadır.¹⁶⁵

2. Basın Özgürlüğü'nün Sınırı

Basın kamu hizmeti görmekle birlikte yaptığı haberlerin hepsinin ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kaldığını kabul etmek yanlış olur. çoğu zaman gerçek dışı haberlerle kamuoyunu yanlış yönlendirdiğini, kişilerin şeref ve haysiyetlerini zedeleyici haberlere yer verildiğini ve daha da önemlisi yargıyı etki altına alma adına bir takım haberler yapıldığı görülmektedir.¹⁶⁶

Yargılama faaliyeti doğrudan veya dolaylı olarak kimilerin çıkarlarına dokunacak bir faaliyet içermesi nedeniyle davanın tarafları veya davayla yakından alakalı diğer şahıslar, duruma göre sermaye grupları, dernekler, sendikalar ve siyasi partiler gibi toplumun değişik kesimleri zaman zaman nüfuzunu kullanarak yargılamanın sonucunu belirlemeye çalışmaktadırlar.¹⁶⁷ Bunu sağlamada en etkili yolsa şüphesiz kamuoyunda “yandaş” olarak nitelenen basın organlarının kullanılmasıdır.

Bu durum basın özgürlüğü ile yargı özgürlüğünü karşı karşıya getirmekte ve sorun basının haber yapma hakkına bir takım sınırlandırma getirilmek ve yargının bağımsızlığına öncelik vermek suretiyle çözülmektedir. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olan yargı aynı zamanda bir temel hak olan iletişim özgürlüğünün de güvencesi konumundadır.¹⁶⁸ Bu yönüyle kamu yararının bulunduğu durumlarda bireyin haklarına sınırlandırma gezilebilmesi hukuk devleti anlayışına da uygun düşmektedir.

Avrupa insan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenleme altına alınan adil yargılanma hakkı mahkemenin tarafsızlığı ilkesini de içerdiğinden kişilerin önyargılarla hüküm giymelerine neden olan bu tür yayınlar aynı

¹⁶⁵ Özek, 1999: 10

¹⁶⁶ Kırmaz, 2009: 99

¹⁶⁷ Demirkol, 1991: 87

¹⁶⁸ Okay, 2000: 433

zamanda adil yargılanma hakkına da aykırılık oluşturmaktadır.¹⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yargı bağımsızlığını ve saygınlığını zedeleyen ve yargıya güveni sarsan düşünce açıklamalarının anlatım özgürlüğü kapsamına girmeyeceğini kararında açıkça belirtmiştir.¹⁷⁰

Yargıcın da bir insan olduğu gözetilerek, görülmekte olan davalarla ilgili olarak, vicdani kanaatinin sağlıklı oluşması için hiçbir görüş sergilenmemesi gerekmektedir. Ancak ülkemizde duruşma öncesi yargıcın önündeki davalarla ilgili olarak kanıtlar ve eylemler üzerinde yorum yapıp hüküm verilmekte veya yargısal faaliyeti yürüten şahıslar çeşitli iddialarla odak haline getirilerek yıpratılmaya çalışılmaktadır. Böylece, adil yargılanma ve suçsuzluk karinesi ilkeleriyle yargıcılık hakları çiğnenmektedir.¹⁷¹

Şüphesiz hakim üzerinde baskı oluşturarak karara etki etmeye çalışan bu tür uğraşların amacına ulaşamaması ciddi bir takım koruma tedbirlerini zorunlu kılar.

3. Basına Karşı Yargı bağımsızlığını Koruma Tedbirleri

Yargı bağımsızlığı ile her ne kadar hakimlerin bağımsız olması kastedilmişse de savcılarının da yargısal faaliyetlerde etkin rol oynaması nedeniyle gerek hazırlık tahkikatının gizliliği gerekse olaya ait lehe ve aleyhe delillerin araştırılması ve delillerin değerlendirilmesi aşamasında basına karşı korunması gerekmektedir.¹⁷² Çünkü basında çıkan haberler nedeniyle davanın açılıp açılmaması noktasında savcılarının da etki altında kalması mümkündür.

Günümüzde basın yasama, yürütme ve yargıdan sonra dördüncü erk olarak kabul edilmektedir. Bunun nedeni toplumun etki altına alınmasında çok büyük paya sahip olmasıdır.¹⁷³ Basın bu derece etkili olunca yargının bağımsızlığının basına karşı korunması da gündeme gelmekte ve bunu

¹⁶⁹ Yarsuvat, 1995: 100

¹⁷⁰ Çınar, 2008: 10

¹⁷¹ Selçuk, 2009b

¹⁷² Demirkol, 1991: 86

¹⁷³ Aydın, 1998: 10

gerçekleştirmek için anayasa ve ilgili mevzuatlarda bir takım koruma tedbirleri alınmaktadır.

Anayasamızda haberleşmenin hakim kararı ile engelleneceği ve gizliliğine dokunulacağı (1982 AY Mad. 22/2), yayın yasağı getirilebileceği (1982 AY Mad. 28/5), düşünciyi açıklama ve yayma hürriyetinin yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabileceği (1982 AY Mad. 26/2) düzenlemesine yer verilmek suretiyle yargının korunması amaçlanmıştır.

Benzer bir düzenlemeye 5187 Sayılı Basın Kanunu'nda da yer verilmiştir. Kanunun “Yargıyı Etkileme” başlıklı 19. maddesinde “Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse ... adli para cezasıyla cezalandırılır. Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hakim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır.” Hükmüne yer verilerek yargının basın yoluyla etki altına alınmaması için bu kurala aykırı davrananlar için bir takım cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 277, 286 ve 288. maddelerinde yargıya müdahale oluşturabilecek bir takım hususların müeyyideye bağlanması ile ortamın baskısına karşı muhakemenin naklinin öngörülmesi aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerdir.¹⁷⁴

Burada dikkat edilmesi gereken husus yayının hakimler üzerinde odaklanarak yargılamanın gereği gibi yapılmasına engel olacak bir boyut kazanmamasıdır. Yoksa mahkemece verilen kararları ilmi değerlendirmeye tabi tutmak ve bilimsel açıdan kararın tahlil ve tenkidini yapmak ifade özgürlüğü kapsamı sınırları içerisinde değerlendirilmelidir.¹⁷⁵ Hatta bu tür

¹⁷⁴ Çınar, 2008: 11

¹⁷⁵ Kunter, 1989: 356

eleştirilerin yanlışları azaltmak ve hukuka uygunluğu sağlamak adına olumlu katkı da sağlayacaktır.¹⁷⁶

Haberlerin kamuoyunu etkileyecek biçimde abartılarak verilmesi ve masumiyet karinesinden yararlanan sanığın mahkeme kararından önce toplumda mahkum edilmesi sanıkların mahkumiyeti yönündeki beklentiyi de artıracığı¹⁷⁷ bu durumun doğal bir sonucu olarak da mahkeme üyelerinin sanığın beratı durumunda farklı iddialarla karşı karşıya kalabilecekleri endişesiyle hukuki ve vicdani kanaatlerinden saparak farklı yönde karar verebilmeleri gündeme gelmektedir.

Bunun için basının haber hakkına sınırlandırma getirilmesi, gerektiğinde RTÜK ve Basın İlan Kurumu tarafından idari denetime tabi tutulmak suretiyle gerekli idari yaptırımların uygulanması gerekmektedir. Aslında yargıya müdahale sorunu basının kalitesi ile yakından ilişkilidir. Toplumu eğiterek demokrasi kültürünün oluşması noktasında önemli misyon üstlenen basının öncelikle kendisinin demokrasi ilkelerini özümseyerek başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı göstermesi beklenir.¹⁷⁸

Objektif ve yalan haber yayma dışındaki basın faaliyetinin ve gerçek anlamda çoğulcu demokrasi kültürünün topluma yerleşmesi ile “kamuoyunu aydınlatma ödevi” ve “yargıya müdahale” kavramları arasındaki ince çizginin korunacağı ve bilgi kirliliğinin son bulacağı kanısındayım. Şüphesiz bu da ancak ön yargılardan arınarak özgür düşünebilme ve gerektiğinde öz eleştiri yapabilme erdemliliğinde gizlidir.

E. Yargının Hakimin Kendisine Karşı Korunması

1. Tarafsızlık Kavramı

Yargının bağımsız olması ile de yakından ilgili olan “tarafsızlık”¹⁷⁹ davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı yokluğu, mahkeme üyelerinin

¹⁷⁶ Selçuk, 1994. 12

¹⁷⁷ Selçuk, 2009b

¹⁷⁸ Okay, 2000: 435

¹⁷⁹ Reid, 2000: 110

davanın tarafları leh ve aleyhinde bir duyguya yada çıkara sahip olmaması anlamına gelmektedir.¹⁸⁰

Yansızlık, yargıcın tarafların dışında ve üstünde olması demektir. Hukuk devletinde, yasama organı yasaları yapmakla yetinip yasanın yorumlanma işini bağımsızlığı anayasal olarak güvenceye bağlanan yargıya tanınmıştır. Ancak bu yetki bir kişi olarak değil, bir kurum olarak yargıcın tekeline verilmiştir. Bu nedenle yargıç yanlar üstü davranmak mecburiyetindedir.¹⁸¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, tarafsızlığın, nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Nesnel tarafsızlık mahkemenin bir kurum olarak kişide bıraktığı izlenimin, yani yanlara güven veren bir görünüme sahip olmasıdır.¹⁸² Bunun değerlendirilmesi, mahkemenin kuruluş şekli ve görevin yerine getirilme biçimi gibi bir takım yöntemlere göre yapılmaktadır.¹⁸³

Öznel tarafsızlık ise mahkeme üyesi olan yargıcın birey olarak mevcut davada yansız olmasıdır.¹⁸⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öznel bağımsızlığı da yine nesnel bir takım ölçütlerle belirlemeye çalışmaktadır. Mahkemeye göre dışarıdan bakan yansız bir gözlemci, yargıcın bir yana yaklaşımdan davayı çözemeyeceği inancına sahip olması durumunda öznel tarafsızlığın bulunmadığı kanaatindedir. Bu nedenle mahkemeyi oluşturan yargıçların kişisel anlamda davanın taraflarına güven vermesi öznel tarafsızlık olarak nitelenmektedir.¹⁸⁵

2. Yargıcın Tarafsız Olmasının Önemi

Hakimler de bir insan olması nedeniyle kendisine ait siyasi bir düşüncesi ve dini inancının bulunması normaldir. Her insan gibi suçlanan birini sevmeyebilir ya da ona hayranlık duyabilir. Toplum içinde yaşayan bir birey

¹⁸⁰ Tezcan vd, 2002: 254, Centel, 2002: 105

¹⁸¹ Çınar, 2008: 12

¹⁸² Doğru, 1998: 415

¹⁸³ Gölcüklü, 1995: 19

¹⁸⁴ İnceoğlu, 2005: 188

¹⁸⁵ Gölcüklü, 1995: 19

olduklarına göre toplumsal bir takım sorunlara karşı duyarlı olması vatandaşlık hakkı olarak değerlendirilmekle birlikte mesleki yaşamlarında hiçbir zaman belli bir dini ve siyasi ideolojinin savunucusu olmadıkları gibi bu tür şahsi ideolojilerini kararlarına da yansıtamazlar.

Hakimler yansız ve nesnel hukukun soğukkanlı mantığıyla düşünmek ve karar vermek zorundadırlar. Çünkü adalet en ufak bir yabancı katkı karıştırıldığında bütünüyle kirlenen bir değerdir. Bu nedenle hakim, duruşma salonuna girerken, bütün inançlarını, dünya görüşlerini zaaflarını bir kenarda bırakmak zorundadır.¹⁸⁶

Anayasanın 10. maddesinde “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmüne yer verildiği ve haksız muameleyle tabi tutulduğunu iddia edenlerin son itiraz mercileri de mahkemeler olduğuna göre eşitlik ilkesinin bir gereği olarak ilk önce mahkemelerin davanın tarafları arasında herhangi bir ayırım gözetmemesi beklenir.

Şekli anlamda da olsa davanın her iki tarafı hakim karşısında eşit şansa sahip olmayı ve eşit muamelelere tabi tutulmayı isteme hakkı vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde tarafsız mahkeme ilkesine yer verilerek adil bir yargılanma için tarafsızlığın olmazsa olmaz bir koşul olduğu da vurgulanmıştır.¹⁸⁷

3. Yargıcın Tarafsızlığının Koruması

Yargıç çağın koşullarını ve günün gerçeklerini bilmek ve somut olayda yasanın zamana bağlı kazandığı yeni anlamı tespit ederek hakkaniyete göre karar vermek zorundadır. Bu tür yorumu sağlıklı yapabilmesi için hakimin kişisel ön yargılardan arınması, toplumsal yapının sosyo kültürel değerlerini çok iyi kavraması gereklidir.¹⁸⁸ Aksi halde yargıç, yargılama sırasında insanların geçmişlerini, yaşam biçimlerini, kusurlarını, dünya görüşlerini,

¹⁸⁶ Selçuk, 2009b

¹⁸⁷ Gözübüyük, Gölçüklü, 2005: 282

¹⁸⁸ Ünal, 1994: 11

inançlarını değerlendirmeye ya da bunların etkisiyle karar vermeye kalkışırsa, yansızlığını yitirir. Bu durum şüphesiz düşünceler ve inançlar karşısında demokratik ve laik devletin yansızlığı ile bağdaşmaz.¹⁸⁹

Anayasanın 36. maddesinde hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı kurala bağlanmakla birlikte Hukuk Usulü Muhkemleri Kanunu'nun 28. maddesinde belli bir dereceye kadar kan ve sıhri hısımlılık, hakimin taraflardan birinin vekili, vasisi, kayyımı sıfatıyla hareket etmesi, ve davaya doğrudan ya da dolaylı olarak alakadar olması gibi tahdidi olarak belirtilen hallerde hakimin davaya bakmakta yasaklı olduğu düzenleme altına alınmıştır.

Bu yasaklar kanundan kaynaklanmakta olup yargıcın bu tür durumlarda davaya bakması halinde tarafsız olamayacağını kesin olarak kabul etmiş olup aksinin iddia edilmesine olanak yoktur. Aynı şekilde anılan yasanın 29. maddesinde belirtilen bazı hallerde tarafların hakimin bağımsızlığına olan güveni sarsılacağından taraflara hakimi reddetme hakkı tanınırken¹⁹⁰ aynı şekilde hakimin vicdanı ile baş başa kaldığı bu tür durumlarda hakime çekinme hakkı tanınmıştır.

Bununla birlikte Türk Hukuk Sisteminde hakim ve savcılar arasındaki yakınlaşma nedeniyle objektif tarafsızlık ilkesini zedeleyen yapısal bir sorun bulunmaktadır. Hakim ve savcıların aynı çatı altında görev yapması, savcının yargıçlar kuruluyla birlikte üst platformda yer alması ve uygulamada savcıların belirli mahkemeler nezdinde devleti temsil yetkisinin tanınması ile yargıçlarla savcı arasında organik bir ilişki kurulmasına ve davanın bir tarafı olan savcının mahkemeyi etki altına almasına yol açtığından objektif bağımsızlığın ihlal edildiği düşünülebilir.¹⁹¹

Hatta bu ilişkinin meslek dışı yaşamdaki birlikteliklerle pekiştirildiği, mahkeme binası ve lojmanların yönetimi ile maaş hesaplamaları gibi idari işlerin savcılık kanalıyla yürütülmesi nedeniyle yargıç ve savcı arasındaki

¹⁸⁹ Selçuk, 2009b

¹⁹⁰ Ünal, 1994: 17

¹⁹¹ Şahin, 2006: 2

yakınlaşmanın iyice arttığı görülmektedir. Şüphesiz bu durum tarafsızlık ilkesini zedelediğinden savcılar ile yargıçların kurumsal olarak birbirinden ayrılarak etkileşimin en aza indirilmesi gerekmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1982 ANAYASASINA GÖRE YARGIÇLIK GÜVENCESİ VE REJİMİ

I. YARGIÇLIK GÜVENCESİ

A. Genel Olarak

Yargıçlık güvencesi, yargıçların kişisel bağımsızlığıdır. Yargıç ve savcıların, siyasal iktidar karşısında kendilerini tam bir güvencede bulması ve görevlerini her türlü maddi ve manevi kaygıdan uzak olarak yapabilmeleri için güvence içinde bulunmaları şarttır.¹⁹²

Bu yönüyle yargıçlık güvencesi hakimleri imtiyazlı bir konuma getirmek için getirilmiş bir müessese olmayıp toplum menfaati için tanınan bir güvencedir.¹⁹³ Hakimlerin özgür ve yansız yargılama yapabilecekleri ortam oluşturarak adaletin topluma yerleşmesi amacına yöneliktir. Çünkü hakimin vermiş olduğu bir karar veya yorum farklılığı nedeniyle başka bir göreve atanma veya azledilme endişesini taşıması durumunda yargının bağımsızlığına gölge düşecek ve yargılama faaliyeti gereği gibi yapılamadığı için neticede toplum zarar görecektir.

Yargıçlık güvencesi aynı zamanda demokratik rejimin de teminatı konumundadır. Yasaların dışına çıkan yasama ve yürütme organını frenleme görevini üstlenmesi nedeniyle yargıçların bu erkler karşısında bağımsız hareket etmeleri ancak teminatın varlığıyla mümkündür.¹⁹⁴

Kavramın tanımı ve tarihsel gelişimi yukarı bölümlerde ifade edildiğinden bu bölümde yargıçlık güvencesinin 1982 Anayasasında ne

¹⁹² Kapani, 1956: 85

¹⁹³ Önbilgin, Oytan, 1977: 155, Ünal, 1994: 22, Sabuncu, 2005: 102

¹⁹⁴ Berkin, 1973. 339

şekilde ifadesini bulduğu ve yargıçlık güvencesinin unsurları arasında yer almakla birlikte Anayasamızca kabul edilmeyen hususların yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından ne gibi sonuçlar doğurduğu irdelenerek bunun 1982 Anayasasının öngördüğü yargıçlar rejimi bağlamında bir değerlendirmesi yapılacaktır.

B. Yargıçlık Güvencesinin Unsurları

1. Görev Güvencesi

a. Yargıçların Azledilmezliği İlkesi

Anayasamızın 139. maddesinin ilk fıkrasında “hakimler azlolunamaz” şeklinde genel bir hüküm tesis edilmiş, anılan maddenin ikinci fıkrasında da “Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.” İfadesine yer verilerek ilk maddedeki temel kurala belirli durumların varlığında istisna tanınabileceği hüküm altına alınmıştır.

Gerçekten hakimlerin azledilmezliği ilkesi hiçbir neden olmaksızın görevden alınmamaları anlamına gelmekte olup mesleğin kazanılmasından sonra her ne sebeple olursa olsun görevden azledilemeyeceği anlamı taşımamaktadır. Hakimlik mesleğiyle bağdaşmayan belirli fiiller nedeniyle hakimlik görevine son verilmesi mümkündür.¹⁹⁵ Bu ilkenin mutlak olmadığı anlayışı bütün demokratik batılı toplumlarca da benimsenmiş ve kanunla tespit edilen bazı fiiller karşılığında meslekten çıkarma yaptırımının uygulanabileceği öngörülmüştür.¹⁹⁶

Şüphesiz sorun bu şekilde bir düzenleme öngörülmesi değil meslekten çıkarma sonucun doğuracak fiillerin belirlenmesi noktasına idareye çok geniş takdir yetkisi tanınarak teorik olarak tanınan yargıçlık güvencesinin uygulamada farklı yollarla işlevsiz kılınması olasılığıdır. Bu nedenle azil

¹⁹⁵ Kapani, 1956: 101

¹⁹⁶ Ünal, 1994, 30

sebeplerinin kanunlarda açık seçik ve tahdidi olarak sayılması ve idarenin farklı şekilde yorum yapabilmesine olanak tanıyacak bir düzenlemeye yer verilmemesi yargıçlık güvencesinin de bir gereğidir. Çünkü yargıçlık güvencesi en dar manada yargıçların azledilemeyeceğini ifade eder.¹⁹⁷

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 69. maddesinde "ağır hapis veya kasti suçlardan dolayı üç ay veya daha yukarı hapis cezalarından biriyle kesin olarak hüküm giymek" meslekten çıkarma cezasını gerektirmesine rağmen 5720 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrası ağır hapis cezası alma şeklindeki kıstastan vazgeçilmiş ve üç aylık hapis cezası şartı da altı aya yükseltilerek meslekten çıkarma yaptırımının uygulanması biraz daha güçleştirilmiştir. Söz konusu maddede, 68 inci maddenin "e" bendinde yazılı hallerden dolayı hangi sınıf ve derecede olursa olsun iki defa, diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası almış olmak da hakimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren haller arasında sayılmıştır.

Gerek soruşturma ve disiplin işlerinin geç yürümesi gerekse iki yılda bir derecenin değişmesi nedeniyle uygulamada aynı derece içerisinde iki kez disiplin cezası alınması imkansızca yakın derecede az görülen bir durumdur.¹⁹⁸ Bu nedenle hakimler için meslekten çıkarılmayı gerektiren asıl hususun yargıçlık mesleği boyunca 68. maddenin "e" bendinde yer alan "Madde tayin ve deliller elde edilmemiş olsa bile, rüşvet aldığı veya irtikapta bulunduğu kanısını uyandırmak," fiilinin iki kez, anılan maddede yer alan diğer fiillerin ise üç kez tekrar etmesidir.

Kanun koyucu hakimlik mesleğinin önemine binaen rüşvet aldığı veya irtikapta bulunduğu yönünde izlenim bırakmasının mesleğe zarar verdiği düşüncesiyle böyle bir düzenleme öngörmekle birlikte hangi durumlarda böyle bir kanının uyanacağını tespiti ve takdiri noktasında idareye geniş bir takdir hakkı tanıdığı açıktır.

¹⁹⁷ Kuru, 1966: 30

¹⁹⁸ Usta, 1992: 64

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus 2802 sayılı yasanın 69.maddesinin son fıkrasında da hakimlerin meslekten ihracı noktasında idareye geniş bir takdir hakkı tanınması ve bunun hakimlik teminatıyla ne derece bağdaştığı hususudur. Söz konusu fıkra “Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir.” denilmektedir.

Düzenleme ile fiilin hakimlik mesleğindeki kişilerin şeref ve onurunu sarsacak olması ve meslek mensuplarının saygı ve güvenini sarsıcı nitelik taşıması durumunda mahkumiyet şartı aranmaksızın hakim ve savcılara meslekten çıkarma cezası verilebileceği düzenleme altına alarak mesleğin saygınlığının korunması amaçlanmaktadır.¹⁹⁹

Buradaki düzenlemenin, meslekten çıkarma cezasını gerektiren diğer fiillerden farklılık arz eden bir yönü bulunmaktadır. Diğer fıkralara göre bir hakim veya savcı hakkında meslekten çıkarma cezası tesis edebilmek için ön şart olarak mahkumiyet kararı²⁰⁰ veya daha önce tesis edilmiş disiplin cezası gibi bir başka yaptırım²⁰¹ aranmasına rağmen bu son fıkra böyle bir karara gereke kalmaksızın HSYK meslekten çıkarma kararı alabilmektedir. Böylece azil noktasında Kurula teminatın niteliğiyle bağdaşmayacak oldukça geniş bir takdir hakkı tanınmıştır.²⁰²

Şüphesiz hakimlik mesleğinin saygınlığını korumak için bu gibi davranış sergileyen meslek mensuplarının meslekten uzaklaştırılmaları yerinde bir yaklaşım gibi düşünülse de her türlü yorum ve değerlendirmeye açık bir hüküm içeren söz konusu fıkra ancak çok istisnai ve toplumun büyük kesimi tarafından kabul edilebilecek aykırı fiiller dolayısıyla uygulanabilirlik kazanmalıdır. Aksi halde bu düzenleme, kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması ve etkili bir itiraz usulünün öngörülmemesi gibi hususlarla

¹⁹⁹ Usta, 1992: 64

²⁰⁰ Kırmaz, 2009: 108

²⁰¹ Ünal, 1994: 31

²⁰² Kırmaz, 2009: 109

birlikte düşünöldüğünde yürütme organınca yargıya müdahale oluşturacak bir araç olarak kullanılabilir. Böylece yargıçlık güvencesi ve dolayısıyla yargı bağımsızlığını sağlamada en önemli ilke olan azledilmezlik ilkesi çok kolay bertaraf edilebilecek bir hal alabilir. Ancak uygulamada kurul gerek bağımsız olması gerekse yüksek yargıçlardan oluşması nedeniyle hakimlik teminatına büyük önem vermiş ve hakimlerin azli noktasında oldukça temkinli davranmıştır.

Avrupa devletlerindeki düzenlemeye baktığımızda genel olarak hakim ve savcılar azli ile ilgili konularda Kurula takdir hakkı bırakıldığını görölmektedir. Alman Hakimler Kanunu'nda bütün hakimler bakımından görevin hangi hallerde son bulacağı tahdidi olarak belirtilmekle birlikte Fransa ve İtalya'daki düzenleme Türkiye'deki yasal düzenlemelerle oldukça paralellik göstermektedir. Hakimlik şerefiyle bağdaşmayacak tutum ve davranışlar da azil sebebi olarak sayılmış olup bu konuda tahdidi bir düzenlemeye gidilmeyerek Konseye takdir hakkı tanınmıştır.²⁰³

İngiltere'de ise uygulamada herhangi bir hakim azli söz konusu değildir. 1700 tarihli Act of Settlement kanunundan beri bir tek hakim azli ile ilgili herhangi bir talep mevcut değildir.²⁰⁴ Ancak teorik olarak azil mümkündür. Ağır suç, görevin savsaklanması gibi haller örnek olarak gösterilebilir.

b. Görevden Uzaklaştırma

Görevden azil hakim meslekle ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğurmasına rağmen görevden uzaklaştırma soruşturmanın selameti açısından bir tedbir olarak hakim görevle fiili bağının kesilmesidir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 21. maddesinde "Hakkında soruşturma yapılan hakim veya savcının göreve devamının, soruşturmanın selametine yahut yargı yetkisinin itibarına zarar vereceğine kanat getirilirse, geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırılmasına veya soruşturmanın

²⁰³ Ünal, 1994: 33-35

²⁰⁴ Ünal, 1994: 36

sonuçlanmasına kadar, geçici yetki ile bir başka yargı çevresinde görevlendirilmesine Kurulca karar verilebilir.” denilerek bu konuda geçici görevde olduğu gibi Adalet Bakanına herhangi bir yetki tanınmamıştır.

Bu yetkinin kullanılabilmesi için ortada kesin bir suç unsurunun bulunup bulunmaması önemli değildir. Hatta soruşturma sonucunda hakim ve savcının göreve bağlılığı noktasında ciddi tespitler yapılmış da olabilir. Burada hakimlik teminatı ile soruşturmanın arz ettiği önem arasında bir denge kurulmakta ve soruşturma ile amaçlanan kamusal yarar ağır basmaktadır.

Aslında bu hüküm yargıçlık güvencesinin, yargıcın kişisel menfaati için ona tanınmış bir hak olmadığını, görevin gereği olarak ona verildiğini ve yargıcın yargılama faaliyetine olan güven ve inancının sarsılması durumunda gerçeğin aydınlatılarak kamu vicdanının rahatlatılmasını amaçladığı görülmektedir.

c. Emekliye Sevk Olunamaması

Hakimlerin belli bir yaştan önce emekliye sevk olunamaması kuralı özellikle 1950 ile 1960 arası dönemde yaşanan olaylara bir tepki olarak ilk kez 1961 Anayasası ile Türk Hukukuna girmiştir.²⁰⁵ 1982 Anayasasının 139. maddesinde de hakimlerin kendileri istemedikleri müddetçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacağı ifade edilmiş, 140. madde de hakim ve savcıların 65 yaşını tamamlayıncaya kadar görev yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Bir kısım hukukçular, toplumu tecrübeli yargıçlardan mahrum bıraktığı gerekçesiyle 65 yaş sınırının en az 70'e çekilmesi gerektiği yönünde eleştiri yöneltmiştir.²⁰⁶ Anayasanın hazırlanma sürecinde Anayasa Komisyonu

²⁰⁵ Kunter, 1960: 53

²⁰⁶ Kırmaz, 2009: 109 (437 nolu dipnot)

metninde 67 olan yaş sınırı Danışma Meclisi'nce 65 çekilmiş, Milli Güvenlik Konseyi'nce de bu yaş haddi kabul edilmiştir.²⁰⁷

2802 sayılı kanunda hakimlik teminatı düzenlenirken de anayasa hükmü aynen tekrar edilmiş ve sağlık sebebi ile görevini yapamayacak olanların emekliye ayrılacakları düzenleme altına alınmıştır. Ancak hakim ve savcılarının mesleki yetersizliği noktasında yapılacak bir tespiti istinaden emekliye sevk edilebileceklerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Alman Hakimler Kanunu'na göre bir hakimın görevini ifada acze düşmesi halinde mahkeme kararıyla emekliye sevkı yapılabilmektedir. Yine Fransa'da da benzer bir düzenleme yer almaktadır.²⁰⁸ Türk Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmamakla birlikte 44. maddede yer alan "meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler" ifadesinden hareketle görevini gereği gibi yürütemeyen hakim ve savcılarının emekliye sevkleri mümkündür.

2. Mali Güvence

Hakimlerin gerçek anlamda bağımsız olabilmeleri için her şeyden önce ekonomik bağımsızlığın sağlanması şarttır. Bunun gerçekleşmesi durumunda hakim davanın taraflarına karşı bağımsız ve tarafsız bir hal alacağı²⁰⁹ gibi yürütme organı karşısında da daha rahat bir tutum sergileyebilecektir. Halk arasında kullanıla gelen hakimın vicdanı ile cüzdanı arasına sıkışması tabiri konuya ilişkin önlem alınmaması durumunda mesleki etiğe uymayacak ne gibi olumsuz tablolarla karşılaşılacağını acı bir şekilde resmetmektedir.

Hakimlerin, taraflardan gelebilecek gayri ahlaki teklifler karşısında kendini frenlemeleri için tatmin edici bir maaş verilmesi²¹⁰ ve refah bir hayat standardına sahip olması zorunludur. Yargıcılık mesleğinin kutsiyetinin ön

²⁰⁷ Kuzu, 1990: 147

²⁰⁸ Ünal, 1994: 37

²⁰⁹ Fendoğlu, 2007: 57

²¹⁰ Kapani, 1956: 4

plana çıkarılarak hakimlerden fedakarlık beklemek haklı bir yaklaşım olarak görülemez.

Hakimlerin aylık ve ödeneklerinin belirlenmesi gerek yasama gerekse yürütme organınca yargı organı mensuplarına karşı bir baskı ve sindirme aracı olarak kullanılabilmektedir. Görevli bir hakim veya savcının aylık ve ödeneğini kesmek suretiyle istifaya zorlamak her zaman için olası bir tehlikedir. Bu nedenle hakimlerin mali haklarını teminat altına alacak bir takım güvencelerin sağlanması yargı bağımsızlığını koruma adına önemli bir adım kabul edilebilir.²¹¹ Bunun bilincinde olan batılı toplumlarda hakimlerin mali hakları oldukça geniş tutulmuştur. Örneğin İngiltere’de hakimlerin aylıkları parlamentoda yıllık bütçe müzakerelerine konu olmaktan çıkarılarak aylıkların her zaman için geçerli olan konsolide fonlardan karşılanması öngörülmüştür.²¹²

1924 Anayasasının geçerli olduğu dönemde hakimlik kadrosunun kaldırılması noktasında Adalet Bakanlığı yetkili olduğundan bu hakkın kötüye kullanılması neticesinde yargı bağımsızlığı ağır darbe almış,²¹³ bu sorunu gidermek için 1961 Anayasasının 144. maddesi ile bu konuda Yüksek Hakimler Kurulu yetkili kılınmıştır. Benzer düzenleme 1982 Anayasasında yerini almış ve bir mahkemenin veya hakim veya savcının kadrosunun kaldırılmasına ilişkin Adalet Bakanlığı teklifinin onay yetkisi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na verilerek yargıçlar için büyük güvence sağlanmıştır.

Anayasanın 139. maddesi ile Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 44. maddesinde “bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.” denilmek suretiyle kadro değişikliğini mümkün kılacak bir düzenlemeye yer vermekle birlikte her ne şekilde olursa olsun aylık ve ödenekten mahrum bırakılamayacağı düzenlemesine de yer vererek kadronun kaldırılması

²¹¹ Çınar, 2008: 14

²¹² Ünal, 1994: 40

²¹³ Kapani, 1956: 105

sebebiyle hakim ve savcılar üzerinde oluşabilecek olumsuz etkileri ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler öngörmüştür.

Anılan Yasa'nın 45. maddesinde de kadro boşalması durumunda hakim ve savcılarının durumlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ve "Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle görevsiz kalanlara mahkemenin veya kadronun kaldırılma zamanında açık bulunan veya ilk açılacak olan aylık ve derecelerine eşit hakimlik veya savcılık görevi teklif olunur. İlgili birinci teklifi reddedebilir. İkinci teklifi kabul etmeyen meslekten çekilmiş sayılır." İfadesi hüküm altına alınmıştır.

Hakim veya savcının kadrosunun kaldırılmasının yargı bağımsızlığına müdahale oluşturacağı akla gelebilir. Ancak unutulmamalıdır ki toplumdaki gelişmelere bağlı olarak yargının işleyişindeki tıkanıkları gidermek, yargı hizmetini nitelikli süratle ve ucuz bir şekilde sunabilmek için koşullara uygun değişiklikler yapılması ve yeni mahkemeler kurulup kaldırılması zorunluluk arz etmektedir. Aksi halde yargının sabit değişmez olduğunu kabul etmek sunulan hizmetlerin zamana ayak uyduramamasına yol açar ki bu durum yargının görevini gereği gibi yapamadığını gösterir.

Alman Hakimler Kanunu'nda kadro değişikliği durumunda boşta kalan hakim derecesine uygun bir başka mahkemeye atanmakta, bunun mümkün olmaması durumunda da kendisine daha düşük aylıklı bir görev verilmektedir.²¹⁴ Alman Hakimler Kanunu ile Türkiye'deki mevcut düzenleme karşılaştırıldığında Türk Hakim ve Savcılar Kanunu'nun yargı bağımsızlığı noktasında daha güvenceli bir sistem öngördüğü şüphesizdir. Bu nedenle bir hakim ve savcının kadrosunun kaldırılmasını yargı hizmetinin toplumdaki gelişmelere göre yeniden şekillenmesi olarak değerlendirmenin daha yerinde olacağı kanısındayım.

²¹⁴ Ünal, 1994: 41

3. Coğrafi Güvence

a. Türk hukukunda coğrafi Güvencenin Yeri

Yer bakımından teminat olarak da ifade edilen coğrafi teminat/güvence yargı mensubunun isteği dışında görev yaptığı yerden başka bir yere nakledilememesi anlamını taşımaktadır. Hakim ve savcının isteği dışında görev mahallinin değiştirilmesi durumunda coğrafi teminatına sahip bulunmadıklarından teorik olarak yargıçların da bağımsız olmadıkları sonucuna ulaşılmaktadır.²¹⁵ Batılı ülkelerde coğrafi güvence belli bir süreye bağlanmaksızın ömür boyu tanınan bir güvence niteliğindedir.²¹⁶

1924 Anayasasının hazırlandığı dönemde coğrafi teminatın bulunmaması durumunda hakimlerin cezalandırma amaçlı olarak yer değişikliğine tabi tutulabilecekleri ve hakim bağımsızlığının sağlanması için coğrafi teminatın tanınması gerektiğine ilişkin tartışmalar yapılmıştır. Bu düşünceden hareketle de Anayasanın 55. maddesinde hakimlerin kanunen belirlenen usul ve durum dışında görevden alınamayacakları düzenleme altına alınmıştır.²¹⁷

2556 Sayılı Hakimler Kanunu'nun 79. maddesinin birinci fıkrasının B alt bendine "3ncü sınıfın 7nci derecesine yükselmiş hakimlerin istekleri dışında terfi suretiyle de olsa yerlerinin değiştirilemeyeceğini" düzenleme altına alarak coğrafi teminat kavramı kısmi şekilde de olsa Türk hukuk sisteminde yerini bulması açısından önem arz etmektedir. Burada dereceye göre ayırım yapılmasının anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek iptal davası açılmışsa da Anayasa Mahkemesi coğrafi teminatın anayasada yer almadığı ve yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturmayaacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.²¹⁸

1961 Anayasası'nın 134. maddesinde bu teminatın mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre kanunla düzenleneceği ifade edilmiş, 1982 Anayasası da buna paralel bir hükme yer vererek hakim ve savcılarının

²¹⁵ Kırmaz, 2009: 112

²¹⁶ Üstündağ, 1977: 278

²¹⁷ Demirkol, 1991: 121

²¹⁸ AYMK, 04.11.1966, E. 1966/81, K.1966/40, R.G. 13.04.1967, S.12572

görevlerini ve görev yerlerini geçici veya sürekli olarak değiştirmesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre düzenleneceğini hüküm altına almıştır (Mad.140/3).

Anılan Anayasa hükmüne istinaden hazırlanan 2802 sayılı yasanın 35/2. maddesinde Adli ve idari yargı teşkilatı bulunan yerlerin coğrafi ve ekonomik şartları, sosyal, sağlık ve kültürel imkanları, mahrumiyet dereceleri ile ulaşım ve diğer durumları dikkate alınarak bölgelere ayrılacağı ve her bölgedeki görev sürelerinin belirleneceği öngörülmüştür. İlgili yönetmelikte de Türkiye'nin sosyal, kültürel ve ekonomik özellikleri göz önünde bulundurularak İdari Yargı hakimler açısından üç bölgeye ayrılmış ve en az hizmet süreleri üçüncü bölgede beş, ikinci bölgede yedi, birinci bölgede de on yıl olarak belirlenmiştir. Adli yargı hakim ve savcılar açısından da beş farklı bölge oluşturularak en az hizmet süreleri beşinci bölgede iki, dördüncü bölgede üç, üçüncü bölgede üç, ikinci bölgede beş ve birinci bölgede de yedi yıl olarak saptanmıştır. Burada belirtilen süreler asgari süreler olmakla birlikte mazeret, soruşturma ve hizmet gerekleri göz önünde bulundurularak ilgili maddelerde istisnalar tanınmıştır.

b. Coğrafi Güvencenin Yer Almamasının Yarar ve Sakıncaları

Yukarı bölümlerde değinildiği üzere anayasalarımızda coğrafi teminat hüküm altına alınmamıştır. Böylece önemli davalarda hakim ve savcılarının görev yerlerinin değiştirilmesi ile davadan uzaklaştırma ve yerine kendi düşünce sistemine uygun birilerinin atanarak yargısal sürece etki etme her zaman için mümkün hale gelmektedir.²¹⁹ Bu nedenle coğrafi teminatın bulunmamasının yargıya müdahale için bir zemin oluşturduğu ileri sürülebilir.

Bu tür sorunların önüne geçilebilmesi için coğrafi teminat esasının getirilmesi zorunludur. Belli yaş ve bölge esası gözetilmek suretiyle hakim istemediği sürece görev yerinin değiştirilmeyeceği bir sistem

²¹⁹ Kunter, 1989: 352

benimsenmesinin yargı bağımsızlığına katkı sağlayacağı ve atama müessesinin sürgün olarak nitelendirilmesinin önüne geçilebileceği ileri sürülmektedir.²²⁰

Yer değişikliğini gerçekleştirecek kurum yürütmeden ayrı olup yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre faaliyet gösterdiğinden hakim ve savcıların görev yerlerinin değiştirilebilmesi başlı başına yargı bağımsızlığına aykırı bir düzenleme olarak kabulü imkansızdır. Bu nedenle sadece coğrafi güvencenin bulunmaması bir sakınca değildir.²²¹ Asıl önemli olan mesleği cazip hale getirmek için sosyal ve mali imkanların iyi duruma getirilmesidir.²²²

Coğrafi teminatın tanınması durumunda da bir çok sorun gündeme gelmektedir. Sürekli aynı yerde faaliyet gösterilmesi hakimın daha fazla çevre edinmesine yol açacağından tarafsızlık endişelerini artıracak, verilen karar hukuka uygun da olsa toplumda sürekli olarak husumet nedeniyle yada hatır ilişkisine dayalı olarak karar verildiği inancının doğmasına yol açabilecek ve böylece yargı belli ölçüde saygınlığını yitirecektir. Bu nedenle aynı olaylar nedeniyle aynı hakimın aynı veya benzer karar vermesi yerine farklı meslek mensuplarınca aynı kararın verilmesi, kararların şahsi ilişkiye dayalı olarak değil de adaletin gereği olarak verildiği yönündeki inancı kuvvetlendireceğinden yargı güven ve saygı kazanacaktır.²²³

Yer değişikliği her şeyden önce hakim ve savcıların huzurlu bir hayat sürmeleri için gereklidir. Özellikle sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan gelişmemiş bölgelerde sürekli olarak görev yapan hakim ve savcılarla soysal ve kültürel açıdan zengin bölgede görev yapan hakim ve savcılar karşılaştırıldığında eşitliğe ve adalete uymayacak bir tablo ile karşılaşılacaktır. Çok farklı düzeylerde gelişmiş/gelişmemiş bölgeye sahip ülkemizde süreli coğrafi teminatın olması zorunludur. Örneğin kar nedeniyle yılın sadece belli aylarında yolun açık ve civar yerleşim yerleri ile bağlantının

²²⁰ Binici, 1990: 116

²²¹ Demirkol, 1991: 123

²²² Kuru, 1966: 57

²²³ Demirkol, 1991: 126

kopuk olduğu Van Bahçesaray ilçesi ile Akdeniz ve Ege kıyılarının turistik şehirlerinde görev yapan hakim ve savcılar için yer değişikliğine imkan tanımayan bir sistemin adaletsiz bir uygulama oluşturacağı noktasında kuşku bulunmamaktadır.

Hatta belirli aralıklarla yer değişikliğine gidilmesi her yöreye has uyuşmazlıkları tanıyarak hakim ve savcıların daha fazla ve diğer meslektaşlarıyla eşit tecrübeye sahip olması gibi olumlu sonuçlar doğurmakta böylece hakim ve savcılarının tedrici olarak ilmi yönden gelişmesine ve meslekte yükselmesine yardımcı olmaktadır.²²⁴

Burada dikkat edilmesi gereken husus hakim ve savcının görev yerinin sık aralıklarla değişmemesi kural olmalı sadece hizmet gerekleri ve soruşturmaya bağlı olarak istisnai durumlarda yer değişikliğine gidilmelidir. Çünkü hiç yer değişikliğine gidilmemesi kadar çok sık yaşanan değişiklikler de gerek hakim ve savcı üzerinde gerekse yargı hizmetlerinin yürütölmesinde bir takım sorunlara yol açmaktadır. Hakim ve savcının yeni yerine ve dosyalara alışması belli bir zaman almakta, önceki hakimın vakıf olduğu dosyalar yeni hakimce tekrar incelenmekte bu da yargılamanın uzamasına yol açmaktadır.

c. Bakanlığın Geçici Görevlendirme Yetkisi

Bilindiği üzere geçici görevlendirme ortaya çıkan ani personel açığı nedeniyle bir kamu görevlisinin belli süreli olarak görev mahalli dışında istihdam edilmesidir. Yargı mensupları açısından değerlendirildiğinde bunun tabi hakim ilkesine aykırı bir nitelik taşıdığı notasında ihtilaf bulunmamaktadır ancak hizmet gerekleri açısından böyle bir müessenin bulunması zorunludur. Çünkü hastalık, izin, ölüm, ayrılma veya uzaklaştırma gibi nedenlerle personel ihtiyacı doğabilmekte ve bu işlemlerin bağımsız organlarca gerçekleştirilmesi halinde normal karşılanması gerekmektedir.

²²⁴ Berkin, 1975: 154

Anayasamızın 140. maddesinde hakim ve savcılarının görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilmiş, 2802 sayılı Hakim ve Savcılar Kanunun 47. maddesinde de hakim ve savcılarının hizmetin gereği olarak sürekli görev yerlerinin dışındaki bir yargı çevresinde veya aynı yerde geçici yetki ile görevlendirmeye Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yetkili olduğu belirtilmiş ve kendi yargı çevresi dışında geçici yetki ile görevlendirilenlerin o yerde dört aydan fazla çalıştırılmayacağı, ancak, bu sürelerin kendi istekleri veya hizmet gerekleri gözetilerek iki ay daha uzatılabileceği öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere hakim ve savcılarla ilgili geçici görevlendirme işlemlerini tesis etmeye yetkili organ Kuruldur. Ancak 1982 Anayasasının 159. maddesinde “Adalet Bakanı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hakim ve savcılar geçici yetki ile görevlendirebilir.” hükmüyle amacını aşar bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçi uygulamada önemli davalar için bu yetkinin kullanılarak siyasi kaygılarla yargıya müdahale edilmesi çok dikkat çekeceği için uygulanma kabiliyetinin bulunmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

Hatta konuya ilişkin düzenleme öngören 2641 sayılı Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nun 20.maddesine göre bakanın bu yetkiyi kullanabilmesi için “gecikmesinde sakınca bulunması”, “hizmetin gereği olarak”, “kadro durumunun müsait olması” , “ dört ay” gibi objektif ölçüler öngörüldüğü ve bu şartların değerlendirilmesi ve bakanın tasarrufunun onaylanıp onaylanmamasında son söz yine Kurula ait²²⁵ olduğundan istisnai haller için getirilen düzenlemeyi bir kural gibi değerlendirip eleştiri yöneltmesi yerinde görülmeyebilir.

Nitekim Alman Anayasasında benzer bir düzenleme mevcut olup Alman Hakimler Kanunu’nun 37. maddesinde yürütme organı herhangi bir hakim ve

²²⁵ Ünal, 1994: 32

savcıyı rızasını almaksızın üç ayı geçmeyecek şekilde idari görevler de dahil olmaz üzere herhangi bir birimde geçici olarak görevlendirebilmektedir.²²⁶

Ancak teorik olarak düşünülduğünde bir uyuşmazlığı çözecek hakim sadece bir siyasi parti mensubunun tasarrufu ile görev yerinin belirlenmesinin yargı bağımsızlığını zedeler nitelikte olduğu açıktır. Çünkü 2641 sayılı Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 20.maddesinin 3. fıkrasında "...Geçici yetkili olarak görev yapan hakim veya savcının Kurulca değiştirilmesi halinde Kurulun yetkili kılacağı hakim veya savcının gidip göreve başlamasına kadar, önceki yetkilinin yapmış olduğu işlemler geçerlidir." hükmüne yer verildiğinden Kurul her ne kadar söz konusu yetkilendirmenin siyasi saikle yapıldığı gerekçesiyle işleme muvafakat vermese de bakanlıkça yapılan yetkilendirme sonucu ilgili hakimce yapılan işlemler geçerliliğini korumaktadır.

Bu nedenle Bakanca yapılan tasarrufun doğrudan yargısal işlemlere yönelmesi nedeniyle siyasi kimliği bulunan bir kişiye bu derece geniş yetki tanınmaması gerektiği kanısındayım. Bankanın bu konudaki yetkisi sadece teklifle sınırlandırılmalı ve her türlü geçici görevlendirme Kurul'un onayı ile icrai nitelik kazanmalıdır.²²⁷

d. Başka Görev Yasağı

Hakim olarak atanma ile birlikte yasama ve yürütme erkinden ayrı bir yargı erki içine girilmekte ve böylece kendine has özel bir statüye kavuşulmaktadır. Hakimin faaliyetinin sıkı bir şekilde yargı görevi ile sınırlandırılarak başka görev almasının yasaklanmasıyla yargının bağımsızlığı teminat altına alınmakta ve kuvvetler ayırımına uygun bir yöntem benimsenmektedir.²²⁸

Savcılarının ağırlıklı olarak idari görevleri yürüttüklerinden bir yargıcının muvafakati alınmaksızın savcı olarak atanması da yargıçlık güvencesinin

²²⁶ Ünal, 1994: 32

²²⁷ Kuru, 1966: 41

²²⁸ Ünal, 1994: 41

ihlali olarak nitelemek mümkündür.²²⁹ Ancak Anayasa'da bu güvence tanınmadığı gibi 2802 sayılı Yasa'da da yargıcın muvafakati aranmaksızın savcılık görevine atanmasını olanaklı kılacak hükümlere yer verilmiştir.²³⁰ Uygulamada ise Kurul bu konuda aldığı prensip kararı gereği rızası olmadan savcılık görevine atamamaya özen göstermektedir. Ancak bu güvencenin Yasa'da yer alması yargı bağımsızlığını sağlama noktasında daha yararlı olacaktır.

Bağdaşmazlık olarak da adlandırılan hakimin başka görev alamayacağı ilkesi gerek ülkemizde gerekse batılı devletlerin Anayasalarında yerini bulmuştur. Kuvvetler ayrımı uyarınca sadece erkler arasında organik bir ayrım yeterli olmayıp bu ayrımın organının görevli personelleri arasında da olması zorunludur.

Anayasamızın 140. maddesinde bu anlayışa uygun düzenlemelere yer vererek hakimlerin kanunda belirtilenlerden başka genel ve özel hiçbir görev alamayacakları belirtilmiştir. Bu nedenle yargı mensubunun işin niteliği gereği milletvekilliği, devlet memurluğu gibi yasama ve yürütme organına bağlı faaliyet gösteren görevleri üstlenmesi mümkün değildir. Hakimin bağımsızlığına zarar verebilecek boyutta bir başkasına tabi olarak sürekli gelir getirecek bir görev üstlenemezler.

2802 Sayılı Yasa'nın 48. maddesi uyarınca kazanç getirici faaliyetlerde bulunamazlar eşlerinin, reşit olmayan veya kısıtlanmış çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini Adalet Bakanlığına onbeş gün içinde bildirmekle yükümlü olup bu kural uymayan hakim ve savcılar için aylıktan kesme disiplin cezası öngörülmüştür.

2802 sayılı yasa'nın 48. maddesinde hakim ve savcılarının bilimsel araştırma ve yayınlarda bulunabileceği düzenleme altına alındığından sürekli olmamak şartıyla bir gazete ve dergide yazı yazabilirler.²³¹ Ancak gazete veya derginin izlediği politika veya benimsediği siyasi düşüncesi nedeniyle

²²⁹ Kunter, 1989: 271

²³⁰ Gözler, 2001: 344

²³¹ Postacıoğlu, 1975: 78

kamuoyunda hakimın tarafsızlığı noktasında kuşku yaratabileceği hususuna dikkat edilmelidir.

Anılan yasa maddesinin 2. fıkrasında hakim ve savcıların üniversitede bilimsel araştırmalar yapma imkanını ortadan kaldıran bir hükme yer verilmiştir. Maddede “Hakim ve savcılar, Adalet Bakanının izin vermesi koşuluyla adalet yüksekokulları ile hizmet öncesi, hizmet içi ve bir üst göreve hazırlama kurslarında meslek ile ilgili konularda ders ve konferans verebilirler. “ denilmek suretiyle dar bir sınır çizilmiş ve üniversite ile buna bağlı enstitülerde ders verme olanağı tanınmamıştır.²³²

Bugün batı ülkelerinde hukuk fakültesinde derslere giren öğretim üyelerinin çoğunluğu yargı mensuplarından oluşmaktadır. Örneğin Alman Hakimler Kanunu’nun 4. maddesinde hakimlerin yüksek okul veya resmi bir öğretim kurumunda ders vermesi ve bilimsel araştırma yapmasına imkan tanıyacak düzenlemelere yer verilmiştir.²³³ Aynı şekilde Fransız hukukundaki düzenleme de hakimlerin önceden izin almaksızın ilmi, edebi ve sanat çalışmaları yapmasına ve bağlı olduğu mahkeme başkanından izin almak şartıyla hukuk dersleri verebilmelerine imkan tanımaktadır.²³⁴

Aslında hakimlik mesleği ile öğretim üyeliğinin birbiriyle bağdaşır bir yönü bulunmaktadır. Gerek hakim ve savcıların kendilerini mesleki açıdan geliştirmeleri gerekse öğrencileri uygulamadaki sorunlardan haberdar ederek konuya farklı bir bakış açısının kazandırılması açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır.

C. YARGIÇ VE SAVCILARIN ÖRGÜTLENME HAKKI

1. Uluslararası Düzeyde Genel Kabul Görmüş Bir İlke Oluşu

Örgütlenme özgürlüğü en genel anlamda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20. ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin de 22. maddelerinde düzenleme altına alınmakla birlikte

²³² Kırmaz, 2009: 112

²³³ Ünal, 1994: 42

²³⁴ Ünal, 1994: 43

yargıç ve savcılarının da bu haktan faydalandırılması gerektiğine ilişkin bir hüküm olmadığı gibi bu konuda kısıtlayıcı bir hükme de yer verilmemiştir. Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde dernek kurma hakkı, en önemli medeni hak ve gereklilik olarak tanımlanmıştır. Ancak dernek kurma özgürlüğünün sınırları belirten 11. maddenin ikinci paragrafında yargıç ve savcılar için sınırlandırma getirilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Yargıç ve Savcılarının örgütlenme hakkına ilişkin en önemli düzenlemeyi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 13 Aralık 1985 günlü, 40/146 sayılı kararla onaylanan Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri oluşturmaktadır. Bu kararda “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine uygun olarak, yargıçların da diğer vatandaşlar gibi, düşünce ve ifade özgürlüğü ile toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne sahip oldukları; ancak bu hakların kullanılmasında Yargıçların daima görevlerinin fazilet ve tarafsızlığı ve yargı bağımsızlığını koruyacak biçimde davranmak zorunda oldukları, yargıçların çıkarlarını savunmak, mesleki eğitimlerini geliştirmek ve bağımsızlıklarını korumak amaçlarıyla serbest bir biçimde dernek kurmak veya kurulmuş bir derneğe üye olmak hakkına sahiptirler” ilkesine yer verilmiştir.²³⁵

Son yıllarda bu konuda çok ciddi çalışmalar yapılmış ve 1990 yılında Havana'da kabul edilen Savcılarının Rolüne Dair Birleşmiş Milletler İlkeleri'nin 9. maddesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nca 23 Nisan 2003 gün, 2003/43 sayıyla kabul edilen Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nin 4.maddesinde de benzer hükümlere yer verilmiştir.²³⁶

Yargıçların kendi örgütlenmesinin sağlanması ile yargı bağımsızlığı örgütlü bir güce kavuşmakta ve böylece siyasi baskı ve yürütmenin yönlendirici işlemlerine karşı yargının bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmaktadır.²³⁷

²³⁵ Aydın, 2006: 71, Sevimli, 2007: 61

²³⁶ bkz. Yarsav Tüzüğü

²³⁷ Çağlar, 1998: 60

Esasında yargıç ve savcı birliklerinin ilgi alanının, sadece yargıç ve savcılarının özlük haklarının korunması, kendi kanunu ile kendilerine sağlanan hak, yetki ve ayrıcalıkların savunulması ile sınırlı tutulması örgütlenme hakkının tanınması gerekçesine aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü düzenleme bu tür birliklerle aynı zamanda yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve bu değerlerin yaygınlaştırılması için ulusal düzeyde yürütülen politikalara katkıda bulunarak evrensel hukuk değerlerinin ulusal bazda korunmasını amaçlamaktadır.²³⁸ Bu yönüyle yargıç ve savcılarının örgütlenme hakkını yasama ve yürütmenin tasarruflarına karşı bir tür fren mekanizması olarak değerlendirmek mümkündür.

2. Örgütlenme Hakkının Ulusal Düzeyde Korunması ve Yarsav

Anayasanın 140. maddesinde yargıç ve savcılarının yasada belirlenenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamayacağı belirtilmiş, 2802 sayılı Yasanın 48. maddesinde buna ilave olarak yargıç ve savcılarının kazanç getirici bir faaliyette bulunamayacağı belirtilerek yargıç ve savcı için yasaklı hal sadece kazanç getirici faaliyete indirgenmiştir.

Yine Anayasa'nın "Dernek kurma hürriyeti" başlıklı 33. maddesinde, 1995 yılında 4121, 2001 yılında da 4709 sayılı yasalarla değişikliğe uğramıştır. Böylece Anayasa bakımından yargıç ve savcılarının dernek kurmaları, kurulmuş derneğe üye olmaları ya da böyle bir dernekten görev almalarına engel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak 2908 sayılı Yasa'nın 16. maddesinde yargıç ve savcılar için getirilen sınırlandırma nedeniyle bu örgütlenme de gerçekleşmemiştir. 2908 sayılı Dernekler Yasası'nın 16. maddesiyle hakim ve savcılar için getirilen sınırlandırma 4.11.2004 günlü 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile ortadan kalkmıştır. Böylece Yargıç ve Savcılarının örgütlenmesine ilişkin uluslararası alanda yaşanan süreç Türkiye'ye biraz geç de olsa yansımış bulunmaktadır.²³⁹

²³⁸ Gültekin, 2009

²³⁹ Aydın, 2006: 71

Yargıç ve savcılar tarafından kurulan ilk örgüt kısaca “Yarsav” olarak bilinen “Yargıçlar ve Savcılar Birliği”dir. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının, yargıç ve savcı güvencesinin sağlanmasını, insan hak ve özgürlüklerinden yararlanmayı, hukukun üstün ve egemen olmasını, meslek sorunlarının paylaşarak çözüm üretilmesini amaç edinen birlik 26.6.2006 günü dernek statüsünde kurulmuştur.

Hükümetin Yarsav’a alternatif olarak düşündüğü formül ise halen TBMM’de beklemekte olan "Türkiye Hâkimler ve Savcılar Birliği Kanun Tasarısı"dır. Düzenleme ile Anayasanın 135. maddesine göre kurulacak olan yargıç ve savcılara ilişkin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşuyla, tüm yargıç ve savcıların tek çatı altında toplanması amaçlanmaktadır. Aynı Tasarı’nın geçici 3. maddesiyle de anayasanın 33. maddesine ve özgür iradeye dayanılarak kurulan yargıç ve savcılara ilişkin derneklerin tüzelkişiliklerin, söz konusu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kendiliğinden sona ermesini öngörülmektedir. Yine aynı madde de yargıç ve savcılarının dernek kurucusu ve üyesi olamayacakları, ancak müzik, resim ve heykel ile spor alanlarında kurulmuş derneklerin üyesi olabilecekleri kuralı getirilerek yargıç ve savcılarının örgütlenme hakkına sınırlandırma getirilmektedir.²⁴⁰

Tasarının temelinde yargıç ve savcılarının statüleri gereği tek bir çatı altında toplanmalarının yararlı olacağı, dernek şeklinde örgütlenmenin yargıçların tarafsızlığına ve mesleğin saygınlığına zarar verebilecek bir siyasi kampaşmaya yol açabileceği endişesi oluşturmaktadır.

5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun gerekçesinde Avrupa Birliği’ne aday ülke olarak dernek kurma ve üyelik konusundaki kısıtlamaların azaltılması ve dernek faaliyetlerine serbestlik sağlanarak yargı mensuplarının derneklere üye olmasındaki izin esasının kaldırılmasının amaçlandığı belirtilmişken Türkiye Hâkimler ve Savcılar Birliği tasarısı ile eski düzenlemenin gerekçesiyle çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁴¹ Diğer bir eleştiri noktası

²⁴⁰Kırmaz, 2009: 105

²⁴¹www.yarsav.org.tr (Yasayla Darbe Olur mu ?,Cumhuriyet Gazetesi, 02.03.2007 alıntı)

ise tasarının yargıç ve savcılarının idari vesayet denetimi altında kurulacak bir birlik içinde toplanmasını amaçlanması nedeniyle Anayasanın 135. maddesine aykırılık taşıdığıdır.²⁴²

Söz konusu düzenleme ile birliğin kontrol altında tutulmasının istendiği ve birliğin sadece yargıç ve savcılarının özlük hakkını ilgilendirir hususlarla ilgili ortak bir çalışma yürütmesini amaçladığı açıktır. Ancak yukarıdaki bölümde de değinildiği gibi uluslar arası düzenlemeler yargıç ve savcılara örgütlenme hakkı tanırken hükümetin yürüttüğü adalet politikalarının süzgeçten geçirilerek demokratik toplum değerlerin korunması ve insan haklarına aykırılık oluşturan uygulamalara dikkat çekilerek bu konudaki yanlış uygulamalara son verilmesini amaçlamaktadır. Çünkü yargıç ve savcılarının yürüttükleri görevin özelliği toplumsal sorunları, bireysel sorunların önünde tutmayı gerektirdiğinden²⁴³ sadece özlük haklarına ilişkin oluşturulacak bir örgütlenme gerekli faydayı sağlamayacaktır. Bu nedenle yargıçların da diğer vatandaşlar gibi düşünce ve ifade özgürlüğü ile toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne sahip olması gerekir.

Yargı bağımsızlığı esasını benimsemiş yargıç ve savcılarının mesleki örgütlenmesi de her türlü dış baskıdan uzak, serbest irade ile gerçekleştirilmesini gerekli kılar. Bunu gerçekleştirmede en etkili yöntem ise serbest irade ile kurulan ve her yönüyle bağımsız bir niteliğe sahip dernek biçiminde örgütlenmedir. Çünkü yargı bağımsızlığının ve yargıç ve savcı güvencesinin özü serbest iradeyle kurulan örgüt ile uyumludur.²⁴⁴

Yasa ile kurulması amaçlanan birlik ise tüm yargıç ve savcılarının zorunlu üyeliğini öngörmesi, birlik üzerinde Devletin geniş idari ve mali denetiminin bulunması, yönetimi tümüyle seçilmiş üyelerden oluşmayan bir meslek kuruluşu niteliği taşıması nedeniyle Anayasanın 135. maddesine aykırı bir görünüm sergilemektedir.²⁴⁵

²⁴² ÖZKORKUT ÜNAL, 2008: 240

²⁴³ Aydın, 2006: 73

²⁴⁴ Aydın, 2006: 75

²⁴⁵ Üskül, 2006: 235

II. YARGIÇLAR REJİMİ

A. 1982 ÖNCESİ DÜZENLEME

1. 1924 Anayasası

1924 anayasası esas itibariyle kuvvetler birliği ilkesi ekseninde düzenlemeler içermekle birlikte yargının bağımsız olduğunu da hükme bağlamıştır. Anayasanın 54. maddesinde “hakimler bil cümle davaların mahkemesinde ve hükmünde müstakil ve her türlü müdahaleden azadedir.” İfadesine yer verilmiş, 55 ve 56. maddelerinde hakimlik teminatına vurgu yapılarak hakimlerin kanunda öngörülen haller dışında görevlerine son verilemeyeceği, görevleri, aylık ve ödenekleri, nitelikleri, atama ve görevlerine son verme şartlarının özel bir kanunla düzenlenmesi kural altına alınmıştır.

Anayasanın verdiği bu yetkiye istinaden hazırlanan Hakimler Kanunu hakimlerin özlük işleriyle ilgili işlemleri yürütmek üzere bir Ayırma Meclisinin kurulmasını öngörmüştür. Başkanlığını Yargıtay Başkanının yürüttüğü bu meclis, 4 Yargıtay üyesi ile Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza işleri Genel Müdürü, Hukuk İşleri Genel Müdürü ve Özlük İşleri Genel Müdüründen oluşmaktadır. Bu meclis iki grup halinde işlerini yürütmekte, Yargıtay başkanının olduğu grup hakimlerle ilgili, Cumhuriyet Başsavcısının başkanlığındaki diğer grup da savcılarla ilgili terfi defterini hazırlamakla görevli olup bu deftere bağlı kalmakla beraber atamaları yapma yetkisi ise Adalet Bakanına bırakılmıştır. İşin daha vahim boyutu ise Cumhuriyet Başsavcı seçiminin Adalet Bakanına ait, Yargıtay Başkanı seçiminin de Bakanlar Kurulu’na ait olmasıdır.²⁴⁶

Görüldüğü üzere her ne kadar Anayasada hakimlerin bağımsız olduğu ve kararlarını özgürce oluşturacakları belirtilmişse de gerek Ayırma Meclisindeki Bakanlık personelinin ağırlığı gerekse meclisin grup başkanlıklarını yürüten ve aynı zamanda Yargıtay’daki yargısal faaliyetlere etkin olarak katılan Yargıtay Başkanı ve Başsavcısının seçimi noktasında

²⁴⁶ Ünver, 1991:170

yürütme organına tanınan geniş takdir yetkisi sonucu yargının bağımsızlığından söz etme olanağı ortadan kalktığı ve yargı tamamıyla yürütmenin güdümüne girdiği görülmektedir.²⁴⁷

Hakimler için özel bir kanun niteliğinde olan Hakimler Kanununa rağmen hakim ve savcılar devlet memuru konumuna indirgenmişlerdir. Anayasanın 56. maddesinde hakimlerin aylık ve ödenekleri konusunda özel bir kanun çıkarılacağı öngörülmesine rağmen konuya ilişkin herhangi bir yasa çıkarılmamış ve hakim ve savcılar diğer devlet memurları hakkındaki genel hükümlere tabi kılınmıştır.²⁴⁸ Hatta hakimler özlük işeri bakımından diğer Devlet Memurları gibi 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa tabi olduğundan hakimlik teminatının bir unsuru olan emekliye sevk yasağı işlevini yitirmiş ve yürütme bunu yargı organı mensuplarına karşı bir silah olarak kullanmaya başlamıştır.

1953 Yılında 5434 sayılı Kanunun 39/b maddesinde 7242 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası 30 hizmet yılını dolduran hakim ve savcılarının görülen lüzum üzerine emekliye sevk edilebilmelerine imkan tanınmış²⁴⁹ ve o dönemde çok sayıda hakim ve savcı ile yüksek mahkeme üyelerinin altmış beş yaşını doldurması beklenmeden bu kanunun verdiği yetkiye istinaden görevlerine son verilmiştir.²⁵⁰

Hakim ve savcılar hakkında tesis edilen işlemlere karşı yargı yolu kapalı tutulduğu gibi Anayasaya aykırılık taşıyan düzenlemelerin iptaline olanak tanıyarak yasama erkini frenleyecek Anayasa yargısının da bulunmaması yasamanın yargıya müdahalesini olanaklı kılmıştır.²⁵¹ Bu nedenle 1924 Anayasanda egemen ilke olan kuvvetler birliği ilkesinin sadece yasama ve yürütmeye has olmayıp yargı açısından da geçerli olduğunu ve yargının yürütmenin bir kanadı gibi çalıştığını veya çalıştırıldığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

²⁴⁷ Ünal, 1994: 71

²⁴⁸ Özyörük, 1979: 52

²⁴⁹ Sabuncu, 2005: 101

²⁵⁰ Mumcu, 1986: 395

²⁵¹ Gören, 2006: 54

2. 1961 Anayasası

Her Anayasa mevcut anayasal düzene bir tepki olarak ortaya çıktığı için 1961 Anayasasının da her şeyden önce eksikliği çokça hissedilen ve anti demokratik uygulamaların önüne geçebilecek niteliğe sahip bir Anayasa mahkemesinin kurulması ile yargının yürütmenin etkisinden uzaklaştırılmasını öngörecektir farklı bir sistemin uygulanmasını konu alması beklenir. Hatta 1950 ile 1960 yılları arasında yargıya yapılan müdahalelerin etkisinde kalan Danışma Meclisi biraz da ileri giderek yargı erki açısından bir ilke imza atmış ve yürütmenin yargıya hiçbir müdahalesini meşru görmeyen ve batılı demokratik devletlerde bile uygulanma kabiliyeti bulunmayan saf bir kooptasyon sistemi benimsemiştir.²⁵²

1961 Anayasası'nın 143. maddesinde hakimlerin tüm özlük işlerini yürütmek üzere Yüksek Hakimler Kurulu'nun oluşumunu öngörerek yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesini tüm kurum ve kuruluşlarıyla kabul etmiştir.²⁵³ Yine söz konusu düzenleme denetim yetkisini haiz müfettişlerin kurula bağlı faaliyet göstermesi²⁵⁴ ve yürütme organından temsilcilerin katılımını öngörmemekle birlikte temsili demokrasi anlayışına uygun olarak yasama meclislerine de söz hakkı tanıyacak bir yapı benimsemiştir.²⁵⁵

Kurulun yürütme ile olan ilişkisi ise son derece dar tutulmuştur. Adalet Bakanı Kurul toplantılarına katılabilmekle birlikte oy verme hakkı tanınmamıştır. Sadece belli durumlarda hakimlerle ilgili disiplin işlemlerinin yapılması için YHK'na müracaat hakkı tanınmıştır. Böylece 1924 Anayasası döneminde hakimlerin bütün özlük işleri bakanlıkça üstlenilmekte iken 1961 Anayasası ile bu yetkiler YHK'na devredilmiş ve kurulca verilen kararlar hiçbir işleme gerek kalmaksızın doğrudan sonuç doğurabilecek bağımsız bir yapıya kavuşmuştur.²⁵⁶

²⁵² Ünal, 1994: 73

²⁵³ Ünver, 1991: 172

²⁵⁴ Kırmaz, 2009:50

²⁵⁵ Seçkin, 1979: 190

²⁵⁶ Ünal, 1994: 75

1961 Anayasası'nın en çok eleştirilen yönü mahkemelerin siyasallaştırılmasına yol açacak bir düzenleme öngörmesidir. Çünkü mecliste çoğunluğa sahip bir partinin diğer siyasi partilerle uzlaşma yoluna tevessül etmeksizin doğrudan kendi görüşüne yakın yargıçları kurula seçerek yargıya müdahale zemini oluşturulması ihtimal dahilindedir. Şüphesiz yasama meclisine YHK'na temsilci gönderme olanağının tanınması temsili parlamenter demokrasinin bir gereğidir.²⁵⁷ Fakat uygulamada üye seçimlerinin öngörülen süre içerisinde gerçekleştirilememiş olması nedeniyle asil üyeliklerin uzun süre boş kalmasına yol açmış ve düzenleme ile amaçlanan yarar sağlanamamıştır.

Bu dönemde sorun arz eden diğer bir husus da hakimlerin kendi aralarından kurula üye seçmeleridir. Yargı camiasının büyük olması ve hakimlerin çoğunun taşrada görev yapıyor olması nedeniyle seçime katılan adaylarla ilgili yeterli malumata sahip olunamamasıdır. Bu durum hakimler arasında hemşericilik ve bölgecilik bilincinin oluşmasına yol açmış ve mesleki etiğe uygun olmayan bir takım çabalara zemin hazırlamıştır.²⁵⁸

1971 yılında yapılan değişiklikle Kurul üyelerinin sayısı 23'ten 11'e indirilmiş ve üyelerin tamamının Yargıtay Genel kurulunca kendi üyeleri arasından ve dört yıl için seçilmesi öngörülmüştür. Eski düzenlemeye göre Adalet Bakanının yetkileri biraz daha artırılmış, bakanın istemesi durumunda kurula katılıp başkanlık yapabileceği ve oy kullanabileceği düzenleme altına alınmıştır.²⁵⁹ Ancak uygulamada Adalet Bakanı bu yetkisini kullanmadığından yürütme organının kurulda temsili sembolik bir hal almıştır. Bu durum yukarıda da açıklandığı üzere milli hakimiyet kavramı ile bağdaşmadığı, yargı erkinin toplumdan koptuğu, imtiyazlı bir hakimler sınıfının oluşmasına sebebiyet verdiği yönünde haklı eleştiriler yöneltmiştir.

Diğer taraftan 1973 yılında yapılan değişiklik sonucu Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuş ve mahkemelere atanacak sivil hakimler bakımından

²⁵⁷ Ünal, 1994: 75

²⁵⁸ Kuru, 1966: 21

²⁵⁹ Kırmaz, 2009: 51

Bakanlar Kuruluna öneride bulunma hakkına yer verilmiştir.²⁶⁰ Askeri yüksek mahkemeler dışında tamamen adli yargı alanında görev yapan Devlet Güvenlik Mahkemelerinde askeri hakim ve savcıların görev yapması ve bunların atanmaları emir komuta zincirine bağlı askeri makamlara bırakılmasıyla yargı bağımsızlığı zedelenmiştir.²⁶¹ Böylece kurulun münhasır yetkisi ortadan kaldırılmış ve hakimler rejiminin bütünlüğü bozulmuştur.

Yine bu dönemde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kurulmasıyla idari yargı alanındaki yargı birliği bozulmuş ve idare içerisinde yer alan askeri personelin ayrı değerlendirmesini zorunlu kılacak herhangi bir husus olmamasına rağmen bu meslek gurubu için bir mahkeme yaratılmıştır. Şüphesiz askeri hakimlerin her ne kadar hakimlik teminatı esaslarına göre hareket edecekleri kurala bağlanmışsa da askeri yapı içerisinde bunu hayata geçirmek oldukça zor olduğundan bu düzenlemenin de yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğunda şüphe bulunmamaktadır.

B. 1982 Anayasası Dönemi

1. HSYK'nın Oluşumu

1982 Anayasasının 159. maddesinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun başkanlığını Adalet Bakanının yapacağı, üç asil ve üç yedek üyenin Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyenin de Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanıca seçileceği öngörülmüştür. Kurula seçilen asıl ve yedek üyelerin görev süresi 4 yıl olup, yeniden seçilmeleri mümkündür. Adalet Bakanlığı müsteşarı ile Adalet Bankanı görevi dolayısıyla kurul üyesi sayıldıklarından bunların görevleri asli görevleri süresince devam etmektedir. Kurul'da Adalet Bakanının başkan, müsteşarın doğal üye olması,

²⁶⁰ Mumucuoğlu, 1989: 293

²⁶¹ Ünal, 1994: 81

Kurul'u yürütmenin etkisi ve baskısı altına soktuğu izlenimini uyandırmaktadır.²⁶²

Kurulun bütün üyelerinin doğrudan doğruya yürütme ve yasama organı yerine yargı organlarınca seçilmesi gerektiği ileri sürülebilir.²⁶³ Hatta yargı bağımsızlığının korunmasında en önemli unsurun hakim ve savcılarının mesleğe kabulleri ile özlük haklarına ilişkin işlemleri tesis edecek idarenin tamamen yürütme ve yasamadan ayrı, kendi sekreteryasına sahip bağımsız bir yapıya sahip olması gerektiği şeklinde de değerlendirilebilir.²⁶⁴

Bu şekildeki bir düzenlemenin yargının, yasama ve yürütme organı karşısında bağımsız bir duruş sergilemesine hizmet edeceği muhakkaktır. Ancak bu sistemin kast sistemine yol açacağı ve yargı organının toplumdaki gelişmelere duyarsız kalmasına neden olabileceği de bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.²⁶⁵ Hatta millet adına yargılama yapan bir kurumun dolaylı ve dolaysız olarak milli iradeye dayanmamasının milli egemenlik ve demokrasi ilkelerine uygun olmayacağı²⁶⁶ da şüphe götürmez bir gerçektir.

Bu nedenle batılı uygar toplumlarda bu denge, seçimlerin az çok milli iradeye dayanması gerektiği şekliyle algılanmış ve yargı mensuplarının seçiminde belli ölçüde halkın iradensin yansıdığı devlet kurumlarının etkisinin bulunması amaçlanmıştır. Örneğin İtalya'da İtalyan Yüksek Yargı Konseyi'nin başkanlığı görevi devlet başkanı tarafından yürütülmekte olup üyelerin tamamını meclis seçmektedir.²⁶⁷ 1958 Fransız Anayasasına göre de Yüksek Hakimlik Şurası bir organik kanunla belirtilen şartlara uygun olarak Cumhurbaşkanı seçilen dokuz üyeden oluşmakta, Cumhurbaşkanı bu kurulun başkanı, Adalet Bakanı da Başkan vekili olarak görev yapmaktadır. Cumhurbaşkanı'nın hakimleri atama yetkisi paylaşılmış bir yetki olup başbakan ve ilgili bakanın karşı imzalarıyla gerçekleştirilmektedir.²⁶⁸

²⁶² Germeç, 2006. 66

²⁶³ Sav, 1982: 42

²⁶⁴ Selçuk, 2009a

²⁶⁵ Özbudun, 2004: 361

²⁶⁶ Kapani, 1956: 51

²⁶⁷ Kırmaz, 2009: 199

²⁶⁸ Özbudun, 2004: 362

Fransa’da Danıştay Başkanı Başbakan olup bu yetki Başbakan adına Adalet Bakanı tarafından yürütülmektedir.²⁶⁹

2. Düzenlemenin Yargı Bağımsızlığını İhlal Eden Yönleri

a. Sistemik Düzenleme ve Yargı Yolunun Kapalı Olması

HSYK üyelerinin çoğunluğu hakim olmakla birlikte hakim ve savcılarının özlük haklarına ilişkin tesis ettiği işlemler maddi anlamda idari işlem niteliğindedir.²⁷⁰

Fonksiyonel anlamda düşünüldüğünde de kurulun idari bir yapı olarak düzenlendiği ve mahkeme olarak görev yapmadığını görmekteyiz.²⁷¹ Bu nedenle HSYK Anayasamızın idari bölümünde düzenlenmesi gerekirken yargı bölümü içerisinde yerini almıştır. Üstelik 1982 Anayasası ile idari tasarrufta bulunduğu şüphesiz olan Kurul mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar şeklinde tanımlanmakla yargının bir uzvu olarak gösterilmiştir.²⁷²

Şüphesiz bu şekildeki bir düzenlemenin olumsuz tarafı sistematik bir hatadan ziyade HSYK’nın kimliği noktasında da bir takım çelişkileri beraberinde getirmesidir. Çünkü madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde Kurul kararlarına karşı yargı yolu kapatılırken de aynı düşünceden esinlenildiği ve yüksek yargılardan oluşan kurulca verilen kararlara karşı yargı yoluna gidilmesinin aynı konuya ilişkin ikinci bir yargılama yapılması anlamını taşıyacağından bahisle kurul kararlarına karşı dava açma olanağının tanınmadığı anlaşılmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus Kurul’un yapmış olduğu idari tasarrufa karşı ilgili yargı mensubunca itiraz edilmesi durumunda Kurul’un yargısal bir gücü ile sorunu

²⁶⁹ Derdman, 2006: 547

²⁷⁰ Gözler, 2001: 345

²⁷¹ Atar, 2005: 286

²⁷² Bingöl, 2006: 7

çözümlemesidir ki bu da kuvvetler ayrılığı esasına dayanan Anayasanın temel felsefesine ters düşmektedir.²⁷³

Kurul'un bu denli idari-kazai biçimde ikici bir yapı arasına sıkıştırılması her şeyden önce yargı mensuplarının hukuki güvenliği açısından sorun teşkil etmektedir. Kurul yargıçlarla ilgili olarak işlem tesis ederken yerindelik yönünden bir değerlendirme yaptığından hukukilik yönünden de işlemi tesis eden organdan başka bir mercie itiraz yolu öngörülmesi gerekirken bu güvencenin sağlanmadığı görülmektedir.

Hak ve adalet dağıtan yargıçların kendi haklarını arayamamasına üzülererek şahit olmaktadır. Bu düzenleme Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanan yargıcı, yardımcı hizmetler sınıfındaki bir hizmetliden daha az teminatlı kılmaktadır.²⁷⁴ Fransa'da da benzer bir düzenleme yer almakta olup Kurul'un disiplin cezasına yönelik işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmıştır. Bunun dışındaki işlemlere karşı yargı yoluna başvurulduğu gibi diğer Avrupa ülkelerinde de Kurul kararlarının yargıya taşınabildiği görülmektedir.²⁷⁵ Üstelik yargının bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesini kendisine ilke edinmiş bir devlet sisteminde yargıçların hakkını arayamamasının makul bir izahı olamaz.²⁷⁶

b. HSYK'nın Sekreteryasının Bulunmaması

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 19. maddesinde "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; atama ve nakillerde uygulanacak objektif esasları kapsayan Atama ve Nakil Yönetmeliği düzenler. Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürlüğü ilgililerin taleplerini, sicillerini ve tespit edilmiş sair hallerini, hizmetin icap ve ihtiyacı ile birlikte inceleyerek kanuna, Atama ve Nakil Yönetmeliğine uygun olarak yapacağı taslağı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna sunar. Bu taslak, ilgililerin gizli ve açık sicilleri ve diğer evrakı ile birlikte Kurul tarafından en geç bir ay içinde incelenir, aynen

²⁷³ Bingöl, 2006: 7

²⁷⁴ Aksoy, 1982: 33

²⁷⁵ Kırmaz, 2009: 197-209

²⁷⁶ Yenice, 1980: 7

veya gerekli görülen değişiklikler yapılarak karara bağlanır ve Adalet Bakanlığına tevdi edilir.” ifadesine yer verilerek bakanlığın personel yönetimi konusundaki konumuna vurgu yapılmıştır. Söz konusu maddeye göre Kurul gündemi bankalıkça belirlenmekte olup ön çalışmalarla ilgili Kurul’un herhangi bir bilgisi ya da katkısı bulunmamaktadır.²⁷⁷

Doktrinde Kurul sekreteryasının bulunmaması nedeniyle ciddi eleştirilere yer verilmiştir. Bu düşüncedeki hukukçulara göre kurulun ayrı bir binası olmadığı için bütün görevler Adalet Bakanlığı bünyesinde ve bakanlığın vesayeti altında gerçekleştirilmektedir. Kurulun iradesi ve takdirinin karara tam olarak yansiyabilmesi için yeterli zaman, eleman ve mali olanaklar tanınmalı ve tamamen yürütme organı dışında örgütlenme sağlanmalıdır.²⁷⁸

Adalet bakanının bu görevi yürütüyor olması yargı bağımsızlığını ihlal gibi gözükse de bakanlık atama konusunda kesin sözü söylememekte, sadece muhtemel adayları gösterir bir taslak hazırlamaktadır. Bu hazırlanan taslak üzerinde değişiklik yapılabileceği gibi kurul üyelerinden her biri hakim ve savcıların özlük dosyalarını inceleyerek daha farklı bir teklif de sunabilmektedirler. Yine bakanlığın taslak hazırlarken göz önünde bulundurulacağı yönetmelik de kurulca hazırlanmaktadır.

Demokratik bir devlet sisteminde sekreteryanın bakanlık tarafından üstlenilmesi zorunludur. Çünkü Adalet Bakanı yürütme organının bir üyesi olarak adalet hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesinde yasama organına karşı siyasi sorumluluğu bulunmaktadır.²⁷⁹ Aksi halde Adalet Bakanı üstlenmediği bir görev dolayısıyla yasama organına karşı siyasi sorumlu tutulmasının makul bir izahı olamaz.²⁸⁰

Esasında adalet hizmetlerinin siyasi sorumluluğu bulunan bakanlık kanalıyla yürütülmesi yargı ile halk arasında köprü kurmaktadır. Yasama ve yürütme organı belirli aralıklarla yaptıkları hizmetler karşılığında halka hesap

²⁷⁷ Kırmaz, 2009: 136

²⁷⁸ Çınar, 2008: 11, Selçuk, 2009a, Sav, 1990: 22, Özay, 1991: 110,

²⁷⁹ Fendoğlu, 2007:151

²⁸⁰ Ünal, 1994: 89

verirken yargı organlarının tamamen halktan kopuk olmasını düşünmek yargı bağımsızlığı kavramıyla açıklanamayacağı gibi yargının iflası anlamına da gelmektedir. Bu nedenle haklın yargı hizmetlerindeki aksama ve işleyiş bozukluğu dolayısıyla sorumlu tutacağı siyasi bir ismin bulunması anayasanın ruhuna da uygun bir düzenlemedir.

c. Cumhurbaşkanı Konumu

1982 Anayasası yürütme organına ilişkin konularda Fransız Anayasasından etkilenecek hazırlanacağı için anayasanın genelinde benimsenen devlet başkanının yetkilerinin genişletilmesi anlayışı yargıya ilişkin bölümlerde de devam etmiştir.

Fransa modelinden esinlenen bu düzenleme ile kurul üyelerinin seçiminde yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı'na geniş yetki tanınmıştır. Ancak bu yetki sınırsız olmayıp Yargıtay ve Danıştay genel kurulunca her boş üyelik için gösterilecek üçer aday arasından birisi seçilmektedir. Bununla birlikte hakim ve savcıların özlük işlerini yürütecek kurul üyelerinin seçiminde yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'na yetki tanınması şüphesiz yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı açısından çok büyük sakıncalar barındırmaktadır.²⁸¹

Fransa'da bu konuda bir teamül oluşmuş olup Devlet Başkanı istisnasız olarak liste başındaki adayı seçmektedir.²⁸² Bu durum yüksek mahkemelerin saygınlığı açısından çok büyük olumlu sonuçlar doğurduğu gibi yürütmenin yargıya müdahalesini en aza indirme bakımından da yararlı olacak bir uygulamadır.

d. Bakanın Konumu

1982 Anayasası Adalet Bakanı'nın HSYK'nın başkanı olduğunu ve HSYK'nın da hakimlik teminatı esasına göre görev yapacağını

²⁸¹ Mumcuoğlu, 1989: 299, Selçuk, 1997: 4

²⁸² Ünal, 1994: 85

öngördüğünden bakan olarak atanma ile birlikte hakimlik sıfatı da kazanılmakta ve böylece kuvvetler ayrılığı prensibine ters biçimde yürütme ve yargı gücü Adalet Bakanının şahsında toplamış bulunmaktadır.²⁸³

1961 Anayasası ile kıyaslandığında Bakanlığın yetkilerinin oldukça geniş tutulduğu görülmektedir. HSYK'na başkanlık yapma yanında hakim ve savcıların adaylığa kabulü, gerektiğinde bunlar hakkında disiplin soruşturması yapma ve geçici görevlendirme, merkez teşkilatında görev alacak hakim ve savcılarını belirleme, personel yönetimi vb. gibi oldukça geniş yetkilerle donatılmıştır.

Doktrinde Adalet Bakanının Kurula başkanlık yapması ve kurul çalışmalarında girişimci rol üstlenmesi bir yana, kurul çalışmalarına hiç katılmaması gerektiği yönünde bir takım iddialar ileri sürülmekle²⁸⁴ birlikte demokratik parlamenter sistemin egemen olduğu ülkelerde yargı hizmetlerinin örgütlenmesinde sorumluluğu bulunan Bakanın Kurul çalışmalarına katılması ve başkanlık görevini yürütmesini doğal karşılamak gerektiği kanısındayım.

Benzer bir iddia Bakan'a merkez teşkilatında görev alacak yargıç ve savcılarını belirleme yetkisinin tanınması noktasında ileri sürülmüştür. Anayasanın 159. maddesinde Adalet Bakanlığı'nın merkez kuruluşunda geçici ya da sürekli olarak çalıştırılacak yargıç ve savcılarını atama yetkisi, doğrudan Adalet Bakanı'na verilmiştir. Bankalık bu konuda işlem tesis etmeden önce Kurul'un görüşü ya da onayının alınması zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁸⁵ Bu durumun bazı hukukçularca örtülü azil niteliği taşıdığı gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır.²⁸⁶

Kanımca adalet hizmetlerinin örgütlenmesinde Bakanlık teşkilatının uyum içerisinde çalışması önem taşıdığından merkez teşkilatında görev alacak yargıç ve savcılarının atanmasında Bakan'a takdir hakkı tanınması

²⁸³ Bingöl, 2006: 8

²⁸⁴ Selçuk, 2000: 126

²⁸⁵ Germeç, 2006: 65

²⁸⁶ Centel, 1996: 18

gerekmekle birlikte bu belirlemenin Kurul'la ortaklaşa bir çalışma yapılarak gerçekleştirilmesi gerçeğini değiştirmez.

e. Adalet Bakanlığı Müsteşarının Konumu

Hiçbir ülkede Adalet Bakanı Müsteşarı kurulda yer almamakla²⁸⁷ birlikte Türkiye'de müsteşar kurulun tabi üyesi olarak kabul edildiğinden bu durumun da haklı olarak kuvvetler ayrımını ihlal edeceği ileri sürülebilir. Çünkü 2992 Sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 6. maddesinde "Müsteşar, Bakanın emrinde ve onun yardımcısı olup, Bakanlık hizmetlerini Bakan adına ve Bakanın direktif ve emirleri yönünde Bakanlığın amaç ve politikalarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara, mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenler ve yürütür..." hükmüne yer verilmiştir.

Bu nedenle yürütme organı içinde yer alan Bakan ve Müsteşarın katıldığı Kurulun kuramsal olarak bağımsız olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır.²⁸⁸ Kurulda görüőülecek konuların belirlenmesi ve teklif hazırlanması ile toplantı günlerini belirleme yetkisi Banklığa ait olduğundan yönetimde girişim gücünün Bakanlıkta olduğu rahatlıkla söylenebilir. Hatta Adalet Bakanlığı Müsteşarının kendisi Kurul'a katılmaz ve kendisine vekalet edecek birini de göndermezse Kurul'un toplanma olanağı bulunmamaktadır.²⁸⁹ Bu durum Kurulu belli oranda Bakanlığa bağımlı kıldığından yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturduğu gibi Müsteşarın Bakanın emri altında görev yapıyor olması nedeniyle Kurul üyelerinin tam anlamıyla bağımsız olduğundan söz etme olanağı da bulunmamaktadır.

Bakanın emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden müsteşarın kurulda Bakanla birlikte görev alması hakimlik teminatının işlerliğini kuşkuya düşürmektedir. Özellikle oyların eşitliği durumunda müsteşarın görüşü kararın sonucunu belirleyebilecektir. Ancak böyle bir durumda müsteşarın

²⁸⁷ Selçuk, 2000: 125

²⁸⁸ Ataş, Çobanoğlu, 1990: 57, Atar, 2005: 86,

²⁸⁹ Çınar, 2008: 12, Selçuk, 1997: 4

aynı kurulda görev alan amirine karşı bağımsız tutum sergileyebilmesi ve kurul çalışmalarında beklenen etkinliği sağlaması oldukça güçtür. Çünkü yargısal içtihatlarla göre müsteşarın yüksek devlet memuru olması nedeniyle bu göreve atanma ve görevden alınma noktasında idarenin geniş takdir yetkisinin bulunduğu ve idareyle uyumlu çalışabilecek kişinin bu görevi yürütmesinin kamu yararı gereği olduğu yönündedir. Hal böyle olunca Müsteşarın Kurul çalışmaları sırasında Bakana karşı bağımsız bir tavır sergileme olanağının ortadan kalktığı düşünülebilir.

Her ne kadar kurul üyelerinin hakimlik teminatına sahip oldukları düzenleme altına alınmışsa da Adalet Bakanı ve Müsteşar bu teminattan ancak görevlerini yürüttükleri müddetçe yararlanabilecektir. Bir başka anlatımla belli bir süre bu görevi yürütme güvencesine sahip olmayıp her zaman için kurul üyeliğinin son bulabilecek olmasının hakimlik teminatıyla bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. Özellikle bu güvencenin yokluğu müsteşarı Adalet Bakanına bağımlı kılabilmekte ve kurul çalışmalarından beklenen yararın sağlanmasını güçleştirmektedir.

Şüphesiz Bu durum Adalet Bakanı Müsteşarını diğer bakanlık müsteşarından farklı değerlendirmeyi zorunlu kılar. Anayasa Mahkemesi verdiği ve kanımca da isabetli olan bir kararında bu konudaki farklılığı ortaya koymuş ve Adalet Bakanı Müsteşarının Kurul üyesi olması nedeniyle hakimlik teminatının bir gereği olarak diğer bakanlık müsteşarları gibi kolayca görevden alınamayacağını belirtmiştir. Mahkememe kararında “....Müsteşar bir yandan idarî görevleri yönünden Bakanın emir ve direktiflerine göre bakanlık hizmetlerinin yürütülmesinde Bakana yardımcı olmakta, öte yandan Anayasa uyarınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun doğal üyesi bulunmaktadır. Bu nedenle, Adalet Bakanlığı Müsteşarı, "meslekten yetişmiş ve teminatlı uzman olduğu için bakanlığın en yetenekli ve sürekli ögesi" sayılan diğer bakanlık müsteşarlarından farklı bir hukuksal konumda bulunmaktadır.

Anayasa'nın Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu düzenleyen 159. maddesinin birinci fıkrasında bu kurulun; "Mahkemelerin bağımsızlığı ve

hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağı ve görev yapacağı" belirtilmektedir. Kurulun, oluşumunda bir ölçüde yürütme organına yer verilmesine karşın, görev yaparken her türlü etki, baskı, yönlendirmeden uzak, tamamen bağımsız olması amaçlanmıştır. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bağımsızlığı ise, Kurulu oluşturan üyelerin bağımsızlığı ölçüsünde gerçekleşir. Kurulda görev alan teminatlı yüksek mahkeme hâkimleri yanında aynı statüde bulunan ve "mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı" ilkesine göre görev yapması öngörülen Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın, diğerlerinden güvencesiz durumda olması 159. maddenin birinci fıkrası ile bağdaşmadığı gibi yargı bağımsızlığını da zedeler. Çünkü, kurul üyelerinin bağımsız görev yapabildiği ölçüde hâkimlerin ve savcılarının bağımsızlığının güvenceye alınacağı kuşkusuzdur.

Böylece, hâkim ve savcılarının tüm özlük hakları konusunda tek yetkili olan kurulda, idarî işler bakımından Adalet Bakanı'nın emir ve direktifleri ile görev yapan Müsteşarın, Kuruldaki görevi yönünden güvencesiz olması durumunda bağımsız davranabileceği ve görevini yalnızca Anayasa'ya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatine göre yapacağı düşünülemez." ifadesine yer vererek bu konudaki farklılığı ortaya koymuş bulunmaktadır.

Müsteşarın hakimlik teminatının bir gereği olarak bu görevden alınamaması bir takım sorunları beraberinde getirdiği de muhakkaktır. Kurul üyelerinden Adalet Bakanı sadece bakan olduğu müddetçe ya da seçimlerin yenilendiği dört yıllık süreçten sonra halk tarafından yeniden seçilirse bu görevi yürütebilecektir. Yine Kurul üyelerinden Danıştay ve Yargıtay'dan seçilen üyeler ise dört yıl görev yapabileceklerdir. Müsteşarının kırk yaşında bu göreve atanabildiği düşünüldüğünde hakimlik teminatı uyarınca altmış beş yaşına kadar kurul üyeliği görevini yürütebilecektir. Bu durum müsteşarı diğer kurul üyelerine göre ayrıcalıklı konuma getirdiğinden 1982 Anayasasının 10.

maddesindeki hiçbir kişi ve kuruluşa imtiyaz tanınamaz kuralına aykırı bir tablo ortaya çıkarmaktadır.²⁹⁰

Burada üzerinde durulması gereken bir diğerk husus yürütme organı temsilcilerinin yargı erki üzerindeki etkisinin yerinde olup olmadığıdır. Tarafsız olması gereken Cumhurbaşkanlığı ve Adalet bakanlığı makamlarına gelecek şahısların partizanca uygulamaları sonucu yargının bağımsızlığına zarar verilebilecek olmasıdır.²⁹¹

Ünal'a göre Türkiye Cumhuriyeti'nin devlet yönetimi konusunda siyasi tercihini egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu yönünde ve demokrasi rejimini benimsemek suretiyle kullandığını, gelecekte milletin hür iradesiyle seçimleri kazanacak herhangi bir siyasi partinin tahakküm için değıl ülkeye hizmet etmek üzere iktidara geleceğinden siyasi iktidarı her an için yargı bağımsızlığını zedelemeye hazır görmenin bir önyargıdan kaynaklandığı ve demokrasi anlayışına uymadığı yönündedir. Partizanca uygulamalara girişilmişse demokratik yöntemlerle sorun çözümü her zaman mümkündür. Bu konuda milletin hakemliğinin demokratik rejimin geleceğı açısından en büyük teminat olduğunu ileri sürmüştür.²⁹² Özbudun HSYK üyelerinin tamamının yargı organlarınca belirlenmesinin yargı teknokrasisine yol açabileceğı düşüncesiyle yürütmenin kurulun oluşumunda etkili olmasını yerinde bir düzenleme olarak nitelemektedir.²⁹³ Gözler de Kurul'un oluşumunda halk iradesinin yansıdığı organların katkısının yadsınmaması gerektiğı kanısındadır.²⁹⁴

1982 Anayasasının 9 uncu maddesinde de belirtildiğı gibi yargı yetkisi egemenlik hakkının doğal bir uzantısı olup yargıçlar bu yetkiyi egemenliğin sahibi olan Türk Milleti adına kullanmaktadır. Bu nedenle yargı yetkisinin meşruiyet kazanabilmesi için doğrudan ya da dolaylı olarak halkın iradesine

²⁹⁰ Bingöl, 2006: 9

²⁹¹ Centel, 1996: 23, Mumcuoğlu, 1989: 299,

²⁹² Ünal, 1994: 85,86

²⁹³ Özbudun, 2004: 361

²⁹⁴ Gözler, 2001: 345

dayanması gerekmektedir.²⁹⁵ Nüfus bakımından biraz az olan ülkeler yargıçları doğrudan halk tarafından seçtiği gibi bunun teknik olarak imkansız olduğu ülkeler de ise yasama ve yürütme organı ile yargı organının temsilcilerinin bulunduğu bir kurul vasıtasıyla bu işi yürütmektedir.

f. Adalet Müfettişlerinin Konumu

1982 Anayasasının en çok eleştiriye uğrayan noktalarından birisi hakimlerin denetimi ve haklarında soruşturma yapılmasının Adalet bakanlığı bünyesi içindeki adalet müfettişleri tarafından yapılmasının öngörülmesidir.²⁹⁶ 2802 sayılı Yasanın 82. maddesine göre “Hakim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırılabilir.”

Kanımca bu şekildeki bir düzenleme 1982 Anayasasının benimsediği hakimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı anlayışına aykırılık taşımaktadır. Gerçi müfettiş raporu ne şekilde hazırlanırsa hazırlansın hakim ve savcılar hakkında verilecek disiplin cezası yine kurulca karara bağlanacaktır. Ancak soruşturmanın büyük ölçüde nihai kararı etkileyecek nitelikte olması²⁹⁷ nedeniyle soruşturmanın siyasal bir makam olan Adalet Bakanına bağlı müfettişlerce yürütülmesi hakim ve savcılar açısından sakıncalı bir durumdur.

C. ASKERİ YARGI VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI SORUNU

1. Genel Olarak

Askeri yargı anayasal bir kurum olarak il kez 1961 Anayasası'nda yerini almıştır. 1982 Anayasası da aynı geleneği sürdürmüş ve 145. maddede

²⁹⁵ Ünal, 1994: 91

²⁹⁶ İnceoğlu, 2007: 65

²⁹⁷ Özbudun, 2004: 363

askeri yargı, 156. maddede Askeri Yargıtay, 157. maddede de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile ilgili hükümleri düzenleme altına alınmıştır.

Askeri hakim ve savcılar Milli Savunma Bakanlığı bünyesine görev yapmakta olup Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun görev alanı dışında kalmaktadır.

Gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları kuvvetler ayrılığı ekseninde oluşturulduğu için yürütmenin içinde yer alan askeri yargının askerlik hizmetinin katı disiplini ve hiyerarşik anlayışından etkilenmemesinin mümkün olmayacağı bu nedenle de kendisinden beklenen faydayı sağlamayacağı gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır.²⁹⁸

Sivil mahkemelerden ayrı olarak bir de askeri yargının oluşturulmasının gerekip geremediği konumuz dışında kaldığından bu bölümde sadece mevcut sistemin yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturan hallerine kısaca değinilecektir.

2. Mahkemelerin Oluşumu ve Yargı Bağımsızlığı

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak askeri mahkeme kurulunun oluşumuna ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak da disiplin mahkemesinde ya da askeri mahkemelerde olduğu gibi hakim ve savcı statüsünde olmayan subayların mahkemeye katılımına olanak tanınmıştır. Çünkü bu sınırlamanın anayasada yer almaması ile anayasada ifadesini bulan “askeri hizmetin gerekleri” kavramı birlikte düşünüldüğünde yargı bağımsızlığıyla bağdaşmayacak mahkemelerin kurulması olanaklı hale gelmektedir.

Disiplin mahkemelerinde bu kavramın oldukça geniş yorumlandığı görülmektedir. Mahkemede görev yapan başkan ve üyeler subay statüsünde olup özlük hakları bakımından 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetler Personel Kanununa tabidirler ve herhangi bir teminatları da bulunmamaktadır. Mahkemede görevli personelin tamamının idarenin emrinde görevli memur

²⁹⁸ Ünal, 1994: 81

olması ve güvenceden yoksun bulunmaları nedeniyle mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı bir görüntü sergilemektedir.²⁹⁹ AİHM de bir kararında disiplin mahkemesinin nesnel bağımsızlığının bulunmadığı gerekçesiyle sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.³⁰⁰

Yine Askeri mahkemelerde de yargıç statüsünde olmayan subayların üye olarak bulunması ve bunların komutanın emir ve komutasında yer alması dolayısıyla tarafsızlıklarının bulunmadığından bağımsız bir mahkemeden söz etmek imkansızdır. AİHM'nin de bu yönde verdiği çok sayıda karar bulunmaktadır.

İşin daha vahim olan kısmı ise askeri yargının görev alanının amacını aşar biçimde geniş belirlenmesi sonucu sivillerin de askeri mahkemelerde yargılanabilir olmasıdır. Doktrinde hiçbir çağdaş batı ülkesinde askeri yargının sivilleri de yargılayan geniş kapsamlı kurumsallaşmasına rastlanmadığı ileri sürülerek eleştiriye uğramıştır.³⁰¹

Tabii hakim ilkesine aykırılık oluşturan bu düzenleme nedeniyle AİHM'nce verilen tazminat kararları ile Avrupa Birliği uyum sürecinde iç ve dış kamuoyunun talepleri doğrultusunda değişikliğe gidilmiş ve 5530 yasa ile sivillerin barış döneminde askeri mahkemede yargılanmalarına büyük ölçüde son verilmiştir. Ancak hukuk devleti için sivillerin askeri yargıda yargılanmasına tam anlamıyla son verecek köklü bir yasa değişikliğinin yapılması zorunludur.

3. Askeri Hakim ve Savcıların Komutanlıklarla Olan İlişkisi

Anayasamızın gerek 156, gerekse 157. maddelerinde bu tür mahkemelerin kuruluşu, işeyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre düzenleneceği öngörülmektedir. Ancak söz konusu düzenlemede anılan hususlar dışında “askerlik hizmetlerinin gerekleri” gibi önemli ve sınırı

²⁹⁹ Gözler, 2001: 337

³⁰⁰ Demirağ, 2008: 26

³⁰¹ Ünal, 1994: 82

çizilmemiş bir kavrama da yer verildiği görülmektedir. Bu durum hakimlik teminatı esaslarına aykırı bir takım düzenleme yapılmasına kapı aralamaktadır.

Benzer bir hüküm Anayasanın 145. maddesinin son cümlesinde yer almıştır. Söz konusu maddede “Kanun, ayrıca askeri hakimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli bulundukları komutanlık ile alan ilişkilerini de gösterir” hükmüne yer verilerek askeri kurumsal ilişkileri yargı bağımsızlığı karşısında güçlendirmiş³⁰² ve böylece “askerlik hizmetinin gerekleri” kavramı askeri hakim ve savcılarının yargı hizmeti dışında görevlendirilmesine olanak tanıyacak şekilde Anayasadaki yerini almıştır. Nitekim 357 Sayılı Askeri Hakimler Kanunu’nun Ek 10/2. maddesinde de askeri hakim ve savcılara verilebilecek idari görevlerin neler olduğu belirtilmiştir.³⁰³

Diğer taraftan anılan Yasanın 12. maddesinde askeri hakimlerin rütbe terfii, rütbe kıdemliği, kademe ilerlemesinde yeterliliğin sicil ile saptanacağı belirtilmiştir. Sicillerin de müfettişler ile teşkilatında mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amirince düzenlenerek her iki sicilin ortalamasına göre hakim ve savcılarının yeterliliklerinin saptanması esası benimsenmiştir.

Bu düzenlemeyi mahkemenin bağımsızlığı ya da yargıçlık güvencesi kavramı ile izah etmek olanaksızdır. Doktrince de yargıçların komutan ile olan bağılığının bu boyutta olması yargının bağımsızlığını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir.³⁰⁴ Ancak Anayasa Mahkemesi askeri hakimler hakkında idari sicil belgesi düzenlenmesini ve terfilerin de buna göre değerlendirilmesini öngören yasal düzenlemenin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerine aykırı görmemiştir. Çünkü mahkeme gerekçesinde; askeri yargının varlığının yürütülen işin niteliğinden kaynaklandığını, asıl olanın “hizmetin gerekleri”nin elverdiği

³⁰² Derdman, 2006: 538

³⁰³ Demirağ, 2008: 221

³⁰⁴ Gözler, 2000: 433

ölçüde “yargı bağımsızlığı”nın sağlanması olduğu, böyle bir uzlaşma ve bağdaşmanın olanaksız olması durumunda hizmetin gerekleri kavramına öncelik verilerek askeri hiyerarşinin korunması gerektiğine vurgu yapmıştır.³⁰⁵

4. Emekliye Sevkleri ve Meslekten İhraçları

Askeri hakim ve savcılarının yaş haddi dolayısıyla emeklilik halleri adli ve idari yargı hakim ve savcılarından farklı bir şekilde düzenlenmiştir. 357 sayılı Yasa’nın 21. maddesinde “Askeri hakim sınıfı subayların görev yerleri ve sıfatları ne olursa olsun emeklilik yaş hadleri diğer subaylar gibidir.” hükmüne yer verilmiştir. Böylece Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’nda her rütbe için belirtilen yaş haddine ulaşılması halinde emekliye ayrılmaları öngörülmüştür.

Aynı maddede askeri hakimlerin kadrosuzluk gerekçesiyle emekliye sevkine ilişkin bir hüküm de yer almıştır. Yargıçlık güvencesini işlevsiz kılarak yargıcı bütünüyle idareye bağımlı hale getiren bu hükmün Anayasa mahkemesine taşınması üzerine Mahkemece “kardosuzluk” ibarelerinin iptaline karar verilmiştir.³⁰⁶

Askeri hakimlerin disiplinsizlik ve ahlaki nedenlerle Milli Savunma Bakanlığı’nca emekli edilmeleri mümkün olduğu gibi Yüksek Askeri Şura kararları ile de görevlerine son verilebilmesi mümkündür. AİHM’nin kararlarında ise askeri disiplin sisteminin gereklerine uygun hareket edilmesinin hizmetin bir gereği olduğu ve personelce önceden kabul edilerek girilen statünün gereklerine aykırı hareketin sözleşme kapsamında himaye göremeyeceğinden bahisle devlet idaresi lehine yorum yapmıştır.³⁰⁷

5. Yüksek Yargı Üyelerinin Seçiminde İdarenin Yetkisi

Anayasada Askeri yüksek yargı üyelerinin seçiminin Cumhurbaşkanınca gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Genel anlamda düşünüldüğünde yüksek yargı organlarının seçiminde yürütme organına bu

³⁰⁵ AYMK, 11.12.1990, E.1989/17, K.1990/33, RG. 15.06.1991, 20902

³⁰⁶ AYMK, 14.12.1998, E. 1998/39, K. 1999/78, RG. 11.05.1999, 23692

³⁰⁷ Demirağ, 2008: 235

denli geniş yetki verilmesi kuvvetler ayırımına aykırılık oluşturacağı açıktır. Ancak yetki ve görev alanının genişliği bakımından Türkiye'ye özgü bir nitelik taşıyan askeri yargı açısından yaklaşıldığında farklı bir tablo ile karşılaşılmaktadır.

Çünkü sivil mahkemenin seçiminde büyük rol üstlenmiş bir devlet başkanının yürütmeden ayrı bir varlık kazanamayan askeri yargının oluşumunda etkisinin bulunmaması düşünülemez. Cumhurbaşkanının Anayasa'nın 104. maddesi gereğince aynı zamanda TBMM adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etme görevini üstlendiği de dikkate alındığında askeri yüksek mahkeme üyelerinin tamamının Cumhurbaşkanınca seçilecek olmasının yadsınacak bir yönü bulunmamaktadır.

Bununla birlikte anayasaca Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin hakim olmayan üyelerinin seçiminde Genel Kurmay Başkanlığının teklifinin esas alınması yargının idare karşısındaki bağımsız duruşuna zarar vermektedir. Bu üyelerin mahkemedeki görev süreleri bittikten sonra tekrar asıl görevlerine dönerek idari hiyerarşi içindeki yerini alması mahkeme üyelerinin düşüncelerini karara gereği gibi yansıtmalarını olanaksız kılmaktadır. Mahkeme üyeliğinden sonra iyi bir göreve getirilme ve terfi ümidi taşıyan üyelerin hiyerarşik amirlerinin etkisi altında kalmaları taşınılmaz olduğundan yargının gerçek anlamda bağımsız olduğundan söz etmek imkansızdır.³⁰⁸

Görüldüğü üzere askeri yargıda, yargıçlık teminatı ve bağımsızlık anlayışı “askeri hizmetin gerekleri” kavramı içinde çözünerek, idare organının işlem ve eylemlerini meşrulaştıran bir kurum görüntüsüne bürünmüştür. Askerlik hizmetinin kendine özgü teknik bir yönü bulunduğu, TSK'nın disiplini ve hizmet gerekleri ile askeri gizli sırların korunması gibi gerekçelerle askeri yargının ayrı bir yargı kolu olarak faaliyet göstermesi ileri sürülse bile³⁰⁹ “mahkeme” olarak ifade edilen bir müessesenin Genel Kurmaylık bünyesinde örgütlenmesinin makul bir izahı olamaz. Çünkü askeri mahkemelerin zorunlu

³⁰⁸ Derdman, 2006: 544

³⁰⁹ Toğrul, 1973: 81

olması ile mahkemelerin bağımsız hakim ve subaylardan oluşması birbirinden çok farklı şeylerdir.³¹⁰ Askeri yargı, asker kişilerin hukuk dışı işlem ve eylemlerini denetlemek için oluşturulmuşsa her şeyden önce denetimini yaptıkları kuruma karşı bağımsızlığının korunması gerekirken, tamamen denetimi yapılan idarenin denetiminde bir yargı sistemi oluşturulmuştur.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları asker ve sivil ayrımı gözetmeksizin herkesin hukuk kurallarına uymasını zorunlu kıldığından askeri yargının sivil yargıya göre daha güvencesiz bir sistem benimsemesi izah edilemez bir durumdur. Bu nedenle askeri yargının Milli Savunma Bakanlığı bünyesinde yer almasına ve komutanlıklarla olan bağına son verilerek bütün yargıç ve savcıların aynı çatı altında toplanması zorunludur. Çünkü yargıçlık, personelin parasal hakları veya basit nitelikli suçlarla ilgili bir kararda düşüncenin özgür oluşmasından ziyade, üst rütbeli şahısların da hatalı davranışları varsa bunları saptayarak gerekli yaptırımını uygulayacak bir bağımsızlık anlayışını gerektirir. Şüphesiz bunun çözümü de askeri, idari ve adli hakim ve savcılarının tek çatı altında toplanması ve aynı güvencelerin sağlanmasıyla mümkündür.

³¹⁰ Kardaş, 1992: 10

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARGI BAĞIMSIZLIĞININ SINIRI VE YARGININ DENETİMİ

I. GENEL OLARAK

Herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde hak arama hürriyetine sahip olduğunu öngören Anayasanın 36. maddesi uyarınca bireyin bu temel haklarını kullanabilmesi için gerekli yerlerde mahkeme kurarak nitelikli personellerle uyuşmazlıları çözecek teşkilatın oluşturulmasında devletin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu mahkemelerde görevli hakimlerin görevlerini gereği gibi yapıp yapmadıklarını, kendisine tanınan yetkileri kötüye kullanıp kullanmadıklarını, yargılanın nasıl işlediğini denetlemek, yargı mensuplarının mesleği ile bağdaşmayacak bir takım davranış içerisine girdiğinin saptanması durumunda da gerekli idari ve cezai takibatı yapma noktasında yine devlet organlarına sorumluluk düşmektedir.

Bir İngiliz yargıcın “Kanunların yorumunu ben yapacak olduktan sonra o kanunları kim koyarsa koysun hiç umurumda değil”³¹¹ şeklinde belirttiği gibi yargı, yasaların yorumu noktasında yasama organından bağımsız, geniş bir yetkiye sahip olmakla birlikte bu bağımsızlık anlayışının yasamanın iradesini ortadan kaldıracak bir noktaya varmaması gerektiği de kuşkusuzdur.

Yargıcın yorum yaparken yetkisini aşip aşmadığı, kanundaki boşlukların doldurulmasında tarafı, keyfi hareket edip etmediğinin denetimi ve yetkinin kötüye kullanıldığı sonucuna varılması durumunda ilgililer hakkında cezai takibat yapılmasının yargı bağımsızlığı noktasında doğuracağı sorunlar ile yargının bu konuda hiç denetime tabi tutulmaması durumunda ortaya çıkacak

³¹¹ Diplock, 1979: 37

sorunları birlikte giderebilecek orta yollu bir formül bulmak oldukça zordur. Çünkü yargı bağımsızlığı ile yargının denetimi arasındaki irtibat iyi ayarlanmazsa birbirini tehdit eder, irtibatın iyi düzenlenmesi durumunda da birbirine hizmet eder bir hal almaktadır.³¹²

En etkili yöntem sorumluluk sahibi insanların yargıçlık mesleğine kazandırılması olmakla birlikte sistem bazında da bir takım değerlendirme yapılması ve yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ile yargının denetiminin birbiriyle uyumlu olacağı bir sistem için temel unsurların neler olduğu hususunun irdelenmesi sorunun en aza indirilmesi noktasında yararlı olacağı kanaatindeyim.

II. HUKUK DEVLETİNDE YARGISAL YORUMUN SINIRI

A. Vicdani Kanaat ve Kanuna Bağlılık

1961 Anayasasının 132. maddesinde “Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm veriler” düzenlemesine yer vererek yargıçların kararları neye göre vereceği kural altına alınmıştır. Söz konusu hüküm ifade olarak küçük olmakla birlikte anlam olarak çok büyük bir değişiklikle “Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; anayasaya, kanuna, hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm veriler” ifadesi ile 1982 anayasasının 138. maddesinde yerini almıştır. İki düzenleme arasındaki fark, 1961 anayasasında “vicdani kanaat” bağımsız bir unsur olarak kabul edilmişken³¹³ 1982 anayasasında vicdani kanaatin ancak anayasa, kanuna ve hukuka uygun olduğu müddetçe himaye görebileceği ifade edilmiştir.

Bir kısım hukukçular tarafından vicdani kanaatin öbür öğeler gibi bağımsız unsur olarak düzenlenmesi ve hakimın gerekçesini de belirterek edindiği vicdani kanaate göre karar vermesinin toplumun adalet duygusunun

³¹² İnceoğlu, 2007: 74

³¹³ Ünal, 1994: 9

tatmin edilmesinde büyük yarar sağlayacağını ileri sürmektedir.³¹⁴ Ancak normatif sistemin ağır bastığı ülkelerin ortak özelliğini yargıcın takdir hakkının somut düzenlemelerle sınırlandırılması oluşturmaktadır. Ülkemizde de aynı düşünceden hareketle yargıçların karar verirken uyması gerektiği kurallar hiyerarşik bir sırayla anayasada belirtilmiş ve yargıcın önce anayasa, sonra kanun, daha sonra da diğer mevzuatla hukukun genel ilkelerini gözetmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Nitekim Medeni Kanun'un 1. maddesinde yargıca hukuk yaratma hakkı tanınırken bile örf ve adet hukukunun da gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Vicdani kanaatin başlı başına bir öge olması yargıç bağımsızlığını keyfi ve sübjektif takdirlere bağlı kılabilceğinden hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir ülkede kabulü imkansızdır. Ancak mevcut hukuki düzenlemelerin yetersiz kalması durumunda vicdani kanaate başvurulabilir ki 1982 anayasasının öngördüğü düzenleme bu bağlamda yerindedir.

Yargıç, yasaların kendine çizdiği sınırlara bağlı kalmak zorunda olmakla birlikte yasa koyucunun her toplumsal olayı önceden görüp kestirerek ona göre bir düzenleme yapması hayatın gerçeklerine aykırıdır. Bu nedenle yaşamın akışı karşısında hukukun geride kalmaması ve toplumsal gelişime ayak uydurabilmesi için yargıca takdir hakkı tanınmış³¹⁵ ve böylece hukukun dinamizme kavuşması sağlanmıştır.

Yasada çoğu zaman bu sınır kamu yararı, hizmetin gerekleri ölçüsünde, iyi niyet gibi içinde bulunulan zamana ve mekana göre farklı anlamlar yüklenebilecek, yoruma açık kavramlarla çizilmiştir. Böyle durumlarda yargıca çok geniş bir takdir hakkı tanıdığından yargıcın vicdani kanaati kararı belirleyici bir hal almakta ve farklı niyetle hareket eden yargıçların işini kolaylaştırmaktadır.

Şüphesiz böylesi yoruma açık konularda yargıcın yetkisini mevzuata uygun kullanıp kullanmadığının belirlenmesi son derece zor olduğundan ve idari yönden denetim yargının bağımsızlığına gölge düşürebileceğinden

³¹⁴ Ünal, 1994: 9 (Dipnot 33, Saçioğlu, Nihat; Anayasa İçin Öneriler, Cumhuriyet, 7 Ekim 1991)

³¹⁵ Edis, 1983: 189

ancak yargısal yöntemlerle denetim olanaklıdır. Nitekim 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu uyarınca yargı yetkisinin kullanılması sonucu verilen kararlar üzerinde Adalet Bakanlığı'na denetim yetkisi tanınmadığından takdir hakkının kullanımına ilişkin idarece bir denetim yapılamamaktadır.³¹⁶ İdari denetim ise ancak kararı veren yargıç hakkında takdir hakkının kötüye kullanıldığına ilişkin somut bir takım argümanların elde edilmesi sonrasında yapılabilecektir.

B. Yargıçlar Devleti

Yargıçlar devleti deyimi, yargının bağımsızlık ve teminat şemsiyesi altına girip hiçbir denetime tabi olmaması, yargıçların meclis iradesini aşarak hukuk yaratması³¹⁷ ve böylece devlet yönetiminde bütün gücü elinde bulundurmasını ifade eder. Aslında yasama ve yürütme organı vardır ve görevini sürdürmektedir ancak yargı denetimi sayesinde söz konusu tasarruflara ölçsüz biçimde sınır çizilmekte ve yasama ve yürütme organı üstlendiği fonksiyonu gereği gibi icra edememektedir.

Yargının diğer erkleri frenleyici bir misyon üstlenmesi yargıyı ister istemez siyasi alanın içine çekmekte ve zaman zaman yargı erki koruyuculuk görevinden uzaklaşarak toplumda aktif, şekillendirici ve yön verici bağımsız bir iktidar görevi üstlenebilmektedir.³¹⁸ Şüphesiz bu tür uygulamaların temelinde yargının da hata yapabileceği gerçeğinin bir kenara itilerek yargı erkini dengeleyecek mekanizmaların oluşturulmaması yatmaktadır.

Kuvvetler ayrımı ilkesi Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılması bakımından medeni bir işbölümü ve iş birliği olduğundan yasama ve yürütme organlarının işlemlerine karşı yargısal denetimin öngörülmesi yargı erkinin üstünlüğü şeklinde algılanamaz. Bununla birlikte hukukun üstünlüğü anlayışının bir gereği olarak yasama ve yürütme organının tasarruflarına karşı yargısal

³¹⁶ Kırmaz, 2009: 316

³¹⁷ Demirkol, 1991: 135

³¹⁸ Ünal, 1994: 124

denetimin öngörülmesi bir anlamda yargıyı eşitler arasında birinci konuma getirmektedir. Böylece yargının diğer erkler üzerinde icra ettiği bu denetim yetkisi amacını aşarak bir hiyerarşi anlayışına dönüşebilmektedir.

Unutulmamalıdır ki yargı bağımsızlığı başıboşluk ve kural tanımamak anlamına gelmediği³¹⁹ gibi anayasa ve yasaların verdiği ve çizdiği sınırlar dahilinde yetkinin kullanılması gerçeğini de değiştirmez. 1982 Anayasasının 11. maddesinde Anayasanın yasama ve yürütme organı yanında yargıyı da bağlayacağı ifade edilerek yargıçlar devletin oluşumuna engel teşkil edebilecek bir hükme yer vermiştir. Çünkü anayasa'nın her şeyin üstünde olması ve toplumdaki bütün faaliyetlerin anayasaya uygun icra edilmesi yargıçlar devletin oluşumuna müsaade etmez.³²⁰

Bununla birlikte hukuk devletinde son söz yargıya ait olduğundan anayasa ve yasalarca yargıya tanınan sınırın aşarak yasama ve yürütmenin görevini yapamayacak bir hale getirilmesi yine yargının inisiyatifine kalmaktadır. Yargı organı kararında açıkça mevzuatın dışına çıkıldığını belirtmeyip mevcut bir kısım hukuki düzenlemeleri gerekçe gösterdiğinden çoğu zaman bu sınırın aşıldığı da o kadar kolay anlaşılamamaktadır.

Bugün bütün batılı devletlerde yargı organının hukuk devleti gerekçesinden hareket ederek hukuk devletiyle bağdaşmayacak bir kısım uygulamalar yapması ihtimal dahilinde olmakla birlikte toplumda oturmuş demokrasi anlayışı buna engel olduğu gibi yargı/yargıçlar demokratik düzenin bir parçası olduğundan söz konusu olasılığın hayata geçirilme kabiliyeti bulunmamaktadır. Demokrasi kültürün yerleşmesi sayesinde yargı erkinin oluşumu ve denetiminde yasama ve yürütme organı temsilcilerinin de katılımı gerçekleştiğinden yargının yetkisini aşarak karar vermesi durumunda ilgili birimlerce gerekli tahkikatın yapılması ve yargıçlar hakkında gerekli cezai işlemlerin yapılması kaçınılmazdır.

Batı toplumu geneli itibariyle yargıyı halk iradesinden uzak tutmanın hatalı bir uygulama olduğu inancındadır. Bu anlayışın temelini yasama ve

³¹⁹ Özek, 1981: 924

³²⁰ Demirkol, 1991: 136

yürütme erki faaliyetlerini millet adına yürütmelerine rağmen bu erklerin yanlış yapabilecekleri göz önünde bulundurularak bir takım tedbirler alınmışsa benzer uygulamaların yargı erki açısından da geçerli olması ve yargı erkini yerine göre frenleyecek önlemlerin de alınması da gerektiği anlayışı oluşturmaktadır.

Gerçekten de 1982 Anayasasında yasamanın yürütmeyi denetlediği ve gerektiğinde görevine son verebildiği, yürütmenin yasama organını feshedebildiği, yargının, yasamanın ve yürütmenin işlemlerini denetlediği ve gerektiğinde yaptırım uyguladığı bir sistemde yargı organının yasama ve yürütme organlarından tamamen bağımsız bir hale bürünmesi yargıçlar oligarşisine yol açabilecek konumdur.

Çünkü 1982 Anayasasının 6. maddesine göre egemenliğin sahibi olarak “millet” kavramına yer vermekle belli bir zaman diliminde yada belli bir bölgede yaşayan insanları değil geçmişten geleceğe bütün Türk milletini ifade eder bir anlamda kullanılmıştır. Bir başka anlatımla Anayasamızda egemenlik bölünemez bir nitelik olarak tanımlanmıştır.³²¹ Bu nedenle millet adına yargılama yapan yargıçları her ne şekilde olursa olsun halk iradesine dayandırmamak, egemenliğin bölünerek bir kısmı üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması anlamına geleceğinden demokratik toplumun öz değerleriyle çelişecektir.

Kooptasyon sistemiyle diğer erklerle bağı kopan ve özerk bir yapı kazanan yargının zamanla diğer erklerin üstünde bir konuma gelmesi kaçınılmaz olduğundan yasama ve yürütme organına yargı ile ilgili bir takım görevlerin verilmesini yargı bağımsızlığını zedeler bir husus olarak değerlendirmemek gerekir. Yargının üstlendiği görevin dışına çıkarak bağımsız bir iktidar haline gelmesinin yaratacağı sakıncalar yargının belli noktalarda bağımlı olması halinde yaratacağı sakıncalardan daha fazladır. Montesquieu’nun bağımsız yargı erkinden çekinerek onu “korkunç” olarak nitelemesinin temelinde de bu gerçek yatmaktadır.³²² Bu yönüyle kooptasyon

³²¹ Akad vd, 2007: 208

³²² Ünal, 1994: 124

sisteminin bir çözüm olmaktan öte kendisinin başlı başına bir sorun olduğu söylenebilir.

Kuvvetler ayrımında amaç erkler arasındaki fren ve denge mekanizmasının oluşturulması olup, erkler birbiri içine kenetlenmiş dişliler gibi diğerinin çalışmasını denetlemektedir. Böylece kuvvetlerden birisinin diğerine üstünlüğü, anayasa ve kanunların kendisine tanıdığı yetkileri aşması veya bu yetkileri kötüye kullanması engellenmiş olmaktadır.³²³

Bu nedenle erkler arasında bir takım bağların kurulması ve milli iradenin yansıdığı yasama ve yürütme organının belli oranda yargının denetimi ve yargıç ve savcılar için oluşturulan kurullarda söz hakkı tanınması suretiyle bir tür denge oluşturulması demokratik devlet geleneğine uygun bir yaklaşımdır.

C. Yargının Devlete Karşı Bağımsızlığı Sorunu

Yargının bağımsızlığının devlete karşı korunması gerekip gerekmediği noktasında hukukçular arasında farklı düşünceler ileri sürülmektedir. Kunter'e göre "Bağımsızlığın korunması, hakim dışında ona etki edebilecek bir kuvveti gerektirir. Hakimin devlete karşı bağımsızlığı söz konusu değildir. Bağımsızlığı zedeleyebilecekler devletin şu veya bu organlarıdır, fakat devlet değildir."³²⁴ Erem ise yargılamanın devlet adına değil Türk milleti adına kullanıldığına vurgu yaparak devletin de haksızlık yapabileceğini, bu nedenle devlete karşı da bağımsızlığın korunması gerektiğini ileri sürmüştür.³²⁵

Konuya sağlıklı bir yaklaşım sergileyebilmek için öncelikle Devlet kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde durmak gerekmektedir. Devlet yasama, yürütme ve yargı kavramından daha üst bir kavramdır. Aslında devleti anayasa olarak nitelemek daha doğrudur. Çünkü devletin adı, bayrağı, başkenti, marşı gibi sembollerle devleti oluşturan erkler ve bunlar arasındaki yetki paylaşımının anayasada yer aldığı görülmektedir. Bu yönüyle yasama ve yürütme erkinden ayrı olarak bir de devlete karşı

³²³ Ünal, 1994: 125

³²⁴ Kunter, 1989: 349

³²⁵ Erem, 1968: 30

bağımsızlık kavramının geliştirilmesi anayasaya karşı bağımsızlık anlayışına götürmektedir ki konuyu tartışmalı kılan husus da budur.

Meseleye bu yönüyle bakıldığında kanımca devlete karşı bağımsızlık anlayışından söz etme olanağı bulunmamaktadır. Türk hukuk sisteminde yargı devlet tüzeli kişiliği içinde yer aldığı gibi hakimlerin yapacağı yargısal faaliyetlerin sınırının da belli ölçüde anayasa ve kanunlarca çizilmiş olması nedeniyle devletin yetkili organlarınca çizilen bu sınırı aşar şekilde yargılama yapılması düşünülemez. 1982 Anayasasının 11.maddesinde de Anayasa hükümlerinin yasama ve yürütme organı yanında yargıyı da bağlayan temel kurallar olduğu belirtilmiştir.³²⁶

Diğer taraftan Kunter'in de belirttiği gibi hakim bağımsızlığını koruyacak hakim dışında ve fakat devletin içindeki bir takım kurumsal yapıdır. Bu yönüyle hakim devlete karşı tam bir bağımsızlık içinde olduğundan söz etmeye olanak yoktur. Bilakis bağımsızlığın kaynağı devlete aittir.

Bir başka anlatımla yargı erki yasama ve yürütme gibi devlete ait olup kural olarak onun tekelinde³²⁷ olduğundan yargının devlete karşı bağımsız olduğunu kabul etmeye olanak bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 137. maddesinde mahkemece Anayasa değişikliklerinin sadece teklif ve oylama çoğunluğu gibi sadece sayısal veriler noktasında bir denetim yapılmasının öngörülmesine rağmen Anayasa mahkemesi bir kararında söz konusu değişiklikle getirilen yeni düzenlemenin içeriğini irdeleyerek teklif çoğunluğu yerine teklif edilebilir olup olmadığı noktasında bir denetim yapmış ve düzenlemeyi Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.³²⁸

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla anayasa ve yasalarca çizilen sınır dahilinde gerçekleştirilen yasama faaliyetinin cumhuriyetin niteliklerini ihlal etmesi durumunda anayasada kendisine çizilen yetkiyi oldukça geniş

³²⁶ Demirkol, 1991: 136

³²⁷ Çınar, 2008: 12

³²⁸ A.Y.M.K 05.06.2008, E.2008/16, K.2008/116

yorumlamak suretiyle devletin de yanlış yapabileceği, yani anayasada yasamanın sınırının çizilmediği bazı durumların ülkenin geleceğini tehlikeye atabileceği hususuna vurgu yaptığı görülmektedir.

Diğer bir deyişle anayasa tarafından, anayasa değişikliği noktasında meclise verilen inisiyatifin anayasanın ruhuna ve özüne aykırılık oluşturacak biçimde düzenleme yapıldığında yargı kendi yetkisini çizen sınırı genişleterek büyük yanlışların önüne geçebilecektir.

Bu şekildeki yorum tarzının da bir takım sakıncaları olduğu muhakkak olmakla birlikte Türk milleti adına yargılama yapan mahkemelerin demokrasiyi kullanarak egemenliği halkın elinden almaya ve antidemokratik uygulamaya yol açacak düzenlemeler yapıldığında sırf millet adına yetki kullanması nedeniyle ve sadece demokratik devlet anlayışına vurgu yaparak denetim yapması yerinde bir yaklaşım olarak görülebilir.

Bu nedenle devletin de yanlış yapabileceği göz önünde bulundurularak tamamıyla olmasa da yargının belli ölçüde devlete karşı da bağımsız olmasında kamusal menfaatin olduğu düşünülebilir.

III. YARGIÇLARIN CEZAI VE HUKUKİ SORUMLULUKLARI

A. Cezai Sorumluluk

Ülke sınırları içerisinde suç işleyen herkes gibi yargıçların da gerek görevleri ile ilgili gerekse bireysel suçları dolayısıyla cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Ancak yürütülen işin niteliği dikkate alınarak ve yargıçları asılsız iddialardan korumak maksatlı olarak farklı bir takım usuller benimsenmiştir. 2802 Sayılı Yasa'nın 82. maddesinde Hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, Haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlı olduğu belirtilmiştir.

Hakimler ve Savcılar Kanununun 90. maddesinde birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetine dahil bulunan yargıç ve Cumhuriyet savcılarının, son soruşturmaları Yargıtayın görevli ceza dairesinde, bunun

dışındakilerin ise en yakın yargı çevresi içinde bulundukları ağır ceza mahkemesince yapılması hükme bağlanarak soruşturma ve davaya bakan görevli yargıçların kendilerine kıyasla daha yüksek dereceli olmasına özen gösterilmiştir. Yine anılan yasanın 93. maddesi ve sonrasında da yargıçların kişisel suçları dolayısıyla görevli ve yetkili mahkemeler gösterilmiştir.

Yargıçların yakalanması ve sorguya çekilmesine ilişkin olarak da hiçbir batılı devlette görünmeyen biçimde yasama dokunulmazlığına benzer bir ayrıcalığa yer verilmiş³²⁹ ve Yasa'nın 88. maddesinde ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılarının yakalanamayacağı, üzerlerinin ve konutlarının aranamayacağı ve sorguya çekilemeyeceği belirtilmiştir.

B. Hukuki Sorumluluk

1. Sorumluluk Halleri

Hakimlerin cezai sorumluluğu kabul edilmekle birlikte hukuki sorumluluğu konusunda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hakimin hukuki sorumluluğunu reddeden görüşün temelinde verilen kararlara karşı temyiz yolu olduğundan yanlış kararların düzeltilme imkanının bulunduğu, aksi durumda hakimin duyduğu kaygılar nedeniyle kara verme yeteneğini kaybedeceği anlayışı oluşturmaktadır. Hakimin hukuki sorumluluğunu kabul edenler ise hakimin cezai sorumluluğu öngörüldüğüne göre hukuki sorumluluğun benimsenmesinin bir çelişki oluşturmayacağı, bireyin can, mal ve hürriyetlerini tehlikeye düşüren ağır hataların yaptırımsız bırakılamayacağı anlayışına dayanmaktadır. Bu düşünceye göre hukuken sorumlu tutulacağını bilen hakimin karar ve tedbirlerinde gerekli dikkat ve özeni gösterecektir.³³⁰

Yargısal işlemler nedeniyle yargıcın hukuki sorumluluğu haksız fiil sorumluluğuna benzemekte olup HUMK'un 573. maddesinde sorumluluk halleri tahdidi olarak belirtilmiştir. Bunlar hakimin iki taraftan biri ile olan

³²⁹ Ünal, 1994: 103

³³⁰ Kılıçoğlu, 1973: 233

dostluk veya düşmanlığı dolayısıyla diğer taraf aleyhine kanuna ve adalete aykırı bir hüküm veya karar vermiş olmasıdır ki bunda kasıt unsurunun varlığı aranır, yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırı şekilde karar vermiş olması, yargılama tutanağında mevcut olmayan sebebe dayanarak hüküm verilmiş olması, yargılama tutanağı ile kararların tahrif ve tağyir edilmiş olması, bir menfaat karşılığında kanuna aykırı şekilde hüküm vermiş olması, ihkakı haktan kaçınma ve görevini yapmada ihmal ve kayıtsızlık gösterme halleridir. Hakimlerin kasten veya ağır ihmal ile mevzuata aykırı karar vermiş oldukları bu tür durumlarda tazmin sorumluluğunun bulunduğu düzenleme altına alınmasında amaç keyfiliğin önüne geçmek ve hakimleri kararlarında daha dikkatli olmaya teşvik etmektir.

Yasada bu hükümlerin bütün hukuk mahkemeleri hakimleri, icra tetkik mercii hakimleri ve ceza hakimleri hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Yine aynı şekilde Yargıtay başkan ve üyelerinin de bu kapsamda hukuki sorumlulukları bulunmaktadır.³³¹

Ortaya çıkan zararların hakimlerin yargısal faaliyetlerinden kaynaklanmış olması gerekmektedir. Hakimlerin idari faaliyetlerinden doğan zararlar nedeniyle hizmet kusuruna dayalı olarak Adalet Bakanlığına karşı tam yargı davası açılabilecektir. Yine savcılarının yürüttüğü işler idari nitelikte olduğundan HUMK'na dayalı olarak hukuki sorumluk söz konusu olmamaktadır. Bunların faaliyetleri dolayısıyla da Adalet Bakanlığı'nın hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu bulunmaktadır.³³²

2. Devletin Sorumluluğu

Fransız Hukukunda devlet adli hizmetlerin kötü ifasından dolayı ortaya çıkan zararlardan dolayı birinci derecede sorumlu olup zarara neden olan hakime rucu hakkı bulunmaktadır. Bu sorumluluk ancak ağır bir kusur veya adaleti yerine getirmekten çekinme hallerinde mümkündür. Alman hukukunda ise durum biraz daha farklı bir nitelik arz etmektedir. Hakimin kararı

³³¹ Kuru vd, 1997: 719

³³² Kuru vd, 1997: 719

dolayısıyla sebebiyet verdiği zararlar için tazmin talebine başvurabilmek için söz konusu fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi gerekmektedir. Bu nedenle oldukça sınırlı bir tazmin sorumluluğu benimsenmiş bulunmaktadır.³³³

Türk hukuk sisteminde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ile 576. maddeleri arasında konuya ilişkin özel hükümlere yer verilmiş ve hakimlerin hangi hallerde hukuki sorumluluğunun bulunduğu ve tazminat davasının özellikleri belirtilmiştir. Ancak hakimlerin verdikleri kararlardan dolayı Devlet'in sorumlu olup olmadığı hakkında kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

657 Sayılı Kanunu'nun 13. maddesinde devlet memurlarının görevlerini ifa ederken üçüncü şahıslara verdikleri zarardan dolayı devletin birinci derecede sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiş ve devletin ilgili memura rucu hakkı saklı tutulmuştur. Ancak hakimlerin statü yetki ve sorumlulukları özel bir kanunla düzenleme altına alındığından 657 sayılı kanun hükümlerinin bunlar hakkında uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Bu nedenle kural olarak hakimlerin verdiği kararlardan dolayı devletin sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak Kuru'ya göre hakimlerin HUMK m. 573 – 576 hükümlerine göre mahkum oldukları zarardan dolayı Devlet'in Bk m. 55 hükümlerine göre ikinci derece sorumluluğu bulunmaktadır.³³⁴

Kanımca her halde hakimın hukuki sorumluluğu cihetine gidilmesi hakim üzerindeki baskıyı artıracığından yalnızca hakimın suç teşkil eden fiilleri dolayısıyla hukuki bakımdan sorumlu tutulması daha yerinde bir düzenleme içermektedir.

IV. YARGININ DENETİMİ

Yargının denetimi iki yolla gerçekleştirilmekte olup birincisi üst mahkemece yapılan hukuki denetim, ikincisi de Bakanlıkça gerçekleştirilen

³³³ Ünal, 1994: 101

³³⁴ Kuru vd, 1997: 723

idari denetimdir. Hukuki denetim, mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mahkemeye yapılan itiraz üzerine karardaki hukuki isabete göre not belgesi düzenlenerek gerçekleştirilmektedir. Bu konuya yargının yargıya karşı bağımsızlığı konusunda değinildiğinden bu bölümde idari denetimle ilgili bir takım açıklamalar yapılacaktır.

A. Denetimin Gerekliliği

Yargı bağımsızlığı hakimlerin hiçbir etki altında kalmadan karar vermeleri olarak ifade edilmekle birlikte bağımsızlık kavramını yargının bütünüyle denetimsiz bırakılacağı şeklinde geniş yorumlamak da sakıncalıdır. Bugün bütün dünya devletlerinde adalet hizmetlerinin sunulmasında görevli yargıçların yanlış yapabileceği göz önünde bulundurularak idari ve yargısal yönden denetlenmelerine olanak tanıyacak düzenlemeler öngörülmüştür.

Yargıçlar da insan olduklarından muhakkak yargılama aşamasında yapacağı hukuki yanlışlıklar bulunacaktır ve bu hataların önlenmesi ve en aza indirilmesi açısından denetimin olumlu sonuçlar verdiği bir gerçektir. Denetimlerin sıkı ve etkin biçimde yapılması mahkemelerin iyi ve düzenli bir şekilde işlemesine katkı sağlayacağı gibi hakimlerin görevlerini hukuka uygun yapmaları noktasında daha dikkatli davranmaya da sevk edecektir.

Diğer yandan gerek ülke genelinde uygulama birliğini sağlama açısından gerekse yaşanan bazı problemlere karşı bir tedbir olarak personelin önceden eğitimi bakımından denetimler yararlı olmakta ve bu yönüyle hakimlere yol gösterici bir misyon da üstlenmektedir.³³⁵ Bu nedenle denetimi hakimlere duyulan bir güvensizlik emaresi olarak algılamak yerinde bir yaklaşım değildir.³³⁶

Yargı, devletin üç asli erkenden birisini oluşturduğuna göre yargının tarafsız, adil ve süratle işlemesi için gerekli tedbirleri almak da devletin görevleri arasındadır. Adalet hizmetlerinin iyi işlememesi durumunda Kurul başkanı olarak görev yapan adalet bakanının siyasi sorumluluğu gereği halk

³³⁵ Akmanlar, 1974: 33

³³⁶ Demirkol, 1991: 137

tarafından denetlenebileceği gibi bizzat halk tarafından denetimin mümkün olmadığı idari işleyişe yönelik konularda da denetimin yine halk adına işlem yapan başka kurumlarca yerine getirilecektir.³³⁷ Tabi bu kurumun yine belli oranda halk iradesine dayanması demokratik devlet anlayışına uygun olacaktır.

Millet adına yetki kullanan ve olukça geniş yetkilerle donatılmış yargı mensuplarının görevlerini anayasa ve kanunlarla tanınan sınırlar içerisinde kullanılıp kullanılmadığının saptanması ve gerektiğinde yaptırım uygulanması yargı bağımsızlığına aykırı olmadığı gibi yargının etkinliğini korumak açısından da önemli bir işleve sahiptir. Duruşmaların açık ve yargı kararlarının gerekçeli olması gibi hususlar belli oranda yargıcı düşünmeye zorladığından takdir hakkının objektif biçimde kullanılmasına ve yargıcın mevzuata uygun hareket etmesine hizmet edeceği açık olmakla birlikte yeterli değildir.

Bazı yargıçların yargı bağımsızlığına sığınarak keyfiliğe varan bir takım kişisel uygulamaları olabilmektedir. Tarafsızlığı zedeleyebilecek bu tür davranışlar yargının hakimın kendisine karşı da korunması gerektiği sonucunu doğurmakta, bu da yargının gerek yargısal gerekse bağımsız kişilerden oluşan kurullar vasıtasıyla idari yönden denetlenmesi zorunlu kılmaktadır.³³⁸ Unutulmamalıdır ki yargı bağımsızlığı hakimın şahsından kaynaklanmayıp davanın taraflarını koruyan ve toplumda adalet bilincinin oluşmasına hizmet eden bir ilkedir.³³⁹

Ayrıca yargıcın görevini özenli ve titiz bir şekilde yapıp yapmadığı, göreve devam ve bağlılığı, kararın gerekçelerinin zamanında ve tatmin edici düzeyde yazılıp yazılmadığı, adaletin hızlı işlemesi noktasında gerekli hassasiyetin gösterilip gösterilmediği ve tutulması gerekli defter ve diğer belgelerde eksikliklerin bulunup bulunmadığı gibi yargıcın genel yükümlülükleri noktasında da denetim yapılmaktadır. Bunun yanında yargıcın

³³⁷

³³⁸ Demirkol, 1991: 79

³³⁹ Keskin, 1998: 130

kendisini yetiştirme gayreti içinde olup olmadığı ve çevrede bıraktığı izlenimin ne olduğu gibi hususlarda da bir takım inceleme yapılarak liyakat belirlenmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle denetimi sadece yargı yetkisinin kullanılması hususuna indirgeyerek yargıya doğrudan bir müdahale gibi algılamak hatalı bir yaklaşımdır. Çünkü yargı yetkisinin kullanılması noktasında yapılacak denetim ancak istisnai hallerde mümkündür.

B. Yargının İdari Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı Sorunu

İdari denetim kavramı ile yargının bağımsızlığı kavramını aynı çatı altında toplayarak birbiriyle bağdaştırmaya çalışmak oldukça güçtür. Bu şekildeki bir denetimin bir takım sakıncalar yarattığı ortadadır.³⁴⁰ Alman Hakimler Kanunu’nun 26. maddesinde de “Hakim, teftişe ancak bağımsızlığı ihlal etmediği nispette tabidir.” hükmü yer almaktadır.³⁴¹ İngiltere ise tamamen farklı bir yapıya sahip olup hakimler hiçbir zaman idari denetime tabi olmadıkları gibi haklarında disiplin hükümlerinin uygulanmasına da imkan bulunmamaktadır.³⁴²

1982 Anayasası’nda adli ve idari yargı hakim ve savcılarının özlük işlerini yürütmek üzere hakim bağımsızlığı ve teminatı esaslarına göre faaliyet gösteren ve başkanlığını Adalet Bakanı’nın yaptığı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kurulması öngörülmüştür. Anayasanın 144. maddesinde “Hakim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır.” ifadelerine yer vermiştir. 2802 Sayılı Yasa’nın 5. maddesinde de “Adalet Bakanı, yargı

³⁴⁰ Tosun, 1984: 479

³⁴¹ Üstündağ, 1977: 274

³⁴² Kapani, 1956: 128

yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere hakim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını haizdir.” Hükmü düzenleme altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere teftiş kurulu dışında bir gözetim ve denetim yöntemi benimsenmiş olup söz konusu düzenleme ile hakim ve savcıların yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin hususlar dışında Adalet Bakanı’nın denetiminde olduğu kurala bağlanmış bulunmaktadır.

İdari denetimin yargı bağımsızlığına gölge düşürecek bir yönü hakim ve savcılar hakkında yapılacak soruşturma ve incelemelerin Adalet bakanının emri altında görev yapan müfettişler vasıtasıyla yapılmasıdır. Hakimler ve Savcılar Kanunu’na göre müfettişlerin kendiliğinden harekete geçme yetkileri olmayıp ancak Adalet Bakanı tarafından görevlendirme ile denetime geçmektedir. Bakanın Siyasi kimliğinin bulunması nedeniyle bazen siyasi mülahazalarla müfettiş görevlendirilerek hakim ve savcının baskı altında tutulması mümkündür.³⁴³

Müfettişlerin hiyerarşik amiri Bakan olduğuna göre adalet müfettişlerinin Bakanın tahriklerine kapılması ve denetimin amacının aşılaraq yargıya müdahale niteliğine varır bir uygulama sergilenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle yargı mensupları hakkında yapılan denetimlerde siyasi müdahalelerin bertaraf edilmesi için Teftiş Kurulu’nun HSYK na bağlanmasının uygun olacağı ileri sürülmektedir.³⁴⁴

Yargı erkinin gerçek sahibi halk olduğuna göre milli iradeye dayalı bir şahsın bu konuda inisiyatif üstlenmesi demokratik devlet anlayışına daha uygun bir yaklaşım olduğu ileri sürülebilir. Üstelik hakim ve savcılar hakkında Bakan’ın tek başına işlem tesis etme yetkisi bulunmayıp bu konuda karar alma yetkisinin HSYK’na ait olduğundan müfettişlerin Bakanın emri altında çalışmasının çok bir anlamı olmadığı da iddia edilebilir. Bu düşünceden hareketle Batılı ülkelerin büyük bir çoğunluğu yargı mensupları hakkında işlem tesis edecek kurula başkan olarak yürütme organında görevli kimselerden seçim yapmış ve bunlara geniş yetkiler vermiştir.

³⁴³ Inceoğlu, 2007: 65

³⁴⁴ Arslan, 2005: 19, Özbudun, 2004: 363

Ancak hakim ve savcılar hakkında tesis edilecek işlem büyük ölçüde müfettiş raporlarına bağlı³⁴⁵ olduğuna göre bu durumu küçümsemek çok da yerinde bir yaklaşım olmadığı kanısındayım. Hatta bir sonuç alınmayacak bile olsa Bakanın soruşturma mekanizmasını harekete geçirerek hakim ve savcının yıpranmasına neden olabilecektir. Her an yürütme organının soruşturma tehdidi altında bulunan bir yargıcın bu organa karşı tam bir bağımsızlık içinde olduğundan söz etmek imkansızdır.³⁴⁶

Müfettişlerin Bakanın emri altında çalışmasının siyasi mülahazalarla yargıya müdahale edilmesine kapı araladığından bu şekildeki düzenlemenin sakıncalı yönlerinin olduğu, hakimın iş ve çalışma huzurunu bozduğu ve yargı otoritesine zarar verdiği bir gerçektir. Bu yekinin yargının bağımsızlığına zarar vermeyecek bir halde kullanılması son derece önemli olduğundan Teftiş Kurulu'nun HSYK'na bağlı bulunması ve soruşturma izninin HSYK tarafından verilmesi yargı bağımsızlığını sağlama açısından daha yararlı olacaktır.

³⁴⁵ Özbudun, 2004; 363

³⁴⁶ Binici, 2001: 87

SONUÇ

Yargı erki başlarda yürütme erki ile birlikte düşünülmüş ve yürütme organlarınca yargısal faaliyetler gerçekleştirilmiş olmakla birlikte toplumsal ilişkilerin artması ve kültürel değişime paralel olarak yargı erkine karşı da toplum bilincinde ciddi bir değişim olmuştur. Zamanla toplumsal barışın sağlanması ve güçlü bir devlet yapısının oluşturulması ancak bireyin adalet duygusunun tatmin edilmesiyle mümkün olduğu inancı pekişmiş ve adaleti gerçekleştirecek yargıçlara ayrı ve güvenceli bir statü verme gereksinimi ortaya çıkmıştır.

Bunun benimsenmesinde şüphesiz aydınlatma çağı sonrası ortaya çıkan liberal ve özgürlükçü devlet anlayışının da etkisi vardır. Devletin yetkilerinin sorgulanır hale geldiği bu dönemde yargının bağımsızlığı sağlanmadığı müddetçe bireyin hürriyet ve güvenliğini sağlamanın mümkün olmadığı ve kişi hak ve özgürlüklerinin garantiye alınması için yargılamanın bağımsız olması gerektiği inancı doğmuştur. Bütün yetkilerin tek elde toplanması keyfiliğe davetiye çıkaran bir uygulama şekli olarak algılanmış ve erklerin karşılıklı bir sınırlama ve frenlemeyi gerçekleştirecek şekilde birbirinden ayrılması özgürlük ve güvenin en önemli şartı sayılmış ve sonuçta yargı organik açıdan yasama ve yürütme erkinden bağımsız ayrı bir erk olarak kabul edilmiştir.

Hatta kanunların halkın gerçek iradesini yansıtmadığı yalnızca toplumdaki baskı guruplarının gereksinimlerini karşıladığı bilincinin oluşmasıyla hakimle kanun arasındaki bağ olukça gevşemiş ve temel hak ve hürriyetler karşısında kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, geniş ve serbest yorumlama yöntemlerinin uygulanması ve kanun boşluklarının hakim tarafından doldurulması suretiyle toplumsal denge korunmaya çalışılmıştır.

Hakimin bu tür yöntemlerle diğer erkleri frenleyici bir misyon üstlenmesi yargıyı ister istemez siyasi alanın içine çekmiş ve zaman zaman yargı erki koruyuculuk görevinden uzaklaşarak toplumda aktif, şekillendirici ve yön verici bağımsız bir iktidar görevi üstlenmiştir. Yargıçlar devleti olarak nitelenebilecek bu tür uygulamaların temelinde yargının da hata yapabileceği gerçeğinin bir kanara itilerek yargı erkini dengeleyecek mekanizmaların oluşturulmaması yatmaktadır. Gerçekten de yasama ve yürütme erki faaliyetlerini millet adına yürütmelerine rağmen bu erklerin yanlış yapabilecekleri göz önünde bulundurularak bir takım tedbirler alınmışsa benzer uygulamaların yargı erki açısından da geçerli olması ve yargı erkini yerine göre frenleyecek önlemlerin alınması gerekir.

Kuvvetler ayrımı ilkesi Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılması bakımından medeni bir işbölümü ve iş birliği olduğundan yasama ve yürütme organlarının işlemlerine karşı yargısal denetimin öngörülmesi yargı erkinin üstünlüğü şeklinde algılanamaz. Kuvvetler ayrımında amaç erkler arasındaki fren ve denge mekanizmasının oluşturulması olup, devletin birliği ilkesine aykırı bir husus içermemektedir. Bu nedenle devlet birliğini muhafaza adına erkler arasında bir takım bağların kurulması zorunludur.

Kuvvetlerin karşılıklı olarak dengelendiği kuvvetler ayrımında erkler birbiri içine kenetlenmiş dişliler gibi diğerinin çalışmasını denetlemektedir. Böylece kuvvetlerden birisinin diğerine üstünlüğü, anayasa ve kanunların kendisine tanıdığı yetkileri aşması veya bu yetkileri kötüye kullanması engellenmiş olmaktadır

Kooptasyon sistemiyle diğer erklerle bağı kopan ve özerk bir yapı kazanan yargının zamanla diğer erklerin üstünde bir konuma gelmesi kaçınılmaz olduğundan yasama ve yürütme organına yargı ile ilgili bir takım görevlerin verilmesini yargı bağımsızlığını zedeler bir husus olarak değerlendirmemek gerekir. Çünkü yargının üstlendiği görevin dışına çıkarak bağımsız bir iktidar haline gelmesinin yaratacağı sakıncalar yargının belli noktalarda bağımlı olması halinde yaratacağı sakıncalardan daha fazladır.

Montesquieu'nun bağımsız yargı erkinden çekinerek onu “korkunç” olarak nitelemesinin temelinde de bu gerçek yatmaktadır.

Kural olarak kuvvetler ayrımı ilkesinin benimsendiği 1982 Anayasasında yürütme erki diğer erklerle göre daha çok kuvvetlendirilmiş ve 1961 Anayasası ile yaratılan kooptasyon sisteminin doğurduğu sakıncalar gözetilerek bu sistemden uzaklaştırılmıştır. Yargı ile yürütme erki arasındaki bağ genel olarak devlet başkanının yüksek yargı üyelerinin seçiminde söz sahibi olmasıyla giderilmeye çalışılmış ve Danıştay üyelerinin dörtte biri, askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının Cumhurbaşkanıca seçileceği öngörülmüştür.

Yargı ile yasama ve yürütme kuvvetleri arasında yumuşak bir bağ kurulması gerektiği açık olmakla birlikte bu bağın hangi noktalarda sağlanacağı ve kapsamının ne olacağı hususu önem arz etmekte ve meselenin asıl can alıcı noktasını bu kısım oluşturmaktadır. Devlet başkanına yargı mensuplarının seçimi noktasında bu denli geniş yetkiler tanınırken milli iradenin belirlediği meclise bu konuda hiç söz hakkı verilmemesini demokratik devlet ilkeleriyle bağdaştırmak oldukça güçtür. Devlet başkanına tanınan yetkilerin bir kısmının diğer devlet organlarına dağıtılması suretiyle daha dengeli bir sistem kurulması mümkündür.

Devlet başkanının tarafsız olduğu düşüncesinden hareketle böyle bir düzenlemeye gidildiği görülmekle birlikte devlet başkanı çoğu zaman seçilmeden önce belli bir siyasi partiye üye olarak tarafını belli etmektedir. Yine seçim sürecinde belli bir siyasi partinin yoğun desteğini alarak bu konumunu elde etmektedir. Bu yönüyle düşünüldüğünde devlet başkanının seçimle birlikte siyasi parti üyeliğine son verilmesi ve millet vekilliği görevinin son bulması onun siyasi bakımdan tarafsızlığı sonucunu doğurmadığı, tarafsızlık kavramının tamamen şekli bir anlam kazandığı açıktır. Böyle bir durumda da Devlet Başkanının tarafsız olduğu varsayımıyla geniş yetkiler verip milli iradenin doğrudan belirlediği meclisin saf dışı bırakılması yerinde bir uygulama olarak gözükmemektedir.

Özellikle siyasi alanda önemli görev üstlenen ve siyasetin hukuki sınırlarını çizmek ve bunu denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde tek belirleyici organın Cumhurbaşkanlığı olması atamaların seyrini değiştirici bir niteliğe sahiptir. Çünkü halkın verdiği yetkiye istinaden kanun ve anayasa değişikliği yapan milli iradenin kararlarını etkisiz kılma yetkisine sahip bir mahkemeye siyasi mülahazalarla atama yapmak suretiyle gelecek dönemlerde ortaya çıkacak ve farklı bir düşünceye sahip meclisin önüne engeller çıkarmak suretiyle bir tür muhalefet sergilenmesi ve meclisin yıpratılması olasıdır.

Anayasa Mahkeme kararlarının kesin ve herkes açısından bağlayıcı bir niteliğe sahip olması, hakimlerin görev sürelerinin emeklilik yaşına kadar devam etmesi ve görevden azil yasağı gibi bir takım hukuki güvenceler Mahkemenin sorumsuz bir tutum sergilemesine yol açabilmekte ve mahkeme yasama erkinin üstüne çıkarak onun yetkilerini gasp edebilmektedir. Mahkemenin görevini gereği gibi yapabilmesi için hakimlere bir takım güvence sağlanması yerinde olmakla birlikte bu yetkinin hiçbir hakimi sorumsuzluğa itebilecek bir boyuta varmaması gerektiği de kuşkusuzdur.

Bu nedenle kamuoyunda da çok ciddi tartışmalara yol açan Anayasa Mahkeme üyelerinin seçimi bir köşe kapma yarışına dönüşmemesi ve siyasi açıdan sorumsuz bulunan bir Cumhurbaşkanı'nın ülkenin geleceğine ipotek kurmaması için mahkemenin üstlendiği siyasi misyonun bir gereği olarak bu yetkinin belli oranda yasama organına bırakılması egemenliğin halka ait olduğu anlayışına daha uygun düşmektedir. Seçimlerde nitelikli bir oranın aranması ile atamalara partiler üstü bir nitelik kazandırılması mümkündür. Böylece mahkeme demokratik meşruiyet kazanmış olacağından saygınlığı da artacaktır.

Diğer yandan atamaların emeklilik yaşına kadar devam etmesi yargıcın yasama organı karşısında bağımsız bir tavır sergilemesine hizmet etmekle birlikte sorumsuzluğu da beraberinde getirebileceğinden atamaların belirli süreli olması daha faydalı sonuçlar verecektir.

Yasamanın yürütmeyi denetlediği ve gerektiğinde görevine son verebildiği, yürütmenin yasama organını feshedebildiği, yargının yasamanın işlemlerini denetlediği ve gerektiğinde yaptırım uyguladığı bir sistemde yargı organının diğer devlet organlarından tamamen bağımsız bir hale bürünmesi yargıçlar oligarşisine yol açabilecek konumda olduğundan millet adına yargılama yapan mahkemenin milletin temsilcisi olan yasama organına karşı sorumluluğunun bulunması, en azından yapılan atamalarda meclisin söz sahibi yapılması demokratik devlet ilkesine uygun düşmektedir.

Benzer şekilde yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı açısından çok büyük öneme sahip Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun üyelerinin doğrudan doğruya yürütme ve yasama organı yerine yargı organlarınca seçilmesi gerektiği, hatta bunun yargı bağımsızlığının korunması noktasında olmazsa olmaz bir ilke olduğu ileri sürülebilir.

Unutulmamalıdır ki mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi yargı organını diğer erkler karşısında özel bir konuma getirmekle birlikte demokratik devletlerde erkleri kesin çizgilerle birbirinden ayırma olanağı bulunmadığından Kurul'un yürütme ve yasama organından büsbütün ayrı düşünülmesi de imkansızdır. Yargının tamamen bağımsız bir yapıya kavuşması sonucu bir tür kast sistemi ortaya çıkabileceği gibi yargı organının toplumdaki gelişmelere duyarsız kalmasına da neden olabilecektir. Millet adına yargılama yapan bir kurumun dolaylı veya dolaysız olarak milli iradeye dayanması zorunlu olduğundan Kurula yapılacak atamalarda yürütme organı yanında belli oranda meclise de yetki tanınması yerinde olacaktır.

Kurul'un oluşumunda eksiklik olarak nitelenebilecek bir diğer husus ilk derece mahkemelerinde görevli savcı ve hakimlerin kendi aralarından seçtikleri temsilcilere yer verilmeyerek kendilerini ilgilendiren konulardaki kararlarda hiç söz sahibi yapılmamasıdır. Fransa ve İtalya uygulanmakta olan bu sistem demokrasinin temeli olan temsil ilkesinin bir gereğidir. Bu şekildeki bir düzenleme ile hakim ve savcıların karşılaştığı problemlerin kendi meslektaşlarınca daha iyi etüt edilebilecek olması nedeniyle sorunların

çözümüne daha etili bir yol izlenebilecek ve onların içinde bulundukları şartların daha iyi anlaşılması adına katkı sağlayacaktır.

Yukarıda belirtilen ve merkezi yönetimin başı olan Cumhurbaşkanına tanınan yetki yanında Adalet Bakanı'nın HSYK başkanı ve Adalet Bakanı müsteşarının Kurul'un doğal üyesi olduğunu düzenleme altına almak suretiyle merkezi yönetimin hakim ve savcı üzerindeki hakimiyeti artırılmıştır.

Hakim ve Savcıların mesleğe kabulü Adalet Bakanlığı'nca gerçekleştirilmektedir. Bu durumun yargı bağımsızlığını ihlal ettiğinden gerek doktrince gerekçe Avrupa Birliği temsilcilerince eleştiriye uğramakta ve yargıç ve savcıların mesleğe kabulünün yürütme organının tek elinden kurtarılması gerektiği ileri sürülmektedir.

Her ne kadar hakimlik ve savcılık mesleğini fiilen yürütenler ile henüz aday olanlar arasında teorik olarak bir ayırım yapılarak adayların 657 Sayılı Yasa'ya tabi genel idare hizmetleri sınıfında yer alması dolayısıyla 2802 sayılı Yasa'da tanınan hakimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı ilkesinden yararlanamayacağından bahisle adaylık süreciyle ilgili Bankalığa geniş yetki verilmesinde Anayasaya aykırı bir düzenleme bulunmadığı ileri sürülmekte ise de pratikte adayların HSYK tarafından mesleğe kabulü yapılmayarak görevine son verilmesi gibi bir uygulamanın olmadığı ve ancak çok istisnai hallerde bunun mümkün olduğu göz önünde tutulduğunda Bakanlıkça yapılan adaylığa kabul işleminin aslında hakimlik ve savcılık mesleğine atanacakları belirlemek anlamı taşıdığı inkar edilemez bir gerçektir. Bu nedenle Bakanlığın bu konudaki yetkisinin sınırlandırılması gerekmektedir.

Özellikle hakim ve savcılar hakkında yapılacak soruşturma ve incelemelerin Adalet bakanının emri altında görev yapan müfettişler vasıtasıyla yapılmasını öngörerek yürütmenin yargı üzerinde hakimiyet kurmasının yolu açılmıştır. Bu şekildeki bir düzenleme 1982 Anayasasının benimsediği hakimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı anlayışına ters düştüğü muhakkaktır. Müfettiş raporu ne şekilde hazırlanırsa hazırlansın hakim ve savcılar hakkında verilecek nihai karar kurulca belirlenecek olmakla birlikte

soruşturmanın büyük ölçüde nihai kararı etkileyecek nitelikte olması nedeniyle soruşturmanın siyasi bir makam olan Adalet Bakanına bağlı müfettişlerce yürütülmesi hakim ve savcılar açısından sakıncalı bir hal almaktadır. Bu nedenle yargı mensupları hakkında yapılan denetimlerde siyasi müdahalelerin önüne geçilmesi için Teftiş Kurulu'nun HSYK na bağlanması ve hakim ve savcı hakkında yapılacak soruşturma için izin verme yetkisinin HSYK'na ait olmasının yargı bağımsızlığının sağlanması noktasında büyük bir işleve sahiptir.

Anayasaya göre kural olarak hakim ve savcılarla ilgili geçici görevlendirme işlemlerini tesis etmeye yetkili organ Kurul olmakla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hakim ve savcıların geçici yetki ile görevlendirilmesi noktasında Adalet Bakanına istisnai bir yetki tanındığı görülmektedir. Bakanca yapılan tasarrufun doğrudan yargısal işlemlere yönelmesi nedeniyle siyasi kimliği bulunan bir kişiye bu derece geniş yetki tanınması yargı bağımsızlığına aykırılık taşımaktadır. Bankanın doğrudan yargısal faaliyetlere yönelen bu tür yetkilerinin teklifle sınırlandırılması ve her türlü geçici görevlendirmelerin Kurul'un onayı ile icrai nitelik kazanması gerekmektedir.

Anayasa merkezi idareyi kuvvetlendirirken Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nı Kurul'un doğal üyesi olarak belirlemekle talihsiz bir düzenlemeye gittiği görülmektedir. Bakanın emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden müsteşarın kurulda Bakanla birlikte görev almasını yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkeleriyle bağdaştırmak oldukça güçtür. Müsteşarın aynı kurulda görev alan amirine karşı bağımsız tutum sergileyebilmesi ve kurul çalışmalarında beklenen etkinliği sağlaması çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

Doktrinde Kurul sekreteryasının bulunmaması ve personel işlemlerinin Adalet Bakanlığı bünyesinde gerçekleşmesi nedeniyle yargının bağımsızlığı ilkesinin ihlal edildiği gerekçesine dayalı olarak bir takım eleştiriler yöneltmiştir. Ancak demokratik bir devlet sisteminde sekreteryanın bakanlık tarafından üstlenilmesi zorunluluk arz etmektedir. Çünkü Adalet Bakanı

yürütme organının bir üyesi olarak adalet hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesinde yasama organına karşı siyasi sorumluluğu bulunmaktadır. Aksi halde Adalet Bakanı üstlenmediği bir görev dolayısıyla yasama organına karşı siyasi sorumlu tutulmasının makul bir izahı olamayacaktır.

Adalet hizmetlerinin siyasi sorumluluğu bulunan bakanlık kanalıyla yürütülmesi yargı ile halk arasında bir tür köprü görevi görmektedir. Yasama ve yürütme organı belirli aralıklarla yaptıkları hizmetler karşılığında halka hesap verirken yargı organlarının tamamen halktan kopuk olmasını düşünmek yargı bağımsızlığı kavramıyla açıklanamayacağı gibi yargının iflası anlamına da gelmektedir. Bu nedenle haklın yargı hizmetlerindeki aksama ve işleyiş bozukluğu dolayısıyla sorumlu tutacağı siyasi bir ismin ön plana çıkması anayasanın ruhuna da uygun bir düzenlemedir.

HSYK'nun, hakim ve savcılar hakkında tesis ettiği işlemlerin maddi anlamda idari bir nitelik taşıdığı gibi fonksiyonel anlamda da kurulun idari bir yapı olarak düzenlendiği ve mahkeme hüviyetine sahip olmadığı görülmektedir. Bu nedenle HSYK Anayasamızın idari bölümünde düzenlenmesi gerekirken yargı bölümü içerisinde yerini almıştır. Üstelik 1982 Anayasası ile idari tasarrufta bulunduğu şüphesiz olan Kurul mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar şeklinde tanımlanmakla yargısal bir misyon yüklenmeye çalışılmıştır.

Bir hukuk devletinden söz edilebilmesi için devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması yanında hak ve adalet dağıtmak suretiyle toplumsal barışı sağlayan hakim ve savcılarının kendileri hakkında tesis edilen işlemlere karşı da yargısal yollara başvurma olanaklarının tanınması gerekmektedir. Bu hakkın mevcudiyeti hakim ve savcılarının bireysel haklarının korunmasından ziyade yargı mensuplarını gereksiz korkulardan arındırmak suretiyle görevlerini gereği gibi yürütmelerini olanaklı kıldığından kamusal menfaati sağlayan bir yönü de bulunmaktadır. Bu nedenle hakim ve savcılarının Kurul'a karşı bağımsızlığının sağlanması gerektiğinden HSYK kararlarına karşı yargı yolunun açılması son derece önem arz etmektedir.

Yargı bağımsızlığı ilkesi hakimlerin hiçbir neden olmaksızın görevden alınmamaları anlamına gelmekte olup mesleğin kazanılmasından sonra her ne sebeple olursa olsun görevden azledilemeyeceği anlamı taşımamaktadır. Hakimlik mesleğiyle bağdaşmayan belirli fiiller nedeniyle hakimlik görevine son verilmesi mümkündür. Bu ilkenin mutlak olmadığı anlayışı bütün demokratik batılı toplumlarca da benimsenmiş ve kanunla tespit edilen bazı fiiller karşılığında meslekten çıkarma yaptırımının uygulanabileceği öngörülmüştür.

Şüphesiz sorun bu şekilde bir düzenleme öngörülmesi değil meslekten çıkarma sonucun doğuracak fiillerin belirlenmesi noktasına idareye çok geniş takdir yetkisi tanınarak teorik olarak tanınan hakimlik teminatının uygulamada farklı yollarla işlevsiz kılınması olasılığıdır. Bu nedenle azil sebeplerinin kanunlarda açık seçik ve tahdidi olarak sayılması ve idarenin farklı şekilde yorum yapabilmesine olanak tanıyacak bir düzenlemeye yer verilmemesi hakimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı ilkesinin bir gereğidir.

Yargının yasama ve yürütme erki karşısında bağımsızlığını koruma yanında yargının kendi içinde de bağımsızlığının sağlanması hukukun yorum yoluyla gelişmesi için şarttır. Çünkü yaşanan her zaman yeni uyuşmazlıkları beraberinde getirmekte ve düzenlemenin zamana bağlı olarak yorumu da farklılık gösterebilmektedir. İşte böyle durumlarda somut olaya ilişkin hakimın hukuk yaratması veya daha önceki yerleşik içtihattan ayrılma gibi hususlar gündeme gelmektedir. Bunun sağlanması da yargının yargı organına karşı bir tür bağımsızlık içerisinde olmasıyla mümkündür.

Bununla birlikte 2802 sayılı yasa hakim ve savcıların yargılama sırasında gösterdikleri performans ve hukuki isabet durumuna göre yüksek mahkemece çok iyi, iyi, orta ve zayıf olmak üzere not takdir edileceğini düzenleme altına alarak yargı bağımsızlığından ayrılan bir hükme yer verildiği görülmektedir.

Bu konudaki en önemli noksanlık olumsuz notlara karşı yapılan itirazın yine aynı dairece karara bağlanması nedeniyle etkili bir itiraz usulünün

öngörülmemesidir. Her ne kadar belli uyuşmazlıklara aynı daire baktığından o konudaki içtihatları en iyi bilen dairenin de kendisi olduğu gerekçesiyle itirazın bir başka dairece incelenme olanağının bulunmadığı ileri sürülse de tartışmalı konularda hakimlerle ilgili olumsuz bir değerlendirme yapılamayacağı açık olduğundan konunun teknik bir yönü bulunmamaktadır. O nedenle yargıçlar hakkında düzenlenecek olumsuz notlara karşı yapılan itirazın ilgili dairenin inisiyatifine bırakılmaksızın bir başka dairece incelenmesi yargı bağımsızlığının korunmasına hizmet edecek bir düzenleme olacaktır.

Uygulamada yüksek mahkemelerin kararı veren hakimle ilgili not fişi düzenlerken herhangi bir gerekçe belirtmedikleri görülmektedir. Kararın onanması veya bozulması hakim ve savcı hakkında olumlu veya olumsuz not düzenlenmesini gerektirmediğinden bozma gerekçesinden farklı bir nedene dayalı olarak olumlu veya olumsuz not takdirine gidilmesi mümkündür. Ortaya çıkan hatanın ağırlık derecesinin gerekçeli olarak belirtilmesi hakimnin eğitilmesi açısından fayda sağlayacağı gibi eğer yüksek yargının değerlendirmede hatalı yanıları varsa yapılacak itirazlarla hatalı uygulamalardan dönülmesi ve daha objektif ve istikrarlı değerlendirme yapılmasına yol açacaktır. Bu nedenle not fişi düzenlerken gerekçeye dayanılması yargının yargıya karşı bağımsızlığının korunması açısından hayati derecede önem taşımaktadır.

Türkiye’de yargının bağımsızlığını sağlama noktasında son derece önem taşıyan örgütlenme hakkının tam anlamıyla gerçekleştirilemediği görülmektedir. 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun gerekçesinde Avrupa Birliği’ne aday ülke olarak dernek kurma ve üyelik konusundaki kısıtlamaların azaltılması ve dernek faaliyetlerine serbestlik sağlanarak yargı mensuplarının derneklere üye olmasındaki izin esasının kaldırılması amaçlanmışken Türkiye Hâkimler ve Savcılar Birliği tasarısı ile bu hakkın çerçevesinin daraltıldığı görülmektedir.

Söz konusu düzenleme ile birliğin kontrol altında tutulmasının istendiği ve birliğin sadece yargıç ve savcılarının özlük hakkını ilgilendirir hususlarla ilgili

ortak bir çalışma yürütmesini amaçladığı açıktır. Ancak uluslararası düzenlemeler yargıç ve savcılara örgütlenme hakkı tanırken hükümetin yürüttüğü adalet politikalarının süzgeçten geçirilerek demokratik toplum değerlerin korunması ve insan haklarına aykırılık oluşturan uygulamalara dikkat çekilerek bu konudaki yanlış uygulamalara son verilmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle yargıçların da diğer vatandaşlar gibi düşünce ve ifade özgürlüğü ile toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne sahip olması gerekir.

Hakim ve savcılarının görevini bağımsız olarak yürütmesi ne kadar zorunlu ise taraflara karşı objektif ve sübjektif bağımsızlığın sağlanması da o derece önemlidir. Hakim ve savcılarının aynı çatı altında görev yapması, savcının yargıçlar kuruluyla birlikte üst platformda yer alması ve uygulamada savcılarının belirli mahkemeler nezdinde devleti temsil yetkisinin tanınması ile yargıçlarla savcı arasında organik bir ilişki kurulmasına ve davanın bir tarafı olan savcının mahkemeyi etki altına almasına yol açtığından objektif bağımsızlığın ihlal edildiği görülmektedir.

Hatta bu ilişkinin meslek dışı yaşamdaki birlikteliklerle pekiştirildiği, mahkeme binası ve lojmanların yönetimi ile maaş hesaplamaları gibi idari işlerin savcılık kanalıyla yürütülmesi nedeniyle yargıç ve savcı arasındaki yakınlaşmanın iyice arttığı bir gerçektir. Şüphesiz bu durum tarafsızlık ilkesini zedelediğinden savcılar ile yargıçların kurumsal olarak birbirinden ayrılarak etkileşimin en aza indirilmesi gerekmektedir.

Esas itibarıyla konumuz dışında kalmakla birlikte yargı bağımsızlığı açısından sorun teşkil eden askeri yargı üzerinde de durmanın faydalı olacağı kanaatindeyim. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları asker ve sivil ayrımı gözetmeksizin herkesin hukuk kurallarına uymasını zorunlu kıldığından askeri yargının sivil yargıya göre daha güvencesiz bir sistem benimsemesi izah edilemez bir durumdur.

Bu nedenle askeri yargının Milli Savunma Bakanlığı bünyesinde yer almasına ve komutanlıklarla olan bağına son verilerek bütün yargıç ve

savcılarının aynı çatı altında toplanması veya askeri yargının görev alanının oldukça daraltılarak sadece disiplin mahkemesine indirgenmesi zorunludur. Çünkü yargıçlık, personelin parasal hakları veya basit nitelikli suçlarla ilgili bir kararda düşüncenin özgür oluşmasından ziyade, üst rütbeli şahısların da hatalı davranışları varsa bunları saptayarak gerekli yaptırımını uygulayacak bir bağımsızlık anlayışını gerektirir. Şüphesiz bunun çözümü de askeri, idari ve adli hakim ve savcılarının tek çatı altında toplanarak aynı güvencelerin sağlanmasıyla veya askeri yargının görev alanının oldukça daraltılmasıyla mümkündür.

Hangi sistem benimsenirse benimsensin yargı bağımsızlığını sağlamada en önemli unsur insandır. Gerek yargı mensupları gerekse diğer devlet organlarının önde gelenleri sorumluluk sahibi oldukları müddetçe yargı hizmeti en iyi şekilde işleyecektir.

KAYNAKÇA

ACAR, Mustafa; “Ekonomik, Siyasal ve Sosyo-Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme: Tehdit mi, Fırsat mı?”, **Liberal Düşünce Dergisi**, İstanbul, S.25-26, Y. 7, Kış-Bahar, 2002, s. 13-26

AKAD, Mehmet vd.; **Küreselleşme ve Türkiye (Türkiye’de Devletin Gelişimi)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı, 2007

AKIN, İlhan; **Temel Hak ve Hürriyetler**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1972

AKINCI, Müslüm; **Bağımsız İdari Otoriter ve Ombudsman**, İstanbul, 1999

AKMANLAR, Bülent; **Sosyal Gelişme ve Değişme Açısından Hakim ve Savcı Sorunu**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 1974

AKTAŞ, Nesrin, ÇOBANOĞLU, Bilge; **Neden Yeni Bir Anayasa**, Amaç Yayınları, İstanbul, Birinci Baskı, 1990

ALDIKAÇTI, Orhan; **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İÜHF Yayınları, İstanbul, Dördüncü Baskı, 1982

ARSLAN, Osman; **2005-2006 Adli Yılı Açılış Konuşması**, Yargıtay Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2005

ARSLAN, Ramazan, TAŞPINAR, Sema; “Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de ve Avrupa’da Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi ve Türkiye’nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi” **AÜHFD**, Ankara, S. 1, C.53, 2004, s.1-26

ATAR, Yavuz; **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, Üçüncü Baskı, 2005

AYBAY, Aydın, AYBAY, Rona; **Hukuka Giriş**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, İkinci Baskı, 2005

AYDIN, Ali Rıza; “Yargıçlar ve Savcılar Birliği Üzerine Bir Değerlendirme”, **Terazi Dergisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül, S.1, 2006, s.69-76

AYDIN, Sevil; **Radio ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Korunma**, Ankara, 1998

AZRAK, Ülkü; “Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme”, **İHFM**, İstanbul, C. XXXIV, S.1-4, 1969, s. 129-157

BALTA, Tahsin Bekir; **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE Yayınları, Ankara, 1968

BERKİN, Necmeddin; “Yargıtay Kanunu ve Nihai Derecede Yargı Faaliyeti”, **İHFM**, İstanbul, C.XLI, S.1-2, 1975

BERKİN, Necmettin; “Hakim ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler”, **İHFM**, İstanbul, 50. Yıl Özel Sayı, C.XXXVIII, S. 1-4, 1973, s.339-354

BİLGE Necip; **Birleştirilmiş İçtihatların Bağlayıcılığı**, Ankara, 1993

BİNGÖL, İrfan; **Yargı Bağımsızlığı ve Yargı ile İlgili Söyleşiler**, Ankara, Gözde Matbaası, 2006

BİNİCİ, Yüksel; **Bugünün Türkiye’inde Yargı Bağımsızlığı İlkesi Açısından Adli Hakimin Durumu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Yayınlanmamış, Ankara, 1990

CENTEL, Nur; “Yargı Bağımsızlığı”, **Anayasa ve Uyum Yasaları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2002, s.105-125

CENTEL, Nur; **Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu’nda Hakimin Tarafsızlığı**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996

CENTEL, Nur; “Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü”, **Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi**, İstanbul, C.49, S.3, t.y, s.57-72

ÇAĞLAR, Bakır; “Anayasa Yargısı’nın Güncelliği: Yargıçlar Zamanı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, S.15, 1998, s.51-69

ÇINAR, Ali Rıza; “Erkler Ayrılığı İlkesi Açısından Yargı Bağımsızlığı ile Yargıçlık ve Savcılık Güvencesi”, **Suç ve Ceza**, S. 1, Mart, 2008, s. 8-28

DAL, Kemal; **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, Ankara, Bilim Yayınları, 2. Baskı, 1986

DEMİRAĞ, Fahrettin; “Anayasal Bir Kurum Olarak Askeri Yargı ve Anayasa Önerileri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ankara, S. 75, Y. 21, 2008, s.210-266

DEMİRBAŞ, Timur; “Yargının Yapısal Sorunları”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayınları, 2000, s.352-365

- DEMİRKOL, Ferman; **Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları,
- DERDİMAN, R. Cengiz; **Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni**, Aktüel Yayınları Alfa Akademi, İstanbul, 2006
- DİPLOK, Lord Justice; “Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Görev”, Çev. Tuncer KARAMUSTAFAOĞLU, **AÜHFD**, Ankara, S. 1-4, C.XXXVI, 1979, s.27-37
- DOĞRU, Osman; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, 2. Baskı, C.1, Ankara, 2003
- DOĞRU, Osman; **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, İstanbul, 1998
- DURAN, Lütfi; “İdari Yargı Adileşti”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S. 1-3, s. 56-71
- DURAN, Lütfi; “Tevhidi İçtihad Nedir”, **Siyasi İlimler Mecmuası**, S.269, 1953, s.226-229
- DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982
- EDİS, Seyfullah; **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 1983
- ERDOĞAN, Mustafa; **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, Liberte Yayınları, Ankara, 4. Baskı, 2003
- EREM, Faruk; **Ceza Usulü Hukuku**, İstanbul, 1973
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin; **Türk Anayasası ve Avrupa Birliği**, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2007
- GERMEÇ, Mahir Ersin; “Ülkemizde Yargı Bağımsız mı? Yargıç Güvenceli mi?” **Bursa Barosu Yayınları**, Bursa, S.8, 2006, s.65-67
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, Ankara, 1995
- GÖREN, Zafer; **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006
- GÖZLER, Kemal; **Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma**, Ekin Kitapevi, Bursa, 2002

- GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa, Ekin Kitapevi, 2001
- GÖZLER, Kemal; **Devletin Genel Teorisi**, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, Birinci Baskı, 2007
- GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitapevi, Bursa, 2000
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, KİLİ Suna; **Türk Anayasa Metinleri**, Ankara, 1982
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, SEZGİN, Zekai; **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1957
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Turhan Kitapevi, 6. Baskı, 2005
- GÜLTEKİN, Mehmet Ruşen (Çeviren); “Avrupa Yargıç ve Savcı Birliklerinin Kuruluşu, Gelişimi ve Yargı İçindeki Rolü”, (www.yarsav.org.tr E.T: 15.04.2009)
- İNCEOĞLU, Sibel; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2. Baskı, 2005
- İNCEOĞLU, Sibel; “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** , Ankara, S.72, 2007, s.55-74
- KABOĞLU, İbrahim; **Anayasa Yargısı**, Ankara, İmge Kitapevi, 2. Bası, 1997
- KAPANI, Münci; **İcra Organları Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1956
- KARDAŞ, Ümit; **Hakim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992
- KESKİN, Serap; “Yargıç Bağımsızlığı” **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İÜHFY, İstanbul, 1998, s. 129-154.
- KILIÇOĞLU, Ahmet; “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **AÜHFD**, Ankara, C. 30, S. 1-4, 1973, s.231-267
- KIRMAZ, Birol; **Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009

KUNTER, Nurullah,; **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 9. Baskı, 1989

KUNTER, Nurullah; “Türkiye’de Kaza Kuvveti”, **İHFM**, İstanbul, C. XXV, S. 1-4, 1960, s.42-54

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder; **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997

KURU, Baki; **Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1966

KURU, Baki; **İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1977

KUZU, Burhan; **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, İstanbul, 1990

KUZU, Burhan; **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2003

MUMCU, Ahmet; “1924 Anayasası” **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, C.2, S.5, 1986

MUMCUOĞLU, Maksut; “Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye Gelişimi” **Ankara Barosu Yayınları**, Ankara, Y.46, S.2, Mart 1989, s.145-169

OKANDAN, R. Galip; **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1968

OKANDAN, Recai Galip; “20 Nisan 1340 Anayasamıza Göre Hakkı Kaza” **İHFM**. C.XXXII, S. 2-4, 1967

OKAY, Hakkı Süha; “Yargı Medya İlişkisi”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayınları, 2000, s. 428-448

ONAR, Sıdkı Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Hak Kitapevi Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 1966

ÖNBİLGİN, Gürbüz, OYTAN, Muammer; **T.C. Anayasasının ilke ve Kuralları İle Anayasa Mahkemesi Kararları Dizini**, Doğan Basımevi, Ankara, 1977

ÖZAY, İl Han; “Yargı Güvencesi – Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, S.8, 1991, 103-116

ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Basımevi, 8.Baskı, 2004

ÖZEK, Çetin; “Yargının İdari Denetimi” **İHFM**, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1981, s.915-980

ÖZEK, Çetin; **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, İstanbul, 1999

ÖZER, Atilla; **Gerekçeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası**, Ankara, 1984

ÖZGEN, Eralp; **Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi**, Eskişehir, 1988

ÖZKAYA, Eraslan; **2003-2004 Adli Yıl Açılış konuşması**, Yargıtay Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003

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

ÖZTÜRK, Kazım; **Gerekçeli Anayasa**, 1975

ÖZYÖRÜK, H. İbrahim; **Yargı Yılı Konuşmaları**, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1979

POSTACIOĞLU, İlhan; **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, 6. Baskı, 1975

REİD, Karen; **Adil Bir Yargılanmanın Güvenceleri**, Çev. Bahar Öcal Düzgören, İstanbul, Scala Yayıncılık, 2000

SABUNCU, Yavuz; **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, 11. Baskı, Ankara, 2005

SAV, Atila; “1981- 1982 Adli Yılı Açılış Konuşması”, Ankara Barosu Başkanı Avukat Muammer Aksoy’un Türkiye Barolar Birliğinin Anayasaya İlişkin Olağanüstü Genel Kurul Toplantısını Açış Konuşması ve Yargı Bağımsızlığı (Yargıç Güvencesi) Konusundaki Bir Derlemesi, Ankara, **Ankara Baro Dergisi**, 1982/4 Sayısından Ayrı Bası, 1982, s.40-48

SAV, Önder; “1989-1990 Adalet Yılı'nın Açılışında Konuşma”, **Yargıtay Dergisi**, Ankara, C.16, S. 1-2, 1990

SEÇKİN, A. Recai; **Yargı Yılı Konuşmaları**, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1979

SELÇUK, Sami; “Hukukun Her Kesime Yönelik Söylemi: Esenliğin için Yargı Bağımsızlığı Değerine Sahip Çık”, **Star Gazetesi**, 19 Şubat 2009a

SELÇUK, Sami; “Yargı Bağımsızlığı” **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Ankara, 1997

SELÇUK, Sami; “Yargı ve Eleştiri”, **Kırıkkale Barosu Dergisi**, Kırıkkale, S.10, 1994

SELÇUK, Sami; “Yargının Kamuoyuna ve Yargıcın Kendisine Karşı Bağımsızlığı” **Star**, 24 Şubat 2009b

SELÇUK, Sami; **2001-2002 Adli Yıl Açılış Konuşması**, Ankara, Yargıtay Başkanlığı Yayını, 2001

SELÇUK, Sami; **Özlenen Demokratik Türkiye**, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 2000

SEVİMLİ, Zekeriya, “Bir Sivil İnisiyatif: Yargıçlar ve Savcılar Birliği” **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara, Y. 65, S.2, 2007, s.61-66

SOYSAL, Mümtaz; **Anayasaya Giriş**, Ankara, 1969

SURLU, Mehmet Handan; “Gündemden İnmeyen Sorun: Yargı Bağımsızlığı ya da Türk Yargı Bağımsızlığının Simgesi Olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun Özlenen Oluşumu”(13-14 Aralık 2002 Tarihlerinde Türkiye Barolar Birliği’nce Düzenlenen “Anayasa ve Uyum Yasaları” Konulu Panelde Sunulan Tebliğden), **İstanbul Barosu Dergisi**, C.77, S. 1, Mart, 2003, s.55-62

ŞAHİN, Kemal; “Yargıcın Tarafsızlığı”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, S.11, Ekim 2006, s.1-3

ŞEREF, Ünal; **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür Sanat Kurulu Yayınları, Ankara, 1994

TANİLLİ, Server; **Devlet ve Demokrasi – Anayasa Hukukuna Giriş**, Say Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 1990

TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Nemci; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2001

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKTAR, Oğuz; **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, 2002

TOĞRUL, İlhan; **Askeri İdari Yargı**, Ankara, Genel Kurmay Basımevi, 1973

TOSUN, Öztekin; **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, İstanbul, 4. Baskı, C.I, 1984

TUNÇ, Hasan; **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; Pasta Tarifleri Üzerine Bir İnceleme: Küreselleşme ve Adalet, **Doğu Batı Dergisi Küreselleşme**, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 3. Baskı, S.18, 2006, s.273-282

ULAŞ, Bülent; “Anayasa Mahkemesi Üyeliği” **GÜHFD**, Ankara, S. 1-2, C. IX, 2005, s.315-347

USTA, Orhan; **Hakimlik Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Yayınlanmamış, 1992

UYGUR, Gülriz; “Adalet ve Hukuk Devleti” **AÜHFD**, Ankara, S. 3, C.53, 2004, s.29-38

ÜNAL, Şeref; “Demokrasi Hukuk Devleti ve Yargı Bağımsızlığı”, **Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı**, S.10, 1996, s.430-436

ÜNVER, Yener; “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, **İHFM**, C.53, S.1-4, 1991, s.153-191

ÜSKÜL, Zafer; “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri”, **Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği 10. Yıl Güncellemesi**, Aralık 2006

ÜSTÜNDAĞ, Saim; “Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 48, S. 4-8, 1977, s.270-289

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; “Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti Kavramı”, **Danıştay Dergisi**, S.11, 1973

YALÇINKAYA, Namık Kemal; **İngiliz Hukuku (Kaynakları, Kurumları ve Temel İlkeleriyle)**, Ankara,1981

YARSUVAT, Duygun; “Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi**, İstanbul, S.10, 1995, s.100

YENİCE, Kazım; “Hak Arama Özgürlüğü ve Danıştay”, **Danıştay Dergisi**, Ankara, S.38-39, 1980, s.111-130

YURTCAN, Erdener; **Ceza Yargılama Hukuku**, İstanbul, 3. Baskı, 1987

YÜKSEL, Mehmet; **Modernite Posmodernite ve Hukuk**, Siyasal Kitapevi, Ankara, İkinci Baskı, 2004

ÖZET

İnsan haklarına saygılı, demokratik, laik, güçlü bir devlet modelinin temelinde adalet; adil yargılanmanın temelinde de bağımsız ve güvenceli bir yargıç modeli vardır.

Günümüzde klasik anlamda yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlık anlayışının yerini, toplumda etkili sosyal baskı gruplarına karşı yargının korunması anlayışına bırakmıştır. Bu nedenle gerçek anlamda yargıçların bağımsızlığı, salt anayasa ve yasalarda tanınan teorik kalıplardan ziyade toplumda oturmuş bir demokrasi kültürüyle sağlanabilecektir.

Millet adına yargılama yapan yargıçları halk iradesine dayandırmamak, egemenliğin bölünerek bir kısmı üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması anlamına geleceğinden, yapılacak yeni anayasal düzenlemede belli oranda milli iradeye söz hakkı tanınması demokratik devlet geleneğine uygun bir yaklaşım olacaktır.

Adli, idari ve askeri hakim ve savcılarının tek çatı altında toplanarak aynı bağımsızlık ve güvenceye sahip olmaları, yargıçlar hakkında tesis edilen işlemlere karşı yargı yolunun açılması ve yürütmenin yargı üzerindeki geniş takdir ve denetim yetkisinin sınırlandırılması hukuk devleti anlayışının bir gereğidir.

Yargıçların zamana bağlı ortaya çıkan yasal ve toplumsal değişiklikler karşısında kendini yenileyebilmeleri iyi örgütlenmiş bir meslek içi eğitim kurumunu; bu kurumun fakültelerde verilen teorik bilgileri pratikle birleştirerek Türk Hukuk Sisteminin gelişiminde öncülük yapabilecek nitelikli bir eğitim kurumu hüviyetine bürünebilmesi de bilimsel ve kurumsal özerkliğin tanınmasını zorunlu kılmaktadır.

Yargıç ve savcılara örgütlenme hakkı tanınmasında amaç hükümetin yürüttüğü adalet politikalarının süzgeçten geçirilerek demokratik toplum değerlerin korunması ve insan haklarına aykırılık oluşturan uygulamalara dikkat çekilerek bu konudaki yanlış uygulamalara son verilmesi olduğundan, yargıç ve savcılarının dernek biçiminde örgütlenmesi hem söz konusu işlevin

sağlanmasında etkili olmakta, hem de yasama ve yürütme karşısında bağımsız olan yargının niteliğine uygun düşmektedir.

Kötü düzenlemeler iyi uygulayıcılar sayesinde adil çözümler getirebileceği gibi adil bir sistem de kötü uygulayıcılar sayesinde içinden çıkılmaz bir hal alabilecektir. Bu nedenle yargı bağımsızlığı yargının hiçbir şekilde denetiminin yapılamayacağı anlamına gelmediği gibi yargıçlık güvencesi de hiçbir yargıcının her ne sebeple olursa olsun meslekten çıkarılamayacağı anlamı taşımamaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi, hukuk devleti, yargının denetimi, yargıçlar devleti, demokratik devlet, meslek içi eğitim, örgütlenme hakkı, tarafsızlık

ABSTRACT

There is justice in the basic principle of a state model which is effective, secular, democratic and respectful to human rights. Moreover, there is an independent and secure trial model on the basis of a fair judge model.

Today, the classic sense of independence against the legislation and the execution is no more effective, instead the understanding of effective judicial protection against the social pressure groups in society is acceptable.

Judges that act on behalf of people depend on the sovereignty of people, if it is not regarded in this way, it means the division or the removal of sovereignty of people. Thus in the preparation of new constitution, it would be an appropriate approach to the tradition of democratic government to emphasize the sovereignty of people.

Gathering the judicial, administrative, military judges and prosecutors under one roof the same independence and assurance; giving the judges the right to apply for judicial about the operations against them; limiting the wide discretion and control of execution over the judiciary are all the necessity of a constitutional state.

Well established in-service training as an institution will enable judges to renew themselves across legal and social changes in time. This institution will join theoretical knowledge with practice and will be a qualified educational institution which will be a pioneer in Turkish law system. This will inevitably lead to recognizing scientific and institutional autonomy.

The aims for giving the right to organize for judges and prosecutors are to protect democratic society's values by filtering government's justice policies and to stop wrong applications by drawing attention to applications which are against the human rights. The organized judges and prosecutors as an association have positive influence on such functions and also this is suitable with legislative, executive organs and free judicial organs' characteristics.

Bad arrangements will be able to bring fair solutions by good practitioners. Bad arrangements in a fair and legal system will also be unable to solve problems by bad practitioners. Because of this, independence of the judges does not necessarily mean that we cannot audit judges in any case. Furthermore, the guarantee of being a judge does not necessarily mean that they cannot be expelled.

Key words:

The rule of law, Judicial independence, judge assurance, constitutional state, judicial supervision, juristocracy, democratic state, in-service training, right to organize, impartiality