

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ADİL YARGILANMA HAKKI BOYUTUYLA
CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
HAKİMİN DAVAYA BAKAMAMASI VE REDDİ

DOKTORA TEZİ

Selahattin KOLCU

1410040306

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

EKİM 2019

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ADİL YARGILANMA HAKKI BOYUTUYLA
CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA
HAKİMİN DAVAYA BAKAMAMASI VE REDDİ

DOKTORA TEZİ

Selahattin KOLCU

1410040306

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

EKİM 2019

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ADİL YARGILANMA HAKKI BOYUTUYLA
CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
HAKİMİN DAVAYA BAKAMAMASI VE REDDİ

DOKTORA TEZİ

Selahattin KOLCU

1410040306

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı : Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Jüri Üyeleri : Prof.Dr.Dr.h.c.mult. Bahri ÖZTÜRK
: Prof.Dr. Feridun YENİSEY
: Prof.Dr. Ahmet GÖKCEN
: Prof.Dr. Ali Kemal YILDIZ

EKİM 2019

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	X
KISA ÖZET	XII
ABSTRACT	XIII
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	8
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ADİL YARGILANMA HAKKI	8
1.ADİL YARGILANMA HAKKININ TARİHSEL GELİŞİMİ	9
1.1.Karşılaştırmalı Hukukta Hakkın Gelişimi	9
1.1.1.İlk ve Ortaçağdaki Gelişmeler	9
1.1.1.1.Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı)	10
1.1.1.2.Köylü Mektupları	11
1.1.1.3.Haklar Dilekçesi (Petition of Rights).....	12
1.1.1.4.Habeas Corpus Act	12
1.1.1.5.Haklar Bildirisi.....	13
1.1.1.6.Act of Settlement	13
1.1.2.Aydınlanma Dönemindeki Gelişmeler	14
1.1.2.1.Virginia Haklar Bildirgesi.....	14
1.1.2.2.1789 Tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi	15
1.1.2.3.İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	16

1.1.2.4.Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.....	17
1.1.2.5.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	18
1.2.Türk Hukukunda Hakkın Gelişimi	20
1.2.1.Cumhuriyet Öncesi Türk Hukuk Sisteminde Adil Yargılanma Hakkı.....	20
1.2.2.Cumhuriyet Dönemi Hukuk Sisteminde Adil Yargılanma Hakkı	26
1.2.2.1.1924 Anayasası	26
1.2.2.2.1961 Anayasası	27
1.2.2.3.1982 Anayasası	28

2.ADİL YARGILANMA HAKKI KAVRAMI, UYGULAMA ALANI VE UNSURLARI.....29

2.1.Kavram	29
2.2.Kapsamı ve Uygulama (Koruma) Alanı.....	32
2.2.1.Genel Olarak	32
2.2.2.Medeni Hak ve Yükümlülükler İlişkin Uyuşmazlıklar	34
2.2.3.Medeni Hak ve Yükümlülük Kapsamına Girmeyen Uyuşmazlıklar	39
2.2.4.Suç İsnadı.....	41
2.2.4.1.Kavram.....	41
2.2.4.2.Suç ve Cezaya İlişkin Kriterler	44
2.3.Adil Yargılanma Hakkının Unsurları	49
2.3.1.Mahkemeye Başvurma Hakkı.....	49
2.3.1.1.Kapsam	52
2.3.1.2.Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırlandırılması	54
2.3.2.Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı	59
2.3.2.1.Yasayla Kurulmuş Mahkeme.....	61
2.3.2.2.Bağımsız Mahkeme	69
2.3.2.3.Tarafsız Mahkeme	76
2.3.3.Makul Sürede Yargılanma Hakkı	82

2.3.3.1.Sürenin Belirlenmesi.....	85
2.3.3.2.Makullük Değerlendirmesi	87
2.3.4.Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı.....	92
2.3.4.1.Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkesi.....	95
2.3.4.2.Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı.....	100
2.3.4.3.Susma ve Kendini Suçlamama Hakkı.....	106
2.3.4.4.Delillerin Kabulü ve Değerlendirilmesi.....	107
2.3.4.5.Gerekçeli Karar Hakkı	110
2.3.5.Aleni Yargılanma Hakkı	110
2.3.5.1.Aleni Yargılama.....	112
2.3.5.2. Aleni Hüküm.....	114
2.3.5.3.Aleni Yargılanma Hakkının İstisnaları	115
İKİNCİ BÖLÜM.....	117
HAKİMİN DAVAYA BAKAMAMASI.....	117
1.KAVRAM	118
2.YASAL DÜZENLEME	120
3.HAKİMİN DAVAYA BAKAMAYACAĞI HALLER.....	121
3.1.Suçtan Hakimin Kendisinin Zarar Görmesi	122
3.2.Sonradan Kalksa Bile Şüpheli, Sanık veya Mağdur ile Aralarında Evlilik, Vesayet veya Kayımlık İlişkisi Bulunması	126
3.2.1.Şüpheli ve Sanık Kavramları	127
3.2.2.Mağdur Kavramı	127
3.2.3.Evlilik Kavramı.....	128
3.2.4.Vesayet ve Kayımlık Kavramı.....	130

3.3.Şüpheli, Sanık veya Mağdurun Kan veya Kayın Hısımlığından Üstsoy veya Altsoyundan Biri Olması	130
3.4.Şüpheli, Sanık veya Mağdur ile Aralarında Evlât Edinme Bağlantısı Bulunması.....	132
3.5. Şüpheli, Sanık veya Mağdur ile Aralarında Üçüncü Derece Dahil Kan Hısımlığı Bulunması.....	134
3.6. Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı bulunması.....	135
3.7. Aynı Davada Cumhuriyet Savcılığı, Adli Kolluk Görevi, Şüpheli veya Sanık Müdafiliği veya Mağdur Vekilliği Yapmış Olması	135
3.7.1.Hakimin Aynı Davada Cumhuriyet Savcılığı Yapmış Olması	137
3.7.2.Aynı Davada Adli Kolluk Görevini Yapmış Olması	143
3.7.3.Aynı davada Şüpheli veya Sanık Müdafiliği veya Mağdur Vekilliği Yapmış Olması	146
3.7.3.1.Müdafi Kavramı	146
3.7.3.2.Vekil kavramı.....	148
3.8.Aynı Davada Tanıklık ya da Bilirkişilik Yapmış Olması	149
3.8.1. Tanık Kavramı	149
3.8.2.Bilirkişi Kavramı	152
3.9.Özel Yasalarda Öngörülen Görev Yasakları	154
3.9.1.2802 Sayılı Yasada Öngörülen Yasak	154
3.9.2.1136 Sayılı Avukatlık Kanununda Öngörülen Yasak.....	157

4.HAKİMİN YARGILAMAYA KATILAMAYACAĞI HALLER..... 158

4.1.Bir Karar veya Hükme Katılan Hâkimin, Yüksek Görevli Mahkemece Bu Hükme İlişkin Olarak Verilecek Karar veya Hükme Katılamaması	159
4.2.Hakimin Aynı İşte Soruşturma Evresinde Görev Yapmış Olması.....	166
4.3.Yargılamanın Yenilenmesi Halinde, Önceki Yargılamada Görev Yapan Hakimin Aynı İşte Görev Yapamaması	170

5.GÖREV YASAKLARINA UYMAMANIN SONUCU..... 172

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 175

HAKİMİN REDDİ.....	175
1.GENEL OLARAK.....	175
2.RET SEBEPLERİ.....	177
2.1.Hakimin Davaya Bakamayacağı Hallerin Varlığı.....	177
2.2.Hakimin Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Diğer Sebeplerin Varlığı	177
2.3.İhsas- Rey	181
3.TÜRK HUKUKU VE ULUSLARARASI BELGELERDE TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIĞIN GELİŞİMİ.....	188
3.1.Genel Olarak.....	188
3.2.Türk Hukukunda Tarafsızlık ve Bağımsızlığın Gelişimi	189
3.2.1.Osmanlı Hukuku'nda Hakimin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı ..	189
3.2.2.Cumhuriyet Öncesi Türk Anayasalarında Tarafsızlık ve Bağımsızlık	194
3.2.2.1.1876 Tarihli Kanunu Esasi.....	195
3.2.2.2.1921 Tarihli Anayasa	197
3.2.3.Cumhuriyet Dönemi Türk Anayasalarında Tarafsızlık ve Bağımsızlık	198
3.2.3.1.1924 Tarihli Anayasa	198
3.2.3.2.1961 Anayasası	201
3.2.3.3.1982 Anayasası	203
3.3.Uluslararası Belgelerde Tarafsızlık ve Bağımsızlık	206
4.HAKİMİN TARAFSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞI.....	209
4.1.Genel Olarak.....	209
4.2.Kavram	213

4.3. Tarafsızlık.....	214
4.3.1. Genel Olarak	214
4.3.2. Tarafsızlık ve Objektiflik İlişkisi	219
4.3.3. Sübjektif Tarafsızlık.....	221
4.3.4. Objektif Tarafsızlık	224
4.3.5. Görünüşte Tarafsızlık.....	226
4.4. Bağımsızlık.....	230
4.4.1. Genel Olarak	231
4.4.2. Yargı Bağımsızlığı ile Yargı Tarafsızlığı İlişkisi.....	233
4.4.3. Yargı Bağımsızlığının Kapsamı.....	236
4.4.3.1. Dış Bağımsızlık ve İç Bağımsızlık	238
4.4.3.2. Bireysel Bağımsızlık ve Kurumsal Bağımsızlık	239
4.4.4. Yargı Bağımsızlığı ve Hukukun Üstünlüğü İlişkisi.....	240
4.4.5. Yargı Bağımsızlığı ve Kuvvetler Ayrılığı İlişkisi.....	242
4.4.6. Yargı Bağımsızlığının Sınırı	244
5. TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIĞIN KORUNMASI.....	246
5.1. Yasama Organına Karşı Bağımsızlık	249
5.1.1. Anayasaya Göre Yasama-Yargı İlişkisi.....	250
5.1.2. Yasamanın Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığını Etkileyen Yetkileri	252
5.1.2.1. Görülmekte Olan Bir Dava ile İlgili Kanun Çıkarmak	252
5.1.2.2. Yargı Bütçesinin Belirlenmesi	254
5.1.2.3. Soru, Meclis Araştırması, Meclis Soruşturması ve Gensoru ile İlgili Yetkilerin Kullanılması	255
5.1.2.4. Milletvekili Dokunulmazlığının Kaldırılıp Kaldırılmayacağı Konusunda Karar Verilmesi	256
5.1.2.5. Anayasa Mahkemesi'ne ve HSK'ya Üye Seçme Yetkisi	256
5.2. Yürütme Organına Karşı Bağımsızlık	257
5.2.1. Genel Olarak Yürütme-Yargı İlişkisi.....	257
5.2.2. Anayasa'da Yürütme-Yargı İlişkilerine Dair Düzenleme	260
5.2.3. Yürütmenin Yargı Bağımsızlığını ve Tarafsızlığını Etkileyen Yetkileri	261

5.2.3.1.Yargı Bütçesinin, Hakim ve Savcı Ödeneklerinin Belirlenmesi	261
5.2.3.2.Yargı Teşkilatı ve Çalışma Şartlarının Belirlenmesi	262
5.2.3.3.Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri.....	262
5.2.3.4.Adli Kolluk Hizmetinin Yürütülmesi	264
5.2.3.5.Yargı Kararının İcrası	265
5.2.3.6.Hakim ve Savcıların Özlük İşlerinin Yürütülmesinde Adalet Bakanlığının Sahip Olduğu Yetkiler.....	266
5.2.3.7.Yürütmenin Anayasa Mahkemesi ve HSK'ya Üye Seçme Yetkisi	267
5.2.3.8.Kamu Görevlilerinin Yargılanabilmesi Bakımından İzin Verme Yetkisi	268
5.2.3.9.Bazı Suçlar Bakımından Kamu Davası Açılabilmesi İçin İzin Verme Yetkisi	269
5.3.Yargının Kendisine Karşı Bağımsızlığı	269
5.4.Medyaya Karşı Bağımsızlık	274
5.5.Taraflara ve Kamuoyuna Karşı Bağımsızlık	286
5.6.Hakimin Kendisine Karşı Bağımsızlığı.....	287

6.TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIĞIN TEMİNATLARI289

6.1.Genel Olarak.....	289
6.2.Hakimlerin Sahip Olduğu Güvenceler	291
6.2.1.Hakimlerin Azledilememesi	295
6.2.2.Hakimlerin Emekliye Sevk Edilememesi	306
6.2.3.Hakimlerin Mali Teminatı	308
6.2.4.Hakimin Davaya Bakamaması, Reddi ve Çekinmesi	310
6.2.5.Kuvvetler Ayrılığı.....	310
6.2.6.Yargılamayı Etkileme Yasağı	315
6.2.7.Tabii Hakim İlkesi	316

7.HAKİMİN REDDİ YARGILAMASI 319

7.1.Ret İsteminde Bulunabilecek Olanlar.....	319
--	-----

7.2.Ret İsteminin Süresi	322
7.2.1.Yasaklılık Nedenlerinin Varlığı Halinde Süre	322
7.2.2.Hakimin Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Hallerde Süre	323
7.2.2.1.İlk Derece Mahkemelerinde.....	323
7.2.2.2.Kanun Yoluna Başvurulması Durumunda	324
7.2.2.3.Ret Sebebinin Sonradan Öğrenilmesi Durumunda	324
7.2.3.Soruşturma Aşamasında Hakimin Reddi	324
7.3.Ret İsteminin Usülü.....	325
7.4.Ret İsteminin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi	327
7.4.1.Ret İstemini Değerlendirecek Mahkeme	327
7.4.2.Ret İstemi Üzerine Verilecek Kararlar	329
7.4.2.1.Reddi İstenen Hakim Tarafından Verilecek Kararlar	330
7.4.2.2.Merci Tarafından Verilecek Kararlar.....	331
7.5.Ret İstemine İlişkin Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları.....	333
7.6.Reddi İstenen Hakimin Yaptığı İşlemlerin Geçerliliği.....	334
7.7.İcra Ceza Mahkemesi Hakimlerinin Reddi	335
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	336
HAKİMİN ÇEKİNMESİ	336
1.GENEL OLARAK.....	336
2.ÇEKİNME NEDENLERİ	337
2.1.Yasaklılığı Gerektiren Nedenlere Dayalı Olarak Çekinme	337
2.2.Tarafsızlığı Şüpheye Düşüren Nedenleri İleri Sürerek Çekinme	338
3.ÇEKİNME TALEBİNİN İNCELENMESİ.....	338
3.1.Çekinme Talebini İnceleyecek Mahkeme	338

3.2.Çekinme Talebinin İncelenmesi	339
3.2.1.Yasaklılık Sebepleriyle Çekinmede İnceleme Usulü.....	339
3.2.2.Tarafsızlığı Şüpheyeye Düşüren Sebeplere Dayalı Olarak Çekinmede İnceleme Usulü	342
3.3.Çekinme Talebinin İncelenmesi Sonucu Verilecek Kararlar	342
3.4.Çekinen Hakimin İşlemlerinin Geçerliliği	343
4.ZABIT KATİPLERİNİN REDDİ	344
4.1.Kavram	344
4.2.Zabıt Katibinin Yasaklılık, Ret ve Çekinme Nedenleri	345
4.3.Zabıt Katibinin Ret ve Çekinme Usulü	345
5.SAVCININ REDDİ VE ÇEKİNMESİ.....	346
5.1.Savcılık Kurumunun Niteliği	346
5.2.Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları (Budapeşte İlkeleri)	348
5.3.Savcılarının Reddi ve Çekinmesi	349
SONUÇ	354
KAYNAKÇA.....	358

KISALTMALAR

AY	:	Anayasa
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
YCGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
İÜHFD	:	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
YTCK	:	Yeni Türk Ceza Kanunu
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
CD	:	Ceza Dairesi
CBS	:	Cumhuriyet Başsavcılığı
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
C	:	Cilt
CMUK	:	Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
AIHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AIHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
S	:	Sayı
VD	:	Ve devamı

M	:	Madde
RG	:	Resmi Gazete
VS	:	Ve sair
YT	:	Yayın Tarihi
AD	:	Adalet Dergisi
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
ABGM	:	Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü
HSK	:	Hakimler ve Savcılar Kurulu
TODAI	:	Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi
TDK	:	Türk Dil Kurumu
AYD	:	Anayasa Yargısı Dergisi
İKÜ	:	İstanbul Kültür Üniversitesi
SDÜHFD	:	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Üniversite	: İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitü	: Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Dalı	: Kamu Hukuku
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Tez Türü ve Tarihi	: Doktora-Ekim 2019

KISA ÖZET

ADİL YARGILANMA HAKKI BOYUTUYLA CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA HAKİMİN DAVAYA BAKAMAMASI VE REDDİ

Devletin üç temel erkenden birisi olan yargı organının tarafsızlığının sağlanması, başta hakimin tarafsız olması ile sağlanacaktır. Hakimin tarafsızlığını sağlama yolunda öngörülmüş olan en önemli araçlardan birisi de hakimin davaya bakamaması ve reddi kurumudur. Dolayısıyla bu kurumun adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkisi vardır.

Bu nedenle çalışmamızın ilk bölümünde AİHS çerçevesinde adil yargılanma hakkı değerlendirilmiştir. Daha sonra, ikinci bölümde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun sistematığına uygun olarak, hakimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu haller, üçüncü bölümde de hakimin reddi konusu ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Dördüncü bölümde, hakimin çekinmesi konusu incelenmiştir. Çalışmanın son kısmında ise, konumuzla olan ilgisi nedeniyle zabıt katiplerinin reddi ile savcının reddi ve çekinmesi konuları kısaca değerlendirilmiştir. Çalışma kapsamında doktrindeki görüşlere yer verilmiş, ayrıca uygulama ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, Yargıtay kararlarına sıklıkla yer verilmiş, kararlarda katılmadığımız hususlar açıkça belirtilmiştir. Yine uygulamada karşılaşılan ve tereddütlere yol açan hususlarla ilgili çözüm önerileri dile getirilmiştir.

Anahtar Sözcükler : Adalet, Adil Yargılanma, Hakimin Davaya Bakamaması, Ret, Çekinme, Hukuk Devleti, Bağımsızlık, Tarafsızlık.

University : İstanbul Kültür University
Institute : Institute of Graduate Studies
Department : Public Law
Supervisor : Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Degree Awarded and Date : PhD-December 2019

ABSTRACT

IN CONTEXT OF THE FAIR TRIAL THE PROHIBITION FOR THE JUDGE'S FROM HANDLING THE CASE AND THE REFUSAL OF THE JUDGE IN THE CRIMINAL PROCEDURE LAW

The impartiality of the judiciary, which is one of the three basic powers of the state, will be ensured by the fact that the judge is impartial. One of the most important means for ensuring the impartiality of the judge is that the prohibition the judge from handling the case and the institution of the refusal of the judge. Therefore, this institution has a direct relationship with the right to a fair trial.

In the first part of our study, the right to a fair trial under the ECHR was evaluated. Then, in the second part, in accordance with the systematics of the Code of Criminal Procedure, in cases where the judge was prohibited from handling the case, and in the third part, the refusal of the judge was examined in detail. In the fourth chapter, the question of the judge's withdrawing from the case was examined. In the last part of the study, the rejection of the clerks and the refusal and withdrawing from the case of the prosecutor due to their interest in our subject were briefly evaluated.

Within the scope of the study, the views of the doctrine have been included, and in the context of the high court decisions, how the issue is handled in practice is evaluated in detail. In this context, I have frequently included the decisions of the Court of Cassation; however, if I have not adopted the decisions

of the Supreme Court of Appeals, I have also made it clear with the reasons. In addition, solution suggestions regarding the issues encountered in practice and leading to hesitations were also discussed.

Key words: Justice, Fair Trial, Prohibition of handling the case for judges, withdrawing from case, Rule of Law, Independence of judiciary, Impartiality of judges.



GİRİŞ

Adalet hem bireysel bir erdem, hem de toplumsal-siyasal bir idealdir. Bireysel bir erdem olarak adalet, kişinin başkalarına karşı davranışının bir özelliği olarak ortaya çıkarken, toplumsal-siyasal bir ideal olarak adalet, siyasal kurumların düzenlenmesiyle ilgilidir¹. İnsan vicdanının sahip olduğu adalet fikri hukukun ulaşmayı hedeflediği en yüksek idealdir. Nitekim, ünlü düşünür J.J. Rousseau, adalet fikrinin Tanrı'dan kaynaklandığını ve adaletin gereklerine uyan kişinin doğru insan olduğunu belirtir². Kutadgu Bilig'de adalet “göğün direği” olarak tanımlanır.

Toplumsal yaşantının sağlıklı bir biçimde devam edebilmesi için, sosyal normların varlığı kaçınılmazdır. Aksi takdirde, herkesin her şeyi yapabileceği bir toplumun varlığını uzun süre devam ettirebilmesi mümkün görünmemektedir³. Doğduğu günden itibaren toplum içinde yaşayan insanın suç işleyebileceği ve konulan tüm kurallara rağmen bu durumun devam edeceği bilinen ve kabul edilen bir gerçektir. İnsanların toplum içinde yaşayabilmeleri, bu yaşamın güvenli şekilde devamı “toplumsal denetim düzenekleri” denilen kurallar bütünü ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak, konulan tüm kurallara, alınan tüm tedbirlere ve uygulanan yaptırımlara rağmen bu kuralları çiğneyen, deyiş yerindeyse, “yoldan çıkan” kişiler görülmektedir⁴. Meşru şiddet kullanma tekeline elinde bulunduran modern devletin “ihkak-ı hakk”ı tanınması ve “yoldan çıkanlar”ı görmezden gelmesi düşünülemez⁵.

Bu gerçeği öngörüp kabul eden devletler, suçun işlenmesini önleme adına tedbirler almışlar, bunun yanı sıra, suç işlenmesiyle bozulan toplum düzenini

¹ Erdoğan/Mustafa, “Anayasal Demokrasi”, Siyasal Kitabevi, 12. Baskı, Ankara 2015, sayfa 125.

² Sever/Ömer, “Hakimlerin Yükümlülükleri”, www.bilka.org.tr, erişim tarihi 07.11.2017.

³ Dinler/Veysel, “Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı”, Süleyman Demirel Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, Kasım 2013, sayfa 1.

⁴ Selçuk/Sami, “Suçun Sınırları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 1, Sayı 3, sayfa 2.

⁵ Yavuz/Bülent, “Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, Birinci Baskı, Sayfa 1.

koruma ve suç işleyeni cezalandırma amacıyla bir takım kurallar koymuşlardır. Ulusal egemenliğin, ulusal kültür ve değer yargılarının bir ifadesi olan ceza hukuku, diğer hukuk dallarıyla karşılaştırıldığında, daha yoğun biçimde toplumların ulusal özelliklerine ve değer yargılarına güçlü biçimde bağlı olan bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır⁶. İşte ulusal olma özelliği taşıyan ceza hukuku, suç işlenmesiyle bozulan toplum düzenini koruma amacına hizmet eden başat aktörlerden birisidir. Ceza hukuku bu görevini yerine getirirken ceza muhakemesinden yararlanacaktır.

İnsanlar, esenlik, güvenlik ve dirlik düzenlik uğruna, hiç değilse özgürlüğün geri kalanından yararlanmak amacıyla onun bir parçasını gözden çıkarmışlardır. Bir ulusun egemenliği, herkesin iyiliği için gözden çıkarılan özgürlüğün bütün parçalarının toplamıdır. Hükümdar (egemen kişi) ise, ulusal egemenliğin yasal emanetçisi ve uygulayıcısıdır⁷. İşte esenlik, dirlik ve düzenlik için özgürlüğün bir kısmını gözden çıkararak insanlığın bulduğu en kıymetli şeylerden birisi adalettir. Adaletin sağlanması meşru devlet iktidarı sayesinde mümkündür.

Bilindiği üzere modern devletlerde meşru şiddet kullanımı devletin tekelindedir. Bu tekel, devlete, bir ihsan olarak değil, toplumun barış içinde yaşamasını sağlaması için verilmiştir. Modern devlet, toplumun barış içinde yaşamasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri almak, bu tedbirlere uymayanları cezalandırmak, bunu yapabilmek için gerekli organ, usul ve kuralları yaratmakla yükümlüdür. Bunu yaparken devletin yararlanacağı temel dayanak yargı erkidir. Devlet, bireylerin kişisel olarak şiddete başvurmayacakları, buna gerek duymayacakları, bağımsız ve tarafsız şekilde çalışacak, sorunları, önceden belirlenmiş soyut ve genel kurallara göre çözecek yargı organlarını kurmak ve çalıştırmakla görevlidir. İşte bunu yapabilen devletin adı hukuk devletidir⁸.

Devletlerin varlığını sürdürmesinin en önemli koşullarından birisi olan meşruiyet, devlet iktidarının halkın rızasına dayanmasıdır. Bu rıza, hem iktidarın

⁶ Tezcan/Durmuş, Erdem/Mustafa Ruhan,Önok/R.Murat, “Uluslar arası Ceza Hukuku”, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2015, Sayfa, 25.

⁷ Beccaria/Cesare, “Suçlar ve Cezalar Hakkında”, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Haziran 2016, sayfa 25. (İtalyanca aslından çeviren Sami Selçuk).

⁸ Sancar/Mithat, Atılgan/Eylem Ümit, “ Adalet Biraz Es Geçiliyor; Demokratikleşme Sürecinde Hakim ve Savcılar”, TESEV Yayınları, Mayıs 2009, Sayfa 17.

kaynağı, hem de kullanılış biçimi bakımından gerekli ve zorunludur. İktidarın toplumun inançlarına ve rızasına uygun olması onun meşruiyetini, meşru olması da toplumu oluşturan bireyler tarafından kabullenilmesini ve bu iktidar tarafından konulan kurallara uyulması sonucunu doğuracaktır⁹. Eğer iktidar yeterli meşruiyete sahip değilse, toplumsal bir sıkıntı yaşandığında güç alabileceği bir dayanak bulamayacaktır. Meşruiyet; devletlerin merkez bankalarında bulunan para ve döviz rezervlerine benzetilebilir. Her devlet, zaman zaman ekonomik sıkıntılar yaşayabilir. Eğer devletin yeterli nakit, altın ve döviz rezervi varsa bu sıkıntılar yıkıcı olmadan atlatılabilir. İşte tüm devletlerin zaman zaman toplumsal ve sosyal sıkıntıları olur. Eğer devlet, yeterli meşruiyete sahipse, bu kapsamda iktidarını toplumun kabul ve rızasına dayandırmış ise, sahip olduğu bu rezerv ile krizleri atlatabilecektir¹⁰.

Gerçekten de yasalara, vatandaş ve devletin bütün alt birimleri ile beraber riayet edip uyması ile demokratik sistem ve hukuk devleti ilkesi meşruiyetini kazanır¹¹. Meşruiyetin sağlanması ve devamı için iktidarın yasalara uygun olarak kurulmuş olması gerekli ise de yeterli değildir. Çünkü totaliter rejimlerin birçoğu da yasalar doğrultusunda kurulmuş olup iktidarını yasalara göre devam ettirmektedir. Dolayısıyla, iktidarın yasalara uygun olarak kurulmuş olmasının yanı sıra, bu iktidarın kaynağının ulusal egemenlik olması, yani iktidarın halkın rızasına dayanması gerekmektedir¹².

Hukuk, adalet süzgecinden; devlet de hukuk süzgecinden geçtikten sonra geriye kalan şey, hukuk devletidir¹³. Adalet, hukuk olarak tanımladığımız kurallar bütünüünün hedefi olup en önemli unsurlarından birini eşitlik oluşturmaktadır¹⁴. Haksızlığa uğrayanların sabırlı beklentisi, umut ışığı, adaletin tecelli etmesidir¹⁵. Cezaların ve dolayısıyla ceza hukukunun amacı, insana eziyet etmek veya onu

⁹ Teziç/Erdoğan, “Anayasa Hukuku”, Beta Yayınları, 20. Bası, Nisan 2016, sayfa, 103.

¹⁰ Fukuyama/Francis, “Tarihin Sonu ve Son İnsan”, Çeviren; Zülfü Dicleli, Profil Yayınları, 6. Baskı, 2016, Sayfa 72.

¹¹ Bayraktarlı/İhsan Yılmaz, “Alman Siyasal Sisteminde Erkler Ayrılığı Bağlamında Yargı ve Siyasi Erkin Yakın İlişkisi”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, sayfa 25.

¹² Soysal/Mümtaz, “Değişen Egemenlik ve Meşruluk”, Anayasa Yargısı Dergisi, www.anayasa.gov.tr.

¹³ Kırmaz/Birol, “Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı”, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, 1. Baskı, sayfa 6.

¹⁴ Yeşilova/Bilgehan, “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, TBB Dergisi, Yıl 2009, Sayı 86, sayfa 48.

¹⁵ Teziç, s. 468.

üzmemek olmadığı gibi, işlenmiş olan suçları görmezden gelmek de değildir¹⁶. Ceza muhakemesinin amacı mutlak hakikati bulmaktır. Bu amacın gerçekleşebilmesi için yargıçların bağımsız ve güvence sahibi olmaları gerektiği gibi, aynı zamanda objektif olmaları gerekir¹⁷.

Hukuk devletinin bazı özellikleri vardır. Buna göre hukuk devleti, insanı onurlu bir varlık olarak kabul eden, insanın insan olmasından kaynaklı hak ve özgürlüklere sahip olduğuna inanan, bu hak ve özgürlükleri korumayı görev bilen, bu hak ve özgürlüklerin en geniş şekilde yaşanması ile toplum düzeni arasında herkesin kabul edebileceği bir denge kurabilen, bütün faaliyetlerinde hukuka bağlı kalan, adaleti sağlama görevini birinci amacı kabul eden, halkın rıza ve desteğine dayanan, sahip olduğu kuvveti, yetki ve sınırları önceden belirlenmiş organları aracılığıyla kullanan, dolayısıyla bu kuvvetin tek elde toplanmasının önüne geçen, yargı organları önünde hesap vermeye her zaman hazır olan, bunun için bağımsız ve tarafsız mahkemelere sahip olan, güçlünün değil, haklının sözünün geçtiği devletin adıdır¹⁸. Buna göre, devletin her türlü faaliyeti hukuk sınırları içinde kalmalı, bütün iş ve işlemleri hukuka uygun olmalıdır¹⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devletini, bütün faaliyetleri yargı denetimine bağlı olan, insanın insan olmasından kaynaklı haklarına saygılı olan, bu hakları korumak ve amacına uygun şekilde kullanılmasını sağlamak üzere adil bir hukuk düzenini kuran, bu adil hukuk düzenini devam ettirmeyi kendisine görev edinen devlet şekli olarak tanımlamaktadır²⁰.

Hukuk devleti kavramı Alman kökenlidir... Bu kavram ile, güçlülerin değil, hukukun sözünün geçtiği, en güçlü olan devletin tüm işlemlerinde hukuka bağlı kaldığı, dolayısıyla devletin tüm faaliyetlerinin bağımsız mahkemelerin denetimine tabi olduğu, bu sayede herkesin kendisini güven içinde hissettiği devlet şekli anlatılmak istenir²¹. Devlet organlarının hukuka bağlı olması, birey hak ve hürriyetlerinin tanınması ve korunması, bireylerin hukuki güvenlik içinde

¹⁶ Beccaria, s. 69.

¹⁷ Ömeroğlu/Ömer, "Ceza Yargılamasında Yargıcın Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi", Ankara Barosu Dergisi, 1994/4, sayfa 561.

¹⁸ Özkan/Gürsel, "Anayasa Mahkemesi'ne Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu", TAA Dergisi, Nisan 2010, Sayı 1, sayfa 87.

¹⁹ Erdoğan, s. 117.

²⁰ Fendoğlu/Hasan Tahsin, "İnsan Hakları Hukuku", Yetkin Yayınları, Ankara 2017, Sayfa 248.

²¹ Tanör/Bülent, Yüzbaşıoğlu/Necmi, "1982 Anayasa'sına Göre Türk Anayasa Hukuku", Beta Yayınları, 16. Bası, Ekim 2016, sayfa 108.

olması, devlet erklerinin yargısal denetime tabi olması, mahkemelerin bağımsızlığı, hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarıdır²².

Hukuk devleti, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, adaletin tecelli ettirilmesi ve güvenliğin temin edilmesi olmak üzere üç temel üzerine kurgulanmıştır²³. Hukuk devletinde yargının, yasama ve yürütme dışında ayrı bir güç (kuvvet, fonksiyon) olması yetmez; bağımsız ve tarafsız olması da gerekir²⁴. Globalleşen dünyada, başta demokrasi olmak üzere, ülkenin her alanda ileri gitmesi, gelişmesi ve modern devletler camiasında hak ettiği yeri alabilmesi için gereken en önemli koşullardan biri de yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır²⁵. İşte hukuk devletinin en büyük garantisi bağımsız ve tarafsız işleyen bir yargı sistemidir.

Hukuk tarihi ne kadar mühim ise, kaza, yani hüküm ve hakimlik tarihi de o kadar, hatta daha çok mühimdir. Çünkü himaye olunmayan bir hak, gerek fert, gerek amme hakkı olsun, mücerret bir hak olmaktan başka bir şey ifade etmez ve adalet ve düzeni temin kıymetinde bulunmaz, fert ve cemiyet için bir faide ve teminat teşkil etmez. Bunun içindir ki, milletler medenileştikçe kaza mevzuu üzerinde durarak hakemler, hakem heyetleri ve divanlar, geçici ve daimi mahkemeler kurmuşlardır²⁶.

Bilindiği üzere ceza yargılaması, “suç karşısında toplumda oluşan kör, keyfi, içgüdüsel tepkinin; soğukkanlı kurallara bağlı olarak yargısal kılınması”, deyim yerindeyse evcilleştirilmesidir. İlkel toplumda, linç olayında görüldüğü üzere, suç ile toplumun tepkisi, yani ceza arasında soğukkanlı bir yargılama süreci yoktur. Uygarlık ilerledikçe, suç anı ile cezanın infazı anı birbirlerinden uzaklaşmıştır... Görülüyor ki ceza yargılaması, bir toplumun uygarlaşma derecesini gösteren bir ölçü, sismograf, ceza yargılama yasası da, suçsuz suçludan ayıran kuralları içeren, “namuslu insanların temel yasası,

²² Anayasa Mahkemesi'nin 2002/112 esas, 2003/33 karar sayılı, 10.04.2013 tarihli kararı, “anayasa.gov.tr”, erişim tarihi: 25.07.2017.

²³ Öztürk/Bahri, Tezcan/Durmuş, Erdem/Mustafa Ruhan, Sırma/Özge, Kırıt/Yasemin F. Saygılar, Özeydin/Özdem, Akcan/ Esra Alan, Erden/Efser, “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2015, sayfa 109.

²⁴ Fendoğlu, s. 5.

²⁵ Fendoğlu/Hasan Tahsin, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, sayfa 5.

²⁶ Berki/Ali Himmet, “İslam'da Kaza Tarihi”, AÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, yıl 1969, cilt 17, sayı 1, sayfa 153.

*mecellesidir*²⁷. İşte uygarlığın ölçüsü olan ceza yargılamasında esas olan adil yargılamadır. Adil yargılama da bağımsız ve tarafsız hakimlerle mümkündür.

Toplumun yargıya olan güveni ve saygısı, yargısal sistemin etkinliğinin en büyük güvencesidir; hakimlerin mesleki faaliyetlerindeki davranışları, halk tarafından mahkemelerin güvenilirliğinin temeli olarak görülür²⁸. Bu güven ve saygının ve dolayısıyla yargısal sistemin etkinliğinin sağlanmasının birinci ve vazgeçilmez koşulu bağımsız ve tarafsız yargı inancıdır. Toplumun, hangi gerekçeyle olursa olsun, tarafsız, bağımsız ve adil olduğuna inanmadığı bir hakimin verdiği kararı kabullenmesi mümkün değildir. Hakimlik mesleğine saygı ve itaatin sağlanabilmesi için bu mesleğin güvenilir olması zorunludur. Nitekim güvenilir olmayan kişiye, her ne kadar o kişi yargıyı temsil etse de, bireylerin saygı göstermesi beklenemez. Bu saygı; hakimin bilgisine, yaptığı işin sağlamlığına ve kişiliğine güvenilirliğin bir sonucu olmalıdır²⁹.

Hukuk devletinde yargı bağımsızlığı olmazsa olmaz bir koşuldur. Bağımsızlık, yargının en önemli ve seçkin niteliğidir. Eğer yargı kurumları bağımsızlıktan ve bunu sağlayacak güvencelerden yoksun ise, ortada gerçek anlamda bir yargıdan söz edilemez³⁰.

Özlenen bir ideal olan mahkemelerin bağımsızlığı konusunda, liberal demokrasinin gelişim sürecine paralel olarak gelişmeler yaşanmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşından sonra bu konuda gerekli yasal adımlar atılmış, anayasal düzenlemeler yapılmış ve birçok anayasal kurum oluşturulmuştur. Bu düzenlemeler ile, mahkemelerin sadece hukuka bağlı olarak ve hiçbir baskıya uğramadan karar vermeleri, hakimlerin tarafsızlığı ve dolayısıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması hedeflenmiştir³¹.

Yukarıda belirtildiği üzere, adaletin sağlanması hukuk devletinin en önemli hedeflerinden birisidir. Adaletin sağlanması, ancak ve sadece bağımsız ve

²⁷ Selçuk/Sami, “Adalet ve Yaşayan Hukuk”, İmge Kitabevi, Ağustos 2009, sayfa 24.

²⁸ Dursun/Suat, “Hakimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar”, Yaklaşım Yayıncılık, Temmuz 2007, sayfa 18.

²⁹ Çon/Ömer, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi”, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, sayfa, 15.

³⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 28.02.1989 tarihli, 1988/32 esas, 1989/10 karar sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 25.08.2017.

³¹ Ünal/Şeref, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı”, TBMM Kültür , Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, sunuş, sayfa 5.

tarafsız şekilde işleyen bir yargı sistemi tarafından yapılacak olan adil yargılama ile mümkün olur. Dolayısıyla adil yargılama, adaletin sağlanması, bağımsız ve tarafsız yargı da adil yargılamanın ön şartıdır diyebiliriz. Adil yargılamanın yapılması, hakimin bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanması, bu konuda yargılamanın taraflarında oluşacak güvensizlik ve tereddütlerin giderilmesinin çeşitli yolları vardır. Bu yollardan birisi de çalışma konumuz olan hakimin davaya bakmaktan yasaklılığı, reddedilebilmesi ve çekinebilmesidir.

Tarafsızlığını zedeleyecek nedenlerin bulunması durumunda hakimin davaya bakmaması, adil yargılamanın bir gereğidir. Bu nedenle çalışma konumuzun adil yargılanma hakkı ile doğrudan bir ilişkisi vardır. Bu ilişki nedeniyle çalışmamızda önce AİHS çerçevesinde adil yargılanma hakkı işlenmiş, daha sonra adil yargılanma ilkesi ışığında hakimin davaya bakmaması, reddi ve çekinmesi konusu değerlendirilmiştir. Çalışma yapılırken kanunun sistematığıne uygun davranılmış, önce hakimin davaya bakamayacağı haller, sonra hakimin reddi konusu ve son olarak da hakimin kendi kendini reddebilmesi olarak da tarif edilen çekinme konusu incelenmiştir. Hakimin reddi sebebi olan “*tarafsızlığını kuşkuya düşüren sebeplerin varlığı*” başlığı altında tarafsızlık ve bağımsızlık konusu ayrıntılı olarak incelenmiş, bu kapsamda tarafsızlık ve bağımsızlığın korunması, görünüşte tarafsızlık, hakimlik teminatı vb. konular değerlendirilmiştir. Çalışmamızın sonunda kısaca savcının ve zabıt katibinin reddi konusuna değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ADİL YARGILANMA HAKKI

İnsanın doğuştan gelen ve sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu haklar olarak tanımlanan insan hakları, hem anayasa hukukunu, hem de uluslararası hukuku ilgilendiren, dolayısıyla her iki hukuk disiplinin inceleme alanında yer alan bir kavramdır. Geniş kapsamlı olan bu kavramın temeli, güçsüz olan insanın, güçlü olan devlete karşı korunmasıdır. Ancak bu kavram aynı zamanda insan kişiliğinin geliştirilmesini de kapsamına alır³². İşte insan haklarının korunması adaletin sağlanması ile, adaletin sağlanması da ancak ve öncelikle adil yargılama ile sağlanabilir. Yargılamanın adil olmadığı, olsa bile böyle bir görüntünün verilmediği durumlarda, bu yargılamayı yapan kurumun adının mahkeme olması veya yargılama sonunda karar veren kişinin hakim olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla adil yargılama, bireylerin devlete olan güvenlerini sağlayan, pekiştiren ve bu yolla devletin meşruiyetini sağlayan en güçlü araçlardan biridir.

Yukarıda belirtildiği üzere, adaletin sağlanması bağımsız ve tarafsız bir yargı sistemi ile mümkündür. Bu nedenle, hakimin tarafsız olması adil yargılamanın ön koşuludur. Hakimin tarafsızlığını sağlamaya yönelik çabaların ve bu arada çalışma konumuz olan “*hakimin davaya bakamaması ve reddi*” konusunun adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgisi vardır. Bu ilgi nedeniyle çalışmamızın bu ilk bölümünde genel anlamda AİHS’nin 6. maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma hakkı incelenecek, yeri geldiğinde ve asıl konumuzla ilgisi nedeniyle adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma hakkı özellikle ve ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

³² Gözübüyük/A.Şeref, Gölcüklü/Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, Sayfa 3.

Adil yargılanma hakkı incelenirken, önce karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukukunda bu hakkın tarihsel gelişimi incelenecek, daha sonra adil yargılanma hakkının ne olduğu, kapsamı, başka bir deyişle koruma alanına hangi tür uyuşmazlıkların girdiği ve unsurlarının neler olduğu değerlendirilecektir.

1.ADİL YARGILANMA HAKKININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Günümüzde uluslararası sözleşmelerle, anayasalarla ve kanunlarla tanınan birçok hak, uzun mücadeleler sonucunda elde edilmiştir. Bu mücadeleler öyle çetindir ki, geçmişten günümüze kadar yaşamış insanların tamamı şu ya da bu hakların tanınmasına katkı sağlamıştır. Bugün gelinen noktada insan hakları, sahip olunan vazgeçilemez, devredilemez, müdahale edilemez haklar ile diğer haklar bütünü ifade eder. Modern dünya sadece insan haklarını tanımakla yetinmemiş; ihlalleri önlemek, ihlal halinde hakları güvence altına almak ve ihlal eden kişi veya ülkeyi cezalandırmak amacıyla birçok ulusal ve uluslararası mekanizmayı da kurmuştur. Bir insan hakkı olan adil yargılanma hakkında da durum böyledir³³.

1.1.Karşılaştırmalı Hukukta Hakkın Gelişimi

1.1.1.İlk ve Ortaçağdaki Gelişmeler

İnsan hak ve özgürlüklerinin sağlanması, korunması ve geliştirilmesi konusunda bugün sahip olduğumuz noktaya kolay gelinmemiştir. İnsanlık tarihinin başlangıcından bugüne kadar uzun, çetin ve kimi zaman acılarla dolu mücadelelerden sonra bugünkü gelişmeler sağlanabilmiştir. Dolayısıyla insanlık tarihi bir yönüyle insan hak ve özgürlükleri mücadele tarihi olarak okunabilir³⁴.

İnsanoğlu, içinde, kimilerinin vicdan diye tanımladığı, adalet idesi taşıyan özel bir varlıktır. İşte bu özel varlık, sahip olduğu yetenekleri kullanarak, içinde bulunan adalet idesini gerçekleştirme ve geliştirme konusunda sürekli bir arayış ve mücadelenin içinde olmuştur. Ancak insanda, soyut olarak bir adalet arama çabası olduğunu düşünsek bile; bu çabanın, adil bir sonuca ulaştığını söylemek biraz güç olacaktır. Çünkü birey olarak insanın kendisi ile ilgili meselelerde,

³³ Çayan/Gökhan, “Adil Yargılanma Hakkı”, Legal Yayınları, Birinci Basım, 2016, Sayfa 1.

³⁴ Kapani/Münci, “Kamu Hürriyetleri”, Ankara 1993, Yetkin Yayınları, 1993, Sayfa 17.

kendinden yana tavır alışını gibi, devletler de, kendilerini taraf olarak gördükleri meselelerde, kendilerinden yana tavır almaya yönelik bir davranış biçimi sergilemektedirler. Bunun sonucunda pek tabii, çoğu durumda, adalet ve hakkaniyet geri planda kaldığından, adaletin gerçekleşmesi güçleşmektedir³⁵.

İşte bu durumun yarattığı olumsuzlukların önüne geçmek için, tarih boyunca, birey-devlet ilişkisini düzenlemeye, devleti sınırlamaya ve dolayısıyla adaleti sağlamaya yönelik yoğun mücadeleler verilmiş, bu kapsamda kimi belgeler ortaya çıkmıştır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere insan hak ve özgürlükleri konusundaki arayış ve çabalar, insanlık tarihiyle yaşıttır. Dolayısıyla tarihin her döneminde ve hemen her uygarlıkta bu arayışlara rastlanır. Ancak bu konuda dikkate alınabilecek olan ilk düşünce akımları Antik Yunan'da görülür. Çünkü Antik Yunan'da görece bir demokrasi anlayışı vardır. Bu anlayış insanı ön plana çıkartmış, bu durum insan hakları alanındaki ilk ciddi gelişmeleri beraberinde getirmiştir³⁶.

İşte bu bölümde tarih boyunca ortaya konulan bu mücadelelerin örneklerine yer verilecektir.

1.1.1.1.Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı)

Magna Carta Libertatum isimli belge, bilinenin aksine, aslında bir haklar bildirgesi değil, dönemin güçlülere olan kral, dini yetkililer ve baronlar arasında bir denge kuran, kralın yetkilerini diğer iki grup lehine sınırlandıran, 1215 yılında bu üç grup arasında akdedilen bir belgedir³⁷.

Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı) 1215 yılında İngiltere Kralı (Yurtsuz) John tarafından çıkartılmış, toplam 63 maddeden oluşan bir belgedir. Kral John, papa ile giriştiği mücadeleyi kaybetmiş, bunun üzerine iktidarını devam ettirebilmek adına bu belgeyi çıkartmıştır. Değindiği üzere bu

³⁵ Kaşıkara/M.Serhat, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye”, Adalet Yayınları, Ankara 2009, Birinci Baskı, Sayfa 33.

³⁶Yüksel/Hatice, “Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010.

³⁷ Çırak/İsmail Çağlayan, “Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı”, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksel Lisans Tezi, Yıl 2010, Sayfa 10.

belge, toplumu oluşturan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan bir belge olmayıp, kralın İngiliz baronlarına ve feodal senyörlerine tanıdığı ayrıcalıklardan ibarettir. Dolayısıyla temel özelliği, kralın yetkilerini feodaller lehine sınırlaması ve buradan hareketle siyasal iktidarın sınırlandırılmasıdır³⁸.

Bir kısım insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, bunun için kralın hukukla sınırlandırılması Magna Carta'nın özüdür³⁹. Belgenin 39. maddesinde, özgür olan hiç kimsenin, kendi eşitleri tarafından yasalara uygun olarak verilmiş mahkeme kararı olmadıkça özgürlüğünden kısıtlanamayacağı, haklarının yok edilemeyeceği ve sürgüne gönderilemeyeceği kabul edilmiştir⁴⁰.

Değindiği üzere belge ile kralın bazı yetkileri feodal senyörler ve baronlar lehine kısıtlanmış, bu kapsamda baron ve senyörlerin yargılanması yetkisi kralın elinden alınmış, bu yargılamanın kendi eşitleri tarafından, yani baronlar tarafından yapılacağı belirtilmiştir⁴¹. Ancak fermanda, sıradan vatandaşlar yönünden bir düzenleme yapılmamıştır. Buna rağmen, dönemin tek egemen gücü olarak kralın yetkisinin sınırlandırılması, kral karşısında yargı gücünün bağımsızlaştırılmaya çalışılması, dönemin şartları da dikkate alındığında çok önemlidir⁴².

1.1.1.2.Köylü Mektupları

Bilindiği üzere ortaçağ Avrupa'sında feodalite geçerlidir. Toprak sahipleri ve feodal beylerin köylüler üzerinde güç ve isteklerinin artması taraflar arasında gerilime ve köylü ayaklanmaları olarak bilinen olayların çıkmasına neden olmuştur. 1000 ila 1400'lü yıllar arasında yaşanan bu olayları bazı tarihçiler modern toplumlarda görülen grevlere benzetmişlerdir⁴³.

Almanya'da 14, 15 ve 16. yüzyıllarda yaşanan ayaklanmalar neticesinde köylüler, 1525 yılında demokrasi ve toprak reform taleplerini dile getiren bir

³⁸ Sınar/Hasan, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Yönünden Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Hakkının Tarihsel Temelleri", TAAD, Yıl:6, Sayı:21 ,Nisan 2015, Sayfa 184.

³⁹ Çayan, s. 2.

⁴⁰ Sınar, s. 185.

⁴¹ Çırak, s. 10.

⁴² Yüksel, s.8.

⁴³ Yüksel, s. 8.

mektup yazmışlardır⁴⁴. Bu mektubun 9. paragrafında keyfi gerekçelerle ceza verilmemesi, yargılama yapılırken gücü elinde bulunduranların değil, yazılı yasaların himayesinin olmasının önemi vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu mektup, özü itibariyle, adil yargılanma talebini dile getirmektedir⁴⁵.

1.1.1.3.Haklar Dilekçesi (Petition of Rights)

Yukarıda belirtildiği üzere 1215 yılında ilan edilen Magna Carta ile İngiltere’de kralın yetkilerinin sınırlandırılmasına yönelik çabalar başlamış, Haklar Dilekçesi ile devam etmiştir. Dayanağını Magna Carta’dan alan ve bu belgeye atıf yapan Haklar Dilekçesi, Kral I. Charles ile parlamento arasındaki çıkarları uzlaştırmak üzere 07.06.1628 tarihinde oluşturulmuştur⁴⁶.

Dilekçede hiç kimsenin, yasalara göre verilmiş hakim kararı olmadan, mal ve can güvenliğinden yoksun bırakılmayacağı, tutuklanamayacağı, mallarına el konulamayacağı ve miras haklarından mahrum bırakılmayacağı belirtilmiştir⁴⁷. Bu belgenin en önemli özelliği, kişilerin, yasal ve yeterli gerekçe olmadan tutuklanmaması, ceza verilmemesi ve bu şekilde özgürlüğünün kısıtlanmaması gerektiğinin en güçlü şekilde vurgulanmasıdır⁴⁸.

1.1.1.4.Habeas Corpus Act

21 maddeden oluşan Habeas Corpus Act’ın en önemli özelliği kişilerin hürriyetlerinin hukuka aykırı olarak kısıtlanmasına karşı çıkmasıdır⁴⁹.

Anglo Sakson hukukunun bir ürünü olan 1679 tarihli bu belge ile insan hak ve özgürlüğü güvence altına alınmış, daha önemlisi bu hakkın kısıtlanması konusunda yargıç güvencesi getirilmiştir⁵⁰. Belgede, kişi hak ve özgürlüğünün ancak hakim kararı ile kısıtlanabileceği, buna aksi davrananların cezalandırılacağı belirtilmiştir⁵¹.

⁴⁴ Çayan, s. 7.

⁴⁵ Çırak, s. 11.

⁴⁶ Yüksel, s. 9.

⁴⁷ Kaşıkara, kitap, s. 37.

⁴⁸ Sınar, s. 187.

⁴⁹ Yüksel, s. 10.

⁵⁰ Çayan, s. 2.

⁵¹ Kaşıkara, kitap, s. 37.

Habeas Corpus Act, Kral II. Charles döneminde yürürlüğe konulmuş olup, kişilerin hakim kararı olmadan özgürlüklerinin kısıtlanmamasına odaklanmıştır. Bu yönüyle diğer belgelerden ayrılır. Yine belgede, uzun tutukluluk, kefaletle salıverilme ve tutuksuz yargılanma konularında düzenlemeler mevcuttur⁵². Kişi özgürlüğünün keyfi şekilde sınırlandırılmaması, ancak hakim kararı ile sınırlandırılabilmesi düşüncesini temel alan bu belge İngiliz Mahkemelerinin uygulamalarına temel teşkil etmiş ve bugün için iyi bir model olmuştur⁵³.

1.1.1.5.Haklar Bildirisi

Haklar Bildirisi, İngiltere’de, William ve Mary tarafından 1689 yılında ilan edilmiştir. İngiltere’de kraliyet ile parlamento arasında uzun süre devam eden bir güç mücadelesi yaşanmıştır. Özellikle Kral II. Charles ve ardından Kral II. James döneminde bu mücadele üst seviyeye çıkmış ve parlamento lehine sonuçlanmıştır. Bu olay tarihte “*Glorious Revolution*” olarak anılmaktadır. Bu olay sonrası Kral II. James ülkeden ayrılmış, yerine Hollanda’yı yöneten prens William ve eşi Mary parlamento tarafından ülkeye kral olması için davet edilmiştir. Ancak bu davet, yeni kralın kapsamlı bir özgürlükler belgesi yayınlaması şartıyla gerçekleşmiş, yeni kralın bu şartı kabul etmesi üzerine Haklar Bildirisi yayınlanmıştır⁵⁴.

19 Aralık 1689 tarihinde İngiltere’de kabul edilen bu belgenin “*adil yargılanma hakkı*” açısından sahip olduğu değer⁵⁵, yargılayan ve yargılanan kişilerin eşit statüde olmaları sonucunu doğurmasıdır⁵⁶. Bu belge ile, kral karşısında iktidara ortak olmak isteyenler, kendileri için bir güvenceye kavuşmuş olmaktadır⁵⁷.

1.1.1.6.Act of Settlement

Act of Settlement, İngiltere tahtının mutlak bir şekilde Protestanlara (I. James’in torunu olan Hanover prensesi Sofya’ya) geçmesini temin etmek üzere, 1701 tarihinde çıkartılmıştır. Bu belge ile, vatandaşlar lehine olmak üzere, kralın

⁵² Sınar, s. 188.

⁵³ Yüksel, s. 10.

⁵⁴ Sınar, s. 188.

⁵⁵ Kaşıkara, kitap, s. 38.

⁵⁶ Yüksel, s. 10.

⁵⁷ Çırak, s. 12.

yetkileri daha çok sınırlanmış, hak ve özgürlükler alanı kanun güvencesine alınarak genişletilmiştir⁵⁸.

Act of Settlement ile, yargıçların hukuka uygun hareket ettikleri sürece görevlerinden azledilemeyecekleri, azil işleminin parlamentonun teklifi üzerine ancak kral tarafından yapılabileceği gibi hakim bağımsızlığını sağlama konusunda güvencelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler ile, adil yargılanmanın temel koşulu olarak yargı bağımsızlığı konusunda önemli ve tarihi bir adım atılmıştır⁵⁹.

1.1.2.Aydınlanma Dönemindeki Gelişmeler

1.1.2.1.Virginia Haklar Bildirgesi

Doğal hukuk anlayışının hakim olduğu ve 12 Haziran 1776 tarihinde kabul edilen Virginia Haklar Bildirisi, 4 Temmuz 1776 tarihinde kaleme alınan Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nin hazırlanması sürecinde etkili olmuştur⁶⁰.

Bildiriye hakim olan görüş, kişilerin insan olmalarından kaynaklanan, doğal olarak sahip oldukları, vazgeçilemez ve devredilemez haklara sahip oldukları anlayışıdır. Vatandaşların hakları, eşitlik ilkesi, kuvvetler ayrılığı prensibi, iktidar gücünün sınırlandırılması gibi birçok temel hak bildiride sayılmış olup, bildiri bu özelliği ile Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'ne ve Fransız Devrimi'nin "*İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*"ne ilham kaynağı olmuştur⁶¹.

Adil yargılanma hakkıyla ilgili olarak bildirgenin 8. maddesinde şu hükme yer verilmiştir: "*Herkes kendisine yapılan suçlamaları tam olarak öğrenme, suç isnadında bulunanlar ile aleyhine tanıklık yapanlarla yüzleşme, kendi lehine olan delilleri gösterme hakkına sahiptir. Yargılama bağımsız ve tarafsız bir jüri önünde yapılır. Oybirliği ile karar alınmadıkça hiç kimse cezalandırılmaz. Hiç kimse kendi aleyhine delil vermeye zorlanamaz. Yargıçlar, yargılamayı hızlı bir şekilde sonuçlandırmak zorundadır*"⁶².

⁵⁸ Sınar, s. 189.

⁵⁹ Çırak, s. 12.

⁶⁰ Yüksel, s. 12.

⁶¹ Sınar, s. 190.

⁶² Çayan, s. 2.

Bildiri'nin 9. maddesinde, insan onuruna dokunan zalimane cezaların uygulanamayacağı, arama ve yakalama işlemlerinin delile dayanması gerektiği⁶³, 5. maddesinde; yargı erkinin, yasama ve yürütme güçlerinden ayrı olması gerektiği⁶⁴ belirtilmiş, böylece yargı bağımsızlığının önemine vurgu yapılmıştır.

1.1.2.2.1789 Tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi

1789 tarihinde yaşanan ihtilalden sonra, insan hak ve hürriyetlerini güvence altına almak, bu konuda gerekli ilkeleri belirlemek amacıyla Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirisi yayımlanmıştır⁶⁵. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinden önce yukarıda değinilen Amerikan özgürlük bildirileri ve Amerikan Anayasası yayınlanmıştır. Aslına bakılırsa, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, içerik olarak, kendisinden önceki bildirilerden çok farklı değildir. Ancak temel insan haklarının bildiri içeriğinde açık ve vurucu şekilde belirtilmesi, kullanılan üslup ve bildirinin dönemin en yaygın dili olan Fransızca olarak yayınlanması, ayrıca bildirinin sadece Fransız halkına yönelik olmayıp tüm insanlığı muhatap alması nedeniyle bildiri insanlık ve özgürlük tarihinde farklı bir yere ve öneme sahip olmuştur⁶⁶.

Bildiri 26 Ağustos 1789'da Fransa Ulusal Meclisi'nde kabul edilmiş, ardından 1791 tarihli Fransız Anayasası'nın başlangıç kısmına eklenmiştir. Dolayısıyla bildirge ile kabul edilen haklar, Fransa açısından anayasal bir güvenceye kavuşmuştur. Bildiride temel insan hakları, insanın insan olması nedeniyle ve doğuştan sahip olduğu, vazgeçilemez ve devredilemez haklar olarak tanımlanmış, devlete de bu hakları korumak görevi yüklenmiştir⁶⁷. Dönemi için devrim niteliğinde olan bildirge, kendisinden sonra hazırlanan anayasalara kılavuzluk etmiş, 1948 yılında ilan edilen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne de temel oluşturmuştur⁶⁸.

Fransız Meclisi tarafından kabul edilen bildirinin 7, 8 ve 9. paragrafları adil yargılanma hakkına ilişkin olup; 7. maddesinde, hiçbir bireyin, yasanın

⁶³ Sınar, s. 190.

⁶⁴ Kaşıkara, kitap, s. 40.

⁶⁵ Çayan, s. 3.

⁶⁶ Sınar, s. 194.

⁶⁷ Yüksel, s. 12.

⁶⁸ Çırak, s. 13.

öngördüğü ve izin verdiği haller dışında özgürlüğünden kısıtlanamayacağı, bu yönde yasaya aykırı emir verenler ve bu emirleri yerine getirenlerin cezalandırılacağı, 8. maddesinde, kişilerin, ancak suç işlenmeden önce konulmuş kurallara göre yargılanıp cezalandırılabileceği, bunun için yasanın açık hükümler içermesi gerektiği, 9. maddesinde, herkesin kesin hükümle açıklanıncaya kadar masum olduğu belirtilmiştir⁶⁹.

Bilindiği üzere Fransız ihtilali öncesi Avrupada siyasal yaşam mutlak monarşiler ile feodal beylerin güç mücadelesine sahne olmuş, insan hakları alanındaki gelişmeler de bu güç mücadelesi sonrası kralların yetkilerinin sınırlandırılması şeklinde tezahür etmiştir. İşte ihtilal sonrası ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, mutlak monarşilerin yarattığı mutlakiyetçiliğe bir tepkidir. Bildiri ile, toplumun temel unsuru olan birey ön plana çıkartılmış, devlete bireyin hayatına müdahale etmeme şeklinde negatif bir yükümlülük, olması muhtemel müdahaleleri önleme şeklinde de pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir⁷⁰.

1.1.2.3. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler Teşkilatının kurulması ile insan hakları meselesi uluslararası hukukta yerini bulmuş, 26.06.1945 tarihinde imzalanan Birleşmiş Milletler Şartı ile bu kavram evrensel bir değer olarak kabul edilmiştir⁷¹.

10.12.1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul ve ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin hukuken bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ancak, ideal hak ve özgürlüklerin yer aldığı evrensel bir belge olan bu beyanname, hem sonradan düzenlenen uluslararası sözleşmelere kaynaklık etmiş, hem de devletlerin insan hakları alanındaki yasal ve anayasal düzenlemeleri için uluslararası standart olarak kabul edilmiştir⁷². Değindiği üzere bu belge, bağlayıcılığı olan bir antlaşma ya da bir sözleşme olmayıp, BM Genel Kurulunca kabul edilmiş bir öneridir. Belgenin en önemli özelliği, insan

⁶⁹ Kaşıkara, kitap, s. 43.

⁷⁰ Sinar, s. 196.

⁷¹ Sinar, s. 199.

⁷² Çırak, s. 14.

hakları alanında bir yol haritası çizmesi, ulaşılabacak amacı gösteren bir ideali yansıtmaktadır⁷³.

Adil yargılanma hakkı, beyannamenin 10. maddesinde düzenlenmiş; herkesin, hakkının korunmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta veya bir ceza davasına muhatap olması durumunda, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, adil ve açık şekilde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yine beyannamenin 11. maddesinde, suç isnadına muhatap olan kişinin, açık ve her türlü güvenceye sahip bir yargılama sonunda suçluluğu ispatlanıncaya kadar masum olduğu belirtilmiştir⁷⁴.

BM Teşkilatının kurucu üyelerinden olan Türkiye, evrensel bildiriye 6 Nisan 1949 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararı ile benimsemiş ve 27 Mayıs 1949 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe sokmuştur⁷⁵.

1.1.2.4. Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile İnsan Hakları Evrensel Beynamesinde düzenlenen hak ve özgürlükler daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş, bu hak ve özgürlüklerin uygulanmasını sağlamak ve bu konuda taraf devletleri denetlemek üzere İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur⁷⁶. Türkiye bu sözleşmeyi 2000 yılında imzalamış ve 4868 sayılı kanun ile onaylayarak 2003 yılından itibaren MSHS'nin tarafı haline gelmiştir.

Sözleşmenin 14. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiş; herkesin hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlık veya muhatap olduğu suç isnadının yasalarla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde, hakkaniyete uygun, eşit ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir⁷⁷. Kanun önünde eşitlik ilkesi ise sözleşmenin 26. maddesinde düzenlenmiştir⁷⁸.

⁷³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 6.

⁷⁴ Çırak, s. 14.

⁷⁵ Yüksel, s. 15.

⁷⁶ Çırak, s. 14.

⁷⁷ Sınar, s. 208.

⁷⁸ Yüksel, s. 17.

1.1.2.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Birinci Dünya Savaşı'nın yaşanmasının üzerinden çok zaman geçmeden İkinci Dünya Savaşı'nın yaşanması, her iki dünya savaşının Avrupa'da yarattığı siyasal, toplumsal ve ekonomik yıkım ve bu savaşlar sonrası oluşan iki kutuplu dünya, yeni bir Avrupa düzeninin kurulması düşüncesini beraberinde getirmiştir⁷⁹. İşte bu düşünce doğrultusunda yeni savaşlar ve buna bağlı yıkımların yaşanmaması, iki kutuplu dünyada demokrasi tarafında yer alınması, daha önce yaşanan diktatör ve faşist rejimlerin hayat bulmaması için ilk kez 5 Mayıs 1949 tarihinde Avrupa Konseyi'ne ilişkin Statü imzalanmış ve 03.08.1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yoğun şekilde yaşanan insan hakları ihlallerine tanık olunması nedeniyle bu konu organizasyonun gündeminde ilk sıralarda yer almış, bu nedenle kurucu devletler tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950'de imzaya açılmış ve Eylül 1953'te ise yürürlüğe girmiştir⁸⁰.

Sözleşme Türkiye tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanmış, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı yasa ile (Resmi Gazete; 19.03.1954, 8662⁸¹) iç hukukumuzda girmiştir⁸². Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na bireysel başvuru hakkını, 22.01.1987 günlü, 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararı uyarınca ve 28.01.1987 günlü beyanla üç yıl için kimi koşullarla (çekincelerle) kabul etmiş, daha sonra 24.01.1990 tarihli ve 90/82 sayılı Bakanlar Kurulu kararına dayanılarak 3 yıl için yenilemiştir. Bakanlar Kurulu, bireysel başvuru hakkını tanıırken ileri sürdüğü koşulları (çekinceleri) 27.04.1992 günlü, 92/2982 sayılı kararıyla kaldırmıştır. Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bağlayıcı yetkisini de, 25.09.1989 tarihli ve 89/14563 sayılı kararnameyle tanımıştır⁸³.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, temel olarak, kişileri güçlü olan devlete karşı koruyan, onlara dokunulamaz alanlar yaratan, kişilerin devlet yönetimi ve siyasal hayata katılımlarını güvence altına alan ve birinci kuşak haklar

⁷⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 7.

⁸⁰ Yüksel, s. 18.

⁸¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 11.

⁸² İnceoğlu/Sibel, "İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı", Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2013, Sayfa 11.

⁸³ Aliefendioğlu/Yılmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Adil Yargılanma Hakkı", Anayasa Yargısı Dergisi, "anayasa.gov.tr", Sayfa 359.

diyebileceğimiz hakları düzenlemiş olup, başlangıç ve onu izleyen beş ana bölüm ile 66 maddeden oluşmaktadır. Ancak sözleşmenin ilk hali yaşanan gelişmeler karşısında yetersiz kalmış, dolayısıyla imzalanan ek protokoller ile sözleşme kapsamına yeni hak kategoriler dahil edilmiştir. Bununla birlikte sözleşme kapsamının genişlemesinde özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaptığı özgürlük temelli yorumlar ve geliştirdiği içtihatlar etkili olmuştur⁸⁴.

Yukarıda incelediğimiz üzere gerek Avrupa'da ve gerek dünyanın geri kalanında, insan haklarının gelişimine katkı sunan birçok belge ilan edilmiştir. Bunların en önemlilerinden birisi BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'dir. Ancak bu beyanname bir sözleşme olmadığından bağlayıcı bir yönü yoktur. AİHS de bu bildirden esinlenerek hazırlanmıştır. Ancak bu sözleşmenin asıl önemi, güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin korunması yönünden kurduğu uluslararası yargı mekanizması aracılığıyla bir ortak güvence yaratması ve bu güvenceyi öngördüğü yaptırımlarla desteklemesidir⁸⁵. Aslına bakılırsa, AİHS ile sadece kişisel ve siyasal haklar koruma altına alınmış (daha sonra protokollerle genişletilmiştir) olup, bu yönüyle sözleşme İHEB'e göre daha dar kapsamlıdır. Ancak, inceleme konumuz olan adil yargılanma hakkının unsurları, güvenceleri ve yaptırımlarıyla birlikte ayrıntılı olarak ilk kez AİHS'de düzenlenmiştir⁸⁶.

AİHS ile birey ilk kez uluslararası hukukta hak ve söz sahibi olmuş olup, birey bu hakkını AİHM'ne yapacağı bireysel başvuru yoluyla kullanacaktır. Dolayısıyla bireysel başvuru, sözleşmenin getirdiği koruma sisteminin bel kemiğidir. Sözleşmenin uygulanması karşılıklılık esasına dayanmadığından sağladığı güvenceler ikincil niteliktedir. Sözleşme, ana felsefesi itibariyle ülkelerin ulusal hukuklarını etkilemiş ve ulusal yargı mercilerine sözleşmede düzenlenen hakları gözetme ve koruma görevi vermiştir⁸⁷.

Yukarıda belirtildiği üzere AİHS'ni diğer belgelerden ayıran en önemli özellik, düzenlediği hakların korunmasını temin amacıyla bir denetim mekanizması öngörmesidir. Sözleşme, başlangıçta bu denetimi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesi

⁸⁴ Yüksel, s. 20.

⁸⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 11.

⁸⁶ Sinar, s. 202.

⁸⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 17-19.

olmak üzere üç organ eliyle yapmıştır⁸⁸. Ancak, 1998 tarihli 11. Ek Protokol ile denetim organlarında değişiklik yapılmış, üçlü mekanizmada yer alan komisyon kaldırılmış, komisyonun görev ve yetkileri mahkemeye verilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesi olmak üzere ikili bir yapıya geçilmiştir⁸⁹. Ülkemiz çok eski tarihlerde sözleşmeyi kabul etmiş, 28.01.1987 tarihinde bireysel başvuru hakkını, 25.09.1989 tarihinde ise zorunlu yargı yetkisini kabul ederek sözleşmenin getirdiği denetim mekanizmasına dahil olmuştur⁹⁰.

Çalışma konumuz olan adil yargılanma hakkı sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenmiş, kişilerin, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, makul süre içerisinde, aleni olarak ve hakkaniyete uygun şekilde yargılanma hakları olduğu belirtilmiş, ayrıca müdafî yardımından yararlanma vb. adil yargılanma hakkı kapsamında sanığın sahip olduğu güvenceler belirtilmiştir⁹¹.

Yukarıda değinildiği üzere AİHS hazırlanırken BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nden esinlenilmiştir. Adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemeler yapılırken de bildirinin 10. maddesi hükmü dikkate alınmış, bu doğrultuda makul süre içinde ve kanunla kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanma hakkı madde metnine alınmıştır. Ancak, gerek adil yargılanma hakkının önemi ve gerekse madde ile korunmak istenen hakların daha açık ve net bir şekilde kaleme alınması yönündeki eğilim doğrultusunda, adil yargılanma hakkına ilişkin alt ilkeler de madde metnine alınmıştır. Bu kapsamda, İHEB'de yer almayan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suçsuzluk karinesi, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, aleni olarak ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkı şeklindeki alt ilkeler de düzenleme konusu yapılmıştır⁹².

1.2.Türk Hukukunda Hakkın Gelişimi

1.2.1.Cumhuriyet Öncesi Türk Hukuk Sisteminde Adil Yargılanma Hakkı

⁸⁸ Yüksel, s. 19.

⁸⁹ Sinar, s. 202.

⁹⁰ Yüksel, s. 19.

⁹¹ Çırak, s. 15.

⁹² Sinar, s. 203.

Osmanlı hukuku üzerine çalışma yapanların, hukukun kökenine dair genel bir tasnifte bulunmaları gerektiğinde üç ana kaynaktan bahsettikleri görülür; İslam hukuku, adet/gelenek hukuku da denilen ve çoğu İslam öncesi Türk hukukuna dayanan örfi hukuk ve aynı coğrafya üzerinde halef-selef olması bakımından etkilenilmesi kaçınılmaz olan İran ve Roma-Bizans hukuku⁹³.

Tanzimat dönemine kadar Osmanlı Hukuku, İslam Hukuku'ndan etkilenmiştir. Bu sebeple, İslam Hukuku'na ait ilkeler hem medeni, hem de ceza yargılamasında uygulama alanı bulmuştur⁹⁴. Ancak bununla yetinilmemiş, padişahlar tarafından çıkarılan kanunnameler ile yeni suçlar ve cezalar ihdas edilmiş, böylece şer'i hukuk ve örfi hukuk olmak üzere ikili bir yapı karşımıza çıkmıştır⁹⁵.

Osmanlı Devleti'nde tüm yetkiler tek kuvvet konumunda olan padişahta toplanmış olup, örfi hukuk alanında yetkili olan ve dolayısıyla bu alanda suç ve ceza ihdas etmeye yetkili olan kişi de padişaktır. Padişah, İslam Hukuku'na aykırı olmamak koşuluyla, örfi hukuk olarak adlandırılan bu alanda kurallar koymakta ve yine bu alanda çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmekte yetkilidir. Şer'i konularda ise yargı yetkisi kadıdadır. Kadı, İslam Hukuku'nun kaynakları olarak nitelendirilen Kur'an-ı Kerim, hadis, icma ve kıyastan yararlanarak yargılama yapar ve hüküm verir⁹⁶. Padişahın yargı yetkisini kadılara devrinin vekalet akdi çerçevesinde cereyan ettiği Osmanlı hukukunda, padişah her zaman kadının hüküm ve tasarruflarını kontrol ve gerektiğinde iptal etme, gerekirse bizzat yeniden yargılama yapma veya bir başkasını bu işle görevlendirme yetkisini teorik olarak haizdir⁹⁷.

İslam Hukukunda adalet en temel değerlerden biridir. Kuran-ı Kerim'in birçok ayetinde de adalete ilişkin hükümler bulunmaktadır. Nitekim Nahl Suresinin 90. ayetinde; “ *Allah adaleti emreder...*” buyrulmuştur. Yine Maide Suresinin 8. ayetinde; “ *Bir kavme olan kininiz, sizi adaletsizliğe sevketmesin.*

⁹³ Koç/Yunus, Tuğluca/Murat, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 2, 2006 (Güz), Sayfa 9.

⁹⁴ Çayan, s. 16.

⁹⁵ Sınar, s. 210.

⁹⁶ Yüksel, s. 27.

⁹⁷ Koç/Tuğluca, s. 14.

Adaletli olun...” buyrulmuştur⁹⁸. İslam Hukukunun ana kaynakları olan Kuran’ı Kerim ve sünnette adaletin önemi sıklıkla vurgulanmış, adaletin tesisi devletin en önemli görevlerinden birisi olarak tanımlanmış, adaletin tesisi övülüp ödüllendirilirken, adaletsizlik ise kötülenmiş ve cezalandırılmıştır⁹⁹.

Değindiği üzere İslam hukukunda, adalet kavramı çok yüceltilmiştir. Bu nedenle, adaletin tesisinde başat aktör olan hakime, yargı görevini yaparken müdahale edilemeyeceği kabul edilmiş, böylece hakimin bağımsızlığı vurgulanmıştır¹⁰⁰. Suç ve cezada kanunilik, suç ve cezanın şahsiliği, alenilik, suçta uygulanacak cezanın orantılı olması, şüpheden sanığın yararlanması gibi ceza hukukunun temeli olan ilkeler Avrupa Ceza Hukukundan çok daha önce İslam Ceza Hukukunda yer almıştır¹⁰¹.

Osmanlı Devleti; yargı teşkilâtını oluştururken, kendinden önceki İslâm devletlerinin yargı sistemini model olarak almıştır. İslâmın ilk dönemlerinden itibaren ortaya çıkan; Emevi, Abbasi ve Selçuklu Devletleri zamanında gelişerek kurumlaşan İslâm yargı teşkilâtı, Osmanlı yargı teşkilâtının oluşumuna da kaynaklık etmiştir¹⁰². Yargı teşkilâtının birinci aktörü olan kadılar, buldukları yerdeki devlet görevlilerinden bağımsız olarak görevlerini icra etmişlerdir. Bu nedenle kadılar ile, buldukları yerdeki görevliler arasında bir altlık-üstlük ilişkisi oluşmamış, her bir görevli bir diğerinden bağımsız olarak kendi işini yapmıştır¹⁰³.

Osmanlı yargılamasında, beraat-i zimmet asıldır¹⁰⁴, şek ile yakın zail olmaz¹⁰⁵, açık soruşturma, hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, davaya bakacak mahkemenin tayini, duruşmada bizzat hazır bulunma hakkı, yargılamanın hakim huzurunda yürütülmesi, hakikatin araştırılması, karar açıklanırken davanın taraflarının hazır bulunması, yargılamada çabukluk ve ucuzluk ilkeleri uygulansa da, söz konusu ilkelerin tam manasıyla ve sistemli bir biçimde uygulandığını

⁹⁸ Yazır/Elmalı Hamdi, “Kuran’ı Kerim ve Türkçe Meali”, Sefa Yayıncılık.

⁹⁹ Atalay/İbrahim Orkun, “Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme”. EÜHFD, C. XI, Sayı 3-4, Yıl 2007, Sayfa 239.

¹⁰⁰ Yüksel, s. 27.

¹⁰¹ Kaşıkara, kitap, s. 55.

¹⁰² Durhan/İbrahim, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler”, EÜHFD, C. XII, S. 3-4 (2008), Sayfa 55.

¹⁰³ Koç/Tuğluca, s. 15.

¹⁰⁴ Masumiyet karinesi; suçluluğu sabit oluncaya kadar herkes masumdur.

¹⁰⁵ Ortada herkesçe bilinen ve kesin olan bir vakıa varsa, bu şüpheyile ortadan kalkmaz.

söylemek mümkün değildir. Ancak söz konusu uygulamaların, dönemine göre oldukça ileri düzeyde olduğunu söylemek kanımızca mümkündür¹⁰⁶.

Bilindiği üzere Osmanlı Hukuku'nun temeli İslam Hukuku'dur. Ancak zaman zaman padişahlar tarafından kanunname adıyla örfi hukuk alanında düzenlemeler yapılmıştır. Temel hak ve özgürlükler alanında dünyada yaşanan gelişmeler Osmanlı Devleti'ni de etkilemiş, bu etkileşim ülkenin içinde bulunduğu sıkıntılarla birleşince Kasım 1839 tarihinde Tanzimat Fermanı ilan edilmiştir. Bu ferman, temel hak ve özgürlükler alanında yaşanan önemli bir gelişme olup, bazı yazarlarca ilk temel haklar beyannamesi olarak nitelendirilmektedir. Ferman ile, en temel insan hakları olan can, mal ve namus güvenliği, kişi güvenliği, yargılanmadan kimsenin cezalandırılmayacağı, din ayrımı yapılmaksızın herkesin eşit olduğu gibi ilkeler getirilmiştir¹⁰⁷.

Bu düzenlemeye göre, kimse, açık bir yargılama ile yargılanmadan hakkında idam veya diğer bir ceza uygulanamayacaktır. Buradan, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan "açıklık/alenilik/umumilik" ilkesinin varlığı sonucuna ulaşabiliriz¹⁰⁸. Tanzimat dönemi, dünyada yaşanan gelişmelere paralel olarak Türk hukuk sisteminde de temel hakların korunması konusunda önemli reformların gerçekleştirildiği bir dönemdir. Bu kapsamda, başta açık bir yargılama yapılmadan kimsenin cezalandırılmayacağı şeklindeki temel ilke olmak üzere, kişi özgürlük ve güvenliğinin korunabilmesi için ceza yargılamasına ilişkin kuralların da yer aldığı düzenlemeler yapılmıştır¹⁰⁹.

Tanzimat döneminde hukuk alanında yapılan değişikliklerin önemli bir özelliği geçiş dönemini yansıttır. Bu dönemde oluşan birikim ve tecrübe neticesinde Cumhuriyet dönemindeki hukuk inkılabının yapılması ve bu inkılabı hazırlayacak kişilerin yetişmesi kolaylaşmış, bu dönemdeki kısmi iktibaslar, sonraki dönemdeki külli iktibaslara uygun zemin hazırlamıştır. Avrupa devletlerinin XIX. yüzyılda yaşadığı yoğun kanunlaştırma tecrübesinin, Osmanlı Devleti'ne de taşındığını görmekteyiz. Batılı ülkelerin kendi ihtiyaç ve dinamiklerinin eseri olan bu kanunlaştırma geleneğini, Tanzimat sonrası yapılan

¹⁰⁶ Çayan, s. 16.

¹⁰⁷ Konan/Belkıs, "İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sayı 4, Sayfa 275.

¹⁰⁸ Kaşıkara, kitap, s. 57.

¹⁰⁹ Sınar, s. 215.

kanunlaştırmalarda benimseyen ve bazen yeterli altyapı ve uygulama zemini oluşturmadan alan Osmanlı Devleti, yer yer millî ihtiyaçlar ve beklentilere uygun olmayan ve sorunlar çıkaracak uygulamalara da gitmiştir¹¹⁰.

Tanzimat dönemindeki kanunlaştırma hareketlerine, 1840 (1256) yılında çıkarılan ceza kanunu ile başlanmıştır. Suç ve cezalarda yasallık (kanunilik) ilkesiyle bağdaşmayan “*ta'zir suç ve cezaları*”nın yol açtığı güvensizlik ortamı giderilmeden yapılacak yenileşme hareketlerinin olumlu bir sonuç vermeyeceği, Fermana açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle Tanzimat döneminde çıkarılan ilk yasa, ceza hukuku alanında olmuştur¹¹¹. Her ne kadar kanun basit bir şekilde düzenlenmiş ve temel ihtiyaçlara cevap vermekten uzak ise de, yapılan düzenlemenin en önemli yanı, devletin sınırları içinde yaşayan herkesin, din, köken, mezhep vb. ayrımlara bakılmaksızın kapsama dahil edilmesidir. Bu durum, kanunun birinci faslının birinci maddesinde “*dağdaki çobanla vezirin bir tutulacağı*” hükmü getirilerek ifade edilmiş olup, bu anlayış hukuk devleti ilkesinin de temelini oluşturmaktadır¹¹².

Bu bağlamda yapılan diğer bir düzenleme ise Kanun-i Cedit'tir. Önceki kanunun biraz geliştirilmiş biçimi olan bu kanun, bir mukaddime ve üç büyük fasıldan meydana gelmiş olup, 15 Ramazan 1267/ 14 Temmuz 1851 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Toplam 43 madde olan bu ceza kanununda, sırasıyla can emniyetine, malın muhafazasına ve ırz ve namusun korunmasına yönelik maddelere yer verilmiştir¹¹³.

Tanzimat Fermanından sonra temel hak ve özgürlükler alanında yaşanan en önemli gelişme 1856 yılında ilan edilen Islahat Fermanıdır. İçerik itibariyle anayasal nitelikte denilebilecek olan bu ferman ile Osmanlı Devletinde yaşayan tüm bireylere, o dönem Avrupa ülkelerinde tanınan hakların çoğu tanınmış, Tanzimat Fermanı ile getirilen düzenlemelere yeni eklemeler yapılarak kapsam genişletilmiştir¹¹⁴.

¹¹⁰ Akgündüz/Said Nuri, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, dergiabant (AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi), Güz 2016, Cilt:4, Sayı:8, Sayfa 3.

¹¹¹ Durhan, s. 60.

¹¹² Sınar, s. 216.

¹¹³ Akgündüz, s. 7.

¹¹⁴ Kaşıkara, kitap, s. 57.

13 Kasım 1975 tarihli Adalet Fermanı, “*azledilmezlik, yer değiştirmeme ve emeklilik*” gibi yargıçlar hakkında getirdiği güvenceler dolayısıyla, adil yargılanma hakkı bakımından kıymetli yenilikler getirmiřtir¹¹⁵. Adalet fermanında ifadesini bulan bu güvenceler, kısa bir süre sonra yürürlüğe giren ve Osmanlı Devleti’nin ilk anayasası kabul edilen Kanun-i Esasi’de yer almış ve dolayısıyla anayasal bir değer kazanmıřtır¹¹⁶.

1876 yılında Türklerin ilk anayasası olarak adlandırılan Kanun-i Esasi kabul edilmiştir. Kanun-i Esasi’de yargılamanın adil olması için yargıçlara azledilemezlik, yer değiştirmeme ve emeklilik gibi hususlarda güvence verilmiş, ayrıca kanuni hakim güvencesi ilk kez anayasal bir hüküm olarak düzenlenmiřtir¹¹⁷. Kanun-i Esasi’nin 83. maddesine göre, “*herkes mahkeme huzurunda haklarını koruma açısından gerekli gördüğu her türlü meşru araçtan faydalanabilme hakkında sahiptir.*” Kanun-i Esasi, adil yargılanma ilkesi bakımından önemli bir adım sayılmaktadır. Ancak o zamanki koşullar sebebiyle ilanından bir yıl sonra, ne yazık ki, askıya alınarak 32 yıl boyunca uygulama alanı bulamamıřtır¹¹⁸. Kanun-i Esasi’de, temel hak ve özgürlükler geniş bir liste halinde yer almış olup bu düzenlemenin olumu yanıdır; ancak liste halinde sayılan bu hak ve özgürlüklerin yasalarla düzenleneceği belirtilmiş, bu durumda hakların tanınması padişahın takdirine bırakılmış olup bu da düzenlemenin eksik yanıdır¹¹⁹. Kânûn-i Esâsî, ceza muhakemesiyle ilgili olarak, savcılık müessesesinden söz etmiş; şahsi hürriyetin her türlü taarruzdan masûn olduğu, suçların kanuniliği, kanun önünde herkesin eşit olduğu, duruşmanın aleniliği, işkencenin yasak olduğu, mahkemelerin bağımsızlığı gibi bazı ilkelere dair hükümler sevk etmiřtir¹²⁰.

Kanun-i Esasi’den sonra ceza muhakemesi alanında yapılan en önemli düzenleme 25 Haziran 1879 tarihli Usûlü Muhakematı Cezaiye (Ceza Muhakemesi) Kanunu’dur. Bu kanun 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi

¹¹⁵ Kaşıkara, kitap, s. 58.

¹¹⁶ Çırak, s. 16.

¹¹⁷ Çayan, s. 16.

¹¹⁸ Kaşıkara, kitap, s. 59.

¹¹⁹ Çırak, s. 16.

¹²⁰ Akgündüz, s. 13.

Kanunu'nun Türkçeye iktibas edilmesi ile oluşturulmuştur¹²¹. Nizâmiye mahkemelerinde görülen ceza davalarında uygulanacak hükümleri tanzim eden kanun 2 kitap ve 487 maddeden oluşmaktadır. Şer'i hükümlere riâyet endişesi güdülmeden hazırlanan bu kanunun en önemli özelliği müddeiumumilik müessesesini ayrıntılı bir şekilde düzenliyor oluşudur. Bu kurumun varlığı daha önceki bazı kanun ve nizamnâmelerde de yer almakla birlikte, müddeiumumilik geniş ve ayrıntılı bir şekilde bu kanunda düzenlenmiştir¹²².

Millet Meclisi Dönemi'nde kabul edilen 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda adil yargılanma hakkına dair düzenlemeler bulunmamaktadır. Fakat Teşkilat-ı Esasi, değişik 1876 tarihli Kanun-i Esasi'yi yürürlükten kaldırmadığından bu dönemde Kanun-i Esasi de yürürlükte kalmaya devam etmiş ve Kanun-i Esasi'de yer alan adil yargılanmaya ilişkin hükümler Teşkilat-ı Esasi döneminde de geçerliliğini korumuştur¹²³.

1.2.2.Cumhuriyet Dönemi Hukuk Sisteminde Adil Yargılanma Hakkı

1.2.2.1.1924 Anayasası

Kurtuluş Savaşından başarıyla çıkan genç Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk anayasasında Fransız İhtilali'nin etkilerini görmek mümkündür. Bu anayasaya hakim olan felsefe, ulusun, meclis ile tecessüm ettiği şeklindeki anlayıştır. Bu anlayışın etkisiyle ulus ve meclis bir bütün olarak düşünülmüş, meclis, ulus adına tüm hakların sahibi ve koruyucusu olarak kabul edilmiştir¹²⁴. 1924 Anayasası'nda yargı için “*kuvvei kazaiye*” tabiri kullanılmış¹²⁵, yargı kuvveti 53-60. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹²⁶. Kendisinden sonra gelen anayasalardan farklı olarak 1924 Anayasası kuvvetler birliği ilkesini kabul etmiş ve tüm kuvvetleri, egemenliğin tek temsilcisi kabul ettiği Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde toplamıştır. Bu kapsamda, anayasanın 5. maddesi, yasama ve yürütme görevlerini

¹²¹ Sınar, s. 218.

¹²² Akgündüz, s. 13.

¹²³ Çayan, s. 16.

¹²⁴ Yüksel, s. 29.

¹²⁵ Odyakmaz/Zehra, “Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı 25, Yıl 2008, sayfa 159.

¹²⁶ Yavuz, s. 127.

TBMM'ye vermiş¹²⁷, 8. maddede yargı için “*hak*” deyimini kullanarak, kaza hakkının, millet adına, bağımsız mahkemelerce kullanılacağını kabul etmiştir¹²⁸.

Her ne kadar 1924 Anayasası'nın 8. maddesinde yargı hakkının millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı şeklindeki hüküm, anayasanın kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsediği gibi bir izlenim doğmasına neden olmakta ise de¹²⁹, bu anayasada mahkemelerin bağımsız olduğu konusunda bir hükme yer verilmemiş, bağımsızlığı sağlayacak teminatlar gösterilmemiştir¹³⁰. Buna rağmen, 1924 Anayasası'nın 4. faslında yer alan 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 ve 60. maddeleri, “*hakimlere müdahale edilemezliği, hakimlerin azledilebilmelerinin zorluğu, açıklık ilkesi, savunma hakkı*” ile ilgili düzenlemeler, adil yargılanma hakkı bakımından önemlidir¹³¹. Ancak değinildiği üzere, anayasada, mahkemelerin bağımsızlığına ve hakim teminatına ilişkin bir hüküm öngörülmemiş, bu konuda yasalarla düzenleme yapılacağı belirtilmiş olup, bu husus yargı bağımsızlığı yönünden ciddi sakıncalar doğurmuştur.

1.2.2.2.1961 Anayasası

1924 Anayasası'nın kuvvetler ayrılığı prensibini kabul etmeyip özellikle yasama ve yürütme yetkilerini tek elde toplaması ve bu durumun yarattığı olumsuzluklara bir tepki olarak hazırlanan 1961 Anayasası'nda insan haklarına özel bir vurgu yapılmış¹³² ve anayasanın “*Cumhuriyetin Nitelikleri*” başlıklı 2. maddesinde, “*insan haklarına dayalı devlet*” denilerek bu durumun altı çizilmiştir¹³³. Ayrıca 1961 Anayasası ile iki kanatlı parlamento oluşturulmuş, Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve erkler ayrılığı yumuşak olan parlamenter rejim öngörülmüştür¹³⁴.

Temel hak ve hürriyetlerin daha kapsamlı ve sistemli olarak düzenlendiği 1961 Anayasası'nda; mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, kanuni

¹²⁷ Özkul/Fatih, “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2016, Sayı 3, s. 217.

¹²⁸ Özbudun/Ergun, “Anayasalcılık ve Demokrasi”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Mart 2017, s. 62.

¹²⁹ Sınar, s. 219.

¹³⁰ Çayan, s. 17.

¹³¹ Kaşıkara, kitap, s. 62.

¹³² Sınar, s. 219.

¹³³ Kaşıkara, kitap, s. 62.

¹³⁴ Özkul, s. 221.

hakim, aleni yargılama gibi adil yargılanma hakkına ilişkin temel ilkeler güvence altına alınmıştır¹³⁵. 1924 Anayasasında “*hak*” olarak tanımlanan yargı, 1961 Anayasası’nın 7. maddesinde, “*yetki*” olarak tanımlanmış ve bu yetkinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilmiştir. Aynı maddede, hakim bağımsızlığına vurgu yapılmış, hakimlerin Anayasa’ya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtildikten sonra azledilememe, istekleri olmaksızın emekliye sevkedilememe, aylıklarından yoksun bırakılmama gibi güvencelere yer verilmiştir¹³⁶.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması, bu yolla adil yargılanma hakkının sağlanması konusunda 1961 Anayasası ile atılan adımların en önemlilerinden birisi Anayasa Mahkemesi’nin kurulması olmuştur¹³⁷. 1961 Anayasası’nın en önemli özelliği, mahkemelerin bağımsızlığını ifade etmenin ötesine geçerek, bağımsızlığın sağlanması ve korunması konusunda görev üstlenecek kurum ve kuruluşları oluşturmasıdır. Nitekim bu kapsamda, hakimlerin atanması, disiplin işlemleri gibi görevleri ifa etmek üzere Yüksek Hakimler Kurulu kurulmuş, bu kurulun yüksek hakimlerden oluşacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa’da öngörülen yargı bağımsızlığı sözde kalmamış, oluşturulan kurumlarla desteklenmiştir.

12 Mart 1971 Muhtırasından sonra, 1961 Anayasası’nın bazı hükümleri değiştirilmiştir. 1961 Anayasası’nın “*tabii yargı yolu*” başlıklı 32. maddesi, 20 Ekim 1971’de yapılan düzenleme ile değiştirilmiş, daha önce var olan tabii hakim ilkesi yerine kanuni hakim ilkesi kabul edilmiştir¹³⁸. Sıkıyönetim mahkemelerinin kurulmasının önünü açabilmek için yapılan ve Anayasanın ruhundan sapma olarak nitelendirilebilecek olan bu değişiklikler ile evrensel hukukun ve adil yargılanma hakkının en önemli ilkelerinden birisi olan tabii hakim ilkesi zayıflatılmış, temel hak ve özgürlükler alanında geriye bir gidiş yaşanmıştır¹³⁹.

1.2.2.3.1982 Anayasası

¹³⁵ Çayan, s. 17.

¹³⁶ Yüksel, s. 30.

¹³⁷ Kaşıkara, kitap, s. 63.

¹³⁸ Kaşıkara, kitap, s. 65.

¹³⁹ Yüksel, s. 30.

1980 askeri müdahalesi öncesi yaşanan siyasi ve toplumsal kaos yüzünden, 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndaki kurumlara karşı bir tepki niteliğinde belirmiş, yeni anayasada, devletin birliği ve korunması, vatanın ve milletin bölünmezliği ilkeleri ön plana çıkmıştır¹⁴⁰.

Yukarıda ayrıntılarıyla belirtildiği üzere, 1961 Anayasasında Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına dayalı bir devlet olduğu belirtilmiş ve bu özellik Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır. Ancak 1982 Anayasası, devleti insan haklarına dayalı olmaktan çıkarmış, bu ifadenin yerine, "*insan haklarına saygılı devlet*" ifadesini kullanmıştır¹⁴¹. Devletin insan haklarına dayalı olmaktan çıkarılıp, bu haklara saygılı olması yönündeki bakış açısı farklılığı, 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlandırıcı tutumunun en önemli göstergesi ve nedeni olmuştur¹⁴².

Bununla birlikte hak arama hürriyeti, yasal yargıç güvencesi, suç ve cezalara ilişkin temel ilkeler, ispat hakkı, tutuklanan kişinin adil ve hakkaniyete uygun olarak makul sürede yargılanması, hakimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, (3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrası) adil yargılanma hakkı Anayasa'da yer almıştır¹⁴³. Bilindiği üzere adil yargılanma hakkı AİHS'nin 6. maddesinde yer almaktadır. AİHS, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 Sayılı Kanun ile onaylanıp yayımlandığı için, 1982 Anayasası'nın 90. Maddesi doğrultusunda iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş ve bağlayıcı özellik kazanmıştır. Buna rağmen, bu hakkın anayasa metnine alınması, hakka verilen önemi göstermesi bakımından önemli olmuştur¹⁴⁴.

2.ADİL YARGILANMA HAKKI KAVRAMI, UYGULAMA ALANI VE UNSURLARI

2.1.Kavram

¹⁴⁰ Kırmaz, s. 83.

¹⁴¹ Kaşıkara, kitap, s. 66.

¹⁴² Sınar, s. 220.

¹⁴³ Çayan, s. 17.

¹⁴⁴ Yüksel, s. 31.

“Adil¹⁴⁵” ve “adalet¹⁴⁶” kavramları, öylesine önemli bir nitelik arz etmektedir ki; hayatın çoğu yerinde bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Gerek sosyal yaşamda, gerek yasalar ve düzenlemeler yoluyla, gerekse de bir ahlaki tutum tarzı olarak (hem içsel, hem de dışarıdan gelebilen itki/etki halinde) varlığı göze çarpar¹⁴⁷.

Adil yargılanma hakkı konusunda ittifakla bir tanım vermek mümkün değildir. Zira adil yargılanma hakkı, yargılamaya ilişkin birçok parametreyi bünyesinde barındırır. Aynı şekilde söz konusu hak, farklı devletlerin iç hukukunda farklı terminoloji kullanılarak ifade edilmiştir¹⁴⁸.

Türkiye’nin taraf olduğu AİHS’nin 6. maddesi adil yargılamayı tanımlamaktadır. Sözleşmenin 6. maddesi, adil yargılamayı tanımlarken, “adalet” kavramının karşılığı olan “justice¹⁴⁹”den yola çıkmamaktadır. Maddedeki anahtar kelime “fairness¹⁵⁰” (Fransızca metinde equitabement), Türkçe anlamıyla “hakkaniyet¹⁵¹”tir. Sözleşmenin resmi çevirisinde de maddenin içinde geçen “fair hearing¹⁵²” kavramının karşılığı olarak “hakkaniyete uygun dinlenme” kavramı kullanılmıştır. Fakat “fair hearing” kavramı 6. maddede yer alan pek çok hak ve ilkeden sadece biridir, bu nedenle, maddenin bütünü ele alınırken İngilizce yayınların çoğunda “fair trial¹⁵³” kavramı kullanılmaktadır¹⁵⁴.

Adil yargılanma hakkı BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 10. maddesinde düzenlenmiş, daha sonra bu maddeden esinlenilerek ve kapsamı daha

¹⁴⁵ “Adil; Doğruluktan ayrılmayan, adaletli, adalete uygun olarak iş gören kişi”. Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sitesi, www.tdk.gov.tr, erişim tarihi 01.12.2017.

¹⁴⁶ “Adalet; 1. Yasalarla sahip olunan hakların herkes tarafından kullanılmasının sağlanması, türe. 2. Hak ve hukuka uygunluk, hakkı gözetme. 3. Bu işi uygulayan, yerine getiren devlet kuruluşları. 4. Herkese kendine uygun düşeni, kendi hakkı olanı verme, doğruluk.”, www.tdk.gov.tr, erişim tarihi 01.12.2017.

¹⁴⁷ Kaşıkara, kitap, s. 7.

¹⁴⁸ Doğru/Osman, Nalbant/Atilla, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar”, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi Yayınları, Yıl 2012, Sayfa 609.

¹⁴⁹ Justice; “tarafsızlık, adalet, hakça davranış”, Oxford Dictionary, www.dictionary.cambridge.org, erişim tarihi 01.12.2017.

¹⁵⁰ Fairness; “adil olma, dürüstlük, iyilik, doğruluk, hakkaniyet”, www.dictionary.cambridge.org, erişim tarihi 01.12.2017.

¹⁵¹ Hakkaniyet; “Hak ve adalete uygunluk, doğruluk, nasfet: *Bunu burada hakkaniyet borcu olarak belirtmeliyiz.* -H. Taner.”, www.tdk.gov.tr, erişim tarihi 01.12.2017.

¹⁵² Fair hearing; “dinlenme fırsatı/şansı, kendini anlatabilme fırsatı”, www.dictionary.cambridge.org, erişim tarihi 01.12.2017.

¹⁵³ Fair trial; “adil yargılama”, “www.zargan.com”, erişim tarihi 01.12.2017.

¹⁵⁴ İnceoğlu, s. 2.

da genişletilerek AİHS'in 6. maddesine konu edilmiştir. Ancak kavramın dinamik özelliği ve AİHM'nin özgürlükçü yaklaşımı gereği hakkın kapsamı sürekli genişletilmiştir. AİHM de verdiği kararlarında, adil yargılanma hakkının insan hak ve özgürlüklerinin temeli olduğunu, bu nedenle dar yorumlanmasının sözleşmenin temel amacına aykırı düşüğünü belirtmiştir¹⁵⁵. Bu maddenin getirdiği güvenceler konusunda önceki zamanlarda “*adaletin dürüst yönetimini isteme hakkı*”, “*hakkaniyete uygun/adil dinlenilme hakkı*” gibi terimler kullanılmış, ancak Ek 11 no.lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle birlikte, “*adil yargılanma hakkı*” kullanımı, madde başlığı olarak kabul edilmiştir¹⁵⁶.

Bu kavram Türk öğretisinde ise, “*doğru yargılama*”, “*adil yargılama hakkı*”, “*dürüst muhakeme*”, “*doğru(adil) ve güvenli yargılanma hakkı*”, “*adil (veya dürüst) yargılanma hakkı*” gibi terimlerle ifade edilmektedir. Fakat en çok kullanılan ibare ise “*adil yargılanma hakkı*”dır¹⁵⁷.

1982 Anayasası'nda kavrama ilişkin bir tanım verilmemiş, ancak hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesinde kavramdan “*adil yargılanma hakkı*” olarak söz edilmiştir. Nitekim maddede, herkesin yasalarca kabul edilen meşru usulleri kullanmak suretiyle yargı mercileri önünde hakkını arayabileceği, bu kapsamda davacı ve davalı olarak iddia ve savunmalarını ileri sürebileceği ve adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu kavramı “*adil yargılanma hakkı*” olarak tanımlamakta ve kabul etmektedir¹⁵⁸.

Hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve adil yargılama görevi birbiriyle ilişkili kavramlardır. Hatta, adil yargılanma ve yargı makamlarının adil yargılama yapma görevi, hak arama özgürlüğünün uygulamaya yönelik uzantısı denilebilir. Dönmezer'in de belirttiği gibi, adil yargılanma için sonucun adil olması yetmez, adil sonuca giderken kullanılacak olan yolların da dürüst ve adalete uygun olması gerekir. Aksi halde, dürüst yöntemler kullanılmadan,

¹⁵⁵ Çırak, s. 19.

¹⁵⁶ Taşdelen/Okan, “Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi, Sayfa 989.

¹⁵⁷ Turan/Hüseyin, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2016, Sayfa 60.

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 2012/917 bireysel başvuru no.lu, 16.04.2013 tarihli kararı, Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 01.12.2017.

örneğin işkence ile alınan ifade sonrasında verilen karar doğru olabilir. Ama bu dürüst ve doğru bir yargılama olmaz¹⁵⁹.

2.2.Kapsamı ve Uygulama (Koruma) Alanı

2.2.1.Genel Olarak

Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14'ncü maddesinde, herkesin, tarafı olduğu davaların, yasa hükmü ile kurulmuş, bağımsızlık ve tarafsızlığa sahip mahkemeler tarafından, adalete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, anlaşmanın adil yargılanma hakkına ilişkin hükümleri hem ceza yargılamasında, hem de hukuk yargılamasında uygulanabilecek niteliktedir¹⁶⁰.

AIHS'nin 6/1. maddesinde ise, herkesin, kişisel hak ve yükümlülüklerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ve kendisine isnat edilen suçlamalardan dolayı yasayla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde, herkese açık olarak ve makul bir süre içinde yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir¹⁶¹. Maddede önce, sözleşme kapsamına giren hukuk ve ceza davalarında uygulanacak olan temel ilkeler belirtilmiş, ikinci ve üçüncü fıkralarda ise adil yargılanma için uygulanacak olan usuller gösterilmiştir¹⁶².

Tüm hak ve hürriyetlerin sözleşmenin koruması altında olup olmadığı, ya da hangi tür hakların koruma altına alındığı konusu tartışılmakta olup bu konuda mahkeme içtihatları önem kazanmaktadır. AIHM içtihatlarına göre sözleşme, tüm haklar bakımından adil yargılanma hakkını koruma altına almamaktadır¹⁶³.

6. madde sözleşme kapsamına giren diğer haklar için koruma kalkanı gibidir. Bu nedenle bu madde kilit ve merkezi bir öneme sahiptir. Madde, üç ayrı fıkrada pek çok hak ve ilkeyi içermektedir¹⁶⁴. Maddenin bu denli merkezi ve kilit öneme sahip olması, geniş yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Çünkü, adil

¹⁵⁹ Yüksel, s. 36.

¹⁶⁰ Çayan, s. 24.

¹⁶¹ Danıştay Resmi İnternet Sitesi, "daniştay.gov.tr", erişim tarihi 08.08.2017.

¹⁶² Yüksel, s. 38.

¹⁶³ Çelik/Abdullah, "Adil Yargılanma Rehberi", Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı 3, Sayfa 10.

¹⁶⁴ Inceoğlu/ Sibel, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 4.

yargılanma hakkı, devletin meşruiyetinin temel kaynağı olan adaleti sağlama yönündeki en kuvvetli dayanak noktalarından birisi ve dolayısıyla demokratik ve adil toplum isteğinin bir sonucudur. Bu nedenle, AİHM kararlarında da yapıldığı gibi, madde özgürlükçü bir yaklaşımla ve geniş olarak yorumlanmalıdır.¹⁶⁵. Şunu da belirtmek gerekir ki, bu madde ile sözü geçen hukuk ve ceza davalarının sadece yargılama süreci değil, olay anından kesin hükme ve hatta infaz aşamasına kadar olan tüm aşamaları koruma altına alınmıştır¹⁶⁶.

Sözleşme insan yaşamını doğrudan etkileyen haklarla ilgili düzenlemeler içermekte olup dinamik bir yapısı vardır. Bu özelliği gereği sözleşme, gelişen olaylar karşısında ve zamanın ruhuna uygun olarak yorumlanmaktadır. Ayrıca sözleşmede, kendi özerk anlamlarına sahip olan birçok terim bulunmakta olup, bu terimler adil yargılanma hakkının ruhuna ve amacına uygun olarak geniş bir anlayışla yorumlanması gerekmektedir. AİHM de bu anlayışı benimsemekte, hakkaniyet temelli olarak ve lafzi değil, amaçsal yorum yaparak madde uygulamasını genişletmektedir. Mahkemeye göre, sözleşmenin lafza bakarak ve dar olarak yorumlanması, demokratik toplumun gereklerine uygun olmadığı gibi, adil yargılanma hakkından beklenen amaçla da uyumsuz. Nitekim mahkemeye erişim, verilen kararlarının infazının sağlanması ve bu kararların kesinliği hakları, çelişmeli yargılama gibi, adil yargılanmanın unsuru sayılan bir çok hak, lâfzi olmanın aksine bağlamsal yapılan bu yorum tarzının neticesinde ortaya çıkmışlardır¹⁶⁷.

Adil yargılanma hakkının ihlali iddialarıyla ilgili olarak ülkemiz aleyhine, 2003 yılında 56, 2004 yılında 74, 2005 yılında 93, 2006 yılında 93, 2007 yılında 99, 2008 yılında 75, 2009 yılında 126, 2010 yılında 42, 2011 yılında 30, 2012 yılında 26, 2013 yılında 15, 2014 yılında 31, 2015 yılında 20, 2016 yılında 11, 2017 yılında 46 başvuru yapılmıştır¹⁶⁸. Yine Adalet Bakanlığı verilerine göre 2017 yılında en çok başvuru adil yargılanma hakkıyla ilgili olup toplam

¹⁶⁵ Altıparmak/Cüneyt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, TBB Dergisi, Sayı 63, Yıl 2006, Sayfa 244.

¹⁶⁶ Mole/Naula, Harby/Catharina, “Adil Yargılanma Hakkı”, İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3, Birinci Baskı, Ekim 2001, Sayfa 16.

¹⁶⁷ Taşdelen, s. 991.

¹⁶⁸ Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankası.

başvuruların %36'sını oluşturmaktadır. Türkiye, 2017 yılında, Rusya'dan sonra aleyhine en çok başvuru yapılan ikinci ülke durumundadır¹⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi'ne 23.09.2012-31.12.2017 tarihleri arasında toplam 173.479 bireysel başvuru yapılmış olup, bu başvuruların %65'ine karşılık gelen 161.173 tanesi adil yargılanma hakkına ilişkindir. Bu başvurularla ilgili toplam 2.536 ihlal kararı verilmiş olup, ihlal kararlarının 2.071 tanesi adil yargılanma hakkına ilişkindir. Yani verilen toplam ihlal kararının %78'i adil yargılanma hakkına ilişkindir. Adil yargılanma hakkı kapsamında verilen ihlal kararlarının %81'ine karşılık gelen 1.783 tanesi de makul sürede yargılanma hakkına ilişkindir¹⁷⁰. Gerek AİHM ve gerekse Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurulara ilişkin istatistikler, ülkemizin adil yargılanma hakkıyla ilgili parlak bir sicile sahip olmadığını göstermektedir.

Sözleşmenin 6/1. maddesinin hangi hak ve ilkeleri güvence altına aldığını belirlemeden önce, hangi türdeki dava süreçlerini kapsadığının belirlenmesi gerekir¹⁷¹. İhlal iddiasıyla AİHM'ne bireysel olarak başvurabilmek için, kişisel bir hak ve yükümlülüğe ilişkin bir uyuşmazlığın ya da bir cezai isnadın bulunması gerekir¹⁷². Dolayısıyla yapılan başvurularda maddenin uygulanma imkanının olup olmadığı öncelikli olarak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce, başvuruya konu olayda 6. maddedeki hakların uygulanabilir olup olmadığı belirlenecek, uygulanabilir nitelikte ise, bu hakların ihlal edilip edilmediği yönündeki incelemeye geçilecektir¹⁷³.

2.2.2. Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklar

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 10. maddesinde, herhangi bir tanım verilmeden ve ayırım yapılmadan tüm haklar ve yükümlülükler adil yargılanma hakkı kapsamına alınmıştır. Oysa, AİHS, tüm hak ve yükümlülükleri

¹⁶⁹ Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankası.

¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İstatistikleri, "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 26.04.2018.

¹⁷¹ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 11.

¹⁷² Turan, kitap, s. 95.

¹⁷³ Doğru/Nalbant, s. 610.

maddenin güvencesi altına almamış, sadece medeni haklar yönünden koruma getirmiştir¹⁷⁴.

Mahkemeye yapılan başvuruların çoğunluğunu, diğer maddelere oranla, sözleşmenin 6. maddesi oluşturduğundan bu madde, sözleşme sisteminde hayati bir öneme sahiptir. Sözleşmenin 6/2 ve 3. fıkraları, gerekli değişiklikler yapılmış olması dışında sadece cezai konulara inhisardır. Oysa maddenin birinci fıkrasında öngörülen teminatlar yalnızca cezai konulara özgü olmayıp bunun yanı sıra medeni haklar ve yükümlülüklerle ilişkin tüm nizalara da uygulanmaktadır¹⁷⁵. İHEB'den farklı olarak burada tüm hak ve yükümlülükler değil, sadece medeni hak ve yükümlülükler adil yargılanma hakkının kapsamına alınmıştır¹⁷⁶.

Sözleşme bazı terimleri içermekte olup, 6. maddede medeni hak ve yükümlülük kavramı ile ceza isnadı kavramlarına yer verilmiştir. Ancak ne bu maddede, ne de sözleşmenin devam eden maddelerinde bu kavramlar tanımlanmamıştır. Dolayısıyla bu kavramların ne anlama geldiği, hangi tür hak ve yükümlüklerin medeni hak olarak kabul edileceği, ya da hangi yaptırım veya iddiaların ceza isnadı kapsamına gireceği içtihatlarla belirlenecek bir alan olmuştur¹⁷⁷. Medeni hak ve yükümlülük kavramının yorumunda, başlangıçtan günümüze ciddi sayılabilecek değişiklikler olmuştur. Özellikle komisyonun ilk kararları, bu kavramı oldukça sınırlayıcı bir biçimde yorumlama eğilimi göstermekte, hatta bazen kendi içinde çelişkiler barındırmaktadır. Bugün için de, bu kavramlar sözleşme organları tarafından soyut olarak tanımlanmamaktadır. Bu nedenle, kesin bir tanımını vermek mümkün olmamakla birlikte, içtihatların biraz daha açıklık kazandığı söylenebilir¹⁷⁸. Ancak şu söylenebilir ki, bu kavramların sözleşme organlarınca yorumlanması ilerici özelliكتedir¹⁷⁹.

Sözleşmede medeni hak ve yükümlülük, ceza isnadı gibi bir çok kavram yer almaktadır. Sözleşme uygulamasında bu kavramlar, ulusal anlamlarından bağımsız otonom kavramlardır¹⁸⁰. Bu özelliği gereği, bu kavramlar tanımlanırken

¹⁷⁴ Yüksel, s. 39.

¹⁷⁵ Turan, kitap, s. 96.

¹⁷⁶ Altıparmak, s. 245.

¹⁷⁷ Kaşıkara, s. 97.

¹⁷⁸ İncoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 12.

¹⁷⁹ Mole/Harby, s. 19.

¹⁸⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 287.

taraf devletin iç hukukundaki düzenleme ve kabullere bakılarak yorumlanamaz¹⁸¹. Dolayısıyla başvuru konusu edilen hakkın medeni hak kapsamına girip girmediği belirlenirken, kavrama milli hukuktan bağımsız olarak özerk bir anlam verilmiştir¹⁸². Bu anlayış ve uygulama nedeniyle, iç hukukta, örneğin idari yargı ya da anayasa yargısının yetkili olduğu ve dolayısıyla sözleşme kapsamına girmediği kabul edilen birçok uyuşmazlık, medeni hak kapsamında değerlendirilmiş ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı doğrultusunda incelemeye tabi tutulmuştur. AİHM'nin bu yöndeki uygulaması isabetli de olmuştur. Çünkü, bu kavramlar değişik ülkelerin iç hukuklarında farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Salt iç hukuklar dikkate alınarak değerlendirme yapılacak olsa, farklı uygulamalar ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, kavramların, mahkemece yorumlanması doğru bir uygulamadır. Ancak mahkeme, bu yorumu yaparken, milli hukuklardaki yorumları da tamamen gözardı etmemektedir¹⁸³.

Sözleşmedeki kavramların özelliği ve sözleşmenin yaşayan bir metin olması nedeniyle AİHM dinamik bir yorum anlayışıyla hareket etmekte, bu kapsamda, diğer kavramlarda olduğu gibi, medeni hak ve yükümlülük kavramıyla ilgili olarak da soyut bir tanım yapmamaktadır. Maddede sözü edilen medeni hak ve yükümlülük kavramı, temel olarak özel hukuk davalarını kapsamaktadır. Ancak mahkeme, genişletici yorum yoluyla kamu hukuku niteliği ağır basan, devlet ile özel kişiler arasındaki kimi uyuşmazlıkları da bu kapsama dahil etmekte ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir¹⁸⁴. Mahkeme, Ringeisen-Avusturya davasında bir uyuşmazlığın medeni hak kapsamına girip girmediği tartışılırken konunun hangi yasa türünde düzenlendiği veya sorunu çözme konusunda hangi mercinin yetkili kılınmasının önemli olmadığını, önemli olanın, yargılama sonucunun özel hak ve yükümlülük için belirleyici olup olmadığı olduğunu belirtmiştir¹⁸⁵.

Adil yargılanma hakkını düzenleyen sözleşmenin 6/1. maddesinin uygulanabilmesi için bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre; birinci olarak bir uyuşmazlığın bulunması gerekmektedir. İkinci olarak, bu

¹⁸¹ Doğru/Nalbant, s. 611.

¹⁸² Yüksel, s. 39.

¹⁸³ Yüksel, s. 41.

¹⁸⁴ Çelik, s. 11.

¹⁸⁵ Altıparmak, s. 245.

uyuşmazlık iç hukukta tanınmış olan haklar ve yükümlülüklerle ilgili olmalıdır. Üçüncü olarak da, bu uyuşmazlık kişisel bir hakka ilişkin olmalıdır¹⁸⁶. Mahkeme, König-Federal Almanya Cumhuriyeti kararında, mahkeme önüne getirilen uyuşmazlığın kaynağı olan hakkın, kişisel/medeni hakka ilişkin olup olmadığı hususunun, taraf devletin iç hukukundaki sınıflandırmasına göre değil, hakkın esas ve doğurduğu etkilere göre belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁸⁷.

Buna göre bir hakkın medeni hak ve yükümlülüklerle dahil olabilmesi ve sözleşmenin 6. maddesinde tanınan güvencelerden yararlanabilmesi için üç koşulun kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar; 1- Hak ve yükümlülükten kaynaklı bir uyuşmazlık olması, 2-Çekişmeli olan hak ve yükümlülüğün ulusal hukukta bir dayanağının bulunması, 3-Ulusal hukukta dayanağı bulunan ve hakkında çekişme olan hak ve yükümlülüğün doğası gereği veya sonucu itibariyle medeni olmasıdır¹⁸⁸.

Hak, hukuken korunan menfaattir. Dolayısıyla beklentiler, umutlar ya da hayaller hak olarak nitelendirilemez¹⁸⁹. AİHM, kararlarında “niza” kavramını yorumlarken dar ve lafzi yorumu değil, geniş ve amaçsal yorumu tercih etmiş ve “niza” kavramının “iddia” olarak anlaşılması gerektiğini kabul etmiştir¹⁹⁰. Sözleşmenin 6. maddesinin uygulanabilmesi için, karşılıklı iki tarafı olan bir uyuşmazlık olması gerekli ve zorunludur. Dolayısıyla karşılıklı tarafları olmayan ve dolayısıyla bir uyuşmazlık da bulunmayan hallerde bu madde uygulanamayacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme içeriğinde medeni hak ve yükümlülük kavramı tanımlanmadığı gibi, bu kapsama giren uyuşmazlıkların neler olduğu da belirtilmemiştir. Mahkeme tarafından medeni hak ve yükümlülük kavramının soyut bir tanımının yapılmamış olması, bunun yerine her olayın özelliklerine göre bir sonuca varılmasının yeğlenmesinde, sözleşmeye taraf ülkelerin her birinin farklı hukuk sistemlerine tabi olmaları, bunlardan birinin diğerine tercih edilmesinin sözleşmenin kabul edilmiş sebebi ve amaçları açısından

¹⁸⁶ Doğru/Nalbant, s. 611.

¹⁸⁷ Altıparmak, s. 245.

¹⁸⁸ Çayan, s. 27.

¹⁸⁹ Turan, kitap, s. 92.

¹⁹⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 292.

bakıldığında kabul edilemeyeceği açıktır. Mahkeme tüm bunlara karşın medeni hak ve yükümlülük kapsamında olan konuları da çoğunlukla belirtmiştir¹⁹¹. Dolayısıyla AİHM, kararlarında, hangi tür uyuşmazlıkların mahkeme önüne getirilebileceği, hangi tür uyuşmazlıkların medeni/kişisel haklara ilişkin olduğu yönünde değerlendirmeler yaparken dava konusu olan uyuşmazlığın esasını dikkate almakta, bunu yaparken soyut tanımlama ve kabuller yerine, her somut olayı kendi özel koşulları içinde değerlendirmektedir¹⁹².

Hangi tür uyuşmazlıkların medeni hak olarak nitelendirileceği konusuyla ilgili olarak mahkeme herhangi bir liste vermemektedir. Ancak mahkeme, özel kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların dayandığı hak ve yükümlülükleri, medeni hak ve yükümlülük olarak değerlendirmekte¹⁹³ olup, sözleşme hukuku, ticaret hukuku, tazminat hukuku, aile hukuku, iş hukuku ve mülkiyet hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar hep bu kapsamda değerlendirilmiştir¹⁹⁴. Bu değerlendirmeler yapılırken, sözleşmenin 6. maddesinin “*özel (hukuk) hak ve yükümlülükleri*”nden (private rights and obligations) değil, “*medeni hak ve yükümlülükler*” den söz ettiği, Fransızca metinde de “*medeni hak ve yükümlülükler*” yerine “*medeni nitelikte hak ve yükümlülükler (droits et obligations de caractere civil)*” ibaresinin kullanıldığı dikkate alınmalıdır¹⁹⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere hangi tür uyuşmazlıkların medeni hak ve yükümlülük kapsamına girdiği konusunda açık bir tanımlama ve liste bulunmamaktadır. Ancak mahkeme kararlarına göre adil yargılanma hakkı kapsamına giren medeni/kişisel hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar şu şekilde sayılabilir:

1-Mülkiyet hakkı ve kullanımı ile ilgili uyuşmazlıklar,

2-Bir ticari faaliyet, sanat veya mesleğin yürütülmesi ile ilgili uyuşmazlıklar,

¹⁹¹ Turan, kitap, s. 99.

¹⁹² Demirkol/Selami, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Adil Yargılanma Hakkı”, Danıştay Resmî İnternet Sitesi, “daniştay.gov.tr”, erişim tarihi 11.12.2017.

¹⁹³ Kaşıkara/M.Serhat, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medeni Hak ve Yükümlülük Kavramı” TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4 (20 Ocak 2011), Sayfa 260.

¹⁹⁴ Altıparmak, s. 246.

¹⁹⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 288.

3-İdarenin kusurlu eylemlerinden kaynaklı zararların tazmin edilmesinden doğan uyuşmazlıklar,

4-Sosyal güvenlik ve iş hayatıyla ilgili uyuşmazlıklar,

5-Aile hukuku ile ilgili uyuşmazlıklar,

6-Kamu personeline ilişkin uyuşmazlıklar,

7-Suçtan zarar gören kişilerin ceza davasındaki menfaatlerine ilişkin uyuşmazlıklar.

2.2.3.Medeni Hak ve Yükümlülük Kapsamına Girmeyen Uyuşmazlıklar

Yukarıdan beri incelendiği üzere AİHM, hangi hakların sözleşmenin 6. maddesi kapsamına girdiği konusunda soyut tanımlamalar yapmamakta ve listeler vermemekte, aksine her davayı kendi özel koşulları içinde değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeyi yapan mahkeme, bazı hak ve yükümlülüklerin sözleşmenin 6. maddesi kapsamına girmediğini kabul etmektedir¹⁹⁶.

Mahkeme uygulamasında, medeni hak ve yükümlülük kapsamında görülmeyen ve dolayısıyla sözleşmenin 6. maddesi kapsamına girmediği kabul edilen konular şöyle sayılabilir; siyasal yaşama ilişkin haklar¹⁹⁷, yabancı uyruklu kişilerin ülkeye kabul edilmesi ve ülkeden sınır dışı edilmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar¹⁹⁸, vergi hukukundan kaynaklı bazı ihtilaflar (X v. Fransa, AİHK (1983) , Başvuru no. 9908/82)¹⁹⁹, para cezaları, devletin araştırma fonları ve kamu fonlarından yapılan bazı ödemeler, vatandaşlık, askerlik yükümlülüğü²⁰⁰, devletin eğitim verme yükümlülüğü, patent hukukundan kaynaklı ihtilaflar, mahkumların disiplini, bir kamu kurumunun tıbbi tedavi altına alma kararı, bir yargılamaya ilişkin haber yapma hakkı, pasaport talebinin reddi, bazı dernek yetkilerine ilişkin uyuşmazlıklar, devletin tek taraflı (örneğin doğal afet mağdurlarına) yardım kararına ilişkin uyuşmazlık, savaş zamanındaki yaralanmalar için yasayla

¹⁹⁶ Kaşıkara, kitap, s. 103.

¹⁹⁷ Yüksel, s. 39.

¹⁹⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 290.

¹⁹⁹ Çırak, s. 27.

²⁰⁰ Mole/Harby, s. 27.

sağlanan tazminat, bir uluslararası sözleşmenin devlet tarafından onaylanmasına, iadeye, muhakemeye ilişkin uyumsuzluklar²⁰¹.

Vergi hukukundan kaynaklı ihtilaflar genel anlamda sözleşmenin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmemektedir. Vergi ödeme yükümlülüğü, bir yönüyle mükellefin malvarlığına ilişkin unsurlar içermekte, diğer yönüyle mükellef ile vergiyi toplayan makam arasında kamusal bir ilişki doğurmaktadır. Ancak bu ilişkide vergiyi ödeyen mükellef ile, vergiyi toplayan makam arasındaki ilişkinin kamusal niteliği ağır bastığından bu ilişkiden kaynaklı uyumsuzluklarda 6. madde uygulanmaz. Ancak, vergi aslından kaynaklı ihtilaflar değil de, vergi cezasından kaynaklı bir uyumsuzluk varsa, burada sözleşmenin 6. maddesi uygulanacaktır²⁰². Yine mahkeme, vergilendirme işlemlerinden kaynaklanan maddi zararların giderilmesini amaçlayan tazminat talepleri konusunda uyumsuzluğun kişisel bir hak olduğunu belirterek bu tür uyumsuzlukların 6. madde kapsamında olduğunu belirtmiştir. Davaya bakan makamın idari bir mahkeme olması ve uyumsuzluğun kaynağının vergi uyumsuzluğuna (kamusal yetki kullanımına) dayanması, bu sonucu değiştirmemektedir. Burada, madde kapsamında olan bizzat vergi uyumsuzluğu olmayıp, bu uyumsuzluğu doğuran maddi zarara ilişkin uyumsuzluk olmasıdır²⁰³.

Yukarıda belirtildiği üzere, mahkeme, vergi aslından kaynaklı ihtilafları sözleşmenin 6. maddesi kapsamında kabul etmemekte, ancak vergi hukukundan kaynaklı olan ve idare tarafından kesilen vergi cezalarını bir suç isnadı olarak kabul ederek 6. madde kapsamında değerlendirmektedir. Mahkeme Georgiou - İngiltere davasında bu hususu değerlendirmiştir. Bu olayda, başvuru kendisi hakkında kesilen vergi aslı ile buna bağlı vergi cezasının mahkeme önünde tartışılmadığını, dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştü, mahkeme, başvurunun niteliği itibarıyla hem suç isnadına dayalı iddialara, hem de suç isnadı olmayan iddialara dayandığını, ancak suç isnadı olan ve olmayan bölümleri ayırmanın zor olduğunu, bu durumda ihtilafın bütünüyle değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Yani mahkeme, vergi aslı ile vergi cezalarına karşı birlikte dava açılması durumunda, adil yargılanma hakkının,

²⁰¹ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 61.

²⁰² Doğru/Nalbant, s. 615.

²⁰³ Turan, kitap, s. 106.

ayrım yapılmaksızın davanın bütünü hakkında uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Burada şöyle bir sorun çıkmaktadır; vergi suçu işlemeyen kişi, 6. maddenin korumasından yararlanamayacak, ancak vergi suçu işleyen kişi, hem işlediği vergi suçu ve hem de verginin aslı bakımından adil yargılanma hakkından yararlanabilecektir²⁰⁴.

Siyasal yaşama ilişkin hak ve yükümlülükler de, mahkeme uygulamasına göre, sözleşmenin 6. maddesi anlamında değerlendirilemeyecektir. Çünkü aday olma, oy verme gibi haklar, siyasal yaşama ilişkin haklar olup, kişisel/medeni hak olarak nitelendirilemez²⁰⁵. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla önüne getirilen bir davada Refah Partisi'nin kapatılması davasını inceleyen mahkeme, başvurunun dayanağı olan hakkın siyasi bir hak olduğunu, medeni hak olmadığını, kapatılan partinin mallarının hazineye geçmesinin hakkın niteliğini değiştirmedeğini, bu nedenle sözleşmenin 6. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir²⁰⁶.

Sözleşme'nin 6. maddesi, sadece yargılama aşamasıyla değil, hükümden sonraki aşamalarda ve hatta verilen kararın icrası aşamasında da uygulanır. Çünkü hükmün infazı aşaması, verilen kararın ayrılmaz ve bütünleyici bir parçasıdır. Ancak, uyuşmazlık kesin hükümlerle çözümlendikten sonra yargılamanın yenilenmesi hususunda yapılan başvurularda madde uygulanamaz (Sablon, §86)²⁰⁷. Mahkeme, Hornsby-Yunanistan davasında, verilen kararın infazı hususunu değerlendirmiş, eğer taraf devletin iç hukukuna göre verdiği ve usullere göre kesinleşmiş bir hüküm infaz edilemiyorsa, adil yargılanma hakkının hayali olmaktan öteye geçmeyeceği ve bu durumun sözleşmenin 6. maddesine aykırı olduğu kabul edilmiştir²⁰⁸.

2.2.4.Suç İsnadı

2.2.4.1.Kavram

Sözleşmenin 6. maddesindeki usulü güvencelerden yararlanma koşulu yalnızca medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin değildir; bununla birlikte 6.

²⁰⁴ Kaşıkara, makale, s. 281.

²⁰⁵ Doğru/Nalbant, s. 615.

²⁰⁶ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 61.

²⁰⁷ Doğru/Nalbant, s. 616.

²⁰⁸ Mole/Harby, s. 17.

maddenin uygulandığı diğer bir alan daha vardır ki o da suç isnadıdır²⁰⁹. Kişi, bir suç işlediği yönünde bir ithama maruz kalmasından itibaren, sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen güvencelerden yararlanabilecektir²¹⁰.

Mahkeme, medeni hak ve yükümlülüklerin ne olduğu hususunu değerlendirirken, iç hukuklardaki tanımlamalara bakmayıp kendi yorumunu yapma şeklindeki yaklaşım ve uygulamasını suç isnadı kavramı yönünden de yapmakta, dolayısıyla bu kavramı özerk olarak yorumlamaktadır²¹¹. Dolayısıyla mahkeme uygulamasında suç isnadı kavramı, taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde kullanılan sınıflandırmalardan ayrı ve özerk bir anlama sahiptir (Adolf, §30)²¹². Ancak mahkeme, kişiye yöneltilen isnadın, sözleşmenin 6. maddesi anlamında bir suç isnadı olup olmadığını değerlendirirken, yine de ulusal hukukları gözetmekte, iddia olunan suçun iç hukukta nasıl sınıflandırıldığı, nasıl bir ceza öngörüldüğü, cezanın ağır olup olmadığı gibi hususları incelemektedir²¹³.

Otonom yorum prensibi uyarınca AİHM, dava konusu olayı ulusal nitelendirmelerden farklı ve bağımsız bir biçimde her somut olaya özgü olarak değerlendirmektedir²¹⁴. Deweer/Belçika kararında mahkeme, isnat kavramı değerlendirilirken lafızla bağlı kalınmaması, lafzın ötesine geçilerek davanın gerçeklerinin dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir²¹⁵. Böyle uygulama yapılmaması durumunda, davalı üye devletin iç hukukundaki suça ilişkin sınıflandırması belirleyici olacak ve bu durumda bir devletin sözleşmeden doğan adil yargılama ve (7. maddede yer alan ceza kanunlarının geriye yürümezliğine ilkesine ilişkin) yükümlülüğünü kendi takdir alanında tutma özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu durum aynı zamanda sözleşmenin uygulanmasını bir devletten diğerine geçişir hale getirecek ve uygulama birliği sağlanamayacaktır²¹⁶.

Kişinin bir suçla itham edilmesi, “*bir suç işlediği yönünde hakkında iddia bulunduğu resmi makamlar tarafından o kişiye bildirilmesi*” olarak

²⁰⁹ Turan, kitap, s. 112.

²¹⁰ Yüksel, s. 41.

²¹¹ İnceoğlu, Adil Yargılama Hakkı, s. 83.

²¹² Doğru/Nalbant, s. 616.

²¹³ Çelik, s. 11.

²¹⁴ Çayan, s. 37.

²¹⁵ Mole/Harby, s. 29.

²¹⁶ İnceoğlu, Adil Yargılama Hakkı, s. 83.

tanımlanabilir (*Deweer/Belçika kararı §42*)²¹⁷. Mahkemenin uygulamasına göre bir itham/suçlamanın var kabul edilebilmesi için önemli olan, bu suçlamanın şekli, zamanı veya bu suçlamayı yapan makam değil, yöneltilen suçlamanın içeriğidir²¹⁸.

Suç isnadı için, kişinin suç işlediğinin yetkili makam tarafından resmi olarak bildirilmesi şart değildir. Somut olayın özelliğine göre, kişinin suç işlediğinden şüphelenilmesi, böyle bir şüphe üzerine yakalanması, tutuklanması veya üstünün aranması, hakkında bir polis ya da hazırlık soruşturması açılmış bulunması, kişi hakkında etraftan bilgi toplanılması “*suçlama*” niteliğinde ve anlamındadır²¹⁹. Gümrük suçlarını inceleyen yetkililerin bir kişiden kanıt göstermesini istemesi ve banka hesaplarını dondurması²²⁰, resmi olarak bir kişiye aleyhindeki davanın bildirilmesi, polise aleyhine ihbar yapılması üzerine hakkında dosya açıldıktan sonra kişinin savunma avukatı tayin etmesi gibi örnekler mahkemenin suç isnadının varlığına ilişkin vermiş olduğu kararlardır²²¹.

Sözleşmenin güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklere zarar vermemek ve normal kullanımı etkilememek kaydıyla sözleşmeye taraf olan ülkeler, kamu yararını korumak için ceza kanunlarında herhangi bir fiili suç olarak kabul etmekte serbesttirler²²². Bu açıdan bir sınırlama yoktur. Taraf devletin iç hukukunda suç saydığı bir fiil, sözleşme uygulamasında da suçtur. Buna karşılık iç hukukun suç olarak kabul etmediği fiiller, örneğin disiplin suçları, kabahatler, idari yaptırımlar sözleşme anlamında “*ceza ithamı*” alanına dahil edilebilmektedir²²³. Nitekim mahkeme Weber/İsviçre kararında, kişiye yüklenen suçun, taraf ülkenin ceza kanununda suç olarak düzenlendiğini ve başvuruca ceza kanunlarının uygulandığını, bu durumda herhangi bir uygulanabilirlik incelemesi yapmaya gerek olmadığını, dolayısıyla bu uygulamanın adil yargılanma hakkının

²¹⁷ Çırak, s. 29.

²¹⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 293.

²¹⁹ Kaşıkara, kitap, s. 105.

²²⁰ Mole/Harby, s. 30.

²²¹ Yüksel, s. 41.

²²² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 294.

²²³ Turan, kitap, s. 114.

kapsamına girdiğini belirtmiştir (Weber/İsviçre, B. No: 11034/84, 22/05/1990, §§ 32–34)²²⁴.

Mahkeme, taraf ülkelerin bazı eylemleri suç olmaktan çıkarmasına karşı değildir. Ancak, bir eylemin ceza kanunu anlamında suç olmaktan çıkarıldıktan sonra, disiplin suçu halinde yeniden düzenlenmesi ve yaptırıma bağlanması görmezlikten gelinemez. Dolayısıyla taraf devletlerin bu yöndeki tutumları sözleşmenin konusu ve amacıyla bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. Bu durumda mahkeme, suç isnadı kavramına ilişkin benimsediği özerk yorum anlayışıyla konuyu 6. madde kapsamında inceleyebilecektir(*Öztürk, §49*)²²⁵. Bütün bunlardan çıkan sonuç şudur ki, iç hukukta suç olarak düzenlenip ceza yaptırımına bağlanan bir suç isnadının varlığı halinde 6. madde uygulanacaktır. Ancak, eylem ceza hukuku alanında bir suç olarak düzenlenmemiş de, örneğin disiplin suçu gibi düzenlenmiş ise, mahkeme iç hukuktaki sınıflandırma ile bağlı olmayacak, somut olayın özelliklerini inceleyecek, isnadın nitelik itibariyle suç isnadı olduğu kanısında varırsa disiplin yargılamasını da 6. madde kapsamında değerlendirecektir²²⁶.

Daha önce de vurgulandığı üzere, sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen güvenceler, isnatla başlar ve kesin hükümle sona erer. Ceza davasının herhangi bir gerekçe ile düşmesi veya kişinin kesinleşen hükümle mahkum olması halinde, artık ortada isnat kalmadığından 6. maddenin uygulanma imkanı da kalmaz²²⁷. *İmbrossia/İsviçre* davasında mahkeme, yargılamanın makul süre içinde bitirilmesinin adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğunu, bunun sadece yargılama süreciyle ilgili olmadığını, kişi hakkında ithamın başladığı andan itibaren bu ilkenin dikkate alınması gerektiğini, dolayısıyla kişinin isnadın yapıldığı andan itibaren sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen güvencelerden yararlanacağını belirtmiştir²²⁸.

2.2.4.2.Suç ve Cezaya İlişkin Kriterler

²²⁴ Çelik, s. 12.

²²⁵ Doğru/Nalbant, s. 616.

²²⁶ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 84.

²²⁷ Doğru/Nalbant, s. 616.

²²⁸ Mole/Harby, s. 16.

Kişi hakkındaki her türlü suçlama, sözleşmenin 6. maddesi kapsamına girmeyecektir. Bunun için, mahkemenin uygulamalarıyla ortaya çıkan bazı kriterlerin bulunması gerekir. Buna göre, bir isnadın sözleşme'nin 6. maddesi anlamında bir "suç isnadı" kabul edilebilmesi için; 1) suçun iç hukuktaki yeri; 2) suçun gerçek niteliği ve 3) suç için öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı (*Engel ve Diğerleri*, §82) hususlarının dikkate alınması gerekir²²⁹. Bu ölçütlerle ilgili mahkeme Engel kararında ayrıntılı değerlendirmeler yapmıştır. Bu nedenle bu kriterlere Engel Kriteri denilmektedir²³⁰.

1.Kriter: Eğer, mahkeme önüne getirilen somut olaya konu isnat, iç hukukta suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmış ise, burada sözleşmenin 6. maddesi uygulanacaktır. Böyle bir durumda mahkeme, aslında bu isnadın ceza hukuku anlamında suç olmadığı, disiplin suçunu oluşturduğu gibi hiçbir incelemeye girmemekte, kendini iç hukukun düzenlemesi ile bağlı saymaktadır²³¹. İsnadın iç hukukta suç olarak düzenlenmiş olması başlangıç noktası olup, bu durumda diğer kriterler varlığı aranmayacak ve bu yönde bir inceleme yapılmayacaktır²³².

2.Kriter: İç hukukta başvuru konusu eylem ceza hukuku anlamında suç olarak nitelendirilmemişse, ikinci kriter uygulamaya girecektir. Bu durumda mahkeme, isnatla ilgili iç hukukta yapılan tanımlamayla bağlı olmayacak ve isnadın özünü inceleyecektir. Bu inceleme yapılırken; söz konusu kuralın sadece belli bir grubu mu, yoksa genel olarak herkesi mi bağladığı, isnadın icra yetkileri de bulunan bir kamu organı tarafından yöneltilip yöneltilmediği, kuralın caydırma veya cezalandırma amacı bulunup bulunmadığı, ceza uygulaması yapılmadan önce kişinin suçlu olduğu yönünde bir tespit yapılıp yapılmadığı, bu eylemin Avrupa Konseyine üye olan diğer ülkelerde nasıl sınıflandırıldığı, bu eylemin ceza kanununda düzenlenmiş olan diğer suçlarla benzerliğinin olup olmadığı, bu eylemin yargılanması sırasında uygulanan usullerin ceza hukuku uygulamalarında uygulanan usullerle uyumlu olup olmadığı²³³, demokratik bir hukuk devletinde

²²⁹ Doğru/Nalbant, s. 617.

²³⁰ Turan, kitap, s. 115.

²³¹ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 85.

²³² Kaşıkara, kitap, s. 107.

²³³ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 86.

eylemın karşılığının ne olması gerektiği ve bu eylem için öngörülen cezanın orantılı olup olmadıđı²³⁴ gibi kıstaslar dikkate alınacaktır.

Bu kıstaslar bağlamında değerlendirme yapıldığında, hangi ad altında düzenlenirse düzenlensin, eğer getirilen kural herkesi bağlıyorsa cezai olarak kabul edilebilecek ve 6. maddenin korumasından yararlanabilecektir. Ancak eğer, kural herkesi değil de sadece bir kesimi, örneğin bir meslek grubunu, ilgilendiriyorsa, bu durumda kuralın suç isnadı niteliğinde olmadığı, disipline ilişkin olduğu kabul edilebilecektir²³⁵.

Mahkeme, Brandao Ferreira-Portekiz kararında, asker olan başvurucuya verilen disiplin cezasının sadece ordu mensuplarına uygulanan bir ceza olduğunu, herkes için uygulanmadığını, dolayısıyla bunun cezai nitelikte olmadığını kabul etmiştir (Brandao Ferreira v Portekiz, AİHM, 28.09.2000, Başvuru no. 41921/98, Kabul edilebilirlik kararı)²³⁶. Weber kararında ise mahkeme uygulanan yaptırımın herkesi ilgilendirdiğini, bu nedenle cezai nitelik arzettiğini kabul etmiştir. Bu davada başvurucu, kendisine yöneltilen bir hakaret olayıyla ilgili dava açmış, ayrıca konu ile ilgili kamuoyu önünde bir basın toplantısı düzenlemiştir. Bunun zerine soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla hakkında disiplin soruşturması adı altında soruşturma açılmış ve cezalandırılmasına karar verilmiřtir²³⁷. Başvuruyu inceleyen AİHM, disiplin cezalarının belli meslek grubunda bulunan kişilere uygulandığını, soruşturmaya ilişkin bilgilerin açıklanmasının, sözleşmeye taraf olan tüm devletlerde cezalandırıldığını, adli sistemin parçası olan kişilere disiplin cezası uygulanabileceğini, ancak başvurucunun adli sistemin bir parçası olmayıp sadece davanın tarafı olarak mahkemeye katılan bir kişi olduğunu, dolayısıyla adli sistem kapsamında uygulanabilecek olan disiplin suçunun muhatabı olamayacağını, bu durumda disiplin suçu olarak düzenlenen bu durumun tüm halkı etkileyebileceğini, bu haliyle yapılan uygulamanın suç kapsamına girdiđini²³⁸ kabul etmiştir.

²³⁴ ayan, s. 39.

²³⁵ Kaşıkara, kitap, s. 108.

²³⁶ ırac, s. 31.

²³⁷ Mole/Harby, s. 32.

²³⁸ Turan, kitap, s. 117.

Mahkeme Demicoli-Malta kararında da benzer bir değerlendirme yapmıştır. Bu olayda gazeteci olan başvuru, parlamentonun iki üyesi ile ilgili eleştirel nitelikli bir yazı yazmış, bunun üzerine hakkında meclise saygısızlık yaptığı gerekçesiyle ve meclis içtüzüğüne dayanılarak soruşturma başlatılmış, para cezası uygulanmıştır. Mahkeme, başvuruçunun meclis çalışanı olmadığını, uygulanan yaptırımın meclisin iç düzeni ve çalışmasıyla ilgili olmadığını, sadece meclis çalışanlarını değil, herkesi bağlayan bir düzenleme olduğunu, bu yönüyle disiplin suçu değil, cezai özellik arzettiğini, bu nedenle sözleşmenin 6. maddesi anlamında suç isnadı olduğunu ve bu maddenin uygulanabileceğini belirtmiştir²³⁹.

3.Kriter: Sözleşmenin tarafı olan ülkenin bir eylemi suç olarak düzenlemesi durumunda, mahkeme hiçbir araştırma yapmayacak ve 6. maddeyi uygulayacaktır. İlgili devletin, eylemi ceza hukuku anlamında suç olarak kabul etmeyip idare veya disiplin hukuku kapsamında değerlendirmesi durumunda, suçun gerçek niteliğine bakılacak, özü itibariyle isnadın cezai nitelikte olması halinde 6. madde hükümleri uygulanacaktır. Bu iki kriter ile belirleme yapılamaması durumunda üçüncü kriter olan yaptırımın niteliği ölçütü devreye girecektir. Buna göre, hangi ad altında düzenlense düzenlensin, kişi hakkında uygulanan ceza özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte ise, bu cezai nitelik gösterecek ve sözleşmenin 6. maddesi uygulanabilecektir (Engel ve Diğerleri, §81-82)²⁴⁰.

Mahkeme, uygulanan yaptırımın niteliğini değerlendirirken iki hususu dikkate almaktadır; birincisi cezanın niteliği ve amacı, ikincisi ise cezanın ağırlığıdır²⁴¹. Eğer cezadaki amaç caydırıcılık değil de, örneğin kimi para cezalarında olduğu gibi, zararın tazmin edilmesi ise, burada verilen ceza sözleşmenin 6. maddesi kapsamına girmeyecektir. Ancak uygulanan ceza ile kişi veya kişilerin yeniden suç işlemleri önlenmek isteniyorsa, yani amaç caydırıcılık ise, bu durumda uygulanan cezanın sözleşmenin 6. maddesi kapsamına girdiğini kabul etmek gerekecektir²⁴².

²³⁹ Çırak, s. 32.

²⁴⁰ Doğru/Nalbant, s. 617.

²⁴¹ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 95.

²⁴² Yüksel, s. 43.

Cezanın amacı kıstası, cezai müeyyidelerle saf idari müeyyideleri ayırmak için kullanılan bir kıstastır²⁴³. Öztürk davasında mahkeme, Almanya'da ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkarılmış olan dikkatsiz araç kullanma eylemiyle ilgili olarak verilmiş olan para cezasının, 6. madde bağlamında halen suç kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Mahkeme bu olayda halen bir cezayı gerektiren suç niteliğinin göstergelerinin olduğunu belirtmiştir. Bir defa, uygulaması genel kapsamlı, bir başka ifadeyle karayolunu kullanan herkese şamil olup, sadece belirli bir gruba yönelik değildir. Sonra, müeyyide olarak verilen para cezası cezalandırıcı ve caydırıcı bir niteliğe sahiptir. Keza, diğer akit devletlerin büyük bir çoğunluğunda küçük trafik ihlallerinin hala ceza davası kapsamında değerlendirilmektedir²⁴⁴.

Cezanın tür ve ağırlığı, bir başka ifadeyle cezanın sertliği de 6. maddenin suç isnadı bakımından uygulanmasını belirleyen ölçütlerden biridir. Bu ölçüt daha çok, inceleme sonucunda cezanın amacı 6. maddenin uygulanmasını gerektirmiyorsa, bu durumda davada adil yargılanma hakkının güvencelerinin uygulanmasını sağlamak üzere dikkate alınır²⁴⁵.

Genel anlamda, kişinin özgürlüğünün kısıtlanması (çok kısa süreli olanlar hariç olmak üzere), ağır bir ceza olarak öngörülmekte ve bu sonucu doğuran yargılamayla ilgili sözleşmenin 6. maddesi uygulanmaktadır²⁴⁶. Bu durumda, özgürlüğü kısıtlayan cezanın süresi, infaz şekli gibi hususlar dikkate alınmakta, bu uygulama sonucu bir mağduriyet oluşup oluşmadığı incelenmektedir. Mahkeme Engel-Hollanda davasında, asker olan başvurululara üstleri tarafından verilen disiplin cezalarını incelemiş, iki başvurucuya verilen 4'er günlük hafif göz hapsi cezalarını, ceza hukuku anlamında ceza olarak kabul etmemiş, diğer başvurululara verilen 3 ve 4 ay süreli oda hapsi cezalarını ceza hukuku anlamında ceza olarak değerlendirmiş ve sözleşmenin 6. maddesinin uygulanacağını kabul etmiştir (Engel ve Diğerleri v. Hollanda, 08.06.1976, Ser. A, No. 22, s 34- 35, par. 85.)²⁴⁷. Yine mahkeme, Ezeh ve Connors kararlarında, kırk gün ek hapis cezasını gerektiren koşullu salıverme görevlisini öldürmekle tehdit etme isnadı ve yedi gün

²⁴³ Kaşıkara, kitap, s. 109.

²⁴⁴ Mole/Harby, s.34.

²⁴⁵ Turan, kitap, s. 119.

²⁴⁶ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 95.

²⁴⁷ Çırak, s. 32.

hapis cezasını gerektiren bir ceza infaz koruma memuruna saldırma isnadının 6. madde kapsamında değerlendirileceğini kabul etmiş; buna karşılık Stitiç kararında, hapis cezasını uzatmayan yedi günlük hücre cezası ve üç ay süreyle cezaevindeki hareketlerine kısıtlama getiren disiplin davalarına 6. maddenin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir²⁴⁸.

Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, tüm ceza yargılamalarında uygulanacaktır. Bunun için ceza yargılamasına konu suçun basit veya ağır olması, çok önemli ya da önemsiz olması dikkate alınmayacaktır. Ancak, yargılama sırasında, duruşmanın düzenini bozan ve uygunsuz davranışlarda bulunan kişiler için mahkemelerin uyguladığı para cezaları, düzeni sağlama amacına yönelik olup disiplin alanına yakın olduğundan 6. maddenin kapsamına girmeyecektir. Bu halde bile, kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı bir ceza verilirse, 6. madde uygulanacaktır²⁴⁹.

2.3.Adil Yargılanma Hakkının Unsurları

Adil yargılanma hakkı ve devletin adil yargılama yapma görevi, hukuk devleti olmanın ve dolayısıyla hukukun üstünlüğünün zorunlu bir sonucudur. Bu hakkın olmadığı bir ülkede, bireylerin gerçek anlamda hak arama özgürlüğü olduğundan söz edilemez. İşte adil yargılanma hakkına ilişkin kurallar, demokratik bir hukuk devletinde, kişinin hak arama özgürlüğünü, bu kapsamda dürüst ve adil bir şekilde yargılanmasını güvence altına alır²⁵⁰.

Sözleşmenin 6. maddesi adil yargılanmaya ilişkin, deyim yerindeyse, çatı bir madde olup, birçok temel prensibi içermektedir. Bu prensiplerin bir kısmı madde metninde açıkça belirtilmiş, bir kısmı da AİHM'nin yaptığı genişletici ve özgürlükçü yorumları ile madde kapsamına dahil edilmiştir²⁵¹.

2.3.1.Mahkemeye Başvurma Hakkı

Mahkemeye başvurma hakkı (right to a court) hak arama özgürlüğünün ve dolayısıyla hukukun ülkede egemen kılınmasının en önemli ve öncül

²⁴⁸ Doğru/Nalbant, s. 618.

²⁴⁹ Doğru/Nalbant, s. 618.

²⁵⁰ Yüksel, s. 44.

²⁵¹ Kaşıkara, kitap, s. 111.

adımlarından birisidir. Önceleri kişiler arası uyuşmazlıklar için tanınan, böylece toplumsal anarşiyi ve kişilerin birbirlerine karşı acımasızca hesaplaşmalarını önleyen mahkemeye başvurma hakkı, daha sonraları devlet-birey ilişkileri için de geçerli bir hak haline gelmiştir. Gerek yürütme, gerekse yasama meclisinin tasarruflarının yargısal denetime tabi olması ile keyfilik önlenerek hukukun üstünlüğü sağlanmaya çalışılmıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurma hakkı da mahkemeye başvurma hakkının uluslararası plandaki görünümünden biridir²⁵².

Mahkemeye erişim hakkı, evrensel ve anayasal bir insan hakkıdır. Mahkemeye gitme evrensel bir haktır; çünkü bu hak uluslararası ve bölgesel düzlemde yapılmış temel insan hakları ile ilgili belgelerde yer almıştır. Bu kapsamda Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ise 2/3. ve 14. maddeleri ile BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 8. ve 10. maddelerinde bu hakka ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir²⁵³.

Yukarıda belirtildiği üzere, sözleşmenin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının unsurları gösterilmiş, madde metninde bulunmayan bazı unsurlar AİHM'nin genişletici yorumuyla ve yerleşen içtihatlarıyla maddeye zımnen eklenmiştir. Bu kapsamda, sözleşmenin 6. maddesinin metninde kişilerin mahkemeye erişim hakları olduğu yönünde açık bir ibareye yer verilmemiştir. Ancak mahkeme, yerleşen içtihatlarında, adil yargılanma hakkının, bireylerin kişisel hak ve yükümlülüklerine ilişkin tüm iddialarını yetkili mahkeme önüne getirme hakkını teminat altına aldığı kabul etmiştir²⁵⁴. Mahkeme, maddenin, mahkemeye başvurabilme hakkını teminat altına aldığı yönündeki kabulüne, sözleşmenin ruhu, maddenin konuluş amacı, hukukun üstünlüğü kuralı ve hukukun genel ilkelerini gözeterek varmıştır²⁵⁵.

Daha önce birkaç başvuruda hakka değinilmiş olsa da mahkemeye erişim hakkı ayrıntılı olarak ve ilk kez Golder V./Birleşik Krallık başvurusunda incelenmiştir. Mahkum sıfatıyla cezaevinde bulunan başvuru, kendisine cezaevindeki bir olaya karıştığı isnadında bulunan güvenlik görevlisi aleyhine

²⁵² İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 105.

²⁵³ Turan, kitap, s. 123.

²⁵⁴ Mole/Harby, s. 71.

²⁵⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 295.

iftira davası açmak istemiş, bunun için avukatıyla görüşmeyi talep etmiştir. Ancak bu talep reddedilmiş, bu nedenle başvuru iftira davasını açamamıştır. Bunun üzerine başvuru, mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığı gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur. AİHM, her ne kadar başvurunun dava açma hakkı olsa da, avukatıyla görüştürülmemesi sebebiyle mahkemeye erişim hakkının fiilen engellendiğini kabul ederek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Anılan kararda AİHM, mahkemeye erişim hakkının kaynağını adaletin reddini yasaklayan uluslararası hukuk prensibinden aldığını, somut olayda adaletin reddedildiğini ifade etmiştir²⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, mahkemeye erişim hakkını irdelemiştir. Mahkemeye göre bu hak, kişilerin tarafı oldukları bir uyuşmazlığı serbestçe mahkeme önüne götürebilmelerini ve bu mahkemeden zamanında ve adil bir karar verilmesini isteyebilmelerini ifade eder. Kişinin uyuşmazlığını mahkeme önüne götürmesini resmen veya fiilen engelleyen veya mahkeme kararını tamamen veya önemli ölçüde işlevsizleştiren sınırlamaların bulunması durumunda bu hak engellenmiş olacaktır.(Özkan Şen kararı, B. No: 2012/791, 7/11/2013, paragraf 52.)²⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, Anayasanın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının düzenlendiğini, buna göre bireylerin, yasanın öngördüğü meşru yollarla mahkemelere başvurabileceklerini, hiçbir mahkemenin önüne gelen davaya bakmaktan kaçınamayacağını, maddede koruma altına alınan hak arama özgürlüğünün temel haklardan birisi olduğunu, dahası bu hakkın, diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanımını ve korunmasını sağlayan bir hak olduğunu, herhangi bir hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin, hak arama özgürlüğü sayesinde mahkemelere başvurabileceğini, AİHM kararlarında, kişilerin dava hakkının olmadığı bir yerde, o davanın adil ve makul sürede yürütülmesinden söz edilemeyeceğinin belirtildiğini, (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s.12, paragraf 37 (b)), mahkemelere başvurma hakkının resmen engellenmesi veya fiili engeller nedeniyle kullanılamaz duruma getirilmesi durumunda adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olacağını (Airey/İrlanda,

²⁵⁶ Çayan, s. 50.

²⁵⁷ Yıldırım/Akif, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)", TAAD, Yıl:7, Sayı:26 (Nisan 2016), Sayfa 341.

9.10.1979, A 32, s.12) belirterek²⁵⁸ dava hakkının adil yargılanma hakkının ön koşulu olduğunu belirtmiştir.

2.3.1.1.Kapsam

Bireyler, ihlal edildiğini düşündükleri kişisel hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir karar verilmesi için mahkemeler nezdinde dava açma hakkına sahiptirler. Hak arama özgürlüğünün temel taşı olan bu hak, sadece ilk derece mahkemeleri nezdinde dava açılmasını değil²⁵⁹, üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir (Ali Atlı, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 49; benzer yöndeki AİHM kararı bkz. Bayar ve Gürbüz/Türkiye, B. No: 37569/06, 27/11/2012, § 42.)²⁶⁰.

Hak arama özgürlüğü ve bunun görünüm şekillerinden birisi ve birincisi olan mahkemeye erişim hakkı, demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz gereklerinden birisidir. Bu hakkın gerçek anlamda varlığından ve korunduğundan söz edebilmek için, devletin gerekli tedbirleri alması, bu kapsamda kişilerin mahkemeye başvurarak hak aramalarının önündeki tüm engelleri kaldırması gerekir²⁶¹. AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen mahkemeye erişim hakkı ve hak arama özgürlüğü, Anayasamızın 90. maddesi gereğince iç hukukumuzun bağlayıcı bir parçası olmuştur. Ancak, anayasa koyucu, kişilerin mahkemeye başvurma ve adil yargılanma haklarını, hiçbir tereddüde yer vermeyen açıklıkta Anayasamızın 36. maddesine eklemiş, dolayısıyla bu hakları anayasal güvence altına almıştır²⁶².

AİHM, yukarıda değinilen Golder kararında, sözleşmenin 6/1. maddesinin sadece devam etmekte olan davaları mı kapsadığı, yoksa aynı zamanda medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin dava açmak isteyen kişinin mahkemeye başvurma hakkını da mı içerdiği tartışmasını yapmış ve bu maddenin aynı zamanda kişilerin yargıç önüne gidebilmelerini de koruma altına aldığını, aksi durumda, yani bir davanın yargıç önüne götürülememesi durumunda hakkaniyete uygun bir yargılamadan söz edilemeyeceğini kabul etmiştir²⁶³.

²⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 05.09.2002 tarihli, 2001/5 esas, 2002/42 sayılı kararı, "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 15.12.2017.

²⁵⁹ Doğru/Nalbant, s. 620.

²⁶⁰ Yıldırım, s. 341.

²⁶¹ Yüksel, s. 45

²⁶² Çırak, s. 33.

²⁶³ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 107.

Davasını mahkeme önüne götürebilme hakkı, öncelikle kişisel hak ve uyuşmazlıklarda uygulanacak²⁶⁴, ayrıca idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkan iddialar açısından da bu hak uygulama alanı bulacaktır²⁶⁵. Yine bu hak, ceza yargılamasına konu olaylar hakkında da uygulanacaktır. Bu kapsamda, hakkında bir suç isnadı bulunan kişi, tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmasını, isnadın yerinde olup olmadığı yönünde bir karar verilmesini, dolayısıyla aklanmasını talep edebilecektir²⁶⁶. Kişinin hakkındaki isnatla ilgili karar verilmesini isteme hakkı, mutlaka isnada konu davanın beraat veya mahkumiyet kararı ile sonuçlandırılmasını isteme hakkını vermez. Ceza davasının açılmasını (yasama dokunulmazlığı vs.) veya davanın yürütülmesini (genel af, zamanaşımı gibi) engelleyen durumların varlığı ve bu durumlar dolayısıyla esas hakkında karar verilememesi adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmemiştir²⁶⁷.

Mahkemeye erişim hakkının yasal metinlerde yazması yeterli değildir. Bu hakkın kullanımı engelleyen, sınırlayan hukuki veya fiili engellerin bulunması, yahut geçici veya sürekli olarak bu hakkın kullanılmasının önünün kapatılması, ya da hakkın kullanımını fiilen imkansız kılacak ölçüde şartların getirilmesi sözleşmenin 6. maddesi anlamında ihlal olarak değerlendirilecektir (Mah. K., Airey/İrlanda, 09.10.1979, A 32, paragraf 22)²⁶⁸. Mahkeme, devletlerin, mahkemeye erişim hakkına ilişkin düzenlemeler yapabileceğini, bu kapsamda başvuru süresi, başvuru harcı veya benzeri bazı prosedürler getirebileceğini, bu prosedürlerin tümünün mahkemeye erişim hakkına müdahale olduğunu, yapılacak müdahalelerin makul olması, meşru bir amaca yönelik olması ve hakkın özüne dokunmaması gerektiğini, örneğin dava açabilmek için çok yüksek miktarda harç

²⁶⁴ Çayan, s. 50.

²⁶⁵ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 110.

²⁶⁶ Doğru/Nalbant, s. 621.

²⁶⁷ Yıldırım, s. 341.

“Bu konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, Ramazan Yıldız, B. No: 2014/2354, 16/10/2014 sayılı kararında (paragraf 29) “ Hukukumuzda sanıklara zamanaşımını ret hakkının tanınmadığını, zamanaşımı nedeniyle verilen düşme kararının sanığı suçlayıcı bir ifade içermediğini, ceza öngörmediğini, sanığın adli siciline işlenmediğini, dolayısıyla kararın keyfi olmadığını, bu nedenle zamanaşımı nedeniyle sanığın aklanmasına engel olmanın adil yargılanma hakkını ihlal etmediğini belirtmiştir.”

²⁶⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 296.

öngörülmesi veya çok kısa başvuru süresi öngörülmesinin mahkemeye erişme hakkının ihlali niteliğinde olduğunu belirtmiştir²⁶⁹.

Mahkemeye başvurma hakkı sadece ilk derece mahkemeleri için değil, yasa yollarına başvuru açısından da geçerlidir. Mahkeme, Poitrimol-Fransa kararında, yasa yoluna başvuru halinde de sözleşmenin 6. maddesinde yazılı olan güvencelerin geçerli olduğunu belirtmiştir. Başvuruya konu olayda, başvuru bir kararla ilgili avukatı aracılığıyla temyiz yoluna başvurmuş, ancak bu talep, başvuru hakkında tutuklama kararı olmasına rağmen duruşmalara gelmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme bu ret kararını, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir²⁷⁰.

2.3.1.2. Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırlandırılması

Sözleşmede ifade edilen haklar sözleşme sistemi içinde mutlak haklar, sınırlı haklar ve nitelikli haklar olarak sınıflandırılmaktadır. Genel olarak 6. madde bu sınıflandırmada belli bir hak kategorisine sokulamamasına karşılık, mutlak haklar ile nitelikli haklar arasında yer aldığı söylenebilir. 6. madde ile hedeflenen yargılamanın bütününe adil olmasıdır, bu anlamda adil yargılanma hakkı mutlak bir haktır²⁷¹.

Hak arama özgürlüğü ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı sınırsız değildir. Dolayısıyla devletler hakkın özüne dokunmamak ve meşru bir amaca hizmet etmek koşuluyla bazı sınırlamalar yapabileceklerdir²⁷². Ancak bu kısıtlamaların her şeyden önce meşru bir amaca hizmet etmeleri ve orantısız olmaları²⁷³, hakkın özünü anlamsız kılmamaları²⁷⁴ gerekir. Dolayısıyla yapılacak olan kısıtlamalar yargılamanın bütününe adaletsiz kılmamalıdır.

Her akit devlet dava açma hakkını kendi ulusal mevzuatında bir takım özel şartlara bağlayabilir. Zira AİHM Hadjianastassiou V./Yunanistan başvurusunda, adalete işlerlik kazandırmak ve adaletin daha iyi yürütülmesini sağlamak amacıyla akit devletlerin, dava koşullarına usulü kısıtlamalar getirebileceğini kabul

²⁶⁹ Doğru/Nalbant, s. 621.Do

²⁷⁰ Çırak, s. 35.

²⁷¹ Turan, kitap, s. 137.

²⁷² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 297.

²⁷³ Turan, kitap, s. 134.

²⁷⁴ Çayan, s. 54.

etmiştir²⁷⁵. Bu kapsamda, küçükler, akıl hastaları, hükümlüler ve müflis olmuş kişilerin dava açması bakımından bazı sınırlamalar getirilebilir. Ancak getirilen bu sınırlamaların hakkın özünü zedelememesi ve amaçla orantılı olması gerekir²⁷⁶.

Mahkeme Ashingdane-Birleşik Krallık davasında, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin ilkeleri tespit etmiştir. Davaya konu olayda, yüksek güvenilirli bir hastanede tedavi gören başvuru başka bir akıl hastanesine naklini istemiş, bu talep kabul edilmiş, ancak başvuru gideceği hastanenin kabul etmemesi üzerine nakil gerçekleşmemiştir. Bunun üzerine başvuru dava açmak istemiş, ancak davalı devlet hukukunda akıl hastalarının, hastane görevlilerine kötüniyet ve ihmallerinin bulunması hallerinde dava açabilmelerinin öngörülmesi, bunun dışında dava açma haklarının olmaması nedeniyle dava açamamıştır. Bunun üzerine başvuru, mahkemeye erişim hakkının engellendiğini belirterek AİHM'ne başvurmuştur. Mahkeme, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, bu hakka ilişkin taraf devletlerin takdir hakkı olduğunu, dolayısıyla hakkın sınırlanabileceğini, ancak sınırlamanın hakkın özünü zedelememesi, meşru bir amaca hizmet etmesi ve kullanılan araçla, ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantı olması gerektiğini belirtmiş ve somut olayda adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (Ashingdane v Birleşik Krallık , 28.05.1985, Ser. A, No 93,par. 57)²⁷⁷.

Değindiği üzere, mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasına ilişkin sınırlamaların hakkın özünü zedeleyecek şekilde olup olmadığı, meşru bir amaca hizmet edip etmediği ve kullanılan araçla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantı olup olmadığı her somut olayda değerlendirilecektir. Papon/Fransa başvurusunda AİHM'ye göre, başvuru polise teslim olmadığı sürece temyiz talebinde bulunamayacağına yönelik dava koşulu, hakkın özünü anlamsız kılacağından mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebebiyet verecektir. Dunayev/Rusya başvurusunda, temyiz aşamasında verilen dilekçenin hiçbir gerekçe gösterilmeden reddedilebilmesinin, mahkemeye erişim hakkı açısından

²⁷⁵ Çayan, s. 54.

²⁷⁶ Kaşıkara, kitap, s. 113.

²⁷⁷ Çırak, s. 36.

orantısız bir sınırlandırma olduğu; bu sebeple adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ifade edilmiřtir²⁷⁸.

Kişisel hakka mşdahale eden işleme karşı başvurulabilecek bir yargı yolunun bulunmaması, mahkemeye erişim hakkının engellenmesinin en somut ۆrneđidir. Boden-İsveç davasında, başvurucuya ait taşınmaz belediye tarafından kamulaştırılmış, belediye buna ilişkin izni İsveç Hşkşmetinden almıştır. Başvurucu, kamu yararı olmadığı gerekçesiyle İsveç Hşkşmetinin izin kararına karşı dava açmak istemiş, ancak bu karara kaşı başvuru yolu ۆngörřlmediđinden dava ağmamıştır. Bu olayı değerlendiren AİHM, olayda başvurucunun mşlkiyet hakkına mşdahale edildiğini, bu hakkın kişisel bir hak olduğunu, ancak bu mşdahalenin dayanağı olan hşkşmet iznine karşı başvurulabilecek bir yargı yolu ve merci ۆngörřlmediđini, bu bakımdan sۆzleřmenin 6.maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiřtir²⁷⁹.

Yargı bağışıklığı, yasanın ۆngördřđř şartların varlığı halinde, belirli kişi ve kuruluşlara karşı dava ağılamaması anlamına gelir. Dolayısıyla yargı bağışıklığı, kişisel haklarıyla ilgili dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye erişim haklarına bir engel oluşturur. Çünkü, yargı bağışıklığından yararlanan bir kişi tarafından hakkı ihlal edilen kişi, bu ihlal nedeniyle mahkemelere mşracaat edemeyecektir. Bu nedenle devletler yargı bağışıklığı tanıdıkları kişi ve kuruluşların sayısını az tutmalıdır. Mahkeme, taraf bir devletin, birçok kişisel hakkı mahkemelerin gۆrev alanından çıkarması veya çok sayıda kişi veya kuruluşa bağışıklık tanınmasının, sۆzleřmenin 6/1. maddesinde yer alan herkesin kişisel haklarıyla ilgili uyuşmazlıkları mahkeme ۆnřne gۆtřrebilmesi yۆnřndeki temel ilkeye aykırılık oluşturacağını kabul etmektedir (Fayed, §47). Yargı bağışıklığı kapsamındaki uygulamanın ihlale neden olmaması için, bağışıklık kapsamına girdiği iddia edilen eylemlerin, bağışıklığın tanındığı işlevle doğrudan ilgili olması gerekir (Cordova (no. 1), §62). Daha ۆnemlisi, mahkeme, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasındaki kamu yararı ile, bağışıklığın

²⁷⁸ ayan, s. 55.

²⁷⁹ Doğru/Nalbant, s. 621.

hizmet ettiği kamu yararı arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmektedir(Osman, §151)²⁸⁰.

Davaların bir mahkeme önüne götürülüp dinlenebilmesi için yasalara belli süreler konmuş ve davaların ancak bu belirlenen sürelerde açılması kabul edilmiş ise de, bu tür zaman sınırlamaları ancak meşru amaçlar çerçevesinde, adaletin düzgün işleyebilmesi için kabul edilebilir. Bu tür sürelerin konmasında en önemli neden kamu düzeninin korunmasıdır²⁸¹. AİHM, taraf devletlerin bu şekilde süreler öngörmesini sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Bu sürelerin öngörülmesi, hukuk güvenliğinin sağlanması, mahkemelerin çok eskide kalmış olaylarla ilgili, güvenilirliğini kaybetmiş kanıtlara dayalı olarak karar vermelerinin yaratacağı adaletsizliklerin önüne geçilmesini sağlayacak olup bu yönüyle meşru bir amaca hizmet etmektedirler. Ancak bu süreler öngörülürken kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki denge kaçırılmamalı, hakkın kullanımını imkansız kılacak veya çok zorlaştıracak şekilde uygulama yapılmamalıdır²⁸².

Hak arama özgürlüğü ve savunma hakkının sırf maddi kaygılar sebebiyle tesis edilememesinin engellenmesi için hukuk sistemleri, mali imkanlardan yoksun olanları geçici veya sürekli, kısmi ya da tam olarak yargılama masraflarından bağışık tutan bir sistem öngörmüştür. Bu sisteme genel olarak adli yardım adı verilmektedir²⁸³. Kişisel bir hakkı ihlal edilen ve bu nedenle mahkemeye başvurmak isteyen bir kişi, mali imkansızlıklar nedeniyle dava açamıyorsa mahkemeye erişme hakkı engelleniyor demektir AİHM, taraf devletlerin dava açma konusunda mali külfetler getirebileceğini, bu kapsamda dava açma veya yasa yoluna başvurunun harca tabi tutulabileceğini, bunun sözleşmenin ihlali anlamına gelmediğini kabul etmiştir. Ancak getirilen bu mali külfetlerin çok ağır olması, adli yardım öngörülmeden bu kuralların istisnasız şekilde uygulanması mahkemeye erişim hakkına bir müdahale oluşturabilecektir²⁸⁴. Airley-İrlanda davasında mahkeme, ayrılık kararı almak için mahkemeye başvurmak isteyen, ancak maddi imkansızlık nedeniyle bunu

²⁸⁰ Doğru/Nalbant, s. 622.

²⁸¹ Turan, kitap, s. 142.

²⁸² Doğru/Nalbant, 628.

²⁸³ Çayan, s. 58.

²⁸⁴ Doğru/Nalbant, s. 630.

yapamayan başvurucuya, ücretsiz avukat yardımı sağlanmaması nedeniyle sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁸⁵.

Mahkemeye erişim hakkının görünüm şekillerinden ilki, hakkının ihlal edildiğini düşünen kişinin, iddiasını mahkeme önüne taşıyabilmesi, ikincisi ise, bu mahkemenin, önüne getirilen dava ile ilgili maddi ve hukuki tüm sorunları inceleyerek bir karar vermesidir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkından türetilebilecek olan ikinci hak, tam yetkili bir mahkeme önünde yargılanma hakkı olarak tariflenebilir. AIHM'ne göre, bir uyuşmazlığın mahkeme önüne götürüldüğünden söz edebilmek için o mahkemenin uyuşmazlığı tüm yönleriyle inceleme, tüm maddi ve hukuki sorunları tartışma yetkisinin bulunması gerekir. Eğer mahkemenin tüm iddia, delil ve sorunları inceleme yetkisi yoksa, taraflardan birinin veya devlet yetkililerinin dediği şekilde hüküm vermek durumunda kalıyorsa, uyuşmazlığın yargı önüne götürüldüğünden ve burada çözümlendiğinden söz edilemeyecektir²⁸⁶.

Kesinleşmiş yargı kararlarının infazı AIHM tarafından 6. maddenin 1. fıkrasının kapsamı içinde görülmüştür. Yargı kararının geciktirilmeksizin uygulanması, 1982 Anayasasında mahkemenin bağımsızlığının bir parçası olarak görülmüş ve 138. maddenin son fıkrasında yer verilmiştir²⁸⁷. Dolayısıyla, mahkemelerce verilmiş ve usulünce kesinleşmiş mahkeme kararının, gerektiğinde kamu gücü kullanılarak yerine getirilmesi gerekir. Bunun yerine getirilmemesi hakkın ihlali niteliğindedir²⁸⁸.

Mahkemeye erişim hakkından türetilmiş olan üçüncü bir hak hukuki kesinlik ilkesidir. Buna göre, usulünce kesinleşmiş olan bir mahkeme kararı, daha

²⁸⁵ “Airey-İrlanda kararı; eşinden fiziksel şiddete maruz kalan başvurucu Airey, boşanmak istemiş, ancak bu talep eşi tarafından kabul edilmemiştir. Bunun üzerine başvurucu dava açmak istemiş, maddi imkanlarının olmaması ve kendisine adli yardım tanınmaması nedeniyle kendisini temsil edecek avukat bulamamıştır. Başvurucu, mahkemeye başvurma masraflarının yüksekliği nedeniyle mahkemeye başvurmadığını, bu nedenle hak arama özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, yargısal ayrılık kararına ilişkin davanın karmaşık olduğunu, bu nedenle başvurucunun kendi davasını yürütmesinin beklenemeyeceğini, imkanları olmayan başvurucuya ücretsiz bir avukat yardımının sağlanması gerektiğini, davalı devlet bunu yapmadığından başvurucunun mahkemeye başvuru hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir.” Çırak, s. 37.

²⁸⁶ Doğru/Nalbant, s. 632.

²⁸⁷ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 152.

²⁸⁸ Çırak, s. 35.

sonra yeniden ele alınarak ortadan kaldırılırsa hukuk güvenliği ilkesi zedelenecek, kişilerin hukuka ve sisteme olan inançları kaybolacaktır²⁸⁹.

Ceza ve hukuk davalarında kişi mahkemeye erişim hakkından feragat edebilir. Mahkeme, Deweer/Belçika kararında feragat talebinin özellikle titiz bir denetime tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre feragat talebi açık ve net olacak, varlığı ve kapsamı hususunda herhangi bir tereddüt bulunmayacak, kimse feragat konusunda zorlanmayacaktır²⁹⁰.

2.3.2.Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temeli belli kavramlara dayanmakta olup, hukukun üstünlüğü bunlardan biridir²⁹¹. Sözleşme ile güçlü olan devlete karşı, güçsüz olan bireyin korunması hedeflenmiş, dolayısıyla devlet egemenliğine karşı hukuk egemenliği kavramı ortaya çıkmıştır²⁹². Hukukun egemenliğinin sağlanması da ancak adil yargılama ile sağlanacaktır.

AİHS'nin 6/1. maddesinde, herkesin, kişisel hakkına dayalı uyuşmazlıklar ve kendisine yöneltilen suçlamalarla ilgili olarak, bağımsız, tarafsız ve yasayla kurulmuş bir mahkeme önünde, herkese açık olarak ve makul bir süre içinde yargılanma hakkında sahip olduğu belirtilmiştir²⁹³. Maddede ifadesini bulunan adil yargılanma hakkı, hukuk devletinin bir görünümü olup, hukukun egemenliğini benimsemiş demokratik toplumun değerlerini yansıtmaktadır²⁹⁴. Bu madde, adil yargılanma hakkının kurumsal temellerinden²⁹⁵ birisi olup, maddenin düzenlediği ve güvence altına aldığı haklar, sözleşme sisteminde kilit ve merkezi bir öneme sahiptir²⁹⁶.

Adil yargılamanın özü, yargılama işinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yapılmasıdır²⁹⁷. Sözleşmenin 6. maddesi irdelendiğinde adil yargılanma hakkı için dört unsurun gerekli ve zorunlu olduğu görülmektedir; buna

²⁸⁹ Doğru/Nalbant, s. 632.

²⁹⁰ Turan, kitap, s. 151.

²⁹¹ Turan, s. 220.

²⁹² Kaboğlu/İbrahim Özden, " İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı", Sempozyum sunumu, TBB Yayınları, Aralık 2004, sayfa 34.

²⁹³ Danıştay Resmi İnternet Sitesi, "daniştay.gov.tr", erişim tarihi 08.08.2017.

²⁹⁴ Doğru/ Nalbant, s.609.

²⁹⁵ Turan, kitap, s. 152.

²⁹⁶ İnceoğlu/ Sibel, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 4.

²⁹⁷ Yüksel, s. 44.

göre öncelikle yargılama işi bir mahkeme tarafından yapılmalıdır. İkinci olarak bu mahkeme yürütmenin işlemleri ile değil yasa ile kurulmalıdır. Üçüncüsü, mahkeme kimseden veya herhangi bir organdan emir almamalı, yani bağımsız olmalıdır. Sonuncusu ise, tarafsız olmalı, yani mahkeme üyelerinde, tarafların leh veya aleyhlerinde bir önyargı bulunmamalıdır²⁹⁸. Maddede öngörülen bağımsızlık, tarafsızlık ve yasayla kurulmuş olma kriterleri yargısal makamlar için geçerlidir. Dolayısıyla bu kapsamda değerlendirilmeyen kolluk ve savcılık birimleri için bu şartlar aranmamaktadır²⁹⁹. AİHM, Belilos-İsviçre kararında, sözleşmenin 6. maddesi anlamında “mahkeme” nin kıstaslarını belirlemiştir³⁰⁰.

AİHM’ne yapılan başvurular incelendiğinde, en çok adil yargılanma hakkı konusunda başvurular yapıldığı görülmektedir ki bu durum ülkemiz için de geçerlidir³⁰¹. Yukarıda değinildiği üzere, 2017 yılında Türkiye aleyhine yapılan başvuruların %36’sı adil yargılanma hakkına ilişkindir³⁰². Üzülerek ifade edilmelidir ki, ülkemiz en çok adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM’ne şikayet edilmektedir. Ülkemiz aleyhine 25.10.2003 tarihi itibarıyla yaklaşık yedi bin civarında başvuru yapılmıştır³⁰³.

Sözleşmede düzenlenen bazı haklar (örneğin yaşama hakkı), insanın insan olmasından dolayı sahip olduğu haklardandır. Adil yargılanma hakkı ise, bu tür haklardan farklı olarak, ortaya çıkan uyuşmazlıkların hukuka uygun ve barışçıl şekilde çözülmesi için, yargı organları önünde kullanılacak hak ve güvenceleri içermektedir. Dolayısıyla bu madde, taraf devletlerin usul hükümlerinin uygulanmasından kaynaklı sorunlar nedeniyle bireylerin

²⁹⁸ Gözler/Kemal, “Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, TODAİE *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, Cilt 21-22, 1999-2000, s.77.

²⁹⁹ Vitkauskas/Dovydas, Dikov/Grigory, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması”, Avrupa Konseyi Yayınları, 1. Baskı, 2012, sayfa, 39.

³⁰⁰ Belilos-İsviçre davası (29 Nisan 1988, Seri A No. 132, s. 29, paragraf 64); “Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkları, hukuk kurallarını esas alarak ve daha önceden belirlenmiş usule çözen mercidir. Bir kurumun mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için birçok kıstasın yerine getirilmesi gerekir. Buna göre, birinci olarak bu durumun, özellikle yürütme organına karşı, bağımsız olması gerekir. İkincisi tarafsız olması gerekir. Tarafsızlık, üyelerin atanma şekilleri, görev süreleri, hakimlere sağlanan teminatlar gibi hususların yasal düzenlemelerle garanti altına alınmasıyla oluşur...” Dutertre/Gilles, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003, sayfa 160.

³⁰¹ Akıllıoğlu/Tekin, “Temel Belgelerde İnsan Hakları, cilt I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri”, AÜ SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s. 314.

³⁰² Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, erişim tarihi 16.03.2018.

³⁰³ Turan/Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının Avrupa Sözleşmesindeki Yeri ve Önemi” , TBB Dergisi, sayı 84, yıl 2009, sayfa 215.

dayanabileceği en önemli maddedir. Bu nedenle, maddede düzenlenen hakların görmezden gelinmesi veya dar yorumlanması maddenin amacına ve sözleşmenin ruhuna uygun düşmeyecektir³⁰⁴. Delcourt/ Belçika kararında bu husus vurgulanmıştır³⁰⁵.

Adil yargılanma hakkı, Sözleşme’de öngörülen hakların kamu görevlilerince ihlal edilmesi durumunda bireylerin şikayet hakkını, bir başka anlatımla etkili başvuru yolunu düzenleyen 13. maddesi ve 7 No.lu Ek Protokol’ün³⁰⁶ 2. ve 4. maddeleri ile yakın bir ilişki içindedir. Zira Sözleşme hükümleri ve ek protokolleri bir bütünlük arz ettiklerinden birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir. 13. madde, taraf devletlerinin iç hukuklarında hak arama yollarını açık tutmalarını öngörmektedir. 7 No.lu Protokol’ün 2. ve 4. maddeleri ise, ceza yargılama hukuku alanında ilkeler getirmektedir. 2. madde, ceza kuralını ihlalden sorumlu tutulan bir kimsenin suçluluğu veya mahkumiyeti hakkındaki kararı, bir üst mahkeme önünde incelemek hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu anlatım özetle, üst mahkeme yolunu bir temel hak olarak tanımlamaktadır. Üst mahkemeye inceletme hakkından anlaşılması gereken ise istinaf ve temyiz incelemeleridir. Yargılama sisteminde temyiz incelemesi öngörülmüş ise bir üst mahkeme olan istinaf yolu kurmak zorunlu değildir. 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesi ise, bir kimsenin aynı suçtan ikinci defa yargılanmaması güvencesini getirmiştir. 7 No.lu Protokol ile adil yargılanma hakkının kapsamı daha da genişletilmiş ve kişiye yeni bazı haklar tanınarak hak, sağlam temeller üzerine oturtulmaya çalışılmıştır³⁰⁷.

2.3.2.1.Yasayla Kurulmuş Mahkeme

Adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi, bu yargılamanın yasayla kurulmuş olan bir yargı yeri tarafından yapılmasıdır. Yasayla kurulmuş mahkemeden kasıt, hem mahkemenin yasayla kurulması, hem de bu mahkemenin

³⁰⁴ Doğru/Nalbant, s. 610.

³⁰⁵Delcourt/Belçika kararı: ”AİHS’nin, adil yargılanma hakkını düzenlenen 6/1. fıkrası, taraf devletleri temyiz mahkemeleri kurma konusunda zorlamamaktadır. Ancak bu tür merciler kurulmuş ise, bu merciler önündeki yargılama süreçlerinin sözleşmenin 6. maddesine uygun olması gerekir. Sözleşme uygulamasında adil yargılanma hakkı önemli ve öncelikli bir role sahiptir. Bu özelliği nedeniyle, maddenin dar değil, geniş yorumlanması gerekir. Bu nedenle mahkeme, temyiz yargılamalarında da 6. maddenin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır”. Dutertre, s.153.

³⁰⁶ Kabul tarihi: 22.11.1984.

³⁰⁷ Turan, makale, s. 217.

uygulayacağı usul kurallarının, mahkemenin yetki ve görev alanının yasayla belirlenmesi ve bu belirlemenin yargılama konusu olay ortaya çıkmadan önce yapılması anlamına gelmektedir³⁰⁸. Mahkemenin ve mahkemenin tabi olduğu kuralların yasayla ve yargılama konusu olay ortaya çıkmadan önce belirlenmesi durumunda, olaya veya kişiye göre mahkeme belirlenmesinin ve dolayısıyla muhtemel keyfiliklerin önüne geçilecektir³⁰⁹. Kanuni mahkeme tabirinden “*olağan mahkemeleri*” anlamak gerekir. Kanun ile kurulan mahkemeler her zaman olağan mahkeme sayılmayabilir. Zira, konusu suç teşkil eden eylem işlendikten sonra kurulan ve bu eylemi işleyenleri yargılayan olağanüstü mahkemeler de kanun ile kurulabilirler. Bu çerçevede bir mahkemenin olağan (kanuni) sayılabilmesi için suçtan önce kurulması ve sadece kuruluşundan sonra işlenen suçların faillerini yargılaması gerekmektedir³¹⁰.

Kişinin, yargılama konusu olay olmadan önce yasayla kurulmuş olan bir mahkeme önünde yargılanması, doğal/yasal hakim ilkesine işaret etmektedir. Bu ilke Anayasamızın 37. maddesi ile anayasal bir güvenceye kavuşturulmuş, kimsenin, yasal olarak tabi olduğu mahkeme dışında bir merci önüne çıkarılamayacağı, bu yasağı bertaraf etme sonucunu doğuracak, yargılama yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamayacağı belirtilerek sözleşmenin mantığına uygun bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu vurgulamıştır³¹¹.

Adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için, kişisel hakka dayalı olan uyuşmazlıklar ve kişiye yöneltilen suçlamalar yasayla kurulmuş bir mahkeme

³⁰⁸ Başaran/Başar, “Adil Yargılanma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, sayfa 71.

³⁰⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 299.

³¹⁰ Kırmaz, s. 71.

³¹¹ Anayasa Mahkemesinin E: 2006/114, K: 2006/81, T:05.09.2006 tarihli kararı;“...Bu şekilde müteşebbis heyetin kararına ilam hükmü verilmesi bağımsız olmayan bir heyete yargı yetkisinin devri anlamına gelmekte ve Anayasa’nın temel haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenen kanuni hâkim güvencesi ilkesine aykırı olmaktadır. Bu şekilde özel kanunlarla heyetlerin kararlarına ilam hükmü verilmesi hukukun temel ilkelerine ve Anayasa’nın 9. ve 37. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu düzenleme ile yargı yetkisi bağımsız mahkemeden alınıp bir heyete verilmekte ve kararları ilam hükmünde olmaktadır ki bunun sakıncaları da fazladır. Zira heyetin bağımsız mahkeme gibi tarafsız ve objektif şekilde karar alması mümkün görülmemekte ve bu yargı yetkisinin 4562 sayılı Kanunu 16/2 f ile müteşebbis heyete devri; yargı yetkisine sahip olağanüstü bir mercinin oluşturulmasına sebep olmaktadır ki, bu durum yukarıda da izah edildiği gibi Anayasa’nın genel esaslar bölümünde düzenlenen 9. md’ne ve temel haklar ve ödevler bölümünde düzenlenen 37. Md’ne aykırı olmaktadır...”, erişim tarihi, 27.01.2018.

tarafından sonuca bağlanmak zorundadır³¹². Benzer bir düzenleme Anayasamızın 142. maddesinde de mevcuttur. Bu maddeye göre, mahkemelerin gerek kurulması, gerek görev ve yetkileri ve gerekse yargılama yaparken takip edecekleri usul kanunla düzenlenecektir³¹³.

Kişisel hakka dayalı bir anlaşmazlık veya bir suç isnadının, kanunla kurulmuş olan bir mahkeme önüne götürülmesi, sözleşmenin 6. maddesinin bireye sağladığı en büyük güvencelerden birisidir³¹⁴. “*Kanunla kurulmuş mahkeme*” deyimindeki kanun tabiri, mahkemenin kurulmasına dayanak işlemin yasama organından sadır olmasını ifade eder. Yasama organından sadır olmayıp da yürütme organı tarafından kurulan mahkemeler, yargılama konusu olay işlendikten sonra kurulan mahkemeler, belli süreyle ve belli şartlar altında görev yapan mahkemeler, vatandaşlar arasındaki kişisel farklılıkları göz önünde tutarak yargılama yapan mahkemeler, verdiği kararlar kesin olan mahkemeler, çok hızlı yargılama usulüne tabi olan mahkemeler olağanüstü mahkemeler olarak tanımlanmış ve eleştirilmiştir³¹⁵.

Sözleşme’de yer alan “*mahkeme*” kavramı özerk bir kavramdır³¹⁶. AİHM’nin kararlarıyla ortaya çıkan tanıma göre, mahkeme, yasayla kurulan, gerek davanın tarafları, gerek yürütme organı ve gerekse diğer herkese karşı tarafsız ve bağımsız olan, yargılama usulü yasalarca belirlenmiş olan makamı ifade etmektedir³¹⁷. Eğer, uyuşmazlıkları çözme yetkisi bulunan organ, belli güvencelere sahipse, iç hukukta mahkeme olarak adlandırılmasa bile, AİHM tarafından mahkeme olarak kabul edilebilmektedir³¹⁸. Nitekim, AİHM, sözleşmede belirlenen kriterleri taşıması koşuluyla, bazı disiplin kurulları veya uzmanlık kurullarını da mahkeme olarak kabul etmektedir³¹⁹. Buna göre, eğer uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahip olan organ, önceden belirlenmiş usul kurallarına göre değerlendirme yapıyor ve hukuk kurallarına dayanarak bir karar

³¹² Tezcan/Durmuş, Erdem/M.Ruhan, Sancakdar/Oğuz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, sayfa 253.

³¹³ Çırak, s. 39.

³¹⁴ Şahbaz/İbrahim, “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Anayasa Yargısı Dergisi, sayı 25, yıl 2008, sayfa 239.

³¹⁵ Kırmaz, s. 72.

³¹⁶ Yüksel, s. 46.

³¹⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 298.

³¹⁸ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 159.

³¹⁹ Çırak, s. 38.

veriyorsa, verilen kararın gerektiğinde devlet gücüyle yerine getirilmesi imkanı varsa, bu kararı veren organ mahkeme olarak kabul edilecektir³²⁰. AİHM, Sramek-Avusturya davasında karar veren Taşınmaz Muameleler Kurulu'nu, bu kurul iç hukukta bir idari kurul olarak görülmesine rağmen, mahkeme olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu kararında, mahkemede devlet görevlilerinin bulunmasıyla ilgili olarak fikrini belirtmiş, hiyerarşideki alt-üst ilişkisini incelemiştir³²¹. Yine Campbell ve Fell/Birleşik Krallık davasında mahkeme bu yönde karar vermiştir. Bu davada başvurucular cezaevinde yaşanan kimi olaylar nedeniyle cezaevi disiplin kurulunca yargılanmışlar ve infaz indirim kaybı ile cezalandırılmışlardır. Önüne gelen bu uyuşmazlıkta mahkeme, cezaevi disiplin kurulunun yargılama yapmasını sözleşmenin 6/1. maddesinde sözü edilen mahkeme kavramına aykırı görmemiştir. Kararda özetle, iç hukukta eylemin idari veya cezai nitelikte değerlendirilmesinin mahkemenin incelemesine engel teşkil etmeyeceği, değerlendirme sonucu eylemin cezai olduğunun kabul edilmesi durumunda disiplin kurulu yargılamasına sözleşmenin 6. maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir³²².

Olağanüstü mahkemeler ile özel ve uzmanlık mahkemelerini birbirinden ayırmak gerekmektedir. Doğal/kanuni hakim ilkesi ile yasaklanan, olay ortaya çıktıktan sonra, belli bir olayı yargılamak veya belli bir amaca hizmet etmek için kurulan, olağan dışı mahkemelerdir. Oysa, mahkemelerin uzmanlaşmasını ve dolayısıyla işlemlerin hızlı yürütülmesini sağlamak için kurulan mahkemeler vardır. Olağanüstü dönemlerde kurulan sıkıyönetim mahkemeleri ile kadastro, tüketici, iş, çocuk mahkemeleri özel ve uzmanlık mahkemesi olup bu

³²⁰ Şahbaz, s. 239.

³²¹ Dutertre, s. 162.

Sramek/Avusturya kararı:" 1970/1973 Tarihli Yasa (bkz. yukarıdaki paragraf 24) uyarınca Bölge Kurulu'nun üyeleri arasında Bölge Yönetiminden üç memur yer almaktadır. Bu memurların durumunu değerlendirmek için, yukarıda belirtilen Ringeisen kararını hatırlatmak uygun olur. Bu davada Avusturya Üst Bölge Komisyonu'nda devlet memurlarının bulunması Sözleşme'ye uygun bulunmuştu (Seri A No. 13, s. 39- 40 paragraf 95-97). Ancak, bu dava Ringeisen davasından farklıdır, çünkü Tapu Memuru aracılığıyla temsil edilen Eyalet Yönetimi, Bölge Kurulu'nun Bayan Smarek'in lehine verdiği ilk derece kararını temyize götürdüğünde artık bir taraf niteliği kazanmıştır ve söz konusu üç memurdan birinin hiyerarşideki üstü de Tapu Memuru'dur (bkz. yukarıdaki paragraf 12). Bu memurun Kurul içinde önemli bir konumu vardır. [...] Bu davada olduğu gibi, yargı makamının üyelerinden biri gerek görevleri gerekse hizmet örgütlenmesi açısından taraflardan birinin astı konumunda olduğunda, davacılar bu kişinin bağımsızlığıyla ilgili meşru bir şüphe duyabilir. Bu tür bir durum, mahkemelerin demokratik bir toplumda yansıtması gereken güven duygusunu ciddi bir biçimde zedeler (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Piersack kararı, Seri A No. 53, s. 14-15, paragraf 30).

³²² Doğru/Nalbant, s. 664-665.

mahkemelerin olağanüstü mahkemeler ile bir ilgisi bulunmamaktadır³²³. Nitekim AİHM, bazı hallerde ve özellikle uzmanlaşmanın gerekli olduğu durumlarda, bu şekilde oluşturulmuş uzmanlık mahkemelerinde yargılama yapılmasını ihlal olarak değerlendirmemiştir³²⁴.

AİHM'nin, “*yasayla kurulmuş mahkeme*” tabirinden anladığı, işin esası hakkında karar veren organın mahkeme olmasıdır. Dolayısıyla işin esası hakkında karar vermeyip, sadece görüş bildiren makam mahkeme olarak kabul edilmemektedir³²⁵. Her ne kadar AİHM, görüş bildiren makamları mahkeme olarak kabul etmemekte ise de, bir makamın hem görüş bildirme, hem de yargılama yapma yetkisinin bulunması durumlarını ayırmaktadır. Dolayısıyla, bir makamın görüş bildirme görevinin yanı sıra, yargılama yapma görevi de varsa, AİHM bu makama mahkeme olarak kabul etmekte ve ona göre değerlendirme yapmaktadır. Nitekim ülkemizde Danıştay'ın hem yargılama yapma, hem de görüş bildirme görevi bulunmaktadır³²⁶. AİHM'ne göre, bir makamın mahkeme sayılabilmesi için, önüne getirilen olayı hem maddi hem de hukuki yönden inceleme yetkisinin olması, yani tam yargısal yetkiye sahip bulunması gerekir³²⁷.

Danıştay Kanunu'nun 02/07/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nın 184. maddesi ile kaldırılan 23. maddesinde, Danıştay'a, kanun ve tüzük tasarı ve teklifleri, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri ve yetkili makamlar tarafından gönderilen işler konusunda görüş bildirme görevi verilmiş, bu işlemler Danıştay'ın idari görevi olarak tanımlanmıştı. Ancak değinilen KHK ile bu madde değiştirilmiş, sadece “*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir*” hükmü getirilerek Danıştay'ın idari görev alanı daraltılmıştır. Yine Danıştay Kanunu'nun 02/07/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK ile değişik 24. maddesinde Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakacağı yargısal görevleri ve 25. maddesinde temyiz mercii olarak bakacağı işler belirtilmiştir. Dolayısıyla bu düzenlemeler ile Danıştay'a hem görüş bildirme şeklinde idari görev (kapsamı çok daraltılmış olsa da), hem de yargısal görev verilmiştir. Bu konunun sıkıntı doğurabileceği ileri sürülmüştür. Ancak AİHM'nin

³²³ Kırmaz, s. 73.

³²⁴ Mole/Harby, s. 67.

³²⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 298.

³²⁶ Aşağıda değinilen Belilos/İsviçre kararı.

³²⁷ Şahbaz, s. 239.

yukarıda incelenen kararından da anlaşılacağı üzere, Danıştay, tam yargısal yetkiye sahiptir. Yani önüne gelen olayda tüm delilleri inceleyip yargılama yapmak ve kesin karar vermek konusunda yetkilidir. Ayrıca görüş bildirme işlevini Danıştay'ın idari daireleri, yargılama yapma görevini ise dava daireleri yürütmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce düzenlemede bir sıkıntı bulunmamaktadır.

Sözleşmenin 6. maddesi gereğince, kişilerin yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakları bulunmaktadır. AİHM'nin kabulüne göre, bağımsız ve tarafsız olmaları ve bunun teminat altına alınması koşuluyla, mahkeme üyelerinin tamamının profesyonel anlamda yargıç olmalarında zorunluluk bulunmamaktadır³²⁸. Langborger/İsveç kararında bu husus vurgulanmıştır³²⁹. AİHM'nin kabulüne göre, mahkeme üyelerinin hükümet veya hükümet memurlarından birisi tarafından atanmış olması, mutlak anlamda bağımsızlığın olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla, bu üyelerin atanma usulü, görev yaptıkları dönemde bağımsızlığın sağlanmasına yönelik yeterli teminatların bulunması gibi hususların dikkate alınması gerekir³³⁰. Bu yaklaşımıyla AİHM,

³²⁸ Ettl/Avusturya Kararı, İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 159.

³²⁹ Langborger/İsveç kararı, paragraf 32 vd.:"32. Bir organın 'bağımsız' olup olmadığını ortaya koyabilmek için, başka şeylerin yanında, üyelerinin atanma usulüne ve görev sürelerine, dış baskılara karşı güvencelerin varlığına ve bu organın bağımsızlık görüntüsü verip vermediğine bakılmalıdır (Campbell ve Fell, §78). Tarafsızlıkla ilgili olarak, belirli bir yargıcın belirli bir davada kişisel kanaatlerinin ortaya çıkarılmasına çalışan subjektif test ile yargıcın bu konuda haklı şüpheleri bertaraf edecek yeterli güvenceler taşıyıp taşımadığını belirlemeyi amaçlayan objektif test arasında bir ayırım yapılmalıdır (De Cubber, §24). Mevcut olayda tarafsızlık sorununu bağımsızlık sorunundan ayırmak güç görünmektedir... 34. Konut ve Kira Mahkemesinde meslekten yargıçlarla birlikte görev yapan meslekten olmayan yardımcı yargıçlar, uzmanlıkları gereği, mal sahipleri ile kiracılar arasındaki uyuşmazlıkların ve bu tür uyuşmazlıklarda doğabilecek özel sorunların yargılamasına katılmak için çok nitelikli görünmektedirler. Ancak bu durum, bir davada kendilerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının şüpheye açık olması ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. 35. Mevcut davada, aksine kanıt bulunmadığından, meslekten olmayan yardımcı yargıçların kişisel tarafsızlıklarından şüphe duymak için bir sebep yoktur. Ancak bu kişilerin bağımsızlık görüntüsü verip vermedikleri ve objektif tarafsızlıkları konusunda Mahkeme, bu kişilerin, müzakere hükmünün devamında menfaatleri olan iki dernek tarafından aday gösterilen ve derneklerle yakın ilişkileri bulunan kişiler olduklarını kaydeder. Başvurucu kira sözleşmesinden bu hükmün kaldırılmasını istediğinden, kendisinin menfaatleri ile meslekten olmayan yardımcıların ortak menfaatlerinin çeliştiğinden ve dolayısıyla Konut ve Kira Mahkemesinin diğer davalardaki oluşumunda mevcut menfaatler dengesinin kendisinin iddiası hakkında karar vermeye sıra gelince bozulacağından haklı olarak kaygı duyabilir. Konut ve Kira Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlık sorunu bulunmayan iki meslekten yargıcı içermesi, bu konuda bir farklılık yaratmamaktadır..." , Doğru/Nalbant, s. 706.

³³⁰ Campbell ve Fell/İngiltere kararı;" Bir organın yürütmeden ve davanın taraflarından "bağımsız" sayılıp sayılmayacağını belirlerken mahkeme, üyelerin atanma biçimini, görev sürelerini, dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvencelerin varlığını ve bu merciin bağımsız olduğu görüntüsü verip vermediği hususunu dikkate alır.", Dutertre, s. 162.

disiplin suçlarının istinaf derecesinde incelendiği Belçika Hekimler Odası'nı³³¹, İngiltere'deki cezaevi disiplin kurulu görevini yürüten Cezaevi Müfettişler Komitesini³³², Avusturya'daki Gayrimenkullere İlişkin Ticari İşlemler Bölge Komisyonunu³³³ ve Hollanda'daki Patent Ofisini³³⁴ sözleşmenin 6'ncı maddesi anlamında mahkeme olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre bir idari kurul, yasayla kurulmuşsa, yeterli güvencelere sahipse ve tarafsızlığını zedeleyen işlemler yapmıyorsa mahkeme olarak kabul edilmesinde bir sakınca yoktur.

İç hukukta, idari bir kurul veya organ olmasına ve mahkeme olarak değerlendirilmemesine rağmen yukarıda belirtilen özellikleri nedeniyle bir yargı yeri olarak kabul edilen kurul veya organların kararına karşı, olağan yargı yerlerine başvuru imkanının tanınmaması veya bu imkanın sınırlı olması durumunda, bu organ mahkeme olarak sayılamayacaktır³³⁵.

Uyuşmazlık konusunda karar veren mercinin, sözleşmenin aradığı anlamda mahkeme sayılabilmesi için, sadece yasayla kurulması yeterli olmamakta, bu mercinin, önüne getirilen davayla ilgili maddi ve hukuki sorunları tüm yönleriyle inceleyebilmesi, yani tam yetkili olması gerekmektedir³³⁶. Yargılama konusunda tam yetkiye sahip olmayan, bu kapsamda dava konusu olayı hem maddi ve hem de hukuki açıdan inceleme yetkisine sahip olmayan, inceleme için başka organların iznini veya onamını almak zorunda olan mercilerin mahkeme olarak kabul edilmesi mümkün değildir³³⁷. Aynı şekilde, uyuşmazlık konusunda karar veren mercinin kararının infaz edilip edilmeyeceğine, ya da kısmen veya belli şartlar altında infaz edileceğine başka bir organ karar veriyorsa, o mercinin, AİHS anlamında mahkeme olarak kabul edilmesine imkan bulunmamakta olup³³⁸, bu mercinin verdiği karar bağımsız bir mahkeme kararı olarak kabul görmeyecektir³³⁹.

³³¹ Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika kararı, Şahbaz, s. 241.

³³² Campbell ve Fell/İngiltere kararı, Şahbaz, s. 241.

³³³ Ringeisen/Avusturya kararı, Şahbaz, s. 241.

³³⁴ British American Tobacco/Hollanda kararı, Şahbaz, s. 241.

³³⁵ Kingsley/İngiltere kararı, İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 160.

³³⁶ Doğru/Nalbant, s. 631.

³³⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 298.

³³⁸ Yüksel, s. 47.

³³⁹ Ianucenco/Alina, "Adli Sistemin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Mesuliyeti", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 2010, Sayı 27, Sayfa 93.

AİHM uygulamalarına göre, sözleşme anlamındaki bir mahkeme tarafından verilen ve kesinleşen kararın yerine getirilmesi yargılamanın bütünüyle parçasıdır. Aksi durumda, yani bir mahkemenin usulünce kesinleşmiş olan kararının yerine getirilmemesi, kararın fiilen hükümsüz kalmasına neden olacak işlemlerin yapılması veya kararın infazının belli şartlara tabi tutulması mahkeme hakkının içini boşaltacaktır. İdarenin borcunu ödememesi, çok geç ödemesi, idareye karşı icra takibi yapılamaması, özellikle yürütmenin durdurulması yönündeki karar gereğini yerine getirmemesi, mahkeme kararıyla ilgili icraya başvurulmak istenmesi durumunda karar harcı ödenmesini şart koşması gibi birçok tutumla mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin önüne geçilebilmektedir. Bu durumlarda, mahkeme kararı fiilen işlevsiz hale gelmekte olup, AİHM, sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmektedir. Yine, kesinleşmiş olan bir mahkeme kararının, daha sonra yeniden ele alınıp iptal edilmesi hukuk güvenliği ilkesine ve adil yargılanma hakkına ters düşmektedir³⁴⁰.

Yasayla kurulmuş olmak, aynı zamanda, yasaya uygun kurulmuş olmak ve yine yasaya uygun olarak çalışmak anlamlarına gelmektedir. Yasayla kurulan mahkeme, kuruluş yasasına aykırı çalışırsa adil yargılanma hakkı ihlal edilecektir³⁴¹. Mahkeme yasayla kurulmuş olabilir. Ancak, mahkemede görev yapan hakimlerin yasada belirtilen kurallara uygun olarak çalışmaması durumunda sözleşme ihlal edilmiş olacaktır. Nitekim AİHM, Yunanistan Albaylar Rejimi Sıkıyönetim Mahkemelerinin yasayla kurulmalarına rağmen Milli Savunma Bakanının emrine uygun olarak çalıştıklarını, bu nedenle bağımsız olmadıklarını kabul etmiş ve sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kapsamda, bazı mahkemelerin, bazı suçlara bakmak için özel olarak kurulmuş olmaları (terör veya devlete karşı işlenmiş suçlara bakan mahkemeler gibi), bu mahkemelerin yasayla kurulmuş olması, yargılama usulünün yasayla belirlenmiş olması ve hakimlerinin bağımsız olması koşuluyla, sözleşmeye aykırı görülmemektedir³⁴².

“Yasayla kurulmuş mahkeme” ilkesinin doğal sonucu, mahkemelerin yasayla kurulması, yürütmenin tasarruflarıyla, örneğin kanun hükmünde

³⁴⁰ Doğru/Nalbant, s. 632.

³⁴¹ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 165.

³⁴² X ve Y/İrlanda kararı, Şahbaz, s. 244.

kararnemelerle veya diğer yürütme işlemleriyle mahkeme kurulamamasıdır. Bu hem AİHS'nin 6/1. maddesinin, hem de Anayasamızın 142/1. maddesinin doğal sonucudur³⁴³. Yürütmenin düzenleyici işlemleriyle mahkeme kurulamaması kuralının, mahkemenin görev alanının daraltılması konusunda da uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi düşüncenin kabulü, yani yürütmenin düzenleyici işlemleri ile mahkemenin görev alanını daraltabileceğinin kabulü halinde, yürütme organı dilediği iş ve işlemleri mahkemenin inceleme alanı dışına çıkarabilecektir. Bu yöndeki bir uygulamanın adil yargılanma hakkını zedeleyeceği açıktır.

Disiplin suç ve cezaları, bir meslek mensuplarının tabi oldukları kurallara uymamaları sonucu ortaya çıkan eylemler ile oluşmaktadır. Genel anlamda, disiplin suçları konusunda, meslek kuruluşlarının kendi organları değerlendirme yapmakta ve karar vermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, disiplin suçları ile ilgili değerlendirme yapan meslek kuruluşu organlarının, belli güvencelere sahip olması ve bu organların kararlarına karşı, sözleşmenin 6. maddesinde yazılı yargı organlarına başvuru imkanının olması durumunda, bu organların karar vermiş olmasının sözleşmeyi ihlal etmeyeceğine karar vermiştir³⁴⁴.

2.3.2.2. Bağımsız Mahkeme

Adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için mahkemenin yasayla kurulmuş olması yetmemekte olup, bu yargılamanın bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yapılması gerekmektedir³⁴⁵. Bağımsızlık; herhangi bir kişi veya organdan emir almamak³⁴⁶, başta davanın tarafları olmak üzere, yasama ve özellikle yürütme organı ile diğer dış etkenlerin baskılarından uzak olmak³⁴⁷, başka bir deyişle özgür olmak demektir³⁴⁸.

Yargı bağımsızlığı ilkesinin dayanağı kuvvetler ayrılığıdır. Hukuk devleti ilkesinin en temel özelliği olan kuvvetler ayrılığında, yasama, yürütme ve yargı organları birbirinden ayrı ve bağımsız olarak iş görürler. Bunun sonucu olarak, kuvvetler ayrılığının olduğu demokratik hukuk devletlerinde, yargı organları,

³⁴³ Anayasa 142/1:” Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.”

³⁴⁴ Albert-Le Compte/Belçika davası, Kırmaz, s. 73.

³⁴⁵ Doğru/Nalbant, s. 632.

³⁴⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 299.

³⁴⁷ Şahbaz, s. 247.

³⁴⁸ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 166.

diğer erklerin etki ve baskısı olmadan karar verebilirler. Yargı organların kimsenin etkisi ve yönlendirmesi olmadan karar verebilmesi, yargıçların güven içinde görev yapmaları için gerekli teminatların bulunması, bağımsızlık ilkesinin doğal sonucudur³⁴⁹. AİHM, mahkemelerin bağımsız olması gerektiğini, bu bağımsızlığın hem yürütme makamına, hem de davanın taraflarına karşı olması gerektiğini kabul etmiştir (Ringeisen/Avusturya kararı)³⁵⁰.

AİHM kararları uyarınca mahkemenin yürütme ve yasama ile taraflardan bağımsız olması; mahkeme üyelerinin görevlerini yaparken emir ve talimat almamaları ve hesap verme durumunda kalmamaları demektir³⁵¹. Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıklarda, bir mahkemenin bağımsız olup olmadığını incelerken genelde üç kıstası dikkate almaktadır; 1-Üyelerin nasıl atandığı, 2-Hakimlerin görevde kalma süreleri, 3- Hakimlerin baskıdan korunmasına yönelik teminatların varlığı ve mahkemenin kurumsal olarak bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı meselesi (Campbell ve Fell/Birleşik Krallık davası)³⁵².

Anayasa Mahkemesi bir kararında yargıç bağımsızlığının hukuk devletinin olmazsa olmazı olduğunu, bu bağımsızlığın sadece hükümete karşı değil, devlet yapısı içindeki tüm kurum ve kişilere karşı olması gerektiğini belirtmiştir³⁵³. Bağımsızlık, hukuk dışında kimseden emir almamak, diğer devlet kurumlarının etki ve baskısı altında olmamak, aynı zamanda davanın taraflarının da etki alanı dışında olmak demektir (AYM, E.2011/29, K.2012/49, 30/3/2012)³⁵⁴.

Mahkemenin bağımsız olması adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Ayrıca, güçlü olan iktidarın kurallarla sınırlanması, dolayısıyla hukukun üstünlüğü ve hesap verebilirliğin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin tesisi ve bunların doğal sonucu olarak toplumu oluşturan bireylerin hukuka ve devlete olan güven ve saygısının sağlanması için de yargının bağımsız olması önemli ve şarttır³⁵⁵.

³⁴⁹ Yüksel, s. 50.

³⁵⁰ Mole/Harby, s. 58.

³⁵¹ Kırmaz, s. 76.

³⁵² Mole/Harby, s. 58.

³⁵³ Anayasa Mahkemesinin 28.2.1989 tarihli, 1988/32 esas, 1989/10 karar sayılı kararı, “anayasa.gov.tr”, erişim tarihi 10.08.2017.

³⁵⁴ Çelik, s. 54.

³⁵⁵ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 167.

Sağlıklı bir yargılamadan söz edilebilmesi için, yargılamayı yapacak olan makamın bağımsız olması şarttır. Bu bağımsızlık, hakimlere tanınmış olan bir ayrıcalık değil, hakimlerin kimsenin etki ve baskısı altında kalmadan, sadece hukuka ve adalete uygun karar verecekleri yolunda toplumda güven oluşturmaya yönelik bir araçtır³⁵⁶. Bu bakımdan, hakimlere tanınmış olan bağımsızlık, aynı zamanda bireylerin özgürlüğünü koruyan bir kalkan, hakime de bağımsız düşünmesi ve davranması konusunda yüklenmiş bir ödevdir³⁵⁷.

Bağımsızlık cam gibidir. Yürütme veya başka bir organın, mahkeme kararını değiştirebilme, uygulanmasını askıya alma, ya da kararı bir şekilde hükümsüz hale getirebilme ihtimali, bu mahkemenin bağımsızlığını ortadan kaldırır (Van de Hurk / Hollanda, para.45-55)³⁵⁸.

AİHM birçok kararında, mahkemenin bağımsızlığını irdelemiş, bu hususun, adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğunu ve demokratik bir toplumda çok önemli bir yer tuttuğunu belirtmiştir (De Cubber, §30), (Demicoli, §39; Le Compte³⁵⁹, Van Leuven ve De Meyere, §55)³⁶⁰. Mahkeme, uyuşmazlığı çözen kurumun bağımsız bir mahkeme olup olmadığını incelerken, hakimlerin atanma ve görevden alma usullerini³⁶¹, görev sürelerini³⁶², bu hakimlere emir verme yetkisine sahip bir organın bulunup bulunmadığını, hakimlerin dış etkilerden korunmalarını sağlayacak güvencelerin bulunup bulunmadığını göz önüne almaktadır³⁶³. Findlay/İngiltere kararında bu husus vurgulanmıştır³⁶⁴.

³⁵⁶ Yıldırım, s. 342.

³⁵⁷ Metin/Yüksel, Alp/Erhan, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Mahkemeler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.2, S.2, Yıl 2012, Sayfa 100.

³⁵⁸ Vitkauskas/Dikov, s. 42.

³⁵⁹ Albert ve Le Compte/Belçika kararı, paragraf [32-32]:” Mahkeme’ye göre Temyiz Mahkemesinin tarafsızlığıyla ilgili bir sorun bulunmamaktadır. İtiraz Kurulu bakımından, kural olarak aksi kanıtlanmadıkça bir yargı yerinin üyelerinin tarafsız oldukları kabul edilmelidir. Başvuruculardan biri Kurul üyelerini reddetmiştir; ancak bunu öylesine muğlak bir şekilde yapmıştır ki, bu reddin hukuki bir temeli yoktur. Tarafsızlık, objektiflik ve organizasyon açısından değerlendirildiğinde ise (Piersack, §30), olayda bunu bir sorun haline getirmeye yol açan her hangi bir şey yoktur. Özellikle İtiraz Kurulunda yer alan hekimlerin Tabip Odaları tarafından seçilmelerine rağmen, atanma tarzları, bu kişilerin tarafgir olduklarını düşünmek için hiçbir sebep oluşturmamaktadır (Le Compte, Van Leuven ve De Meyere, §26). Bu kişiler Tabip Odasının temsilcileri olarak değil, Kraliyetin atadığı hukuk üyeleri gibi, şahsi sıfatlarıyla hareket ederler. Bu gerekçeyle Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ihlal edilmemiştir.”, Doğru/Nalbant, s. 700.

³⁶⁰ Doğru/Nalbant, s. 633.

³⁶¹ Çırak, s. 41.

³⁶² Çelik, s. 54.

³⁶³ Şahbaz, s. 249.

³⁶⁴ Findlay/İngiltere kararı, paragraf (73); “Mahkeme, bir yargı yerinin ‘bağımsız’ olup olmadığını belirlemek için, diğer sebeplerin yanında, bu yargı yeri üyelerinin nasıl atandığına ve çalışma

Mahkemeye göre, en önemli olan husus, hakimlerin kimseden emir almamalarıdır³⁶⁵.

Mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin ilkeler Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, hakimlerin görevlerini yaparken bağımsızlık oldukları, anayasa, hukuk ve vicdani kanaatleri doğrultusunda karar verecekleri, hiçbir kişi veya kurumun, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olarak hakimlere emir veremeyeceği, tavsiyede bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava ile ilgili yasama organında soru sorma, görüşme yapma, beyanda bulunma gibi işlemler yapılamayacağı, yargı kararlarına tüm kişi ve kurumların uymak zorunda olduğu, hiç kimsenin yargı kararlarının yerine getirilmesini geciktiremeyeceği kabul edilmiştir³⁶⁶.

AİHM, birçok kararında, mahkemenin bağımsız olması kadar, dışarıya ve özellikle davanın taraflarına bağımsız olduğu konusunda bir görüntü vermesinin önemli olduğunu belirtmiştir. Farhi – Fransa davasında, bazı jüri üyelerinin, duruşma arasında savcı ile görüşmelerini sözleşmenin ihlali olarak kabul etmiştir. Mahkeme'nin kabulüne göre, sanık veya davanın tarafının bir mahkemenin bağımsız veya tarafsız olup olmadığı yönündeki düşüncesi tek başına belirleyici değildir. Zaten burada önemli olan sanığın bu yöndeki algısı değil, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı yönündeki algının nesnel olarak haklı görülüp görülmemesidir (Findlay, §73; Incal, §71)³⁶⁷. Mahkeme görünümün önemli olduğuna ilişkin kabulünü “*adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir*” şeklinde izah etmiştir. Mahkemenin, bağımsız ve tarafsız olduğu konusunda, davanın taraflarında bıraktığı izlenim çok önemlidir. Yukarıda belirtildiği gibi, davanın taraflarında oluşan izlenim mahkemenin bağımsız olmadığının kabulü için tek başına yeterli olmasa da, bu yönde oluşan kuşkular çok önemlidir. Mahkeme, taraflardaki kuşkunun yerinde

sürelerine, dışarıdan gelecek baskılara karşı güvencelerin olup olmadığına ve bu organın bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmak gerektiğini hatırlatır (Bryan, §37). ‘Tarafsızlık’ sorununun ise iki ayrı yönü vardır. Tarafsızlığın birinci yönü bir yargı yerinin subjektif olarak kişisel önyargılardan arınmış olmasıdır. İkinci yönü ise bir yargı yerinin objektif olarak da tarafsız olmasıdır. Yani bu yargı yeri meşru sayılabilecek her türlü şüpheden kendini uzak tutacak yeterli güvenceler sunmalıdır. (Pullar, §30). Bağımsızlık ve objektif tarafsızlık kavramları birbirleriyle çok yakından ilgilidir.”, Doğru/Nalbant, s. 720.

³⁶⁵ Çelik, s. 55.

³⁶⁶ Yüksel, s. 52.

³⁶⁷ Doğru/Nalbant, s. 633.

olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir³⁶⁸. Coeme ve Diğerleri-Belçika davası kararında bu husus açıkça belirtilmiştir³⁶⁹.

Adil yargılanma hakkının ve hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi, yargının bağımsız olması, bu yönüyle bireylerde adalet duygusunun kökleşmesidir. Dolayısıyla, hukuk devleti ilkesine sahip toplumlarda, halkın, mahkemelerin bağımsız olduğu konusunda güven duymaları gerekir. Bunun için, mahkemelerin bağımsız olması kadar, bu konuda tarafları ikna etmeleri, oluşacak kuşkuların önüne geçmeleri bir zorunluluktur³⁷⁰. Bu durumu dikkate alan AİHM de, bağımsızlık görüntüsünün önemli olduğunu birçok kararında vurgulamıştır (Luka / Romanya, para.55-61). Mahkemenin kastı, yargılamayı yapan mahkemenin bağımsız olup olmadığı konusunda taraflarda oluşan subjektif inanç değil, tarafsız bir gözlemci tarafından “*bağımsız bir yargılama*” makamı olarak görülmesidir (Belilos).³⁷¹.

Findlay/Birleşik Krallık kararında (paragraf 76) mahkeme, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olması kadar, bu yönde bir görüntü vermesinin de önemli olduğunu, başvuru Findlay’ın davasına bakan askeri mahkemenin tüm üyelerinin askeri hiyerarşi içinde yer aldıklarını, birlik komutanı olan kişinin emrine tabi olduklarını, bu durumda başvurunun mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığı yönündeki kuşkusunun objektif olarak haklı görülebileceğini belirtmiştir.

AİHM, İncal/Türkiye³⁷² kararında, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde asker üyenin görev yapmasını bağımsızlık ve tarafsızlık yönünden uygun

³⁶⁸ Şahbaz, s. 259.

³⁶⁹ Coome ve Diğerleri/Belçika kararı (22 Haziran 2000, Başvuru No. 32492/96, paragraf 121); Bu bağlamda [...] görünüm bile belli bir öneme sahip olabilir. Söz konusu olan, demokratik bir toplumda halka yansıtılması gereken mahkemelere karşı güven duygusudur ve her şeyden önce, ceza davaları söz konusu olduğunda, bu güven duygusunun sanığa da yansıtılması gerekir (bkz. Diğer örneklerin yanı sıra, Hauschildt-Danimarka davası, 24 Mayıs 1989 tarihli karar, Seri A No. 154, s. 21, paragraf 48 ve Pullar-Birleşik Krallık davası, 10 Haziran 1996 tarihli karar, *Reports* 1996-III, s. 794, paragraf 38). Bir mahkemenin bağımsızlıktan ya da tarafsızlıktan yoksun olduğundan endişelenmek için meşru bir neden bulunup bulunmadığına karar verirken, sanığın görüşü önem taşımakla birlikte, belirleyici değildir. Belirleyici olan, bu endişenin nesnel açıdan haklı görülüp görülmeceğidir (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Hauschildt davasının kararı, s. 21, paragraf 48 ve yukarıda belirtilen Gautrin ve Diğerleri davasının kararı, s. 1030-1031, paragraf 58), Dutertre, s. 161.

³⁷⁰ Çırak, s. 43.

³⁷¹ Vitkauskas/Dikov, s. 45.

³⁷² İncal/Türkiye kararı; “Bir mahkemenin bağımsız olup olmadığı değerlendirilirken üyelerin atanma şekli, görev süreleri, dış baskılara karşı yeterli güvencelerin öngörülüp öngörülmediği gibi

bulmamıştır. Mahkemeye göre, sivil bir kişinin, asker üyenin bulunduğu bir mahkemede yargılanması, o kişide, başka saiklerle hareket edilebileceği yönünde haklı bir kuşku doğmasına neden olabilecektir. Burada AİHM, asker üyenin görev yaptığı mahkemede yargılanan kişinin duygu ve düşüncelerini dikkate almış, bu kişinin mahkemenin bağımsızlığından kuşku duymasını haklı görmüş ve bu mahkemenin oluşumunu bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine aykırı bulmuştur. Mahkeme, bu kabulü yaparken, asker üye bulunan DGM'lerin yasayla ve yargıladığı olaydan önce kurulmuş olmasını önemli görmemiştir³⁷³.

İncal davasından sonra, İHAM önüne gelen, Çıraklar/Türkiye, Gerger/Türkiye, Mehdi Zana/Türkiye gibi bir dizi davada da DGM'lerdeki askeri yargıç açısından bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesine aykırılık bulmuştur³⁷⁴.

DGM'lerde asker üye bulunmasını bağımsızlık ve tarafsızlığın ihlali olarak gören mahkeme, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin oluşumunu sözleşmenin ihlali olarak görmemiştir. Mahkeme, AYİM üyelerinin cumhurbaşkanı tarafından atandıklarını, dış müdahalelere karşı anayasal güvenceye sahip olduklarını, görev yeri ve süreleri konusunda askeri hiyerarşinin dışında olduklarını,³⁷⁵ bu mahkemede bulunan asker kökenli üyenin, DGM'lerde bulunan üyeden farklı bir konumda olduğunu³⁷⁶ belirtmiş ve bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığını

hususların dikkate alınması gerekir...Anayasanın 143. maddesine göre kurulan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin üç üyesinden birisi orduya bağlı bir subaydır...Mahkemenin bağımsız olması kadar, bu yönde verdiği görüntü de önemlidir. Bu konuda, kamuoyunun ve özellikle sanığın mahkemeye duyduğu güven çok önemlidir. Bir mahkemenin bağımsız olmadığı konusunda, sanıkta oluşan kuşku tek başına yeterli değil ise de, bu şüphenin oluşması için meşru ve haklı bir neden varsa bu dikkate alınmalıdır...Başvurucu, yargılandığı mahkemede bir asker üyenin bulunması nedeniyle, verilecek karar konusunda meşru görülecek bir endişeye sahip olmuş, bu endişe, yetkisi olmadığından Yargıtay tarafından tam olarak giderilememiştir. Bu nedenle başvurusunun mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda şüphe duymasında meşru sebebi bulunmakta olup sözleşmenin 6. maddenin 1. paragrafı ihlal edilmiştir." Dışişleri Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi, erişim tarihi 10.08.2017.

³⁷³ Şahbaz, s. 260.

³⁷⁴ İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 182.

³⁷⁵ Şahbaz, s.261.

³⁷⁶ Yavuz ve diğerleri/Türkiye kararı; "... AİHM (Mahkeme) öncelikle, AYİM'e atanan askeri hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili yasa hükümleri ile garanti altına alındığını belirtmek ister. AİHM, AYİM'deki askeri hâkimlerin atanma usulleri yönünden, askeri hâkimlerin gerek idareye gerekse dava taraflarına karşı yargı bağımsızlığının katı kurallarına uyarak görevlerini icra etmelerini engelleyecek hiçbir durumun olmadığı sonucuna varmıştır. AYİM'deki askeri hâkimler, ömür boyu atanırlar ve hiçbir şekilde kararlarından dolayı idareye hesap verme durumunda değildirler. Disipline ilişkin konular AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlanır. AYİM'de üye olarak atanan sınıf subayları yönünden ise, Mahkeme (AİHM), salt bunların Genelkurmay Başkanlığına önerilen üç aday arasından seçilmesi sebebiyle bu üyelerin bağımsızlığının zedelendiğinin söylenemeyeceği görüşündedir. Sınıf subayı üyelerin nihai atama

yönündeki iddiaları kabul etmemiştir. Bu karardan sonra, bu mahkemelerle ilgili yapılan müracaatlar AİHS'in 35. maddesi kapsamında “açıkça dayanaktan yoksun” bulunarak reddedilmektedir³⁷⁷.

Yine mahkeme Arı/Türkiye davasında, Sıkıyönetim Mahkemelerinin bağımsız ve tarafsız olmadığına ve sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁷⁸. Mahkeme, Sıkıyönetim mahkemelerinde iki askeri yargıç ve bir subay üyenin bulunduğunu, mahkemede görev yapan askeri yargıçların sıkıyönetim komutanının emri altında olduğunu, bu yönüyle başvuruçunun, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı yönündeki kuşkusunun haklı olduğunu kabul etmiştir³⁷⁹.

AİHM, askeri mahkemelerle ilgili görüşünü zaman içinde değiştirmiştir. Mahkeme başlangıçta askeri mahkemelerde yargılanan kişilerin sivil veya asker olmalarına göre bir ayırım yapmış, asker kişilerin yargılanmasında ihlal kararı vermezken³⁸⁰, sivil kişilerin yargılanmasında, mahkemenin yapısının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini kabul etmiştir.

AİHM, önceleri asker kişilerin askeri mahkemelerde yargılanmalarını ihlal olarak görmemiş, askeri kurumlarda görev yapsa bile, sivil kişilerin askeri mahkemelerde yargılanmasını sorunlu bulmuştur. Nitekim, TSK bünyesinde sivil

yetkisi Cumhurbaşkanındadır. Bunların atanması sonrası, sınıf subayı üyeler, aynen askeri hakim üyeler gibi, görevlerini yerine getirirken dış müdahaleye karşı anayasal koruma güvencesi altındadırlar. Görev aylıklarını aldıkları sürece(görevleri süresince) askeri veya idari yetkili kararı ile görevlerinden alınamazlar. Bunların en fazla dört yıllık bir süre ile görev yapmalarının sağlanması ve disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları suretiyle sınıf subayı üyelerin idareye karşı bağımsızlıkları güçlendirilmiştir. Bunlar, görev süreleri zarfında idari veya askeri yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaktadırlar. (...)görülmekte olan davada, diğer konular ile birlikte, Milli Savunma Bakanlığı'na atfedilen ihmal veya eylemlere karşı askeri personel veya onların temsilcilerince ileri sürülen hukuki talepleri karara bağlama yetkisine haiz bir mahkeme sistemi şikâyet konusu yapılmıştır. Mahkemenin (AİHM) Incal kararında Sözleşmenin 6 ncı maddesinin ihlal edildiği kararı vermesine yol açan durumların görülmekte olan davada mevcut olmadığı değerlendirilmiştir. Aynı gerekçeler ile, Mahkeme(AİHM), sübjektif veya objektif esaslar doğ- rultusunda AYİM'deki yargılamanın ve AYİM'in başvuranların istemleri hakkında verdiği kararın tarafsızlığını kuşku hale koyacak hiçbir durumun tespit edilmediği sonucuna varmıştır.”, Akkaya, s. 552.

³⁷⁷ Akkaya/Hikmet Murat, “AİHM’İN Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İle İlgili Bir Kararı ve Olası Sorunlar”, TAAD, Yıl:7, Sayı:26, Nisan 2016, sayfa 551.

³⁷⁸ Şahbaz, s. 263.

³⁷⁹ Çırak, s. 44.

³⁸⁰ Hakan Önen v. Türkiye kararı (no. 32860/96, 10 Subat 2004) ; “askeri ceza mahkemelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin bir şikâyet incelediğini ve bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız olduğunun yeterli şekilde garanti edildiğini tespit ederek şikâyeti reddettiğini...”, Metin/Alp, s. 105, dipnot.

memur olarak görev yapan başvurucunun açtığı davada (Mualla Gökçen İÇEN/Türkiye, Başvuru no. 45912/06) AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir³⁸¹.

Ancak mahkeme daha sonra görüş değiştirmiş, asker kişilerin de askeri mahkemelerde yargılanmasını ihlal olarak değerlendirmiştir (İbrahim Gürkan/Türkiye kararı). Mahkemenin görüş değiştirmesinde, Anayasa Mahkememizin askeri mahkemelerdeki subay üyelerin bağımsız ve tarafsız olmadıkları yönünde vermiş olduğu kararların etkisi olduğu açıktır³⁸². Nitekim daha sonra, askeri mahkemelerde subay üye bulunmasına ilişkin hüküm kaldırılmıştır.

2.3.2.3.Tarafsız Mahkeme

Adaletin tesisi için yargılamanın tarafsız olması gerekir. Bu nedenle, zaman zaman adil yargılama ile tarafsız yargılama aynı anlamda ve birbirinin yerine kullanılır³⁸³. AİHS'nin 6. maddesi anlamında tarafsızlık, hakimin davanın esası hakkında bir önyargıya sahip olmaması, bu konuda bir menfaatinin bulunmaması³⁸⁴, taraflara karşı, onların leh ve aleyhinde bir duygu veya çıkarıya sahip olmaması demektir³⁸⁵.

Anayasamızda (140/5.madde) hakimlerin, kanunun izin verdikleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamayacakları belirtilmiştir. Bu düzenleme, tarafsızlığı sağlamaya yönelik alınan tedbirlerden birisidir. Yine Anayasamızın 138/1.maddesinde, hakimlerin bağımsız oldukları, Anayasa, kanun, hukuk ve vicdani kanaatlerine uygun olarak karar verecekleri belirtilmiş, bağımsızlığın yanısıra tarafsızlığın da altı çizilmiştir³⁸⁶. Nitekim 2017 yılında Anayasa'nın 9. maddesinde değişiklik yapılmış, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilerek tarafsızlık ilkesine anayasal düzlemde yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, tarafsızlığı kısaca,

³⁸¹ Metin/Alp, s. 104.

³⁸² Metin/Alp, s. 105.

³⁸³ Başaran, s. 78.

³⁸⁴ Yıldırım, s. 343.

³⁸⁵ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 300.

³⁸⁶ İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 188.

ön yargı sahibi olmamak biçiminde tanımlamıştır³⁸⁷. AİHM, Saraiva de Carvalho-Portekiz davasında tarafsızlığa ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur³⁸⁸.

Tarafsızlık ve bağımsızlık farklı kavramlar olmasına rağmen, fonksiyonel olarak ilişki içindedirler. Tarafsız olabilmenin ön koşulu bağımsız olmaktır. Bir yargıç bağımsız olabilir, ancak bu her zaman yargıcın tarafsız olduğu anlamına gelmez. Bağımsız olmayan bir yargıcın tarafsızlığından söz edilmesine olanak yoktur³⁸⁹. AİHM, kararlarında tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarını değerlendirmektedir. Mahkemeye göre tarafsızlık, yargıcın önyargılı olmaması, bu kapsamda tarafların leh veya aleyhine hareket etmemesi, bir başka deyişle, kişiliğinden sıyrılarak taraflara karşı objektif olması demektir³⁹⁰. Nitekim mahkeme Langborger/İsveç kararında bağımsızlık ve tarafsızlığı değerlendirmiş, tarafsızlık sorununu, bağımsızlık sorunundan ayırmanın güç görüldüğünü vurgulamıştır³⁹¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün 3. maddesinde mahkeme hakimlerinin yemini, “*Bir yargıç olarak görevlerimi şerefli, bağımsız ve tarafsız bir biçimde yerine getireceğime ve bütün müzakerelerin gizliliğini koruyacağıma ant içerim*”³⁹² şeklindedir. AİHM yargıçlarının, görevleriyle bağdaşmayan, bağımsızlık ve tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıran bir görev almaları yasak olduğu gibi, bu yargıçlar seçildikleri ülkeler adına değil, kendi adlarına görev yaparlar³⁹³.

Tarafsız bir yargı yerinde yararlanma hakkı, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından birisidir. Avrupa Konseyi, yargıçların önlerine gelen uyuşmazlıkları tarafsız bir şekilde, delilleri değerlendirerek ve vicdanlarına uygun

³⁸⁷ Kırmaz, s. 78.

³⁸⁸ Dutertre, s. 160.

³⁸⁹ Çırak, s. 44.

³⁹⁰ Şahbaz, s. 263.

³⁹¹ Langborger/İsveç kararı, paragraf 32;” “32. Bir organın ‘bağımsız’ olup olmadığını ortaya koyabilmek için, başka şeylerin yanında, üyelerinin atanma usulüne ve görev sürelerine, dış baskılara karşı güvencelerin varlığına ve bu organın bağımsızlık görüntüsü verip vermediğine bakılmalıdır (Campbell ve Fell, §78). Tarafsızlıkla ilgili olarak, belirli bir yargıcın belirli bir davada kişisel kanaatlerinin ortaya çıkarılmasına çalışan sübjektif test ile yargıcın bu konuda haklı şüpheleri bertaraf edecek yeterli güvenceler taşıyıp taşımadığını belirlemeyi amaçlayan objektif test arasında bir ayırım yapılmalıdır (De Cubber, §24). Mevcut olayda tarafsızlık sorununu bağımsızlık sorunundan ayırmak güç görünmektedir.”, Doğru/Nalbant, s. 706.

³⁹² Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı Resmi İnternet Sitesi, “inhak.adalet.gov.tr”, erişim tarihi 08.08.2017.

³⁹³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 28.

şekilde karara bağlamaları gerektiğini, bunun tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının gereği olduğunu belirtmektedir³⁹⁴. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de, tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkının istisnası olmayan mutlak bir hak olduğunu, baktığı dava hakkında önyargı besleyen, taraflardan birisinin çıkarını gözetecek şekilde davranan hakimin hâkimin tarafsız olamayacağını belirtmiştir³⁹⁵.

Tarafsızlık, en genel tanımıyla hakimin baktığı dava hakkında önyargı sahibi olmaması ve taraf tutmaması olarak tariflenebilir. Bu yönüyle tarafsızlığın iki yönü vardır; ilki hakimin subjektif olarak kendi iç dünyasında davaya ve taraflara karşı önyargısının olmamasıdır. İkincisi ise, yargı makamı olarak mahkemelerin nesnel tarafsızlığıdır. Bundan kasıt, mahkemelerin, baskı olarak nitelendirilebilecek her türlü şüpheden uzak olması ve bu konuda yeterli güvencelerin sağlanmasıdır (Piersack³⁹⁶, §30).

³⁹⁴ Kırmaz, s. 79.

³⁹⁵ Yüksel, s. 54.

³⁹⁶ Piersack/Belçika kararı, paragraf 30: “Mahkeme’ye göre tarafsızlık, normal olarak önyargının ve tarafgirliğin (bias) bulunmamasını ifade eder; Sözleşme’nin 6(1). fıkrasına göre tarafsızlığın bulunup bulunmadığı çeşitli yollarla test edilebilir. Bu bağlamda, belirli bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki subjektif test ile bir yargıç hakkında bu konuda haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığının belirlenmesi şeklindeki objektif test arasında bir ayırım yapılabilir...Aksi kanıtlanmadıkça, kişisel tarafsızlığın bulunduğu varsayılır. Ancak sadece subjektif test ile yetinmek mümkün değildir. Bu konuda görünüşün bile belirli bir önemi vardır. Belçika Temyiz Mahkemesinin 21 Şubat 1979 tarihli kararında gözlemlendiği gibi, tarafsızlığından kaygılanmak için haklı sebebin bulunduğu bir yargıç, davadan çekinmelidir. Tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin halka vermek zorunda oldukları güven duygusudur...Bir yargıcın, kendisi hiç ilgilenmediği halde sırf daha önce savcı olarak görev yaptığı savcılıkta incelenen her olayda mahkeme heyetinde yer alamayacağını savunmak, bir diğer uç görüşü savunmak demek olacaktır. Savcılık teşkilatının birlik ve bölünmezliğini katı ve biçimciliğe dayanan bir anlayışla kavrayan böylesine radikal bir çözüm, savcılık ile mahkeme heyeti arasında aşılabilir bir duvar örer. Bu durum, bu görevlerin birinden diğerine geçişin sık sık meydana geldiği birçok sözleşmecî devletin adalet sisteminde bir karmaşaya yol açar. Her şeyden öte, bir yargıcın bir zamanlar savcılıkta bulunması, kendisinin tarafsızlığından kaygılanmak için yeterli bir sebep olamaz. Mahkeme bu noktada Hükümetin görüşüne katılmaktadır...Sözleşme’nin 6(1). fıkrasını kendiliğinden dikkate alan Belçika Temyiz Mahkemesi, bu olayda, bir yargıcın daha önce ‘savcılık mensubu olduğu sırada olaya müdahalede’ bulunup bulunmadığı şeklinde, görevin icrasına dayanan bir kriteri benimsemiştir. Bay Piersack’ın temyiz talebini reddeden Temyiz Mahkemesine göre, Van de Walle’nin Brüksel savcılığında savcı yardımcısı olarak, olayla ilgili kişisel bilgi sahibi olma veya araştırma veya soruşturma sürecinde belirli bir adım atma dışında, herhangi bir biçimde bir müdahalede bulunduğu dair bir delil yoktur. Bu kriter, yukarıdaki şekilde açıklığa kavuşturulsa bile, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının şartlarını tam olarak karşılamamaktadır. Mahkemelerin halka güven duygusu verebilmeleri için, iç örgütlenmeleri de dikkate alınmalıdır. Bir kimsenin, savcılık görevi sırasında belirli bir olayla ilgilenebileceği türden bir makamda görev yaptıktan sonra, aynı olayda yargıç olarak görev yapması halinde, halkın kendisinin yeterli tarafsızlık güvencelerine sahip olmadığından kaygı duyma hakkı vardır.” Doğru/Nalbant, s. 698.

Mahkeme uygulamasında kural olarak her hakimin öznel anlamda tarafsız olduğu ve bu şekilde davranacağı varsayılır (Le Compte, Van Leuven ve De Meyere, §58)³⁹⁷. Mahkeme, hakimin öznel olarak tarafsız olmadığını kabul etmek için fiili olarak peşin hükümlü olduğunun sabit olmasını arar³⁹⁸. Bu yüzden, öznel tarafsızlığın varlığı karine olarak kabul edilmekte³⁹⁹, aksinin kanıtlanması bunu iddia eden kişiye düşmektedir⁴⁰⁰. Mahkeme heyetinde bulunan yargıçlardan sadece birisinin yanlı davranması bile, tarafsızlık yönünden ihlale neden olabilmektedir (Sander / Birleşik Krallık, para.18-35)⁴⁰¹.

Sözleşme anlamında tarafsızlığın bulunup bulunmadığının tespitinde iki yola başvurulabilir; ilki, yargıcın önündeki davaya bakarken kişisel inancının ne olduğunun belirlenmesidir. İkincisi ise, tarafsızlık konusunda oluşabilecek muhtemel kuşku gidererek güvencelerin olup olmadığıdır⁴⁰². Yukarıda da belirttiğimiz üzere, AİHM, mahkemenin tarafsız olup olmadığını değerlendirirken öznel ve nesnel tarafsızlık ayrımı yapmaktadır. Öznel tarafsızlık, hakimin birey olarak önündeki davayla ilgili tutumudur. Nesnel tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin davanın taraflarında uyandırdığı güven duygusudur⁴⁰³.

Hakimin tarafsız olup olmadığı değerlendirilirken sadece bir davranışı veya kullandığı bir söz değil, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirilmelidir⁴⁰⁴. Remli – Fransa davasına konu olayda, jüri üyelerinden birisi ırkçı olduğunu söylemiştir. Afrika kökenli olan sanık, bu durumu mahkeme heyetine sunmuş ve jüri üyesinin tarafsız olamayacağını iddia etmiştir. Mahkeme, bu sözlerin mahkeme salonunda değil, dışarıda söylendiğini belirterek talebi kabul etmemiştir. Bunun üzerine AİHM, sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine, tarafsızlık konusundaki iddia açıkça dayanaktan yoksun değilse mahkemelerin bunu araştırmakla yükümlü olduğuna karar vermiştir⁴⁰⁵.

³⁹⁷ Doğru/Nalbant, s. 633.

³⁹⁸ Mole/Harby, s. 61.

³⁹⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 301.

⁴⁰⁰ Çırak, s. 45.

⁴⁰¹ Vitkauskas/Dikov, s. 45.

⁴⁰² Şahbaz, s. 263.

⁴⁰³ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 188.

⁴⁰⁴ Şahbaz, s. 265.

⁴⁰⁵ Doğru/Nalbant, s. 634.

Demokratik bir toplumda bütün mahkemeler bağımsız ve tarafsız olmalarının yanısıra, bu konuda kişilere güven verebilmelidir (Hauschildt⁴⁰⁶, §48). Bir hakimin, esas hakkındaki dava başlamadan önce sanıkla ilgili bir karar vermiş olması, sanığın dosyasını incelemiş olması, onun mutlaka tarafsız olmayacağı anlamına gelmez. Ancak aksi de mümkün olabilmektedir. Bu durumda önemli olan yargıcın verdiği kararın niteliği, bu karar verilirken kullanılan ibarelerin önyargı oluşturup oluşturmadığıdır⁴⁰⁷.

Karakoç ve Diğerleri –Türkiye davasında, asıl davaya bakan mahkeme heyetindeki üyelerinden birisi, davanın soruşturması aşamasında dosyayı incelemiş ve gerekçeli bir şekilde tutuklama kararı vermişti. Sanıklar, soruşturma aşamasında, uzun gerekçelerle tutuklama kararı veren hakimin davanın esası hakkında görüşlerini ortaya koyduğunu, bu nedenle tarafsız olmadığını iddia etmişlerdir. Bu iddiayı inceleyen AİHM, sanıkların mahkemenin tarafsız davranamayacağı yönündeki değerlendirmelerinin objektif olarak somut verilere dayandığını belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir. Bu karardan, hakimlerin soruşturma aşamasında dosyaya bakmaları ve bir karar vermelerinin, her ihtimalde, sözleşmenin 6. maddesini ihlal edeceği sonucu çıkartılmamalıdır. Örneğin Sainte-Marie – Fransa davasında, dosyadaki delilleri ve sanığın kaçma durumunu değerlendirerek sanığın tahliye talebini reddeden yargıların, daha

⁴⁰⁶ Hauschildt/Danimarka kararı, paragraf 46 vd.:" Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından tarafsızlığın olup olmadığı, bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki subjektif testle ve bir yargıcın tarafsızlığından haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığına belirlenmesi şeklindeki objektif testle saptanmalıdır (De Cubber, §24)... Subjektif testle ilgili olarak, başvuru Komisyon veya Mahkeme önünde, söz konusu yargıların kişisel tarafsızlıkla hareket ettiklerini iddia etmemiştir. Her halükarda, aksine kanıt bulunmadıkça, bir yargıcın kişisel tarafsızlığının bulunduğu varsayılmalıdır; mevcut olayda da böyle bir kanıt yoktur. O halde geriye, objektif testin uygulanması kalmaktadır. Objektif test bakımından ise, yargıcın kişisel tutumundan farklı olarak, kendisinin tarafsızlığı hakkında kuşku uyandıracak belirli olguların bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Bu noktada görünüşün bile belirli bir önemi vardır. Tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin bir ceza davası söz konusu olduğunda halka ve her şeyden önce sanığa vermek zorunda oldukları güven duygusudur. Bu nedenle, hakkında tarafsız olmadığından kaygı duymak için haklı bir sebep bulunan bir yargıç, davadan çekinmelidir (De Cubber, §26). Belirli bir davada, bir yargıcın tarafsız olmadığından kaygılanmak için haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verirken, sanığın bakış açısı önemli olmakla birlikte, belirleyici değildir (Piersack, §31). Belirleyici olan şey, bu kaygının objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir... Mevcut davada, tarafsızlık bulunmadığına dair kaygı, dava mahkemesine başkanlık yapan Kopenhag Mahkemesi yargıcının ve Üst Mahkemenin kararına katılmış olan Yüksek Mahkeme yargıçlarının, olayı daha önceki bir aşamada ele almış olmalarına ve soruşturma döneminde başvuru hakkında çeşitli kararlar vermiş olmalarına dayandırılmıştır. Bu tür durumlar, sanığın yargıcın tarafsızlığından kuşku duymasına sebep olabilir; bu kuşkular anlaşılabilir niteliktedir; fakat yine de bunlar objektif açıdan haklı görülme zorunda değildir. Haklı görülüp görülmeyecekleri, her olayın kendi şartlarına bağlıdır." Doğru/Nalbant, 702.

⁴⁰⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 302.

sonra davanın esasına bakmalarının, mahkemenin objektif tarafsızlığını zedelediği değerlendirilmiş ve başvuru reddedilmiştir (Sainte-Marie, §33)⁴⁰⁸.

Ancak, hakimlerin daha önce bir şekilde yargılamaya katılmış olmalarını mahkeme ihlal kapsamında değerlendirmektedir. Oberschlick/Avusturya davasında, ilk derece mahkemesindeki yargılamaya katılan hakimlerin, daha sonra temyiz mahkemesine atanmaları ve aynı dosyanın temyiz incelemesinde görev yapmalarını tarafsızlığa aykırı bulmuş ve ihlal kararı vermiştir⁴⁰⁹.

Mahkeme Nortier/Hollanda kararında ise, soruşturma aşamasında tecavüz suçunu işlediğini ikrar eden sanığın tutuklanmasına ve hakkında psikiyatrik rapor alınmasına karar veren yargıcın daha sonra yargılama yapmasını tarafsızlığa aykırı görmemiş, bu konuda başvurusunun yargıcının tarafsızlığından korku duymasının objektif olarak haklı görülemeyeceğini kabul etmiştir⁴¹⁰. Yine mahkeme, Saraiva De Carvalho/Portekiz kararında, iddianamenin kabulüne ve sanığın tutukluluk halinin devamına karar veren yargıcın, yargılama yapmasının adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.

Başka bir kararda mahkeme, savcılık yaptığı olayda bilahere yargılama yapan kişinin bu durumunun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu olayda, savcılık biriminde bölüm başkanı olan bir kişinin başkanlığını yaptığı birim başvuru hakkında soruşturma yapmış, başkan olan kişi, daha sonra başvurusunun yargılandığı mahkemeye başkan olarak atanmış ve başvurusunun yargılmasını yapmıştır. Mahkeme bir kişinin daha önce savcılık teşkilatı içinde savcılık yapmasını soyut olarak tarafsızlığa aykırı görmemiştir. Ancak somut olayda bu kişi, başvurusunun soruşturma dosyasında aktif olarak görev yapmamış olsa da, aktif olarak görev yapan kişinin amiri durumundadır. Dolayısıyla soruşturmayı yürüten kişiyi yönlendirme ve denetleme imkanı vardır. Bu nedenle bu kişinin bilahere mahkemede başkan olarak görev yapması tarafsızlığa aykırı bulunmuştur⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Doğru/Nalbant, s. 633.

⁴⁰⁹ Mole/Harby, s. 66.

⁴¹⁰ Doğru/Nalbant, s. 708.

⁴¹¹ Piersack/Belçika kararı, paragraf 30-32; "...Aksi kanıtlanmadıkça, kişisel tarafsızlığın bulunduğu varsayılır...Bir yargıcın, kendisi hiç ilgilenmediği halde sırf daha önce savcı olarak görev yaptığı savcılıkta incelenen her olayda mahkeme heyetinde yer alamayacağını savunmak, bir diğer uç görüşü savunmak demek olacaktır...Her şeyden öte, bir yargıcın bir zamanlar savcılıkta

Tarafsızlık konusu değerlendirilirken davanın koşulları, heyet üyelerinin davanın tarafları veya tanıkları ile olan ilişkileri dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda, üyelerden birisinin, taraflardan veya tanıklardan birisini tanıyorsa, o hakimin tarafsızlığını kaybettiği anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla her somut olayın özelliği dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır⁴¹². Şu husus belirtilmelidir ki, ülkemizde, tamamı meslekten olan profesyonel yargıçlar görev yapmaktadır. Ancak bazı ülkelerde, meslekten olmayan yargıçlar görev yaptığı gibi, jüri üyeleri de yargılamaya dahil olmaktadır. İşte hakimin tarafsızlığına ilişkin hükümler, meslekten olmayan yargıçlar ve jüri üyeleri için de geçerlidir⁴¹³.

2.3.3.Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Davaların uzun sürmesi pek çok ülkede şikayet edilen bir konudur⁴¹⁴. Mahkeme önünde davacı veya davalı sıfatıyla, ya da bir suç isnadıyla yargılanan kişilerin bir an önce yargılamanın bitmesini, haklarına kavuşmayı ve aklanmalarını istemekte menfaatleri vardır⁴¹⁵. Makul sürede yargılanma hakkı, insan haklarının ilk büyük belgesi olan Magna Carta'da “*kimseye adaleti geciktirmeyeceğiz*” ifadesiyle yer bulmuştur. Zira geç gelen adaletin, adalet

bulunması, kendisinin tarafsızlığından kaygılanmak için yeterli bir sebep olamaz... Mahkemelerin halka güven duygusu verebilmeleri için, iç örgütlenmeleri de dikkate alınmalıdır. Bir kimsenin, savcılık görevi sırasında belirli bir olayla ilgilenebileceği türden bir makamda görev yaptıktan sonra, aynı olayda yargıç olarak görev yapması halinde, halkın kendisinin yeterli tarafsızlık güvencelerine sahip olmadığından kaygı duyma hakkı vardır... İşte bu olayda meydana gelen de budur. Van de Walle Kasım 1978'de, Brüksel Üst Mahkemesi başvuru davaya sevk etmeden önce, Brabant Ağır Ceza Mahkemesine başkan olmuştur. Bu sıfatla duruşmalar ve müzakereler sırasında geniş bir yetkiye sahip olmuş, dahası örneğin Yargı Kanununun 268. maddesinin verdiği takdir yetkisini ve ayrıca jüri tarafından basit çoğunlukla sanığın suçluluğuna karar vermesinden sonra, diğer yargıçlarla birlikte sanığın suçluluğuna karar verme yetkisini kullanmıştır. Van de Walle, Kasım 1977 tarihine kadar Brüksel savcılığında, başvuru Piersack'a karşı soruşturma açmakla yetkili B bölümünün başkanıdır. Başvuru, dosyada görevli Bayan del Carril ve sonra De Nauw'un hiyerarşik üstü olarak, onların mahkemeye yazdıkları herhangi bir yazıyı gözden geçirip düzeltme, olayda benimsenecek yaklaşımı tartışma ve hukuki noktalardan kendilerine tavsiyede bulunma hakkına sahiptir. Bunun yanında, Komisyon ve Mahkeme tarafından elde edilen bilgiler, Van de Walle'nin bu muhakemede belirli bir biçimde yer aldığını teyide yöneliktir. Başvuru Piersack'ın o sırada tüm bu olup bitenlerin farkında olmamasının pek bir önemi yoktur. Van de Walle'nin, örneğin 4 Şubat 1977 tarihli üst yazıyı kendisinin alıp almadığını ve bu olayı bayan del Carril'le veya Bay De Nauw ile tartışıp tartışmadığını belirlemek amacıyla daha ayrıntılı bir araştırma yaparak, kendisinin oynadığı rolün boyutunu kesin olarak değerlendirmek üzere çaba göstermek de gerekli değildir. Suç isnadının esası üzerinde karar vermiş bir 'yargı yeri'nin tarafsızlığının kuşkuya açık olabildiğini tespit etmek yeterlidir. Bu konuda Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.” Doğru/Nalbant, s. 698.

⁴¹² Doğru/Nalbant, s. 633.

⁴¹³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 302.

⁴¹⁴ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 370.

⁴¹⁵ Doğru/Nalbant, s. 634.

olmadığına dair her toplumda ciddi bir inanış vardır⁴¹⁶. AİHM'ne göre, devletler, adil yargılanma hakkını sağlayacak şekilde sistemlerini kurmak ve işletmekle görevlidirler ve bu sözleşmenin 6. maddesinin yüklediği bir yükümlülüktür⁴¹⁷.

“Gecikmiş adalet, adalet değildir” deyiimi, herkesin bildiği ve kullandığı, adaletin bir an önce tesis edilmesini öğütleyen bir özdeyiştir. AİHS'nin 5/3 ve 6/1. maddeleri de bu özdeyişin gereğini yerine getirmeyi emreden düzenlemeler içermektedir. Sözleşmenin bu iki maddesi, kişi özgürlüğünün taşıdığı önemi vurgulamış, bunun için bir suç isnadı altında olan kişinin bir an önce mahkeme önüne çıkartılmasını, davasının bir an önce bitirilmesini öngörmektedir⁴¹⁸. Benzer bir hüküm Anayasamızın 141. maddesinde yer almış, mahkemelerin davaları mümkün olan en hızlı şekilde bitirmekle görevli oldukları belirtilmiştir⁴¹⁹.

AİHM, hak arama özgürlüğünün bir gereği ve sonucu olarak mahkemeye başvuran kişilerin bir an önce haklarına kavuşmak istediklerini, özellikle ceza yargılamasında, bir suç isnadı altında olan kişilerin, dava boyunca nasıl bir karar verileceği endişesi ile yaşadıklarını, devletlerin, kişilerin bu endişeli bekleyişlerini önlemek ve bir an önce haklarına kavuşmalarını sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduklarını kabul etmektedir⁴²⁰. Mahkemeye göre, makul sürede yargılama yapmak devletler için bir görev, bireyler için de bir haktır⁴²¹.

Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında makul sürede yargılanma hakkı hukuk, idare ve ceza yargılaması gibi tüm yargılama usullerinde geçerli olup⁴²², hem kişisel hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda, hem de bu suç isnadına dayalı olarak yapılan yargılamalarda uygulanması gerekir. Burada öngörülen makul süre kavramı, tüm yargılama türleri için geçerli olduğundan, sözleşmenin 5/3. maddesinde öngörülen tutuklulukta makul süre kavramından farklıdır⁴²³.

⁴¹⁶ Çayan, s. 90.

⁴¹⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 303.

⁴¹⁸ Turan, kitap, s. 221.

⁴¹⁹ Kaşıkara, kitap, s. 168.

⁴²⁰ Stogmüller/Avusturya kararı, İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 372.

⁴²¹ Çayan, s. 91.

⁴²² Turan/Hüseyin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11 (Ekim 2012), Sayfa 50.

⁴²³ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 371.

AIHM, makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasıyla önüne gelen başvurularda, önce yargılamanın süresini ve sonra bu sürenin makul olup olmadığını değerlendirmektedir. Ceza yargılamasında süre, suçlamanın yapılması ile başlayacaktır⁴²⁴. Suçlama tabiri ile kastedilen ise, davanın yetkili makam önüne götürülmesi değil, kişinin suç işlediği şüphesi altında olmasıdır⁴²⁵.

Kişiyeye isnadın yöneltmesi, suçlamanın yapılması, davanın mahkeme önüne gelmesinden önceki bir tarih de olabilir, ki genelde böyledir. Burada önemli olan, kişinin ceza hukuku anlamında zanlı/şüpheli olduğu tarihtir. Kişinin savunmasının alınması, bu amaçla kolluk birimine çağırılması ile süre başlayacaktır⁴²⁶, esas hakkında verilen kararın kesinleşmesi ile bu süre sona erecektir⁴²⁷.

Kişisel hakka dayalı olarak yapılan yargılamalarda ise, kural olarak davanın açılmasıyla süre başlayacaktır. Ancak dava açılabilmesi için idare makamlarına başvuru yapma veya bir merciden izin alma gibi bir usul öngörülmüş ise, bu prosedürlerin başlangıç tarihi sürenin başladığı tarih olacaktır⁴²⁸. König – Almanya davasında mahkeme, makul sürenin idari yargıda dava açılmadan önce başladığını belirtmiş ve bu olayda, idareye söz konusu işlem aleyhine başvuru yapılması esnasında geçen süreyi de dikkate almıştır⁴²⁹. Son dönemlerde hukukumuza arabuluculuk müessesesi girmiş olup, bir kısım hukuk davalarında arabulucuya gitmeden dava açılmasına imkan bulunmamaktadır. İşte, bu tür davalarda arabulucuya başvurma tarihi, sürenin başlangıcı olarak esas alınacaktır.

Hukuk devleti, bireylerin özgürlük ve güven içinde yaşadıkları, adalete ve bu adaletin tesisini sağlayan devlete güvendikleri sistemin adıdır. Bu güven, devletin hukukla bağlı olması, hakkının ihlal edildiğini düşünen kişilerin özgürce hakkını arayabilmesi, bu bağlamda bağımsız ve tarafsız mahkemelere başvurabilmesi, mahkemelerin de adil ve hukuka uygun şekilde yapacakları yargılamalar ile hak sahibinin hakkını teslim etmesi ile mümkün olacaktır. İşte toplumun devlete ve yargı organlarına güvenmesi ve bu güvenlerini devam

⁴²⁴ Mole/Harby, s. 46.

⁴²⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 303.

⁴²⁶ Doğru/Nalbant, s. 634.

⁴²⁷ Yıldırım, s. 345.

⁴²⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 303.

⁴²⁹ Doğru/Nalbant, s. 634.

ettirmesi için, hak sahibinin hakkının bir an önce teslim edilmesi, ihtilafın taraflarının hukuk içinde tatmin edilmesi, bunun için de yargılamaların makul süre içinde bitirilmesi gerekli ve zorunludur⁴³⁰. Mahkemelerce uygulanan cezaların etkili olabilmesi için, olaydan kısa bir süre sonra uygulanması gerekmektedir. Ceza yargılamasının uzun sürmesi, ceza adaletinin kalitesi ve etkinliğini düşürecek, bu da bireylerin devlete ve adli sisteme olan güvenlerini zayıflatacaktır⁴³¹.

Makul sürede yargılanma hakkı, Anayasa Mahkemesinin 2012/13 başvuru no.lu, 01.07.2013 no.lu bireysel başvuru kararında (par.40) değerlendirilmiştir. Kararda, yargılamanın makul sürede bitirilmesinin amacının kişilerin uzun süren yargılama nedeniyle maruz kalacakları sıkıntılardan korunması olduğu, davaların uzun sürmesinin, çoğu zaman elde edilen hükmün yararını ortadan kaldırdığı, dolayısıyla bu durumun adaletin etkililiği ve güvenliğine zarar verdiği, yargılamanın usul kurallarına uyularak ve gerekli özen gösterilerek kısa sürede bitirilmesinin çok önemli olduğu, yargılamada geçen sürenin makul olup olmadığının her olaya göre değerlendirileceği belirtilmiştir⁴³².

2.3.3.1.Sürenin Belirlenmesi

Mahkeme tarafından yargılama süresinin uzunluğunun tespit edilebilmesi için, bir başka ifadeyle yargılamanın makul süreyi aştığının kabulü için öncelikle ve özellikle yargılamada süre bakımından dikkate alınacak dönemin belirlenmesi gerekmektedir⁴³³. Her dava konusu olay için standart olarak makul bir süre belirlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla AİHM, makul sürenin aşıldığı yönünde önüne gelen başvurularda pragmatik davranmakta, somut olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirme yapmaktadır⁴³⁴.

Makul sürenin ne olduğu konusunda mahkeme kararlarında bir tanım bulunmamaktadır. Mahkeme, gerek tutuklukta makul süreye (sözleşme 5/3) ve gerekse yargılamada makul süreye (sözleşme 6/1) ilişkin başvurularda, bu

⁴³⁰ Kaşıkara/M.Serhat, “Makul Süre İçinde Yargılanma Hakkı”, TBB Dergisi, Sayı 84, 2009, Sayfa 243.

⁴³¹ Turan, makale, makul süre, s. 55.

⁴³² Anayasa Mah. Resmi İnternet Sitesi, erişim tarihi, 27.01.2018.

⁴³³ Turan, kitap, s. 229.

⁴³⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 303.

konuyla ilgili soyut tanımlamalar yapılamayacağını, her olay için ayrı değerlendirme yapılmasının gerektiğini belirtmişlerdir⁴³⁵.

Suç isnadı kavramı, taraf devletlerde farklı anlamlarda kullanıldığından ceza davalarında sürenin ne zaman başladığını tespit etmek daha güçtür⁴³⁶. AİHM, diğer birçok kavramda olduğu gibi, suç isnadı kavramını da, somut olayın özelliklerini dikkate alarak kendisi tanımlamış, bu kavramın, suçlamanın resmi bir belge ile mahkeme önüne götürülmesi olarak değil, kişinin suç işlediği konusunda resmi bir iddianın bulunması olarak algılanması gerektiğini belirtmiştir. Bu tanım ve uygulama nedeniyle, ceza yargılamasında makul süre çoğu zaman olayın mahkeme önüne getirilmesinden çok önce, yetkili makam tarafından kişiye suç işlediğinin bildirilmesi ile başlayacaktır. Buna göre kişinin gözaltına alınması, tutuklanması, ifade için kolluk birime çağırılması, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasının savcılık makamınca Millet Meclisinden talep edilmesi ile süre başlayacaktır. Eğer sanık, yargılama sürecinde kaçar veya saklanırsa, makul süre değerlendirilirken bu süreler düşülecektir. Aksi düşüncenin kabulü, kaçan veya saklanan sanığın ödüllendirilmesi anlamına gelecektir⁴³⁷.

Ceza yargılaması verilen hükmün kesinleşmesi ile sona erecektir. Dolayısıyla makul süre değerlendirilirken isnadın başladığı tarihten hükmün kesinleştiği tarihe kadar geçen süre dikkate alınacaktır⁴³⁸. Mahkeme Delcourt Kararında, mahkeme kararları ve yargılamanın kişiyi etkilediğini, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın temyize götürülmesi durumunda sanık hakkındaki sürecin devam ettiğini, verilen karar kesinleşmedikçe, gerçekte karar verilmiş olmadığını belirtmiştir⁴³⁹.

Karar düzeltme yolu, ceza yargılamasında etkili bir hukuk yolu olmadığından makul süre değerlendirilmesinde dikkate alınmayacaktır⁴⁴⁰. Önceleri AİHM, yargılama süresini tespit ederken kararın icrasını da dikkate almaktaydı. Fakat daha sonra mahkeme, kararın icrasını müstakil olarak

⁴³⁵ Turan, makale, makul süre, s. 51.

⁴³⁶ Turan, kitap, s. 230.

⁴³⁷ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 379.

⁴³⁸ Kaşıkara, kitap, s. 178.

⁴³⁹ Altıparmak, s. 249.

⁴⁴⁰ Doğru/Nalbant, s. 634.

incelemeye başlamış ve yargılama süresinin tayininde kararın icrasını dikkate almaktan vazgeçmiştir⁴⁴¹.

AİHS'nin 6. maddesi adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için gerekli ilkeleri tespit etmiş, taraf devletlere de bu ilkeler doğrultusunda adil yargılama yapma görevini yüklemiştir. İşte taraf devletler, adil yargılamayı gerçekleştirmek için gerekli düzenlemeleri yapmak ve önlemleri almakla görevlidirler. Yeterli sayıda mahkeme kurulması ya da hakim atanması, etkili başvuru hakkının kullanılması için gerekli tedbirlerin alınması devletin yükümlülükleri arasında sayılabilecektir⁴⁴².

2.3.3.2. Makullük Değerlendirmesi

Makul sürenin ne olduğu konusunda bir tanım yapılması veya bir ölçüt verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla AİHM, makul süreyi değerlendirirken somut olayın özelliklerini dikkate almakta, ancak yine de bazı kriterlerden yararlanmaktadır.

İlk kriter; davanın niteliğidir. Buna göre davanın, gerek hukuki sorunlar ve gerekse maddi yönleriyle karmaşık olması, dava kapsamında birçok değişik hususun tartışılacak olması halinde dikkate alınacak makul süre değişecektir. Bir davanın karmaşık olup olmadığı değerlendirilirken davanın bütün boyutları dikkate alınır; maddi kanıtların durumu (Triggiani, §17), sanık sayısı (Angelucci, §15), birden çok davanın birleştirilmesi (Diana, §17)⁴⁴³, uluslararası unsurlar, davanın başka davalarla birleştirilmesi⁴⁴⁴, hastalık veya tutukluluk gibi ilgilinin özel haline ilişkin hususlar gibi⁴⁴⁵.

Birçok sanığın bulunduğu, sanıkların bir kısmının yabancı uyruklu olduğu, birçok sanık tarafından iştirak halinde işlenen suçların olduğu, yine organize şekilde işlenen suçların olduğu, birden çok ülkeyi içine alan ya da uluslararası bağlantıları olan suçların işlendiği hallerde yargılamanın uzun sürmesi ihlal

⁴⁴¹ Çayan, s. 95.

⁴⁴² Kaşıkara, makale, makul süre, s. 244.

⁴⁴³ Doğru/Nalbant, s. 634.

⁴⁴⁴ Mole/Harby, s. 48.

⁴⁴⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 304.

oluşturmayabilecektir⁴⁴⁶. Yine örneğin kiracının tahliyesine ilişkin basit bir dava ile, çok uluslu bir şirketin feshine ilişkin davanın aynı sürede bitirilmesi mümkün değildir⁴⁴⁷. Ancak yine de salt davanın karmaşık olması, uzun süren yargılamayı haklı çıkarmayacak, her somut olay kendi özellikleriyle değerlendirilecektir. Her ne kadar davanın uluslararası boyutları olsa da, gecikme bu nedenden değil, devletin kendi birimleri arasındaki iletişimsizlikten kaynaklanırsa sözleşme ihlal edilmiş olacaktır. Mansur/Türkiye kararında, başvuru Türkiye’de uyuşturucu kaçakçılığı suçundan yargılanmıştır. Başvurucuya ilişkin olarak Yunanistan’dan istenen belgeler gelmiş, ancak ülkemizin ilgili birimleri arasındaki iletişimsizlik nedeniyle zamanında tercüme edilememiş ve kullanılamamıştır⁴⁴⁸. Mahkeme, bu olayda yabancı bir ülke ile yazışma yapılmasının davanın karmaşıklığına ve uzamasına sebebiyet verdiğini, ancak başvuru konusu olayda davanın uzamasının asıl nedeninin davalı devletin birimleri arasındaki iletişimsizlik olduğunu, böylece makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir⁴⁴⁹.

Makul sürenin ne olduğu konusunda bir tespit yapılması mümkün olmayıp her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılacaktır. Mitap ve Müftüoğlu kararında mahkeme bu hususu değerlendirmiştir. Başvuruya konu olan bu dava ilk derece mahkemesinde yaklaşık 8 yıl sürmüş, gerekçeli karar yaklaşık 3 yılda yazılmış, temyiz merciinde ise yaklaşık 6 yıl geçmiştir. Davada yargılanan sanık sayısı 703 ve suçlama sayısı 607 adettir. Mahkeme, davanın sanık ve suçlama sayısının çok fazla olduğunu, dolayısıyla davanın geniş kapsamlı ve karmaşık olduğunu, bu özelliği nedeniyle ilk derece mahkemesinde yargılamanın uzun sürmesinin makul kabul edilmesi gerektiğini kabul etmiş ve bu yönüyle başvuruyu reddetmiştir. Ancak gerekçeli kararın yazımı için geçen 3 yıllık süre ile, temyiz aşamasında geçen 6 yıllık sürenin makul süre olarak kabul edilemeyeceğini tespit etmiş ve bu yönüyle ihlal kararı vermiştir⁴⁵⁰. Mahkeme, iki davanın birlikte yürütüldüğü bir adam öldürme olayında, altı yıl üç ay süren yargılamayı makul bulurken, başka bir olayda iki yıl beş ay süren yargılamayı makul bulmamıştır. Bu da yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığının, her somut olayın özelliğine

⁴⁴⁶ Turan, kitap, s. 234.

⁴⁴⁷ Kaşıkara, makale, makul süre, s. 247.

⁴⁴⁸ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 382.

⁴⁴⁹ Çayan, s. 99.

⁴⁵⁰ Turan, makale, makul süre, s. 61.

göre değerlendirilmesi gerektiği yönündeki tutumun isabetli olduğunu göstermektedir⁴⁵¹.

İkinci kriter; makul sürenin belirlenmesinde başvuruçunun davranışları da önem arz etmektedir. Aslında, bir ceza davasında sanık adli makamlarla işbirliği yapmak, davanın erken bitmesi hususunda gayret göstermek zorunda değildir. Aksine sanığın savunmalarını kanıtlamak için süre ve benzeri imkanları sonuna kadar kullanması doğaldır⁴⁵². Ancak yine de sanıktan usulü haklarını belli bir özenle kullanması beklenir⁴⁵³. AİHM, Unión Alimentaria Sanders S.A./İspanya davasında başvuruçunun kendisiyle ilgili usulü prosedürleri yerine getirirken özenli davranması, yargılamayı uzatıcı davranış ve taktiklerden kaçınması gerektiğini belirtmiştir⁴⁵⁴.

AİHS kapsamındaki hakların kullanılmasında iyiniyet esas olup, hakkın kötüye kullanılması şeklindeki davranışların korunması mümkün değildir. Bu çerçevede yargılamanın uzamasına bilerek ve isteyerek sebebiyet veren kişinin bundan dolayı bir hak talep etmesi ve bunun sözleşme organlarınca korunması düşünülemez. Bu kapsamda yargılama aşamasında kaçan, hakkında yakalama emri çıkarılmasına rağmen uzun süre yargılamaya gelmeyen kişinin, yargılama süresinin uzunluğundan şikayet etmesinin korunur bir yanı bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu vurgulamıştır (Abdulkadir Bolluk, B. No: 2013/5278, 15/4/2014, § 26.)⁴⁵⁵. AİHM de, başvuruçunun on yedi kez duruşmanın ertelenmesini istediğini, karşı tarafın yaptığı yedi erteleme talebine itiraz etmediğini, dolayısıyla yargılamanın 15 yıl sürmesinde başvuruçunun davranışlarının da etkisinin olduğunu kabul etmiş ve ihlal kararı vermemiştir⁴⁵⁶.

Bilindiği üzere hukuk davalarında hakim tarafların talepleri ile bağlıdır ve davanın takibi genel anlamda taraflara ait bir sorundur. Dolayısıyla davanın taraflarının geciktirici taktiklerden kaçınması, kendine tanınmış usulü imkanları kullanırken gerekli özeni göstermesi ve iyiniyetli davranması gerekir. Aksi

⁴⁵¹ Altıparmak, s. 250.

⁴⁵² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 305.

⁴⁵³ Altıparmak, 251.

⁴⁵⁴ Mole/Harby, s. 49.

⁴⁵⁵ Yıldırım, s. 347.

⁴⁵⁶ Altıparmak, s. 251.

durumda davanın uzun sürmesi ile ilgili bir hak talebinde bulunamayacaktır. Ancak davanın takibinin taraflara ait olması, mahkemenin, davanın mümkün olduğunca hızlı bitirilmesi hususunda üzerine düşeni yapma görevini ve bu konudaki sorumluluğunu kaldırmayacaktır⁴⁵⁷. AİHM, Monnet/Fransa başvurusunda, boşanma, velayet ve nafaka davasının 7 yıl 1 ay sürmesinin, başvurusunun üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesinden, özellikle de gerekli olmayan birçok dilekçe vermesinden kaynaklandığını söyleyerek adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁵⁸.

Üçüncü kriter; devlet organlarının tutumudur. Başta mahkemeler olmak üzere devletin tüm organları, açılmış olan davaların mümkün olan en hızlı şekilde bitirilmesi hususunda üzerine düşeni yapmakla yükümlüdür. Eğer yargılamanın uzaması, adli veya idari bir organın görevini tam anlamıyla yapmamasından kaynaklanıyorsa, mahkeme makul süre şartına uyulmadığı ve dolayısıyla sözleşmenin ihlal edildiği tespitini yapmaktadır. Bu kapsamda, istenen adli raporun geç gelmesi, tanıkların hazır edilememesi, kurumlar arasındaki yazışmanın sonlandırılmaması gibi nedenlerin hiçbir önemi yoktur. Yine temyiz mercilerinin, usulü gerekçelerle ilk derece mahkemesi kararlarını bozmaları da yetkili makamların tutumu kapsamında değerlendirilir. Kararın bozulması durumunda makul süre yeniden başlamamakta, isnadın başlamasından kesin hükme kadar işleyen süre gözönünde tutulmaktadır⁴⁵⁹. Devletin gecikmeden ve makul sürenin aşılmasından sorumlu tutulabilmesi için ihmal veya kusurunun bulunması gerekmektedir⁴⁶⁰.

Adaletin sağlanması ve bu anlamda yargılama faaliyeti bir yönüyle kamu hizmeti, diğer yönüyle de egemenliğin bir görünümüdür. Dolayısıyla adaleti sağlamakla yükümlü olan hukuk devleti, aynı zamanda adaleti kısa sürede sağlamakla da görevlidir⁴⁶¹.

Tutumu değerlendirilen yetkili makamdan kasıt, sadece adli sistem içinde görev yapanlar değildir. Devletin gecikmeye neden olan tüm organları yetkili

⁴⁵⁷ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 383.

⁴⁵⁸ Çayan, s. 101.

⁴⁵⁹ Doğru/Nalbant, s. 635.

⁴⁶⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 305.

⁴⁶¹ Turan, kitap, s. 237.

makam tanımı içerisinde girmektedir⁴⁶². Dolayısıyla devlet tüm idari ve adli makamlarının neden olduğu gecikmelerden sorumludur⁴⁶³.

Bazen, başta adli sistem içinde görev alanlar olmak üzere, yetkili makamlar üzerine düşeni yapmış ve davayı normal seyri içinde götürmüş, ancak buna rağmen yargılama uzun sürmüş olabilir. Hakim açığı, personel azlığı, mevzuattaki bazı boşluklar, teknik yetersizlikler bu kapsamda sayılabilir⁴⁶⁴. Bu tür sebepler devleti sorumluluktan kurtarmaz. Akit devletler, iş yükünü gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamaz. Komisyonun da ifade ettiği gibi, bütün akit devletler kurumsal yapılarını AIHS'ye uygun olarak düzenlemek zorundadır⁴⁶⁵. Zimmermann-Steiner-İsviçre davasında, yargılamanın uzun sürdüğü konusunda başvuru yapılmış, davalı İsviçre Hükümeti, mahkemenin ağır iş yükünü istatistiksel verilerle ortaya koyarak savunmada bulunmuştur. Ancak bu savunma AIHM tarafından kabul edilmemiş ve İsviçre Hükümeti, tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir⁴⁶⁶. Devletlerin görevi, adaletin sağlanması, bunun için de bağımsız ve tarafsız mahkemelerin kurulması ve verimli şekilde çalışmalarını için gerekli ortam ve imkanların hazırlanmasıdır. Dolayısıyla devletler, yargılamanın makul sürede bitirilmesi için gerekli tedbirleri almak, bu kapsamda yeteri kadar mahkeme kurmak, hakim istihdam etmek, araç ve personel sorunlarını gidermekle yükümlüdürler. Aksi halde devletlerin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

Bilindiği üzere, AIHM'ne başvuru yapabilmek için, iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekir. Ancak yargılama devam ederken, makul sürenin aşıldığı yönündeki bir iddiayla mahkemeye başvurulması durumunda, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmamaktadır. Burada şu hususa vurgu yapmak gerekir ki, makul sürenin aşılp aşılmadığı değerlendirilirken o davada verilen kararın başvuru sahibinin lehine olup olmasının bir önemi yoktur. Çünkü burada irdelenen, verilen kararın doğru olup olmadığı değil, makul sürede verilir verilmediğidir. Dolayısıyla devletler, makul sürenin aşıldığı iddiasıyla yapılan bir

⁴⁶² Kaşıkara, kitap, s. 175.

⁴⁶³ Mole/Harby, s. 50.

⁴⁶⁴ Turan, kitap, s. 239.

⁴⁶⁵ Çayan, s. 105.

⁴⁶⁶ Kaşıkara, makale, makul süre, s. 250.

başvuruda, dava makul süre içinde bitirilseydi de sonuç değişmezdi diye bir savunmaya sığınamazlar⁴⁶⁷.

Dördüncü kriter; “*başvurucu bakımından dava konusunun önemi*”dir. AİHM, genellikle bütün davalara aynı şekilde yaklaşmakta, davalar arasında önem sıralaması yapmaktan kaçınmaktadır. Ancak AİHM, ulusal mahkemelerin bazı davaları ivedilikle sonuçlandırmamasını kararlarında sıklıkla eleştirmekte, bazen de ivedilikle sonuçlandırılmayan davalar için ihlal kararları vermektedir. Mahkemeye göre, tartışılan çıkarların özelliği, davanın niteliği, ekonomik koşullar, davacıların yaş ve sağlık durumları gerektiriyorsa, ulusal mahkemelerce davanın ivedilikle sonuçlandırılması gerekir⁴⁶⁸.

Şu husus belirtilmelidir ki, “*tutuklulukta makul süre*” ile “*yargılamada makul süre*” kavramları birbirinden bağımsızdır⁴⁶⁹. Ancak, yine de bu kavramlar arasında yakınlık olup, mahkemeye göre yargılama usulsüz olarak uzarsa tutukluluk da hukuka uygun olmaktan çıkacaktır⁴⁷⁰. Usul hukukunda belirlendiği üzere tutukluluk bir tedbirdir. Eğer tutuklu sanığın yargılaması uzarsa, tedbir olan tutukluluk cezaya dönüşecek, bu da tutuklamadan beklenen amaçla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle tutuklu sanığın yargılamasında, işin bir an önce bitirilmesi için daha özenli davranılması gerekir. Yine çocuklar ve çalışanların tarafı olduğu davalar, bedensel zarara ilişkin davalar gibi özel nitelikli davaların makul süre içinde bitirilmesi konusunda yargı makamları daha özenli olmalıdırlar. Mahkeme, X-Fransa davasında, kan nakli sırasında HIV virüsü bulaştırılan bir kişinin açtığı tazminat davasının iki yıl sürmesini uzun bulmuştur⁴⁷¹.

2.3.4.Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10., Kişisel ve Siyasal Haklara ilişkin sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenen bu hak, AİHS'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında, “*herkes hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sahiptir*” şeklinde düzenlenmiştir⁴⁷². Bu hak, mahkemelere başvurabilme, iddia ve

⁴⁶⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 306.

⁴⁶⁸ Çayan, s. 106.

⁴⁶⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 306.

⁴⁷⁰ Mole/Harby, s. 52.

⁴⁷¹ Doğru/Nalbant, s. 635.

⁴⁷² Çayan, s. 109.

savunmada bulunabilme, mahkemelere katılma, müdafî yardımından yararlanma, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, mahkeme kararlarının gerekçeli olması, hükmün aleni olarak tefhimi, yasa yollarına başvurulabilme haklarını kapsamaktadır⁴⁷³.

Devletin meşruiyet kaynağı, halkın rıza ve inancına dayanmasıdır. Bu inanca dayalı olarak varlığını sürdüren devletin en önemli görevi kuşkusuz vatandaşlarının haklarını korumaktır. Bu konuda devletin elindeki imkanların başında yargı organları gelir. Ancak sadece yargı organlarının varlığı ile bireylerin hakkı korunamaz. Devletler davanın açılmasından kesin hükümle sonuçlanmasına kadar olan süreçte, yargılamanın adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Eğer bu yapılırsa, bireylerin temel hak ve hürriyetleri korunmuş olacak, bu sayede vatandaşların devlete olan güvenleri artacaktır⁴⁷⁴.

Hakkaniyete uygun yargılanma, ilk derece mahkemeleri ile istinaf ve temyiz yargılaması da dahil olmak üzere ve hatta kararın infazı aşaması da dahil, davanın tüm aşamalarını kapsamaktadır. Bu sayılanlar “*duruşma*” kavramı içinde mütalaa edilmektedir. Bu sonuç, 6. maddenin birinci fıkrasında geçen “*davasının...hakkaniyete uygun olarak görülmesi*” ibaresinden açıkça ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁵.

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, adil ve doğru karar elde etme değildir. Zaten burada inceleme konusu yapılan mahkemenin doğru karar verip vermediği değil, karara götüren yargılama sürecinin hakkaniyete uygun yürütülüp yürütülmediğidir. Muhakeme süreci hakkaniyete uygun yürütülmüş, ancak yanlış bir karar verilmiş olabilir. Ya da, muhakeme süreci hakkaniyete uygun yürütülmemiş, ancak sonuçta doğru bir karar verilmiş olabilir. Sonuç her ne olursa olsun, yargılama hakkaniyete uygun yürütülmemişse, sözleşme anlamında ihlal gerçekleşmiş olacaktır⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Kaşıkara, kitap, s. 150.

⁴⁷⁴ Yüksel, s. 58.

⁴⁷⁵ Turan, kitap, s. 308.

⁴⁷⁶ Doğru/Nalbant, s. 636.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmediği yönünde yapılan başvurunun incelenmesi, davalı devletin mahkemesinin verdiği kararın doğruluğu veya yanlışlığının incelenmesi anlamına gelmez⁴⁷⁷. AİHM, ulusal mahkeme kararlarını inceleyen bir temyiz mahkemesi değildir. Bu kapsamda mahkeme, ulusal mahkemede yürütülen yargılama faaliyetini bir bütün halinde inceler ve yargılamanın adalete uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini tespit eder⁴⁷⁸. Bu nedenle AİHM'nin yaptığı yeni bir yargılama olmadığı gibi, ulusal mahkeme kararlarını iptal etme, değiştirme veya onama işlemi değildir⁴⁷⁹.

Mahkeme, “*adil*” (hakkaniyete uygun) yargılamanın genel ve nesnel bir tarifini vermiş değildir⁴⁸⁰. Sebebi ise, hakkaniyet “*fair hearing*” kavramının çok geniş ve kapsamlı bir ifade olması ve onun yoruma açık bir nitelik taşımasından kaynaklanmaktadır⁴⁸¹. Bu nedenle mahkeme, hakkaniyetli yargılama hakkını otonom yorum prensibi gereğince her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirmektedir⁴⁸².

6. maddenin 2 ve 3. fıkralarında sayılan koşullar da (ya da güvenceler) adil yargılama kavramına dahil, yani bu kavramı oluşturan unsurlar, başka bir deyişle 1. fıkranın uzantısıdır. Bunlar, bir anlamda, adil yargılamanın suç davasındaki çeşitli yönlerine ilişkin minimum ve maddede sarıh ifadesini bulmuş gereklerdir. Bu duruma göre adil yargılama kavramının içeriği belirlenirken maddenin her üç fıkrasını birlikte mütalaa zorunludur⁴⁸³. Her ne kadar bu haklar ceza davasında sanığa tanınmış haklar olsa da, şartların uyması halinde özel hukuk davalarında da sözleşmenin bu hükümleri uygulanabilecektir. Bu kapsamda, kişisel hakka dayalı davalarda da, taraflara iddia ve savunmalarını yapmak üzere yeterli zaman vermek, mahkemede konuşulan dili anlamıyorlarsa tercüman tayin etmek gibi haklar tanınmalıdır⁴⁸⁴.

⁴⁷⁷ Inceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 218.

⁴⁷⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 309.

⁴⁷⁹ Doğru/Nalbant, s. 636.

⁴⁸⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 309.

⁴⁸¹ Turan, kitap, s. 309.

⁴⁸² Çayan, s. 109.

⁴⁸³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 309.

⁴⁸⁴ Yüksel, s. 59.

Değinildiği üzere hakkaniyete uygun yargılanma hakkı çok geniş kapsamlı olup her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir. Ancak mahkeme içtihatları dikkate alınarak konunun şu alt başlıklar halinde incelenmesi mümkündür.

2.3.4.1.Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkesi

AİHM’ne göre, yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmesinin ilk ve en önemli gereği taraflar arasında “*silahların eşitliği*” bulunmasıdır⁴⁸⁵. Silahların eşitliğinden kasıt, davanın taraflarının yargılama sırasında eşit imkanlara sahip olması, birinin diğerine devlet eliyle üstünlük sağlamamasıdır⁴⁸⁶. Davanın taraflarından birisine tanınan ayrıcalık hükmün esasına etki etmese, o taraf lehine bir sonuç doğurmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır⁴⁸⁷.

Silahların eşitliği ilkesi, davanın bir tarafının diğer taraf karşısında, dezavantajlı bir durumda⁴⁸⁸ kalmadan iddia veya savunmalarını mahkemeye sunabilmesini, bunun için yeterli imkana sahip olmasını ifade eder⁴⁸⁹. Anayasa Mahkemesi bir kararında silahların eşitliği ilkesini, davanın taraflarının eşit koşullara sahip olması, bir tarafın diğer taraf karşısında zayıf duruma düşürülmemesi, tüm tarafların iddia ve savunmalarını mahkeme huzurunda hakkaniyetli bir şekilde ifade etme imkanına sahip olmaları şeklinde tanımlamıştır⁴⁹⁰.

Silahların eşitliği ilkesi (equality of arms) kavramı ilk defa Neumeister kararında kullanılmış ve bu karardan sonra sözleşme kapsamında yer alan bir ilke olmuştur⁴⁹¹. Bu ilke hem medeni yargılama, hem ceza yargılaması, hem de idari yargılama usulünde geçerlidir. Ancak ceza yargılamasında bu ilke, şüphelinin aleyhine bir hukuki durumun yaratılmamasını da kapsamaktadır⁴⁹². Mahkeme,

⁴⁸⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 310.

⁴⁸⁶ Kaşıkara, kitap, s. 154.

⁴⁸⁷ Yıldırım, s. 348.

⁴⁸⁸ Mole/Harby, s. 82.

⁴⁸⁹ Yüksel, s. 61.

⁴⁹⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 2013/1134 bireysel başvuru no.lu kararı, paragraf 32., www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 23.01.2018.

⁴⁹¹ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 220.

⁴⁹² Turan, kitap, s. 314.

yargılamada silah eşitliğinin sağlanıp sağlanmadığı denetiminde her davanın özel koşullarını inceleyerek sonuca varmaktadır⁴⁹³.

Silahların eşitliği ilkesi, hem ilk derece yargılamasında tahkikat ve delillerin ikamesi, hem de kanun yolu yargılamasında uygulama alanı bulur. Silahların eşitliği ilkesinin uygulanması bakımından temyiz mahkemesinin maddi vakıaları inceleme yetkisine sahip olması gerekmez. Sadece hukukilik denetimi yapan temyiz mahkemesinde de silahların eşitliği ilkesi uygulanmalıdır⁴⁹⁴.

Silahların eşitliği ilkesinin uygulanması ile üç fayda sağlanmaktadır. Birincisi, devletin yargı fonksiyonu kişi lehine sınırlandırılmakta, bu sayede yargının doğru ve adil şekilde işlenmesi sağlanmaktadır. İkincisi, yargılamaya katılanlar obje olmaktan çıkarılmakta, yargılama faaliyetine etkin bir şekilde katılımları sağlanmaktadır. Üçüncüsü ise, bu ilke sayesinde adil ve kanuna uygun bir yargılama yapılması sağlanmakta, böylelikle keyfiliğin önüne geçilmektedir⁴⁹⁵.

Eğer bir taraf iddia ve delillerini sunarken, diğer tarafa bu imkan tanınmıyorsa, silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olacaktır⁴⁹⁶. Foucher-Fransa davasında; sanık konumundaki başvuru, savunmasını yapabilmek için dava dosyasındaki evrakların örneğini almak istemiş, ancak dosyaya erişimi savcı tarafından engellenmiştir. Başvuruyu inceleyen mahkeme, başvuru dosyasına erişiminin engellenmesini ve dosyadan evrak almasına izin verilmemesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur⁴⁹⁷.

Bilindiği üzere, ceza davalarında iddia makamını temsil eden savcılık kurumu, arkasına devlet imkanlarını alarak görev yapmaktadır. İşte, iddia makamının böylesine güçlü imkanlara sahip olduğu ceza davalarında silahların eşitliği ilkesi savunma hakkının en temel güvencelerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁹⁸. Silahların eşitliği ilkesi, ceza davalarında iddia makamını oluşturan savcı karşısında sanığın dezavantajlı bir pozisyona düşürülmemesini, savcının yetkileri ile sanığın hakları arasında bir denge kurulmasını sağlama

⁴⁹³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 310.

⁴⁹⁴ Çayan, s. 119.

⁴⁹⁵ Kaşıkara, kitap, s. 157.

⁴⁹⁶ Yüksel, s. 62.

⁴⁹⁷ Çırak, s. 52.

⁴⁹⁸ Çırak, s. 51.

amacı gütmektedir. Bu sayede sanık kendisini savunabilecek ve böylece adil yargılama ilkesi hayat bulabilecektir⁴⁹⁹. Bu ilke gereğince, devlet imkanını kullanan savcının ulaştığı tüm belgeler sanığa verilecek ve onun bu belge ve delillere karşı kendisini savunmasına imkan tanınacaktır⁵⁰⁰.

Ceza davalarında, silahların eşitliği ilkesi savunmanın iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul olanaklara sahip olmasını güvence altına alır. Bu gereklilikler arasında, savunmayı hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı da yer alır. Fakat iç hukuklarda savcılık makamı ile başvuru arasında usul açısından tam bir eşitlik olmayabilmektedir. İHAM bu tür eşitsizliklere pragmatik yaklaşmakta ve bu eşitsizliklerin yargılamayı hakkaniyete aykırı hale getirecek nitelikte olup olmadığına bakarak silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmayabilmektedir⁵⁰¹. Mahkeme, Borgers/Belçika kararında, temyiz incelemesinde kararın daire tarafından müzakeresi sırasında Yargıtay Başsavcısının hazır bulunmasını silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur⁵⁰².

Anayasa Mahkemesi kamuoyunda Balyoz davası olarak bilinen davada silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Bu davada, başvurular, dijital delillerle ilgili dosyaya bilirkişi raporları sunmuşlar, ancak bu raporlar mahkemece dikkate alınmamıştır. Yine başvuruların yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması yönündeki talepleri yetersiz gerekçelerle reddedilmiştir. Bu yönde kendisine yapılan başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, sunulan raporların ve yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması yönündeki taleplerin yeterli gerekçe gösterilmeden reddedilmesinin gerekçeli karar hakkına ve silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğuna, bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir (Sencer Başat ve Diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, § 72)⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Başbüyük/İsa, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Sayfa, 1344.

⁵⁰⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 311.

⁵⁰¹ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 234.

⁵⁰² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 311.

⁵⁰³ Yıldırım, s. 349.

Kamuyunda İstanbul Casusluk Davası olarak bilinen davada; başvurucular dijital veriler üzerinde inceleme yaptırılmasını ve bunlara ilişkin imaj örneklerinin verilmesini talep etmişlerdir. Ancak mahkeme, verilerde bulunan bilgilerin devlet sırrı olduğunu belirterek imajlarını başvuruculara vermemiş, dijital verilerin de usulüne uygun aramalarda ele geçirildiğini belirterek bilirkişi incelemesi yaptırılması taleplerini reddetmiştir. Buna ilişkin başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi silahların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığını ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir⁵⁰⁴.

Silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olan diğer bir hak ise, çekişmeli yargılanma hakkıdır. Bu hak, davanın taraflarına, dosyaya sunulan tüm kanıtlar ve bilgilere ulaşabilme, verilecek mahkeme kararını etkileyebilmek için bu kanıtlarla ilgili mahkemeye görüş bildirme imkanının tanınması anlamına gelmektedir. AİHM, savcıların mahkemeye sundukları görüşlerin, davanın diğer tarafına tebliğ edilmemesini çekişmeli yargı hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir (Göç – Türkiye; Meral – Türkiye)⁵⁰⁵. Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir⁵⁰⁶. Ruiz-Mateos/İspanya kararında AİHM, çelişmeli yargılama hakkını, davanın tüm taraflarının, dosyadaki bilgi ve belgeler ile, diğer taraflarca sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olmaları ve bunlar hakkında değerlendirme yapma imkanlarının bulunması olarak tanımlamaktadır⁵⁰⁷.

Daha önce yürürlükte bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlanan ve ilgili ceza dairesine sunulan tebliğnamenin sanığa tebliğ edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktaydı. AİHM,

⁵⁰⁴ Anayasa Mahkemesi'nin Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri kararı; B. No: 2014/253, 9/1/2015, § 75.)

⁵⁰⁵ Doğru/Nalbant, s. 637.

⁵⁰⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 2013/1134 bireysel başvuru no.lu kararı, paragraf 32-33.” Silahların eşitliği ilkesi adil yargılanma hakkının unsurlarından birisidir. Bu ilke, davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara sahip olmalarını, bir tarafın diğer taraf karşısında zayıf düşürülmemesini, tüm tarafların iddia ve savunmalarını makul şekilde mahkeme sunabilmelerini ifade eder...AİHM, dosyaya ilişkin bağımsız bir inceleme yaparak görüşünü mahkemeye sunan AYİM Başsavcısının görüşünün önceden taraflara tebliğ edilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkerinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Miran/Türkiye, 43980/04, 21/4/2009). Bu nedenle Başsavcılık görüşünün önceden taraflara tebliğ edilerek incelemelerine sunulması ve karşı görüşlerini hazırlama imkanı verilmesi adil yargılanma hakkının bir gereğidir. “. www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 23.01.2018.

⁵⁰⁷ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 250

önüne gelen Göç/Türkiye davasında bu konuyu incelemiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca ilgili ceza dairesine sunulan tebliğnamenin sanığa tebliğ edilmemiş olmasını silahların eşitliği kuralına aykırı bulmuş ve 6. maddenin ihlaline karar vermiştir...Bu karar sonrasında, o dönem yürürlükte bulunan CMUK'un 316 .maddesi değiştirilmiş ve tebliğnamelerin taraflara tebliğ edileceği hükmü getirilmiştir⁵⁰⁸. Yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK'nın 297/3. maddesinde de, düzenlenecek tebliğnamenin hükmü temyiz etmiş olmaları veya aleyhlerine görüş içermesi durumunda davanın taraflarına tebliğ edileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesine uygundur. Çünkü, davanın tarafları tebliğnameden haberdar olacaklar ve bu doğrultuda görüşlerini dava dosyasına sunabileceklerdir.

AIHM, benzer bir yaklaşımla Van Orshoven-Hollanda davasında, hekim olan başvurucunun, bağlı olduğu meslek odasının kendisine verdiği disiplin cezasını iptal ettirmek için başvurduğu Yargıtay'da Procureur General tarafından sunulan mütalaanın başvurucuya bildirilmemesini, J.J-Hollanda davasında, başvurucunun hakkındaki vergi cezasının kaldırılmasına dair Yüksek Mahkemeye yaptığı başvuru hakkında danışma mütalaası veren Yüksek Mahkeme Savcılığının bu görüşünün başvurucuya gönderilmemesini çelişmeli yargı ilkesine aykırı bulmuştur⁵⁰⁹.

Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi birbirlerini tamamlayan iki ilkedir. Çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi, taraflar arasındaki dengeyi bozabilecektir⁵¹⁰. Çelişmeli yargılama, tarafların dava dosyası içeriğinden haberdar olmalarını, dosyaya giren tüm bilgi ve belgeler hakkında görüş bildirebilmelerini, bu işlemler için yargılamanın tüm aşamalarına etkin bir şekilde katılabilmelerini sağlar⁵¹¹. Her ne kadar çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri birbiriyle yakın ilişki içinde iseler de, çelişmeli yargılamanın ihlal

⁵⁰⁸ Yüksel, s. 65.

⁵⁰⁹ Çırak, s. 56.

⁵¹⁰ İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 249.

⁵¹¹ Yıldırım, s. 348.

edilmesi, her zaman silahların eşitliği ilkesinin de ihlal edildiği anlamına gelmez⁵¹².

Kunter/Yenisey, yargılama yapma ve sonuçta hüküm vermenin kolektif bir faaliyet olduğunu, bunun için yargılamanın tüm sùjelerinin bilgilendirilmesi, karşılıklı fikirlerini öğrenmeleri, hep birlikte düşünmeleri ve tartışmalarının gerektiğini, bu işe çelişme dendiğini, çelişmenin çekişme veya mücadele olmadığını, bir fikir alışverişi olduğunu, daha doğrusu karşılıklı görüşlerin ortaya konulması olduğunu belirtmektedir⁵¹³.

Mahkeme bir kararında, duruşmaya katılma hakkı bulunan kişiye, duruşma gün ve saatinin bildirilmemesi, dolayısıyla bu kişiye duruşmaya katılma hakkının fiilen tanınmamasını silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkesine aykırı bulmuş ve ihlal kararı vermiştir (Yakovlev, §19)⁵¹⁴.

2.3.4.2.Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Duruşmada hazır bulunma hakkı Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşmenin 14. maddesinde açıkça düzenlenmesine rağmen AİHS’de böyle açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵¹⁵. Duruşmada hazır bulunma hakkı, bir suç isnadı iddiasıyla yargılanan kişinin, aleyhindeki iddia ve delilleri dinlemek ve bunlara karşı kendisini savunabilmek için mahkeme huzurunda hazır bulunabilmesini ifade eder.

Duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığın kendini savunma hakkının doğal bir gereğidir. Bu şekilde duruşmaya katılan sanık aleyhindeki delilleri öğrenecek, kendisini savunacak, karşı delillerini sunacak, tanıkları sorgulayacak, dolayısıyla yargılamaya etkin şekilde katılmış ve kararı etkileyebilme olanağına kavuşmuş olacaktır. Ayrıca duruşmaya katılan sanık, kişiliğiyle ilgili mahkeme heyetine bir izlenim verecek, bu izlenim cezanın kişiselleştirilmesi halleri dediğimiz paraya çevirme, erteleme vb. konularda etkili olacaktır⁵¹⁶. Bu hakkın iki sonucu vardır; ilki sanığın kendisini savunması ve hükmü etkilemeye çalışması, ikincisi ise,

⁵¹² Kaşıkara, kitap, s. 159.

⁵¹³ Yüksel, s. 71.

⁵¹⁴ Doğru/Nalbant, s. 637.

⁵¹⁵ Kaşıkara, kitap, s.160.

⁵¹⁶ Çırak, s. 57.

kapalı kapılar ardında, denetimden uzak yargılama yapılmasının önüne geçilerek şeffaflığın ve güvenilirliğin sağlanmasıdır (Ersin Ekmekçi ve Sinan Ekmekçi, B. No: 2013/6068, § 71.)⁵¹⁷.

Yargılamada hazır bulunma hakkı, daha çok ceza davalarında önem arz etmektedir. Başka bir anlatımla bu hak öncelikle, bir suç ile itham edilen sanığın hakkındaki iddiaları dinleyebilmesini ve bu iddialara karşı savunma yapabilmesini temin eder. Ancak bu hakkın sadece suç isnadına ilişkin davalarda uygulanacağını, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda uygulanmayacağını söylemek mümkün değildir. Zira duruşmada hazır bulunma hakkı, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kişisel hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda da uygulama alanı bulacaktır⁵¹⁸.

Sanığın kendini savunabilmesinin ilk ve en önemli şartı duruşmada hazır bulunabilmesidir. Her ne kadar duruşmada hazır bulunma hakkı, sözleşmenin 6. maddesinde açıkça sayılmamış ise de, bu hak adil yargılanma hakkının bir unsurudur⁵¹⁹.

Duruşmada hazır bulunma hakkından kasıt, tüm yargılamaların duruşmalı yapılması ve sanığın da bu duruşmalara katılabilmesi değildir. Özellikle ilk derece mahkemesinde duruşmalı olarak yargılama yapıldıktan sonra, yasa yolu incelemesinde, tarafların yazılı beyan ve savunmaları alındıktan sonra duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden inceleme yapılması adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecektir⁵²⁰. Ancak yasa yolu incelemesinde hukuki denetim dışında maddi denetim de yapılıyorsa, ya da yasa yolunda sanığın sorumluluğuna yönelik değerlendirmeler yapılıyorsa, bu aşamada duruşma yapmak ve sanığa duruşmada bulunma hakkı tanımak gerekecektir⁵²¹. Ülkemizde geçerli olan sistem dikkate alındığında, yasa yolu bakımından Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay yoluyla yapılan denetim olmak üzere iki tür yasa yolu merci öngörülmüştür. Bölge Adliye Mahkemelerinin, ceza mahkemelerinin kararlarını bozma yetkisi kanunda belirtilen sınırlı hallerde mümkündür. İşte ilk derece ceza mahkemesi

⁵¹⁷ Yıldırım, s. 347.

⁵¹⁸ Çayan, s. 133.

⁵¹⁹ Çelik, s. 130.

⁵²⁰ Yıldırım, s. 347.

⁵²¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 307.

kararını inceleyen bölge adliye mahkemesi, kararda bir yanlışlık tespit etmesi halinde, kendisi yargılama yapacak ve doğru gördüğü hükmü verecektir. Burada, özellikle sanık aleyhine değerlendirme yapılan hallerde, duruşma açılması ve sanığın duruşmadan haberdar edilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkının gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Duruşmalara bizzat katılma sanıklar için öncelikli bir hak ise de, bu hak mutlak değildir. Bir başka ifadeyle bazı özel durumlarda sanığın duruşmada hazır bulunmasına izin verilmeyebilir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sanığın yahut taraflardan birinin gıyabında duruşma yapılmasını ceza davaları açısından incelemiş, mahkeme, ceza davaları bağlamında ancak belirli istisnai şartlarda bunun kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu istisnai şartlar ise resmi yetkililerin üzerlerine düşen vazifeleri tam olarak yerine getirdikleri halde ilgili kişi ya da kişilere duruşmayı haber verememeleri ve bazı hastalık durumlarının bulunması durumlarıdır. Aynı şekilde, sanığın duruşma düzenini bozması, bir gizli tanığın dinlenilmesi, tanığın sanık tarafından tehdit edilmesi gibi özel hallerin varlığında da sanığın duruşmada bulunmasına izin verilmeyebilir⁵²².

Bu anlamda Zana/Türkiye kararı önemlidir. Bu olayda sanık, yargılandığı mahkemenin yargı alanı dışında başka bir ildeki cezaevinde tutuklu olup sorgusu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla yaptırılmıştır. Dolayısıyla sanık yargılandığı mahkeme önüne hiç götürülmemiş, sadece avukatı asıl mahkemede yapılan duruşmalara katılmıştır. Mahkeme, sanığın yargılandığı mahkeme önüne hiç götürülmemesini duruşmada hazır bulunma ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁵²³.

Mahkemeye göre, davanın tarafları duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebilirler. Ancak bu feragatin geçerli olabilmesi için açık ve anlaşılır bir şekilde yapılması, bu konuda bir şüphenin bulunmaması gerekir⁵²⁴. Zana-Türkiye davasında başvuru, yargılandığı il dışındaki bir mahkemede (Aydın Ağır Ceza Mahkemesinde) savunmasını Kürtçe yapmak istemiş ve bazı usulü itirazlarda bulunmuştur. Ancak başvuru, hiçbir aşamada açık bir şekilde savunma

⁵²² Turan, kitap, s. 325.

⁵²³ İncoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 259.

⁵²⁴ Kaşıkara, kitap, s. 161.

hakkından ve duruşmalara katılma hakkından feragat etmemiştir. Ancak mahkemece, sanığın Türkçe savunma yapmaması savunma hakkından feragat olarak değerlendirilmiş ve hüküm verilmiştir. AİHM, sözleşme tarafından güvence altına alınan bir haktan feragatin şüpheye yer vermeyecek şekilde saptanması gerektiğini, somut olayda başvurusunun açık bir feragati olmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir (Zana v Türkiye, 25.11.1997)⁵²⁵.

Anayasa Mahkemesi, duruşmada hazır bulunma hakkını değerlendirirken dava konusunun önemli olup olmamasına göre bir ayırım yapmış, örneğin trafik kurallarına aykırılık gibi basit suçlara ilişkin yargılamalarda duruşma yapılmamasının ihlal oluşturmadığına karar vermiştir. Yine yargılamanın yenilenmesi davaları ve AYİM’de görülen bazı davalarda duruşma yapılmamasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir⁵²⁶.

CMK’nın 193/1. maddesinde, sanığın duruşmalarda hazır bulunmasının temel kural olduğu, ancak kanunun izin verdiği hallerde sanık olmadan duruşma yapılabileceği belirtilmiş, devam eden maddelerde bu kuralın istisnaları öngörülmüştür.

CMK’nın 15.08.2017 tarihli, 694 sayılı KHK’nın 147. maddesi ile değişik 196/4. maddesinde, mahkemenin zorunlu gördüğü nedenlerin varlığı halinde, yargı alanı dışında başka yerde bulunan sanığın sorgusunun görüntülü ve sesli iletişim tekniği aracılığıyla bulunduğu yerden yapılabileceği hükmü getirilmiş, bu hüküm 01.02.2018 tarihli, 7078 sayılı yasanın 142. maddesi ile aynen kabul edilerek yasalaşmıştır. Bilindiği üzere SEGBİS (sesli ve görüntülü iletişim tekniği) ile yargılamanın yapıldığı mahkemenin bulunduğu yer dışında başka bir yerde bulunan kişinin savunması alınabilmektedir. Yani, örneğin Van ilinde bulunan bir cezaevinde başka bir suçtan tutuklu veya hükümlü bulunan ve hakkındaki başka bir dava nedeniyle İstanbul ilinde yargılanan sanığın savunması, Van ilinde tutulduğu cezaevinde bulunan Segbis sistemi aracılığıyla kendisini yargılayan ve İstanbul ilinde bulunan hakim veya mahkeme heyeti tarafından alınabilecektir. Bunun için sanık, istenen gün ve saatte bulunduğu cezaevinin Segbis sisteminin kurulu olduğu odasında (bu sistemin cezaevinde olmaması

⁵²⁵ Çırak, s. 60.

⁵²⁶ Yıldırım, s. 348.

durumunda en yakın adalet sarayında bulunan segbis odasında) hazır edilecek, hakim veya mahkeme heyeti de kendi duruşma salonunda hazır olacak (tüm duruşma salonlarında Segbis sistemi kuruludur), yargılamayı yapan ve hükmü verecek olan hakim veya heyet tarafından sanık sorgulanacaktır. Sanığın buna itiraz etmemesi durumunda bir sorun bulunmamaktadır.

Ancak sanığın Segbis sistemi aracılığıyla savunma yapmak istememesi ve kendisi hakkında hükmü verecek mahkeme huzuruna bizzat çıkmayı istemesi durumunda ne olacaktır? Uygulamada, sanığın Segbis sistemi aracılığıyla savunma yapmayı mahkeme huzurunda bizzat bulunmayı talep etmesi durumunda bu talep kabul edilmemekte, talebinde ısrar etmesi halinde, bunun savunma hakkından vazgeçmiş sayılma olarak değerlendirileceği hususunda ihtar yapılmakta, sanık yine ısrar ederse, savunma hakkından vazgeçmiş sayılarak hüküm verilmekteydi. Bu konuda Yargıtay, yapılan uygulamanın adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu, dolayısıyla sanığın mahkeme huzuruna çıkmayı istemesi durumunda, Segbis sistemi ile savunmasının alınamayacağını kabul etmişti. Ancak bu anlatılanlar, yasanın bu hükmünde, 694 sayılı KHK ile 15.08.2017 tarihinde yapılan düzenlemeden öncesi için geçerliydi. Çünkü, KHK ile yapılan (ve bilahere aynen kabul edilerek yasalaşan) değişiklik öncesinde, CMK'nın 196/4. fıkrası, *“Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı halinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır”* şeklindeydi.

Değindiği üzere, KHK ile yapılan değişiklik öncesinde, sanığın segbis sistemi ile savunma yapmayı istememesi ve mahkeme huzuruna çıkmak istemesi durumunda ne yapılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktaydı. Uygulamada, Yargıtay, bu durumda sanığın mutlaka yargılamayı yapan hakim huzuruna getirileceğini, aksi uygulamanın adil yargılanma hakkının ihlali anlamında olacağını kabul etmekteydi.

Ancak 15.08.2017 tarihinde KHK ile yapılan değişiklikle, hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, sanığın savunmasının bulunduğu yerde segbis sistemi ile alınabileceği, dolayısıyla sanığın mahkeme huzuruna getirilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmiştir.

Düzenlemenin KHK ile yapılması bir sorun olsa da, bilahere bu düzenleme aynen kabul edilerek yasalaştığından bu sorun ortadan kalkmıştır. “Zorunlu haller” in ne olduğunun belirtilmemesi ayrı bir sorundur, ki bu sorunların değerlendirilmesi çalışma konumuzun dışındadır. Yukarıdan beri incelendiği üzere, sanığın kendisiyle ilgili yapılan duruşmaya katılma hakkı, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu husus Yargıtay kararlarında da açıkça vurgulanmıştır⁵²⁷. Bu nedenle, olağanüstü dönemde çıkarılan KHK ile, sanığın rızası olmadan ve mahkeme huzuruna getirilmeden yargılama yapılmasının adil yargılanma hakkını zedeleyeceği, bunun ülkemiz aleyhine ihlal kararı verilmesine neden olacağı açıktır.

Yukarıdan beri incelendiği üzere, AİHM, adil yargılanma hakkına ilişkin kavramları “özerk kavramlar” olarak kabul etmekte, bu niteliği gereği soyut tanımlar yapmaktan ziyade somut olayın niteliğine göre değerlendirmeler yapmaktadır. Bu kapsamda sanığın duruşmada bulundurulması da mutlak haklardan değildir. Zorunlu nedenlerin bulunması durumunda, sanık duruşma sırasında hazır bulundurulmadan, istinabe yoluyla veya segbis sistemi aracılığıyla savunması alınabilecektir. Ancak bu zorunlu nedenin ne olduğunun keyfilikten uzak, gerekçeli şekilde belirlenmesi ve delillendirilmesi gerekmektedir.

Duruşmada hazır bulunma hakkı, sanık için geçerli olduğu kadar, sanığın müdafisi için de geçerlidir. İşte bu nedenle, CMK’nın 188/1. maddesi, hakimler,

⁵²⁷ Yargıtay 1.CD’nin 2015/5868 esas, 2016/1792 esas ve karar sayılı, 06.04.2016 tarihli kararı; “Duruşmada hazır bulunmak isteyen sanığın, duruşmada hazır bulundurulması sadece ödev değil aynı zamanda bir haktır. (Y.C.G.K. 10.06.2008, 9-148/169 s.k.)Avrupa İnsan Ha. kları Sözleşmesinin 6/1. maddesi cezai bir suç ile itham edilen herkesin, kendini savunma, iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme, duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından para ödenmeksizin yararlanması haklarını güvence altına almıştır. Buna bağlı olarak kovuşturma aşamasında; 1) Genel kural sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. Bu hak ciddi nedenlere dayalı olarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir. 2) İlk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara sanığın SEGBİS yolu ile katılması, açık kabulüne dayalı olmalıdır. Tüm bu açıklamalar karşısında; Yargıtay’dan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakan mahkeme tarafından yapılan duruşmadan önce Kırıkkale F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak bulunan sanığın 06.10.2015 tarihinde SEGBİS sistemi aracılığı ile bozma ilamına uyulup Cumhuriyet Savcısının mütalaasından sonra duruşmaya bizzat katılıp savunma yapmak istediğini belirtmesine rağmen, yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle bu talebi reddedilerek, SEGBİS sistemi aracılığıyla beyanı alındıktan sonra mahkumiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması...bozmayı gerektirmiştir.”, Uyap kayıtları, erişim tarihi 29.01.2018.

cumhuriyet savcısı ve zabıt katibi dışında zorunlu müdafinin de duruşmada hazır bulunmasının şart olduğunu, müdafinin mazeretsiz olarak gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi durumunda duruşmaya devam olunabileceğini öngörmüştür. Maddenin ilk halinde, zorunlu müdafii olmaksızın duruşma yapılamayacağı düzenlenmişken, 2016 yılında çıkarılan KHK ile müdafinin “*mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi*” durumunda duruşmaya devam edilebileceği hükmü getirilmiş (bu düzenleme 01.02.2018 tarihli, 7070 sayılı yasanın 5.maddesi ile aynen kabul edilerek yasalaşmıştır), 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK’nin 96 ncı maddesiyle bu fıkra da yer alan “*mazeretsiz olarak*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*duruşmaya gelmemesi veya*” ibaresi eklenmiştir. KHK’lar ile getirilen bu düzenlemeler doğrultusunda, zorunlu müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi durumunda yokluğunda duruşma yapılabilecektir.

Bu düzenlemelerin ülkemizde yaşanan hain darbe girişimi sonrasında görülen davalardaki kimi kötünietli girişimleri önlemek maksatlı yapıldığı açıktır. Ancak hem sanığın, hem de zorunlu müdafinin yokluğunda duruşma yapılabileceğine dair bu düzenlemelerin adil yargılanma hakkı yönünden ülkemizi sıkıntıya sokacağı aşikardır.

2.3.4.3.Susma ve Kendini Suçlamama Hakkı

Bir suç isnadı ile yargılanan sanık konuşmak veya savunma yapmak zorunda değildir. Dolayısıyla sanığın yargılandığı davada, yargılama makamlarına yardımcı olmak bir görevi yoktur. Bu nedenle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, sanığa kendi aleyhine beyanda bulunmama ve delil vermeye zorlanmama hakkını da içerir ki, bu hak susma hakkı olarak tanımlanmaktadır.⁵²⁸ Mahkeme John Murray/İngiltere kararında, susma hakkının sözleşmenin 6. maddesinin özünde yer alan haklardan olduğunu belirtmiştir⁵²⁹. Susma hakkı, sadece savunma yapmamayı ve kendi aleyhine beyanda bulunmamayı değil, aleyhine olarak delil

⁵²⁸ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 271.

⁵²⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 313.

ve belgeleri vermeme hakkını da içermekte⁵³⁰ olup, mahkeme Funke-Fransa davasında bu hususu belirtmiştir⁵³¹.

Sanık susma veya kendini suçlamama hakkına sahip olduğundan, ceza davasının karşı tarafı olan iddia makamı, sanığa karşı ileri sürdüğü hususları, sanıktan baskı ile alınan savunma dışındaki delillere dayanak ispat etmek durumundadır⁵³². Bu hak, Anayasamızın 38/5. maddesinde kimsenin kendisini suçlayan beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamayacağı şeklinde, CMK'nın 147/1-e maddesinde ise, savunması için kimliği saptanan ve hakları hatırlatılan sanığa iddiaya konu suç hakkında açıklamada bulunmama hakkının bulunduğu söylenmesi gerektiği şeklinde belirtilmiştir.

AİHM, Saunders kararında, susma ve kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkının sözleşmenin 6. maddesinde açıkça düzenlenmediğini, ancak bu hakların adil yargılanma hakkının esaslı unsurlarından olduğunu, yine bu hakların genel kabul gören uluslararası standartların özünde bulunduğunu, bu güvence ile sanığın rızası dışındaki zorlanmalara karşı korunduğunu, bu durumda suçlamayı yapan savcılık makamının iddiasını başka delillerle kanıtlamak durumunda olduğunu, bu yönleriyle bu hakkın sözleşmenin 2. maddesinde ifadesini bulan suçsuzluk karinesiyle de yakından ilişkili olduğunu belirtmiştir⁵³³.

2.3.4.4. Delillerin Kabulü ve Değerlendirilmesi

⁵³⁰ Çırak, s. 62.

⁵³¹ Funke-Fransa davası;” Alman vatandaşı olan başvurucunun yurtdışındaki malvarlığının tespiti için gümrük yetkilileri tarafından evinde yapılan aramada, yabancı bankalara ait hesap cüzdanları ve çek defterleri bulunmuştur. Yetkililer bu belgelere el koyarak aynı zamanda başvurucunun mali ve ekonomik durumuna ilişkin bazı belgeleri (geçmiş üç yıla ait yabancı bankalardaki hesaplara ait ekstreler ve hisse portföyü bilgileri gibi) kendisinden istemişler, ancak başvurucu bu talepleri reddetmiştir. Bunun üzerine gümrük yetkilileri tarafından başvurucu hakkında Strasbourg Sulh Mahkemesi’nde açılan davada, başvurucunun 1200 frank para cezası ile ve aynı zamanda istenen bilgi ve belgelerin idare tarafından temin edilmesine kadar geçen her gün için de 20 frank para cezası ile cezalandırılmasına ve istenilen belgelerin gümrük idaresine teslimine karar verilmiştir. Başvurucu tarafından bu karara yapılan itirazlar da Üst mahkeme tarafından reddedilmiştir. AİHM; başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair başvurusunu değerlendirerek, idarenin başvurucudan istediği belgelerin temin edilmesini sağlamak için başvurucu Funke’nin mahkumiyetini sağlayarak, başvurucuyu işlediği iddia edilen suçların delillerini sunmaya zorlamasını sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlali olarak görmüştür.”, Çırak, s. 62.

⁵³² Kaşıkara, kitap, s. 162.

⁵³³ Turan, kitap, s. 340.

Sözleşme’de, dosyaya sunulan delillerin hangi şartlar altında kabul edilebileceğini gösteren bir usul hükmü bulunmamaktadır⁵³⁴. Delillerin kabul edilebilirliğinin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği, öncelikle ulusal mevzuat tarafından düzenlenmesi gereken bir konu⁵³⁵ olup mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Bu nedenle, açıkça hukuka aykırı elde edilmiş olmadıkça, hangi delillerin suçun sübutu için yeterli olduğu veya başvurucunun suçun sabit olup olmadığı hususlarını incelemek mahkemenin işi değildir⁵³⁶. Mahkeme, kararlarında, delillerin doğru toplanıp toplanmadığını denetlemek gibi bir görevinin olmadığını, mahkemenin görevinin yargılamanın bütün halinde adil yargılanma hakkına uygun yürütülüp yürütülmediğini değerlendirmek olduğunu kabul etmektedir⁵³⁷.

Avrupa hukuk sistemlerindeki büyük farklılıklar düşünüldüğünde, bu yaklaşım kaçınılmazdır. Sözleşme organlarının ilk elden bilgi ve deneyime sahip yerel mahkemenin kararını bozma gibi bir yetkisi olmadığı da göz önüne alındığında, sadece sınırlı bir gözden geçirme yetkilerinin olduğu görülmektedir. Bununla beraber, mahkeme içtihatları ile, delillere ilişkin temel prensipler konulmuş, bu prensiplerin dışına çıkılması durumunda yargılamanın hakkaniyete aykırı olacağı kabul edilmiştir⁵³⁸.

Anayasa Mahkemesi de, delil değerlendirme hususunda kendisini AİHM gibi konumlandırmaktadır. Mahkeme, delilleri değerlendirme yetkisinin genel olarak derece mahkemesine ait olduğunu, Anayasa Mahkemesi’nin görevinin yargılamanın genel anlamda adil yargılanma hakkına uygun yürütülüp yürütülmediğini değerlendirmek olduğunu, bu kapsamda delillerin sanığın bulunduğu duruşmada ortaya konulup konulmadığı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁵³⁹.

Anayasamızın 38/6. maddesinde, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiş, bu hükümle hukuka aykırı

⁵³⁴ Doğru/Nalbant, s. 637.

⁵³⁵ Çayan, s. 126.

⁵³⁶ Doğru/Nalbant, s. 638.

⁵³⁷ Mole/Harby, s. 95.

⁵³⁸ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 284.

⁵³⁹ Yıldırım, s. 351.

delil yasağına anayasal bir güvence tanınmıştır. Ancak, bu konuyla ilgili AİHS’de özel bir hüküm yer almamaktadır⁵⁴⁰.

Mahkeme yargılamanın hakkaniyete uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini değerlendirirken, sanığa savunma hakkının tanınıp tanınmadığını, bu kapsamda sunulan delillere itiraz etme fırsatının verilip verilmediğini dikkate almaktadır. Yine sunulan kanıtların niteliği, kalitesi, bu kanıtların güvenilirliği konusunda şüphe bulunup bulunmaması, kanıtların başka materyallerle desteklenmiş olması gibi hususlar göz önünde tutulmaktadır⁵⁴¹.

Bir suç isnadı üzerine sanık hakkında ceza davası açılması halinde, kural olarak, tüm delillerin sanığın huzurunda yapılan açık duruşmada ve çelişmeli bir usulle mahkemeye sunulması, bu deliller konusunda sanığa görüş bildirme hakkının tanınması gerekir. Barbera Messegue ve Jabardo-İspanya davasında, başvuru cinayet ve soygun iddialarıyla yargılanmışlar, bir gün süren duruşma sonunda 36 yıla varan hükümlerle cezalandırılmışlardır. Duruşmada tanıklar dinlenmemiş, soruşturma aşamasında alınan yazılı ifadeleri ile yetinilmiş, dolayısıyla savunma tarafının tanıkları sorgulamasına imkan verilmemiştir. Yine, başvuru evinde ele geçen silah, belge ve malzemelere dayalı iddialarda bulunulmasına rağmen, bu deliller duruşmaya getirilmemiş ve savunma tarafının incelemesine sunulmamıştır. Tüm bu konuları inceleyen AİHM, tanıkların duruşmada dinlenilmeyip savunma tarafına sorgulama imkanı verilmediğini, iddiaya dayanak teşkil eden silah ve benzeri delillerin duruşmaya getirilmediğini, dolayısıyla yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmediğini kabul etmiştir⁵⁴².

Usul kuralları gereği, bazı durumlarda delil elde edebilmek için iletişimin tespiti, teknik araçlarla izleme gibi delil elde etme yollarına başvurulabilmektedir. Bu yolların özel yaşamı ve haberleşmeye saygı hakkını ihlal ettiği açıktır. Ancak, yasaların öngördüğü şartlara göre ve ilgili merciler tarafından verilen izinler doğrultusunda dinleme ve izleme yapılması, elde edilen kanıtların dava dosyasına sunulması, bu konuda sanığa söz hakkı ve yorum yapma imkanının tanınması,

⁵⁴⁰ Kaşıkara, kitap, s. 165.

⁵⁴¹ Doğru/Nalbant, s. 638.

⁵⁴² Çırak, s. 65.

elde edilen delillerin doğruluğu ve kalitesinin test edilmesi halinde bu deliller yargılamada kullanılabilir ve bu durum sözleşmeyi ihlal etmeyecektir⁵⁴³.

2.3.4.5. Gerekçeli Karar Hakkı

Anayasamızın 141/3. maddesinde de belirtildiği üzere, mahkeme kararları gerekçeli olmak zorundadır. Kararlarda, neden o kararın verildiği, tarafların iddia, beyan ve delillerine neden itibar edildiği veya edilmediği, hangi delillerin hükme esas alındığı, hükme esas alınan delillerin neden diğer delillere üstün tutulduğu gerek tarafları ikna edecek ve gerekse üst mahkemelerin denetimine olanak verecek şekilde belirtilmelidir.

Sadece ceza davalarında verilen kararların değil, kişisel hakka dayanan davalarda verilen kararların da gerekçeli olması gerekir⁵⁴⁴. Gerekçenin hiç olmaması, eksik ve yetersiz olması, tarafların iddia ve savunmalarına gerekçede yer verilmemesi durumlarında gerekçeli karar ilkesi ihlal edilmiş olur⁵⁴⁵.

Gerekçe hakkı, sadece mahkemenin verdiği kararı, makul bir şekilde gerekçelendirmesini değil, aynı zamanda gerekçeyi öğrenme hakkını da kapsar. Mahkeme, kararını gerekçeli olarak vermiş olsa bile, ilgililer söz konusu kararı öğrenemiyorsa adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur⁵⁴⁶.

Gerekçe gösterme yükümlülüğü, her iddiaya ayrıntılı şekilde cevap verilmesi anlamına gelmemekte olup⁵⁴⁷ bu yükümlülüğün kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir⁵⁴⁸. Bununla birlikte, davanın tarafı, hükmün esasını etkileyecek bir iddia veya talepte bulunmuş ise, bu hususun gerekçede cevaplanması gerekmektedir. Aksi durumda gerekçeli karar ilkesi ihlal edilmiş olacaktır⁵⁴⁹.

2.3.5. Aleni Yargılanma Hakkı

⁵⁴³ Doğru/Nalbant, s. 638.

⁵⁴⁴ Inceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 322.

⁵⁴⁵ Kaşıkara, kitap, s. 163.

⁵⁴⁶ Çayan, s. 143.

⁵⁴⁷ Doğru/Nalbant, s. 641.

⁵⁴⁸ Yıldırım, s. 350.

⁵⁴⁹ Çelik, s. 133.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11. maddesinde, hiç kimsenin aleni bir yargılama sonunda mahkum edilmedikçe cezalandırılmayacağı hükmüne yer verilmiş, benzer bir hüküm İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer almıştır⁵⁵⁰. AİHS'nin 6/1. maddesinde de kişilerin, davasının aleni şekilde görülmesini istemek hakkının bulunduğu, hükmün de aleni olarak verileceği belirtilmiştir⁵⁵¹.

Aleniyet ilkesinin temel amacı, yargılamada saydamlık ve şeffaflığın sağlanması, kapalı kapılar ardında keyfi yargılama yapılmasının önüne geçilmesi, bu şekilde kamu denetimi sağlanarak verilecek kararlara ve dolayısıyla adalete olan inancın artırılmasıdır⁵⁵². Bu ilke tüm yargılama işlemleri için geçerli olup, gerek davanın tarafları ve gerekse üçüncü kişiler bu sayede duruşmalara katılabileceklerdir⁵⁵³. Bu ilke sayesinde, yargılama herkesin gözü önünde yapılacak, dolayısıyla mahkeme kararlarının meşruiyeti sağlanacak ve bu yolla yargı kararlarına halkın güveni ve saygısı artacaktır⁵⁵⁴.

Mahkeme Axen- F. Almanya Cumhuriyeti kararında, aleniyet ilkesinin, davanın taraflarını yargılamanın kamu denetimi olmadan gizlice yapılmasına karşı koruduğunu, mahkemelere olan güveni sağladığını, bu şekilde adil yargılanmanın başarılmasına katkı sağladığını belirtmiştir⁵⁵⁵.

Aleni yargılama hakkı, hem duruşma yapılmasını, hem de bu duruşmanın açık olmasını ifade eder. Mahkeme içtihatlarında vurgulandığı üzere, özellikle suçun sübutuna etki eden maddi konuların ele alındığı ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamalarda duruşma yapılması gerekir⁵⁵⁶. Mahkemeye göre önemli olan husus yargılamanın açık olmasıyla güdülen amaçtır; bu nedenle sorunun şekli yönü tali değerdedir⁵⁵⁷.

Benzer hükümler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesinde, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi'nin 14/1. maddesinde de

⁵⁵⁰ Yüksel, s. 95.

⁵⁵¹ İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 341.

⁵⁵² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 306.

⁵⁵³ Kaşıkara, kitap, s. 178.

⁵⁵⁴ Çırak, s. 77.

⁵⁵⁵ Yüksel, s. 94.

⁵⁵⁶ Doğru/Nalbant, s. 641.

⁵⁵⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 307.

bulunmaktadır. Yine Anayasamızın 141/1. maddesinde, duruşmaların herkese açık olduğu, ancak istisnai şartların varlığı halinde ve mahkeme kararı ile kapalı duruşma yapılabileceği, küçüklerin yargılanmasıyla ilgili ve kanunla özel hükümler konulacağı belirtilmiş ve aleniyet ilkesine anayasal bir güvence tanınmıştır.

Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan aleniyet ilkesinin iki uygulama şekli vardır; ilki, yargılama açık duruşma ile yapılacaktır. İkincisi ise, verilecek olan karar aleni olarak açıklanacak, bu sayede keyfi uygulamaların önüne geçilmesi ve halkın güven duyması sağlanacaktır⁵⁵⁸. Davanın kamuya açık şekilde görülmesi hem davanın taraflarını koruyacak, hem de kişilerin mahkemelere duyduğu güveni pekiştirecektir. Bu bağlamda açıklık, adil yargılanma hakkının hayata geçmesini sağlayacaktır⁵⁵⁹.

2.3.5.1. Aleni Yargılama

Bir işin açık olması, sadece işin taraflarının değil, ilgisiz kimselerin dahi olaya şahit olmasından geçmektedir⁵⁶⁰. Aleni yargılanma hakkının sağlanması için gerekli olan ilk koşul, duruşmaların açık olarak yapılmasıdır. Davanın taraflarının, davayla ilgili olsun veya olmasın üçüncü kişilerin ve basın mensuplarının yargılama işlemlerini bizzat takip edebildiği (izleyebildiği) duruşmalara açık duruşma denir⁵⁶¹. Aleniyet, yargılamanın dileyen herkese açık olması, herkesin yargılamanın yürütüldüğü mahkeme salonuna girmek imkanının bulunmasıdır. Bu ise davaya ilgi duyan yahut davayı izlemek isteyen kimselere makul sınırlar içinde duruşmaya katılmak için yeterli fiziki imkanın sağlanmasını gerektirir⁵⁶².

Mahkeme, aleniyet ilkesini denetlerken yargılamayı bütün olarak değerlendirmekte, yargılamanın her aşamasında aleni yargılama ilkesinin yerine getirilmesini aramayarak esnek bir uygulama yapmaktadır. Aleniyet ilkesi, her ne kadar yargılamanın tümü için geçerli ise de, önemli olan davanın esasının görüldüğü, kanıtların ileri sürülüp tartışıldığı ilk derece yargılaması ve bu

⁵⁵⁸ İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 342.

⁵⁵⁹ Doğru/Nalbant, s. 642.

⁵⁶⁰ Altıparmak, s. 255.

⁵⁶¹ Çayan, s. 148.

⁵⁶² Turan, kitap, s. 279.

yargılamanın aleni olmasıdır⁵⁶³. Bu bağlamda mahkeme, aleniyet ilkesi ile hedeflenen amacın gerçekleşip gerçekleşmediğini ön plana çıkararak değerlendirme yapmakta, işin prosedür tarafıyla ilgilenmemektedir⁵⁶⁴.

Bu bağlamda değerlendirme yapıldığında, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin kimi davalarda duruşma yapılmayabilmektedir. Özellikle idare hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklarda genelde duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. İşte bu tür konularda mahkeme amacı dikkate almakta ve esnek bir yorum yapmaktadır. Hubka – Çek Cumhuriyeti davası, idari yargıda görülen bir davadır. Davanın yargılması sırasında hiç duruşma yapılmamış ve tarafların buna bir itirazı olmamıştır. Daha sonra bu dava Anayasa Mahkemesinde duruşmasız olarak incelenmiştir. Mahkeme, iç hukukta dava görülürken duruşma yapılmamasının ihlal oluşturmadığına karar vermiştir. (Hubka, §25)⁵⁶⁵.

Mahkeme, genel olarak ilk derece mahkemelerindeki yargılamanın aleni olması gerektiğini belirtmektedir. Yasa yollarına başvurulması durumunda aleniyet ilkesinin uygulanmasını daha yumuşak uygulamakta, iş yükü ve diğer gerekçelerle duruşma olmadan inceleme yapılmasını ihlal olarak görmemektedir. Ancak yasa yolu incelemesinde olayın maddi yönü incelenecek ve sanığın sorumluluğunun tespiti yapılacaksa duruşma yapılması gerekmektedir. Ancak yasa yolu denetiminde duruşma yapılması durumunda, bu duruşma mutlaka aleni olmalıdır⁵⁶⁶. Göç/Türkiye davası, başvurusunun 466 sayılı yasa gereğince tazminat talebine ilişkindir. Bu davanın yargılması sırasında ne ilk derece mahkemesinde, ne de temyiz aşamasında duruşma yapılmamış, bu durum mahkemece ihlal olarak değerlendirilmiştir⁵⁶⁷.

Duruşma yapılma yönündeki haktan feragat mümkündür. Dolayısıyla tarafların bu yöndeki istekleri dikkate alınacaktır. Guisset – Fransa davasında, başvuru duruşma yapılmasını talep etmiş, ancak bu talep kabul edilmemiştir.

⁵⁶³ İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 344.

⁵⁶⁴ Kaşıkara, kitap, s. 185.

⁵⁶⁵ Doğru/Nalbant, s. 642.

⁵⁶⁶ Altıparmak, s. 257.

⁵⁶⁷ İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı"

Mahkeme, başvuruçunun açık talebine rağmen gerekçe gösterilmeden duruşma yapılmamasını ihlal kabul etmiştir (Guisset, §72)⁵⁶⁸.

Burada ilgilisinin açık yargılama hakkından feragat etmesinin geçerli olup olmadığı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda sözleşmede bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkeme hakkın sahibinin aleni yargılama hakkından feragat etmesini kabul etmektedir. Yalnız, ilgilinin bu haktan vazgeçmiş sayılabilmesi için onun sarıh bir beyanı olmalıdır. Dolayısıyla ilgili, bu; sanık, davacı, davalı vs. olabilir, açık beyanı ile aleni duruşmadan her zaman vazgeçebilir. Hatta özellikle aile ve ahlaka aykırılık teşkil eden suçlarda ilgililer tarafından mahkemede gizli duruşma yapılması talep bile edilebilmektedir. Hakanson ve Sturesson davasında mahkeme, kişilerin açık duruşma yapılması hakkından feragat etmesini engelleyen bir hüküm bulunmadığını, ancak bu feragatin açık ve anlaşılır olması ve kamu menfaatine aykırı düşmemesi gerektiğini kabul etmiştir⁵⁶⁹. Zımni feragatin olduğu hallerde, bunun hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi gerekir⁵⁷⁰.

2.3.5.2. Aleni Hüküm

AİHS'nin 6/1. maddesi, kararların, istisnasız şekilde aleni olarak açıklanacağını belirtmiştir⁵⁷¹. Hükümün aleni olması için mahkeme kararında yer alan temel bulguların, kanıtların ve kanun hükmünün olaya uygulanış biçiminin açık olması, yani taraflara ve mümkün olduğunca kamuya sunulması gerekir⁵⁷².

Kararın aleni olarak açıklanması, açık duruşmada yargılanma hakkının tamamlayıcısıdır. Kararın aleniyetinden kasıt, tarafların ve kamunun karara ulaşabilmesi demek olup bu hem ilk derece, hem de üst mahkeme kararları bakımından geçerlidir⁵⁷³. Ryakip Biryukov/Rusya başvurusunda, başvuruçunun açtığı tazminat davası kamuya açık olarak görülmüştür. Açık duruşma sonunda mahkeme kısa hükmünü açıklamış ve fakat gerekçeyi ifade etmemiştir. Kararın gerekçesi daha sonra başvuruçuya tebliğ edilmiştir. Başvuruçucu bu karara itiraz

⁵⁶⁸ Doğru/Nalbant, s. 642.

⁵⁶⁹ Turan, kitap, s. 278.

⁵⁷⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 307.

⁵⁷¹ Kaşıkara, kitap, s. 187.

⁵⁷² Çayan, s. 156.

⁵⁷³ Doğru/Nalbant, s. 642.

etmiş, itirazı temyiz merciince reddedilmiştir. Söz konusu başvuruda AİHM, ilk derece mahkemesinin kararına kamu tarafından ulaşılamadığını, kararın kamuya kapalı olmasının adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu ifade etmiş ve ihlal kararı vermiştir⁵⁷⁴.

Aleni yargılama ilkesi bazı hallerin varlığı halinde ve mahkeme kararı ile kısıtlanabilir. Ancak kararın aleni olması ilkesinin istisnası bulunmamaktadır. Dolayısıyla hüküm mutlaka açıklanacak, bu yolla kamu denetimine açılacak ve gizli kalmasının önüne geçilecektir⁵⁷⁵.

Kararın aleni olması demek, mutlaka açık duruşmada açıklanması demek değildir. Taraf devletler, sözleşmenin amacını ve adil yargılanma hakkını dikkate alarak aleniyetin şeklini takdir edeceklerdir⁵⁷⁶. Mahkeme aleni karar ilkesini yorumlarken davanın bütününe dikkate almaktadır. Bu kapsamda, ilgililerin bilgi alması amacıyla kararın mahkeme kalemine bırakılması veya kamu denetimini sağlayacak şekilde yayınlanmasını aleniyet açısından yeterli görmektedir⁵⁷⁷. Mahkeme Pretto davasında Cour De Cassation kararının mahkeme sicilinde kayıtlı olması ve talep üzerine temin edilebiliyor olması, bu haliyle kararın yayınlanmış olmasını, aleniyet için yeterli görmüştür⁵⁷⁸.

Mahkemeye göre, aleni karar ilkesinin amacı, davanın tarafları ve kamuoyunun, mahkemelerin bir hukuki soruna yaklaşımlarını öğrenebilmeleri ve böylece kamu denetiminin oluşmasıdır. Yoksa, biçimsel olarak kararın aleni bir duruşmada açıklanması şartı aranmamakta, yargılamanın bütünü değerlendirilmektedir⁵⁷⁹.

2.3.5.3. Aleni Yargılanma Hakkının İstisnaları

Açık duruşmada yargılanma hakkı mutlak bir hak değildir. Gerçekten de hem AİHS, hem de MSHS, istisnai bazı hallerde yargılamanın açık duruşmada yapılmasının zorunlu olmadığını düzenlemiştir⁵⁸⁰. Kişilerin özel hayatını

⁵⁷⁴ Çayan, s. 157.

⁵⁷⁵ Altıparmak, s. 258.

⁵⁷⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 308.

⁵⁷⁷ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 366.

⁵⁷⁸ Turan, kitap, s. 291.

⁵⁷⁹ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 369.

⁵⁸⁰ Çayan, s. 153.

korumak, adil yargılanma hakkını güvence altına almak, tanıkların güvenliğini sağlamak gibi kimi istisnai hallerde aleniyet ilkesi sınırlanabilecektir⁵⁸¹.

AİHS'nin 6/1. fıkrasının ilk cümlesinde aleni yargılanma hakkı düzenlenmiş, cümlenin devamında, genel ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik, küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği, açık yargılamanın adaletin tesisine zarar vermesi gibi sınırlayıcı nedenlerin varlığı halinde yargılamanın kapalı yapılabileceği belirtilmiştir. Anayasamızın 141/1. maddesinde de, genel ahlak, kamu güvenliği, küçüklerin korunması gibi gerekçelerle kapalı yargılama yapılabileceği belirtilmiştir.

Sözleşmeye göre, aleni yargılama ilkesinin sınırlandırılması gerekçeleri şu şekilde sayılabilir; 1-Kamu düzeni, milli güvenlik ve ahlaka aykırılık, 2-Küçüklerin korunması, 3-Tarafların korunması, 4-Adaletin sağlanması.

Campbell ve Fell/Birleşik Krallık davasında, mahkeme kapalı duruşma yapılmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Bu davada, hapisanede bir mahkuma yapılan muameleyi protesto etmek için koridorda oturma eylemi yapıp kalkmayı reddeden başvuruculara yapılan müdahale sonucu hapisane görevlileri ve başvurucularda yaralanmalar olmuş, başvurucular disiplin kurallarına uymadıkları gerekçesiyle hapisane teftiş kurulu tarafından kapalı duruşma sonrası cezalandırılmışlardır. Hükümet teftiş kurulunun yargılamayı kapalı yapmasını haklı kılacak kamu düzeni, milli güvenlik, adaletin gerçekleşme menfaati gibi temellere dayanmış ve meşru olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme hükümetin görüşlerine hak vermiştir⁵⁸².

⁵⁸¹ Doğru/Nalbant, s. 642.

⁵⁸² İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 356.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKİMİN DAVAYA BAKAMAMASI

Hukuk devleti ilkesinin temel taşlarından birisi yargı bağımsızlığıdır. Yargının bağımsız olmadığı bir ülkede adaletin sağlanmasından ve hukuk devletinden söz edilemez. Yargının bağımsız olması, devletin meşruiyet kaynaklarından birisidir.

Hakimin bağımsız ve tarafsız olmasının doğal sonucu, verilen kararın adil olması ve davanın tarafları ile kamuoyunu tatmin etmesidir. Bağımsızlık ve tarafsızlık, gerçekte farklı olmalarına rağmen iç içe geçmiş kavramlardır. Bağımsız olmayan bir hakimin tarafsız kalması ve bu yönde bir hüküm vermesi beklenemez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları bu doğrultudadır⁵⁸³. Dolayısıyla hakimlerin adaleti gerçekleştirmek için çabalaması, bunu da her türlü kuşkudan uzak ve tarafsız bir şekilde yapmaları gerekir. Bu nedenle hakimlerin tarafsız olması, adil yargılanma hakkının bir gereği, hatta zorunlu bir unsurudur⁵⁸⁴.

Bazı haller vardır ki, yargıcın tarafsız davranması çok zordur. İşte kanun koyucu, bu durumu peşinen kabul etmiş ve bu hallerde onun davaya bakmasını yasaklamış⁵⁸⁵, onun elinden bu görevi almıştır⁵⁸⁶. Çünkü hakim de bir insandır. Onun da sevdikleri, yakın oldukları insanlar, menfaat ilişkisi içinde olduğu kimseler vardır. Bu hallerin varlığında hakimin taraflardan etkilenmemesi

⁵⁸³ Centel/Nur, “Hakimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, “nurcentel.com”, sayfa 1.

⁵⁸⁴ Akcan/Recep, Kaya/Cemil, “Medeni ve İdari Yargıda Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi”, İÜHFD, C.LXVIII, sayı 1-2, yıl 2010, sayfa 172.

⁵⁸⁵ Toroslu/Nevzat, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 4. Baskı, Ankara 2003, Savaş Yayınevi, sayfa 104.

⁵⁸⁶ Yurtcan/Erdener, “Ceza Yargılaması Hukuku”, Adalet Yayınevi, 14. Bası, Ankara 2017, Sayfa 99.

mümkün olmayacaktır. Bu gibi hallerde, hakime davaya bakma yasağı getiren kanun koyucu, hakimi aynı zamanda baskı altında olmaktan kurtarmaktadır. Çünkü bu hallerin varlığı halinde hakim tarafsız kalmak veya görünmek için kendi kendisini zorlayabilecek ve kendi kendisini baskı altına alabilecektir⁵⁸⁷.

Hakimin bir davaya bakmaktan memnu olması veya hakimin bazı sebeplerle reddedilebilmesi verilecek hükmün doğruluğunu sağlamak ve aynı zamanda hüküm üzerinde herhangi bir şüphenin toplanmasını önlemek içindir. Mahkemelerin karar ve hükümlerinin alakadarlara itaat ve hürmet telkin eylemesi, bu kararları verenlerin, yahut verilmesine iştirak edenlerin emin, adil olmalarını, tarafgirlik şüphesinden azade bulunmalarını icap ettirir⁵⁸⁸.

Genel kabule göre hakimler sadece yasama ve yürütme organları karşısında değil, davacı ve davalı karşısında da bağımsız ve tarafsız olmalıdır⁵⁸⁹. Yargının bağımsızlığını sağlayacak çeşitli araçlar vardır. Hakimlerin bağımsız ve tarafsız olmaları bunların başında gelir. İşte, hakimin tarafsız ve bağımsızlığının olmadığı veya bu yönde bir algının olduğu kimi durumlarda, kanun koyucu hakimin davaya bakmasını yasaklamış, kimi durumda davanın taraflarına hakimi reddetme imkanı vermiş, kimi durumlarda da hakime davadan çekinme hakkı tanımıştır. İşte bu bölümde hakimin hangi hallerde davaya bakmaktan yasaklı olduğu konusu incelenecektir.

1.KAVRAM

Hakimin önyargılı olmaması, şaşkınlık göstermemesi, karakterli olması, kendine sahip olması, bilgili ve erdemli olması gibi özelliklere sahip olması yanında, ayrıca ve özellikle tarafsız ve bağımsız olması aranmaktadır⁵⁹⁰.

Hakimlerin görevli oldukları davalara bakmaları kuraldır ve kural “*hakim ihkak-ı haktan istinkaf edemez*” şeklinde ifade bulmaktadır⁵⁹¹. Anayasamızın 36/2.

⁵⁸⁷ Soyaslan/Doğan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Yetkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara 2010, sayfa 228.

⁵⁸⁸ Erem/Faruk, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu-Şerh”, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1996, sayfa

⁵⁸⁹ Akcan/Kaya, s. 171.

⁵⁹⁰ Yaşar/Osman, “Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu”, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, Cilt 1, Sayfa 360.

⁵⁹¹ Ömeroğlu/Ömer, “Ceza Muhakemesinde Hakim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi”, Ekin Yayınları, Yıl 2012, sayfa 23.

maddesinde hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir. Ancak hakimleri her davaya bakmaya zorlamanın sakıncaları vardır. İşte muhakeme kanunları, hakimlerin yargılamama mecburiyetini, çekinmelerini, tarafların ret isteyebilmelerini mümkün kılmakla, hakimlerin objektifliğini temine çalışırlar⁵⁹². Yargıcın önüne gelen davayı ve dolayısıyla tarafları veya uyuşmazlık türünü seçme hakkı yoktur. Yargıcın hangi tür davaya bakacağı hususu, dava açılmadan önce yasayla belirlenmektedir⁵⁹³.

Hakimin tarafsızlığını bozan sebeplerin hepsi aynı derecede önemli değildir. Bu sebepleri iki kısımda toplama olanağı vardı; mutlak sebepler ve nispi sebepler. Mutlak sebeplere “*yasaklılık durumları*” da demek olanağı vardır⁵⁹⁴. Yasaklanma halleri, hakimin tarafsızlığının tehlikeye düşeceği varsayılan hallerdir. Bu durumlar, madde metninde tek tek sayılmış, bu hallerin varlığı halinde hakimin davaya bakması yasaklanmıştır. Tek tek sayıldığından bu hallerin yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir⁵⁹⁵.

Hakimin hangi hallerde davaya bakamayacağı hususu incelenirken, “*yasaklılık*”, “*görev yasakları*”, “*yargılamama mecburiyeti*”, “*görev yapma mecburiyetinin istisnaları*”, “*yargılama işlemi yapılamayan haller*”, “*hakimin davaya bakamayacağı haller*” gibi değişik başlık ve tanımlamalar kullanılmıştır. CMK’nun 22. maddesinin başlığı “*hakimin davaya bakamayacağı haller*” olduğu için, çalışmamızda bu tanımlama kullanılacaktır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 22. maddesinin başlığı “*Hakimin Yasaklanması*”⁵⁹⁶ şeklindedir.

İyi bir hakimin en önemli özelliği objektif olmasıdır. O halde hakimin objektifliğinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Bu tedbirlerden birisi de, hakimin objektifliğini tehlikeye sokan hallerde ona hakimlik yaptırmamaktır⁵⁹⁷.

⁵⁹² Kunter/Nurullah, Yenisey/Feridun, Nuhoğlu/Ayşe, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, Beta Yayınları, 16.Baskı, sayfa 361.

⁵⁹³ Tutumlu/Mehmet Akif, “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V” Sempozyum Bildirileri”, İstanbul Barosu Yayınları, Yıl 2012, Sayfa 17.

⁵⁹⁴ Tosun/Öztekin, “Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri”, Acar Matbaacılık, 4. Baskı, İstanbul 1984, Cilt 1, sayfa 449.

⁵⁹⁵ Centel, s. 1.

⁵⁹⁶ Yenisey/Feridun, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-Almanca/Türkçe Çeviri”, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2015, Sayfa10.

⁵⁹⁷ Yenisey/Feridun, Nuhoğlu/Ayşe, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2016, sayfa 237.

Bazı durumlarda hakimin muhakemeyi objektif olarak yürütüp sonuçlandırması çok zordur. Bu durumlarda muhakeme objektif olarak yürütülüp sonuçlandırılrsa bile taraflar açısından ve kamuoyunda muhakemenin objektif yürütülmediği yolunda kuşku oluşur. Bunun önlenmesi açısından belli durumlar ortaya çıktığında hakimin muhakemeden ayrılmak zorunda bırakılmasına, diğer bir deyişle bu duruma özgü olarak hakimlik yaptırılmamasına, yasaklılık veya hakimin muhakemeden yasaklığı adı verilmektedir⁵⁹⁸. Hakimin bu hallerin varlığına rağmen, tarafsızlığını sürdüreceğini iddia etmesi mümkün değildir⁵⁹⁹. Bu noktada kanuna dayalı bir varsayım söz konusudur. Bu varsayımın aksi tartışılmaz ve kabul edilemez⁶⁰⁰. Yasa koyucu önceden düşünmüş ve bu konudaki sonucu yasada belirtmiştir. Yargılamaya katılanlar bu sonuca uymak zorundadırlar. Yasal faraziyelerle karineleri ayıran nokta da buradadır. Karinelerin, bu kapsamda yasal karinelerin aksi ispatlanabilir ve uygulamaktan kaçınılabilir. Oysa yasal faraziyeler için böyle bir olanak yoktur. Yasal faraziyenin kabul edildiği durumlarda, yasada öngörölmüş bir sonucun aksi tartışma konusu yapılamaz. Örneğin yasanın, yargıcın kendisinin suçtan zarar görmesi durumunu, onun yargısı bakımından bir yasaklama nedeni sayması, böyle bir yasal faraziyedir. Bu durumun tartışılıp, o yargıcın yargılamada tarafsız kalabilip kalamayacağını araştırılması mümkün değildir. Yasa bunu engellemiştir⁶⁰¹.

2.YASAL DÜZENLEME

Hakimin hangi hallerde davaya bakamayacağı CMK'nın 22. maddesinde "*hakimin davaya bakamayacağı haller*" başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir;

“ (1) Hâkim;

a) Suçtan kendisi zarar görmüşse,

b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa,

⁵⁹⁸ Ömeroğlu, s. 23.

⁵⁹⁹ Ünver/Yener, Hakeri/Hakan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, 13. Baskı, sayfa 187.

⁶⁰⁰ Ömeroğlu, s. 23.

⁶⁰¹ Yurtcan/Erdener, “CMK Şerhi”, 4. Bası, Beta Yayınları, Ekim 2005, sayfa 100.

c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,

d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa,

e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa,

f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,

g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,

h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Hâkimlik görevini yapamaz”.

22. maddede hakimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu haller sayılmıştır. Bu hallerin varlığı halinde, hakimin gördüğü dava ile kişisel bir ilişkisinin olduğu ve dolayısıyla tarafsız kalamayacağı karine olarak öngörülmüştür⁶⁰². Yasa metni dikkate alınırsa “ yapamaz” ibaresi kullanılarak bu hallerin hakimlik yapmaya engel olduğu kesin ve emredici şekilde öngörülmüş, “gibi”, “ve benzeri”, “diğer haller” gibi ifadeler kullanılmayarak bu sebepler kesin ve sınırlayıcı şekilde sayılmıştır. Bu nedenle burada kıyas yoluyla yeni yasaklar yaratabilmek mümkün değildir⁶⁰³.

Hakimin davaya bakamayacağı haller dar yorumlanmalıdır ve bazı olaylarda “boşluk doldurma” amacıyla genişletilmemelidir. Hakimin kendisinin şüpheli ya da sanık olduğu durumlarda davaya bakamaması zaten kendiliğinden anlaşılır bir durum olduğu için kanunda değinilmeye gerek duyulmamıştır. Hakimin davaya bakamaması, davayla alakalı her türlü faaliyetten uzak durması anlamına gelir⁶⁰⁴.

3.HAKİMİN DAVAYA BAKAMAYACAĞI HALLER

⁶⁰² Parlar/Ali, “Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi”, Bilge Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2017, Sayfa 57.

⁶⁰³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 177.

⁶⁰⁴ Meyer/GoBner/Schmitt, Strafprozess-ordnung, 60. Auflage 2017, Sayfa 103.

Davaya bakamama durumu sadece hakimler için geçerlidir. Cumhuriyet Savcısının davaya bakamayacağı haller sözkonusu değildir⁶⁰⁵. Yukarıda belirtildiği üzere hakimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu bu haller CMK'nın 22. maddesinde tek tek ve sınırlayıcı şekilde sayılmış olup, yorum veya kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde bu hallerin varlığı durumunda hakimin hiçbir muhakeme işlemi yapması mümkün değildir.

3.1.Suçtan Hakimin Kendisinin Zarar Görmesi

CMK'nın 22/1-a maddesinde, hakimin suçtan kendisinin zarar görmesi durumunda hakimlik görevini yapamayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, “*hiç kimse kendi davasının hakimi olamaz*” ilkesinin ceza muhakemesi hukukundaki görünümüdür. “*Hiç kimse kendi davasında yargıç olamaz*” kuralı, yargıcın tarafsızlığı kavramının çekirdeği olarak nitelenebilir⁶⁰⁶. Bu ilke gereğince, hakim, yargılanmak üzere önüne gelen olayda suçun mağduru ise veya suçtan doğrudan veya dolaylı olarak zarar görmüşse bu davanın yargılamasına bakamaz. Yaralama veya hırsızlık suçunun mağdurunun kendisi olması gibi⁶⁰⁷. Buradaki yasak, sadece hüküm bakımından değil, tüm mahkeme işlemleri için geçerlidir⁶⁰⁸.

Mağdur kelimesi Arapça asıllı olup, suç nedeniyle haksızlığa uğramış olan kimse, kıygın olarak tanımlanmaktadır⁶⁰⁹. Ceza muhakemesi anlamında mağdur, suçtan zarar gören, suçun maddi unsuruna muhatap olması nedeniyle menfaati zedelenen kişidir. Malen sorumlu olan kişi suçtan doğrudan zarar görmemektedir. Malen sorumlu, işlenmiş olan suç nedeniyle verilecek olan hükümden mali olarak etkilenecek olan kişidir⁶¹⁰.

CMK'da mağdur veya suçtan zarar gören tanımlanmamıştır. Ancak ceza hukuku açısından suçun mağduru, normla korunan menfaatin sahibi, suçtan zarar

⁶⁰⁵ Parlar, s. 57.

⁶⁰⁶ Öden/Merih, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, sayfa 70, Ankara Üniversitesi Dergiler Veri Tabanı, www.dergiler.ankara.edu.tr, erişim tarihi 15.08.2017.

⁶⁰⁷ Soyaslan, s. 228.

⁶⁰⁸ Yargıtay 9.CD'nin 16.01.2014 tarihli, 2013/10832 esas, 2014/980 karar sayılı kararı: “CMK'nın 22/1-a maddesi açık hükmü karşısında, suçtan zarar gören hakimin kovuşturma evresinde görev yapamayacağı gözetilmeden,...dava konusu eylemin mağduru olan hakim tarafından kovuşturma aşamasında iddianamenin kabulüne karar verilmesi ve tensip tutanağı düzenlenmesi...”, Parlar, s. 59.

⁶⁰⁹ Değirmenci/Olgun, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, Sayı 77, yıl 2008, sayfa 36.

⁶¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.07.2008 tarihli, 2008/9-95 esas, 2008/195 karar sayılı kararı, “Uyap Sistemi”, erişim tarihi 15.08.2017.

gören ise, bu menfaati ihlal edilendir. Suçun mağduru kavramıyla suçtan zarar gören kavramı aynı anlama gelmemektedir. Kimi zaman bu kavramlar birleşebilmekle beraber, suçun mağduruyla suçtan zarar gören her zaman aynı kişiler olmayabilir. Örneğin, adam öldürme suçunda suçun mağduru ölen kişiyken, suçtan zarar gören ölenin yakınları olmaktadır⁶¹¹.

CMK'da suçtan zarar gören tanımlanmamış, sadece suçtan zarar görenin kamu davasına katılabileceği belirtilmiştir. Yasanın bu kavramların kullanılmasına yönelik düzenlemesi öğretide eleştirilmiş, suçun kanuni tanımındaki hak ve menfaati ihlal edilmemekle birlikte, işlenen suç nedeniyle hak ve menfaati ihlal edilen kişilerin suçtan zarar gören oldukları belirtilmiştir⁶¹².

Mağdur ile suçtan zarar gören arasındaki fark şu şekilde karşımıza çıkmaktadır; mağdur, suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafıdır, oysa suçtan zarar gören ceza ilişkisinin değil, hukuk ilişkisinin tarafıdır ve ancak hukuksal konularda iddiada bulunabilir⁶¹³. Suçun mağduru ile suçtan zarar gören sıfatları çoğu zaman aynı kişide birleşir. Örneğin hırsızlık suçlarında, malı çalınan kişi hem suçun mağduru, hem de suçtan zarar görendir. Ancak, suçtan zarar gören kişinin aynı zamanda suçun mağduru olduğunu her zaman söylememiz mümkün değildir⁶¹⁴.

Suçun mağduru, o suçun kanuni tanımında maddi unsur olarak yer verilen eyleme muhatap olan kişi, yani suç kurbanıdır. Yaralama suçunda, vücut bütünlüğü bozulan kişi suçun mağdurudur. Ancak işlenen suçla aslında birçok kişi zarar görebilir. Örneğin, bir taşınır mal çalındığında, malın zilyedi suçun mağduru ve en çok zarar görenidir. Aynı zamanda malın zilyedinin alacaklıları da bu işten zarar görmektedir. Yine insan öldürme suçunda, suçun kanuni tanımında yer alan eyleme muhatap olan ölen kişidir. Ancak bu kişinin yakınları da bu suçtan zarar görmektedir. İşte bu nedenle mağdur/ suçtan zarar gören ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım yapılmadan, suçtan zarar gören herkesin mağdur olarak tanımlanması kavramın kapsamının çok genişlemesine yol açacaktır⁶¹⁵.

⁶¹¹ Ömeroğlu, s. 24.

⁶¹² Pehlivan/Alı, "Soruşturma Evresinde Müdafı ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi", "Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan", www.dergipark.gov.tr, sayfa 1496, erişim tarihi 17.08.2017

⁶¹³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 235.

⁶¹⁴ Katoğlu/Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", AÜHFİD, 61 (2) 2012, sayfa 662.

⁶¹⁵ Katoğlu, s. 659.

Yukarıda da belirtildiği üzere mağdur kavramı teknik bir kavramdır. O nedenle, suçtan her zarar gören bu kavram içinde değerlendirilmemekte, kavramın kapsamı sınırlandırılmaktadır. Örneğin, tüzel kişilerin insan öldürme gibi bazı suçların mağduru olması mümkün değildir. Yine hakaret gibi bazı suçların kanuni tanımını dikkate alındığında, tüzel kişilerin o suçun mağduru olması mümkün bulunmamaktadır⁶¹⁶.

Suçtan zarar gören kavramına birçok kanunda yer verilmiş, ancak bu kavramın tarifi yapılmamıştır. Bu nedenle, kavramın anlamı ve içeriğinin saptanması öğretisi ve uygulama tarafından yapılmaktadır. Kavramın içeriği tespit edilirken, kullanıldığı yere ve kullanılış amacına göre geniş veya dar anlamda yorumlanabilmektedir. Örneğin hakimin tarafsızlığı konusu değerlendirilirken, adil yargılanma hakkını sağlamak, taraflarda oluşması muhtemel kuşkuları gidermek için bu kavram geniş olarak yorumlanmakta, oysa şikayet hakkının kullanımı gündeme geldiğinde kavram dar olarak yorumlanmaktadır⁶¹⁷.

CMK'da mağdur ve suçtan zarar gören kavramları tanımlanmadığı gibi, bu kavramlar özenli bir biçimde de kullanılmamıştır. Örneğin, mağdur ve şikayetçinin haklarını düzenleyen 234. maddede, bu kişilerin davaya katılma haklarının bulunduğu belirtilmiştir. Ancak davaya katılmanın düzenlendiği 237. maddede, mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlunun davaya katılma haklarının bulunduğu belirtilmiştir⁶¹⁸.

Maddede hakimin suçun mağduru olması halinde muhakemeden yasaklanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun iki nedeni olabileceği düşüncesindeyiz. Düşüncemizce ilk neden hiç kimsenin kendi davasında hakim olamayacağına ilişkin evrensel ilkesinin varlığıdır. Bu ilke nedeniyle yasaklama konusunda açık bir hüküm bulunmasa da, hakimin suçun mağduru olduğu bir muhakemeyi yürütmesine olanak bırakmamaktadır. İkinci nedense, düşüncemizce, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bu düzenlemesinde suçtan zarar gören kavramını, suçun mağdurunu da kapsar biçimde kullanmasıdır⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Toroslu/Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010, s. 108.

⁶¹⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 234.

⁶¹⁸ Katoğlu, s. 662.

⁶¹⁹ Ömeroğlu, s. 25.

Hakimin yasaklılığıyla ilgili olarak, suçtan zarar görme kavramının nasıl yorumlanması gerektiği konusunda iki ayrı görüş vardır. Bir görüş bu konuda dar yorum yapmak ve hakimin doğrudan doğruya zarar görmüş olması halinde muhakemeden yasaklı saymak gerektiğini savunmaktadır. Karşıt görüş ise, olabildiğine geniş yorum yaparak dolaylı zarar görme hallerinde de, hakimi muhakemeden yasaklı saymak gerektiğini belirtmektedir⁶²⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da resmi nikahı olmayan eşin kamu davasına katılıp katılamayacağı ve verilen kararı temyiz edip etmeyeceği yönünde önüne gelen bir olayda bu hususları değerlendirmiş ve suçtan zarar gören kavramının ihtiyaca göre yorumlanması gerektiğini, dolayısıyla zaman zaman dar, zaman zaman da geniş yorum yapılabileceğini, hakimlerin tarafsızlığını en geniş şekilde sağlama amacı güden ve hakimin davaya bakamayacağı halleri düzenleyen CMK'nın 22. maddesindeki “suçtan kendisini zarar görmüşse” ibaresinin en geniş şekilde yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir⁶²¹.

Kanaatimizce Yargıtay kararı yerindedir. Çünkü hukuk devleti ilkesinin birincil amacı adaletin sağlanmasıdır. Adaletin sağlanması ise bağımsız ve tarafsız hakimler aracılığıyla mümkündür. Yukarıda ayrıntılarıyla irdelendiği üzere, hakimin bağımsız ve tarafsız olması önemli olduğu kadar, davanın taraflarına bu yönde güven vermesi de önemlidir. Bilindiği üzere, zaman zaman algı, gerçeğin önüne geçebilmektedir. İşte, gerek davanın taraflarının ve gerekse kamuoyunun yapılan yargılama ve verilen karardan tatmin olması için bireylerin kafasında hiçbir soru işaretinin kalmaması gerekmektedir. Hangi nedenle olursa olsun, yargılamayı yapan hakimin, yargılama konusu olayla bir ilgisi veya bu suçtan doğrudan veya dolaylı zarar görme durumu bulunmakta ise, bu hakimin davaya bakamaması yerinde olacaktır. Bu nedenle, hakimin davayla ilgisi veya suçtan zarar görmesi hususunun son derece geniş yorumlanması gerekmektedir.

Malen sorumlu olan hakimin muhakemeden yasaklılığı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Malen sorumlu kavramı, CMK'nın 2/1-i maddesinde, hükmün sonuçlarından maddi olarak etkilenecek kişi olarak tanımlanmıştır. Örneğin, hakimin aracını bir arkadaşına ödünç olarak vermesi ve

⁶²⁰ Ömeroğlu, s. 26.

⁶²¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.07.2008 tarihli, 2008/9-95 esas, 2008/195 karar sayılı kararı.

arkadaşının bu aracı hırsızlık suçunda kullanması durumunda, yargılama sonucunda aracın zorallığıyla ilgili olarak verilecek karardan hakim etkilenecektir. İşte hakim burada malen sorumlu konumundadır. Böyle bir olayda hakim bu davaya bakabilecek midir? Hakimin muhakemeden yasaklılığı konusunda malen sorumlu olmayı da, suçtan zarar görme kavramı içinde değerlendirmek gerektiği düşüncesindeyiz⁶²². Nitekim, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun TBMM Adalet Komisyonunda yapılan görüşmeleri sırasında, malen sorumlu olan hakimin de davaya bakamamasının açık hükme bağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna karşılık, suçtan zarar görme kavramının malen sorumlu olmayı da kapsadığı, dolayısıyla bu konuda bir ibare yazmaya gerek bulunmadığı kabul edilmiştir⁶²³.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, hakim ve mahkeme kararlarının gerek taraflar ve gerekse kamuoyu tarafından benimsenebilmesi için, gerçek ve görünüşte bağımsızlık ve tarafsızlığın sağlanması şarttır. Bu nedenle, malen sorumlu olan bir hakimin, bu sıfatla ilgisinin bulunduğu davaya bakması kabul edilemez.

Bu maddedeki hal, hakimin suçtan kendisinin zarar görmesiyle sınırlandırılmış, kanun, hakimin kendisinin şüpheli olması durumundan hiç bahsetmemiştir. Kişinin kendi hakimliğini yapması imkansız olduğu için buna değinilmemiştir. Aynı zamanda hakkında suçlu olduğuna yönelik bir şikayet varsa, hakimlik yetkisini kullanamaz⁶²⁴.

3.2.Sonradan Kalksa Bile Şüpheli, Sanık veya Mağdur ile Aralarında Evlilik, Vesayet veya Kayımlık İlişkisi Bulunması

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 22/1-b maddesinde, “*Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa*” hakimin davaya bakamayacağı belirtilmiştir. Alman CMK'nın 22/2. fıkrasında, hakimin, sanık veya suçtan zarar görenin “*eşcinsel eşi*” olması durumunda da davadan yasaklı olduğu belirtilmiştir⁶²⁵.

⁶²² Ömeroğlu, s. 28.

⁶²³ Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, sayfa 192-193.

⁶²⁴ Pfeiffer/Gerd, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage, C.H.Beck München Yayınevi, Sayfa 31.

⁶²⁵ Yenisey, kanun, s. 11.

3.2.1.Şüpheli ve Sanık Kavramları

CMK'nın 2. maddesinde şüpheli ve sanık kavramları tanımlanmıştır. Buna göre, soruşturma aşamasında suç şüphesi altında olan kişi şüpheli, kovuşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında olan kişi ise sanık olarak adlandırılmıştır.

Bir suçun işlendiği konusunda emareler ortaya çıkması üzerine Cumhuriyet Savcısı ve emrindeki adli kolluk görevlileri tarafından soruşturmaya başlanacak, ortada suç oluşturan bir eylemin varlığının anlaşılması durumunda fail tespit edilmeye çalışılacaktır. Suçu kimin işlediği konusunda deliller elde edilince o kişi hakkında araştırmaya başlanacaktır. Bu şekilde hakkında araştırma yapılan kişi şüpheli sıfatını alacak, yaşamızda şüpheli için öngörülen haklardan yararlanacaktır⁶²⁶.

Bu konuda uygulamada zaman zaman sıkıntılar yaşanmış, kişiler, hiçbir delil olmadan şikayet edilmeleri sonucu şüpheli sıfatını almak durumunda kalmışlardır. Bu durumu öngören kanun koyucu, CMK'nın 158/6. maddesinde değişiklik yapmış, bu değişiklik ile, ihbar veya şikayete konu edilen isnadın suç oluşturmadığının hiçbir araştırma yapılmadan açıkça anlaşılması, ihbar veya şikayetin soyut veya genel nitelikli olması durumunda kişiye şüpheli sıfatının verilemeyeceği ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verileceği hükmü getirilmiştir.

Bu düzenleme 15/8/2017 sayılı, 694 sayılı KHK'nın 145. maddesi ile yasaya eklenmiştir. Böyle bir düzenlemenin, olağanüstü hal döneminde çıkarılan bir KHK ile getirilmiş olması tartışılacak bir durum olup bu tartışma çalışmamızın kapsamı dışındadır. Ancak, KHK ile yapılmış da olsa, kanaatimizce bu düzenleme isabetli olmuş, olur olmaz sebeplerle yapılan ihbar ve şikayetler üzerine kişilerin şüpheli sıfatını alması engellenmiş, dolayısıyla "lekelenmeme hakkı" sağlanmıştır. Nitekim KHK ile yapılan bu değişiklik 01.02.2018 tarihli, 7078 sayılı yasanın 140. maddesi ile aynen kabul edilmiş ve yasalaşmıştır.

3.2.2.Mağdur Kavramı

⁶²⁶ Pehlivan, s. 1495.

Yukarıda belirtildiği üzere, ne usul yasamızda, ne de diğer yasalarda mağdur kavramı tanımlanmamıştır. CMK'nın ilgili kısımlarda mağdur, şikayetçi, malen sorumlu, katılan sıfatlarına yer verilmiş, ancak bu kavramlar tanımlanmamıştır. Genel anlamda mağdur, suçtan doğrudan doğruya zarar gören, suç oluşturan fiille ihlal edilen hak ve menfaatin ashibi olan kişidir⁶²⁷.

Dikkat edilirse, CMK'nın 22/1-a maddesinde, hakimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu birinci neden belirtilirken “suçtan zarar gören” ibaresi kullanılıp, “mağdur” ibaresi kullanılmazken, yasanın 22/1-b maddesinde “mağdur” ibaresine yer verilmiş, “suçtan zarar gören” ibaresi kullanılmamıştır. Bu durumda, hakimin sonradan kalksa bile suçtan zarar gören ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunması durumunda bu kişilerin davasına bakabileceği sonucu çıkacak mıdır? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt verilmesi mümkün değildir. Çünkü, yasa koyucu, düzenlemeyi yaparken mağdur ve suçtan zarar gören arasında ayırım yapmamış, ikisini aynı anlamda değerlendirme yoluna gitmiştir. Ayrıca, incelenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararından da anlaşılacağı üzere, önemli olan yargılama üzerinde en ufak bir şüphenin bulunmamasıdır. Bu nedenle, hakimin tarafsızlığı meselesi gündeme geldiğinde geniş yorum yapılacaktır. Dolayısıyla hakimin, mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlu ile aralarında, sonradan kalkmış olsa bile, evlilik, vesayet ve kayımlık ilişkisinin bulunması durumunda, bu kişilerin davasında bakması mümkün değildir.

3.2.3.Evlilik Kavramı

Medeni Hukuk uygulamalarında evlilik birliği, tüzel kişiliği olmayan, doğrudan doğruya ortak mülkiyete yol açmayan, kuruluşu izne tabi olmasa da sona ermesi için hakim kararı gereken bir birlik olarak dile getirilmiştir. Evlilik, kadın ile erkek arasında kurulmuş ve hukuken tanınmış olan hayat birliğidir⁶²⁸. Kanunumuz eşcinsel evliliği tanımamıştır.

Evliliğin bireyleri birbirine en sıkı şekilde bağlayan sözleşme olduğu düşünüldüğünde; hakimin eşinin davasında tarafsız kalamayacağı açıktır. Nitekim

⁶²⁷ Pehlivan, s. 1495.

⁶²⁸ Tüzüner/Özlem, “Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, yıl 2013, sayı 1, sayfa 132.

hakimin eşiyle ilgili verdiği en doğru karar bile tarafları tatmin etmeyecektir⁶²⁹. Evlilik terimiyle hukuk düzenince tanınan evlilikler anlatılmak istenmektedir. Toplum içinde kabul görebilirse de, hukuk düzeninin tanımadığı ve evlilik olarak nitelendirmediği birliktelikler hakimin muhakemeden yasaklılığı sonucunu doğurmayacak, fakat bunlar, hakimin reddi ya da çekinmesi için neden oluşturabilecektir. Evlilik ilişkisinin sonradan boşanma ya da butlan ile ortadan kalkması halinde dahi kanunun açık düzenlemesi karşısında hakim muhakemeden yasaklı olacaktır⁶³⁰.

Hakimin, önüne gelen davada şüpheli, sanık veya mağdur olan kişiyle değil de, bu kişilerin vekili, yasal temsilcisi, vasi ya da kayyımıyla evli olması durumunda ne olacaktır? Örneğin, sanığın müdafî olan kişi, hakimin daha önceden boşandığı eşi ise, hakim bu davaya bakabilecek midir? Bu soruya olumsuz cevap vermek mümkün değildir. Çünkü, hakimin davaya bakamayacağı haller, CMK'nın 22.maddesinde sınırlı şekilde sayılmış olup, bu maddeler arasında değinilen husus bulunmamaktadır. Maddede sayılan hususların yorum veya kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, hakim, daha önce boşandığı eşinin sanık müdafî veya mağdur vekili olarak görev yaptığı bir davaya bakabilecektir. Ancak bu durumun tarafsızlığı şüpheye düşürdüğü iddia ediliyorsa taraflar ret isteminde bulunabilecektir.

Avukatlık Kanunu'nun 13. maddesinde, hakim veya cumhuriyet savcısının eşi, sebep veya nesep itibariyle usul ve furuundan veya ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlarından olan avukatın, o hakim veya cumhuriyet savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık yapamayacağı kabul edilmiştir. Buna göre bir hakimin eşi olan avukat, o hakimin baktığı davada avukatlık yapamayacaktır. Ancak bu kural, sadece eş bakımından geçerlidir. Hakimin eşinden boşanmış olması durumunda bu avukatlık yapmaya engel değildir. Hükümde, hakimin eşi olan avukatın hakimin görev yaptığı mahkemede görülen davaya bakamayacağı belirtilmiş, ama bunun yaptırımı gösterilmemiştir. Bu durum, kanaatimizce, kanunun “*avukatlık edemez*” şeklindeki emredici hükmü gereğince hakimin davaya bakamayacağı bir hal, yani görev yasağı olarak kabul edilmelidir.

⁶²⁹ Çon, s. 29.

⁶³⁰ Ömeroğlu, s. 30.

3.2.4.Vesayet ve Kayımlık Kavramı

Vesayet, kendisine ait kişisel ve mali hak ve menfaatlerini koruma gücünden olan yoksun olan ve velayet altında bulunmayan küçükler ile, reşit oldukları halde bazı özel durumlar nedeniyle hak ve menfaatlerini koruyamayacak durumda olan büyüklerin korunması ve temsil edilmesi amacıyla kabul edilmiş, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi ile denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinin gözetimi altında faaliyet gösteren bir kurumdur⁶³¹. Dolayısıyla vesayet ilişkisi mahkemenin verdiği karar ile başlamakta, bu işle görevlendirilen kişiye de vasi denmektedir⁶³².

Kayım ise daha çok mali konulara ilişkin görev yapmaktadır. Buna göre kayımlık, bir malın veya malvarlığının yönetilmesi, belirli bir işin görülmesi için, kanunda öngörülen hallerde, ilgisinin isteği üzerine veya resen sulh hukuk mahkemesince atanan, temsil, yönetim ve isteğe bağlı kayımlık olmak üzere üç türü bulunan kişidir (TMK. m.403; 426-428)⁶³³.

Vesayet ve kayımlık durumları ilgililerin menfaatlerini korumaya yönelik oldukları için, bir hakimin vasisi ya da kayımlık olduğu kişilerin şüpheli, sanık veya mağdur oldukları muhakeme sürecinde objektif davranamayacaklarını, objektif davransalar bile bu konuda taraflar ve kamuoyunda her zaman makul karşılanır kuşkular oluşacağını düşünen kanun koyucu haklı olarak hakimi muhakemeden yasaklamıştır. Vesayet ve kayımlık ilişkisi son bulmuş olsa da, yasaklılık devam edecektir⁶³⁴.

Maddede, şüpheli, sanık ve mağdur sayıldığından, hakimin davada dinlenen tanık veya bilirkişi ile, maddenin aradığı anlamda bir ilişkisinin olması durumunda, bu ilişki hakimin davaya bakmasına engel olmayacaktır. Ancak, bu halde dahi, tarafsızlığın kuşkuya düşme ihtimali varsa, hakim taraflarca reddedilebilecektir.

3.3.Şüpheli, Sanık veya Mağdurun Kan veya Kayın Hısımlığından Üstsoy veya Altsoyundan Biri Olması

⁶³¹ Koç/Nevzat, "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 7, yıl 2005, özel sayı, sayfa 99.

⁶³² Ömeroğlu, s. 31.

⁶³³ Koç, s. 105.

⁶³⁴ Ömeroğlu, s. 31.

CMK'nun 22/1-c maddesi gereğince hakimin, şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri olması halinde davaya bakmaktan yasaklı olduğu belirtilmiştir.

TMK'nın 17. maddesine göre, kan hısımlığı doğum ve kan yoluyla kurulur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında ise yansoy hısımlığı vardır. TMK'nın 18. maddesinde ise, kayın hısımlığının evlilik ile kurulduğu, eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımlarının, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olduğu, kayın hısımlığının, kendisini meydana getiren evliliğin bitmesiyle ortadan kalkmayacağı belirtilmiştir.

Hısımlık, gerçek kişiler arasında kan veya bazı sosyal ve hukuki ilişkiler sonucu kurulan ve belli kimseleri birbirinin yakını haline sokan doğal ve hukuki bağıdır. Hısımlık kendi içinde kan ve kayın hısımlığı olmak üzere ikiye ayrılır⁶³⁵.

Nesep hısımlığı, üstsoy-altsoy hısımlığıdır. Yani birbirinin soyundan gelenler arasındaki hısımlıktır. Meşru nesep hısımlığı, kural olarak evlilik birliği ile doğan hukuki bir ilişkidir. İstisnai olarak evlilik olmadan da meşru nesep hısımlığı olabilir; hükümle düzeltilmiş nesep ve evlat edinmede olduğu gibi⁶³⁶.

Doğum yoluyla oluşan hısımlık kan hısımlığı, evlilik yoluyla oluşan hısımlık ise sıhri hısımlık veya kayın hısımlığı olarak ifade edilmektedir. Üstsoy ve altsoy hısımlığı biri diğerinden gelen kişiler arasındaki hısımlığı anlatmaktadır⁶³⁷.

Kanunda kan veya kayın hısımlığından söz edilmiş, üvey altsoy ve üstsoylar bakımından bir açıklığa yer verilmemiştir. 1086 sayılı kanun döneminde altsoy-üstsoy ilişkisinde ayrıca “*neseben veya sebeben*” ibaresi yer almaktaydı. Söz konusu ibareler Medeni Kanun'da kan (MK m. 17) ve kayın (MK. 18) olarak ifade edilmişlerdir. Kanun koyucunun neseben ve sebeben usul-furu ibaresini kullanmamaktaki amacının üvey anne-baba, çocuk-torun ilişkisini ve hatta evlilik dışı çocukla olan ilişkisini de görev yasağına dahil etmek olduğu

⁶³⁵ Çon, s. 33.

⁶³⁶ Berki/Şakir, “Medeni Kanunda Nesep Hısımlığı”, www.dergiler.ankara.edu.tr,” sayfa 34, erişim tarihi 16.08.2017.

⁶³⁷ Ömeroğlu, s. 32.

düşünülmektedir. Bununla birlikte, 6100 sayılı Kanunda açıkça bu ayırım yer almamaktadır. Ancak açıkça belirtilmese bile bu kavram, üvey anne-babayı, üvey çocuk-torunları ve evlilik dışı çocukları da kapsar nitelikte geniş yorumlanmalıdır⁶³⁸.

Altsoy-üstsoy kan hısımlığının önemli bir özelliği derecelendirmeye tabi olmamasıdır. Yani çocuk ile dede arasındaki hısımlık bağı ile çocuk ile dedenin babası arasındaki hısımlık ilişkisi aynı derecededir. Bu durum, konumuz açısından değerlendirildiğinde hakimin, babasının davasında yasaklı olacağı gibi, aynı zamanda dedesinin ve hatta dedesinin babasının davasında da yasaklı olacağı sonucuna ulaşılacaktır⁶³⁹.

Buna göre hakim kayınpederinin davasına bakamayacaktır. Ancak eşinden boşanmış olması durumunda, kayınpederinin davasına bakabilecek midir? Yukarıda incelenen TMK'nun 18/2. maddesine göre, evlilik birliği sona ermiş olsa bile kayın hısımlığı devam edeceğinden, hakim boşandığı eşinin babasının davasına bakamayacaktır.

3.4.Şüpheli, Sanık veya Mağdur ile Aralarında Evlât Edinme Bağlantısı Bulunması

CMK'nın 22/1-d maddesi gereğince, hakimin önündeki dosyanın tarafı olan şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme ilişkisi olması halinde bu davaya bakamayacaktır.

Soybağı, çocuk ile ana babası arasındaki bağı ifade eder. Gerçek soybağı ana baba ile çocuk arasındaki kan bağına dayanır. Ancak evlat edinme yoluyla da çocuk ile evlat edinen arasında yapay bir soybağı ilişkisi kurulabilir⁶⁴⁰. TMK'nun 282. maddesinde, çocuk ile anası arasındaki soybağının doğum ile kurulacağı, çocuk ile baba arasındaki soybağının ana ile evlilik, tanıma veya hakim kararıyla kurulacağı belirtildikten sonra, evlat edinme ilişkisi ile de soybağının kurulacağı belirtilmiştir.

⁶³⁸ Çon, s. 33.

⁶³⁹ Çon, s. 32.

⁶⁴⁰ Baygın/Cem, "Kan Bağına Dayanan Soybağı", AÜEHFD, cilt 6, sayı 1-4, yıl 2002, sayfa 255.

Evlât edinme, evlat edilen ile evlatlık arasında soybağı kurulmasını sağlayan, belli kurallara bağlı olarak tesis edilebilen, kurulması için kamu gücünün devreye girmesi gerekli ve zorunlu olduğu hukuki bir işlem olarak tanımlanmaktadır⁶⁴¹.

743 sayılı MK'nın yürürlükte olduğu dönemde, doktrindeki baskın görüş, evlât edinmenin sui generis bir aile hukuku akdi olduğu yönündedir. Genel kabul gören bu görüşü, çeşitli hükümler de doğrulamaktadır. 4721 sayılı MK ile konuya ilişkin belki de en önemli değişiklik bu noktada gerçekleşmiştir. Kurum, akdi bir ilişki olmaktan çıkarılmış ve doğumu mahkeme kararına bağlanmıştır (MK m. 315). Çok faydalı (ulvî) olan ve aynı zamanda kötüye kullanmaya da uygun olan bu kurumun akdi nitelikten çıkarılması yerinde bir değişikliktir. Evlât edinmenin hukuki niteliğinin akit olduğu 743 sayılı MK döneminde, bu akde ilişkin olarak yokluk veya hükümsüzlük gibi yaptırımlar söz konusu idi. Akdi ilişkiden çıkarak mahkeme hükmü haline gelen evlât edinme için bu yaptırımların da artık pratik bir değeri kalmamıştır⁶⁴².

Medeni Kanun'un 305 ila 320. maddeleri arasında düzenlenen evlat edinme kurumu ile kişiler arasında soybağı kurulmaktadır (MK m. 282/3). Ancak, kurulan soybağı ilişkisi, doğumla kendiliğinden oluşan soybağı gibi “*kan bağına*” değil, taraflar arasında gerçekleşen evlat edinme olgusuna dayanmaktadır ki; bu bağ yapay soybağı olarak adlandırılmaktadır⁶⁴³.

Kanun koyucunun, hakimin, evlatlık ilişkisi içinde bulunduğu kişinin davasına bakamayacağı yönündeki bu yasağı getirmesi son derece haklıdır. Evlat edinme işleminin tamamlanmasıyla gerek evlat edinenin ve gerekse evlat edinilenin hukuksal durumlarında bazı değişiklikler olmaktadır. Evlat edinenle evlat edinilen (evlatlık) arasında yeni bir soybağı kurulduğu gibi, velayet hakkı ve bakım yükümlülüğü evlat edinene geçmekte, evlatlık ise miras hakkı olmak üzere bazı haklar kazanmaktadır. Hakimin velayet hakkı sahibi olduğu kişinin muhakemesini yürütmesi her zaman taraflar ve kamuoyu açısından makul

⁶⁴¹ Türkeri/Ahmet, “Türk Medeni Hukukunda Evlat Edinmenin Hukuki Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, sayfa 3.

⁶⁴² Aydos/Oğuz Sadık, “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, Gazi Üniversitesi HFD, sayfa 4.

⁶⁴³ Çon, s. 33.

görülebilmir kuşkulur doğuracaktır⁶⁴⁴. Şunu da belirtmek gerekir ki, bu yasak, hakimin hem evlat edinen olması, hem de evlatlık olması durumunda geçerlidir.

CMK'nun 22/1-d maddesinde hakimin şüpheli, sanık ve mağdur ile arasında evlatlık ilişkisi bulunması durumunda bu kişinin davasına bakamayacağı belirtilmiştir. Bu durumda, hakimin, evlat edinme bağı bulunan kişinin alt ve üstsoyunun taraf olduğu muhakemeyi yürütüp yürütemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Örneğin hakim, evlat edindiği kişinin davasına bakamayacaktır. Ancak hakim, evlat edindiği kişinin biyolojik babasının davasına bakabilecektir. Çünkü, kanun hakimin davasına bakamayacağı kişileri sınırlı olarak saymıştır. Ancak bu durumda, hakimin reddi veya çekinmesi meselesi gündeme gelebilecektir.

3.5. Şüpheli, Sanık veya Mağdur ile Aralarında Üçüncü Derece Dahil Kan Hısımlığı Bulunması

CMK'nın 22/1-e maddesinde hakimin, yargılamasını yaptığı davanın tarafı olan şüpheli, sanık ve mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa bu davaya bakmaktan yasaklı olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere kan hısımlığı TMK'nın 17. maddesi gereğince doğumla⁶⁴⁵ ortaya çıkan hısımlıktır. Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısına göre belirlenir. Bir diğer ifadeyle kan hısımlığı, bir kimse ile anası ve babası, onların ana-babaları ve kardeşleri (büyük anaları, büyük babaları ile amca, hala, dayı ve teyzesi), kendi kardeşleri ve onların çocukları (yeğenleri), kendi çocukları ve onların çocukları (torunları) arasındaki doğal ve hukuki bağıdır⁶⁴⁶.

Buna göre hakim birinci derecede hısımlı olan ana babası ile çocuklarının, ikinci derecede hısımlı olan kardeşlerinin ve üçüncü derecede hısımlı olan amca, dayı, hala ve teyzesinin davasına bakamayacaktır. Ancak örneğin hakimin teyzesinin eşinin davasına bakması yasaklılık nedeni değildir. Bu durumda ret isteminde bulunulabilecektir.

⁶⁴⁴ Ömeroğlu, s. 33.

⁶⁴⁵ Ömeroğlu, s. 33.

⁶⁴⁶ Çon, s. 34.

3.6. Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı bulunması

CMK'nun 22/1-f maddesinde hakimin, boşanmış veya başka bir gerekçe ile evlilik birliği bitmiş olsa bile, önüne gelen davanın tarafı olan şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa, bu davaya bakmaktan yasaklı olduğu belirtilmiştir.

TMK'nun 18. maddesi gereğince, kayın hısımlığı evlilik ile kurulmakta, eşler, diğer eşin kan hısımları ile aynı dereceden kayın hısımları olmakta, evlilik bitse bile bu hısımlık devam etmektedir.

Kayın hısımlığı evlilikle doğan bir hısımlık türüdür. İkinci derece dahil olduğundan hakim, eşinin anne ve babasının, çocuklarının ve kardeşlerinin şüphelisi, sanığı ya da suçtan zarar göreni olduğu ceza muhakemesinden yasaklıdır⁶⁴⁷.

Hakim, ikinci derece dahil kan hısımlarının davasına bakmaktan yasaklı iken, bu kişilerin eşlerinin veya çocuklarının davasına bakmasına engel bir hal yoktur. Örneğin hakim, ikinci derece sıhri hısımları olan kayınbiraderinin davasına bakamayacak, ancak bu kişinin çocuğunun veya eşinin davasına bakabilecektir.

Bu hükmün uygulanabilmesi için hakimin akrabası olan gerçek kişinin davanın tarafı olması zorunlu bir unsurdur. Yani hakimin hısımları olan gerçek kişinin, üyesi veya yönetim kurulu bulunduğu bir tüzel kişinin taraf olduğu davada hakimin yasaklılığı söz konusu olmayacaktır⁶⁴⁸. Örneğin hakimin, kayınpederinin ortağı olduğu bir şirketin davasına bakmasında bir yasaklılık bulunmamaktadır. Ancak bu durumun hakimin tarafsızlığı konusunda kuşku yaratacağı kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle böyle bir durumda, hakimin reddi kurumu işletilebilecektir.

3.7. Aynı Davada Cumhuriyet Savcılığı, Adli Kolluk Görevi, Şüpheli veya Sanık Müdafiliği veya Mağdur Vekilliği Yapmış Olması

⁶⁴⁷ Ömeroğlu, s. 34.

⁶⁴⁸ Çon, s. 35.

CMK'nun 22/1-g maddesi gereğince hakim, önüne gelen davanın herhangi bir aşamasında cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlisi, müdafii veya vekil olarak görev yapmışsa bu davaya bakamayacaktır.

Konunun açıklanmasına geçilmeden önce “*aynı dava*” kavramının ne olduğu değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere, bir suçun işlenmesiyle ceza muhakemesi devreye girer. CMK, suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen aşamayı soruşturma, iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar geçen aşamayı ise kovuşturma olarak (madde 2) tanımlamıştır.

CMK'nın 158. maddesi gereğince suç işlendiği konusunda Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına ihbar yapılması veya bu makamların suç işlediği konusunda bir emare ile karşılaşmaları durumunda soruşturma başlatılacağı, aynı yasanın 160/1. maddesinde, cumhuriyet savcısının bir suç işlendiği konusunda bilgi alır almaz hemen işin gerçek yüzünü araştırmaya başlayacağı belirtilmiştir. Cumhuriyet Savcısı bizzat yapacağı veya emrindeki adli kolluk görevlileri vasıtasıyla yaptıracağı soruşturma işlemlerinden sonra, kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunduğu kanaatine varırsa, CMK'nun 170. maddesi doğrultusunda iddianame düzenleyerek kamu davası açacaktır. Kamu davası açıldıktan sonra iddianame kabul edilinceye kadar soruşturma evresi devam edecektir. Eğer kamu davasının muhatabı olan mahkeme, iddianamede eksiklik görmezse, CMK'nın 175. maddesi gereğince iddianamenin kabulüne karar verecek, bu kararla birlikte kovuşturma aşaması başlayacaktır. Kovuşturma evresi başladıktan sonra mahkeme gerekli yargılamayı yapacak, yargılama sonunda CMK'nın 223/1. maddesi gereğince bir hüküm verecektir. Bu hükümle ilgili kanun yoluna başvurulmazsa veya kanun yoluna başvurulması durumunda da ilgili merciin vereceği karar sonucunda hüküm kesinleşecek ve kovuşturma evresi sona erecektir.

Kanunun açık düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere ceza yargılaması soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır⁶⁴⁹. Örneğin, zorunlu müdafilik sistemine tabi davalarda, baroların soruşturma aşamasında görevlendirdiği müdafinin görevi, kovuşturma aşamasına geçilmesiyle

⁶⁴⁹ Ömeroğlu, s. 34.

tamamlanmakta, kovuşturma aşamasında yeni bir müdafî görevlendirilmesi yapılmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, hakimin, aynı davada savcılık, kolluk görevliliği, müdafilik veya vekillik görevlerini yapması durumunda davaya bakmayacağı CMK'nun 22/1-g maddesinde emredici şekilde öngörülmüştür. Yasada “*aynı dava*” terimi kullanılmış, bu terim ile soruşturma veya kovuşturma aşamasının mı, yoksa her iki aşamanın birlikte mi kastedildiği belirtilmemiştir. Ancak gerek maddenin düzenlenme şekli ve gerekse yasanın amacı dikkate alındığında “*aynı dava*” terimi ile soruşturmanın başlangıcından itibaren kesin hükme kadar geçen tüm aşamanın kastedildiği açıktır. Aksinin kabulü, soruşturma aşamasında müdafilik yapan bir kişinin, yargılama sırasında aynı davada hakimlik yapabileceği sonucunun doğmasına neden olacaktır ki, bunun kabul edilmesine imkan yoktur. Bu nedenle “*aynı dava*” kavramıyla sadece dava değil, tüm muhakeme süreci anlaşılmalıdır.

3.7.1.Hakimin Aynı Davada Cumhuriyet Savcılığı Yapmış Olması

Savcılık makamı soruşturma evresinin yönetmesinin yanı sıra, yargılama aşamasında kamu adına iddia makamını temsil eder⁶⁵⁰. Hukukumuzda savcılar, esas olarak ceza davalarında görevlidirler. Savcıların hukuk mahkemeleri ve hukuk davalarındaki görevleri ayrık (istisnai) niteliktedir. Savcıların açmış oldukları hukuk davaları ile kanuna riayet sağlanmaktadır, örneğin, kanuna aykırı hale gelen dernek, savcının talebi üzerine feshedilmekte ve kanuna aykırı durum böylece ortadan kaldırılmaktadır⁶⁵¹.

CMK sisteminde savcı, soruşturma aşamasının patronu/efendisidir. Bu pozisyonu gereğince soruşturma evresini yönetir, gerekli araştırmaları yapar ve ulaştığı sonuçlar doğrultusunda hukuki kararlar alır. Bu sürecin yasal amiri durumunda olan savcı, bu işlemleri doğrudan kendisi yapabileceği gibi, emri

⁶⁵⁰ Keyman/Selahattin, “Ceza Muhakemesinde Savcılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, sayfa 54.

⁶⁵¹ Yılmaz/M.A.Ejder, “Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri”, “dergiler.ankara.edu.tr”, sayfa 259.

altındaki kolluk görevlilerine de yaptırabilir. Kovuşturma aşaması başlayınca da savcı, kamu adına iddia makamını temsil eder ve duruşmalarda hazır bulunur⁶⁵².

Ülkemizde savcılık teşkilatının geçmişi yenidir. Gerçekten şer'i mahkemeler zamanında savcılık teşkilatı bulunmuyordu. Kovuşturmayı bireyler yapıyordu. Laik mahkemelerin yani nizamiye mahkemelerinin kurulduğu ilk zamanlarda da sürekli bir savcılık teşkilatı yoktu. Bazı mahkeme üyelerine savcılık görevi de verilmiştir. Savcılık teşkilatı fiili olarak 1879'da tamamlandı. Gerçekten büyük ölçüde Fransız 1808 tarihli CMK'nın çevirisi olan 1879 tarihli "*Usul'ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-u Muvakkat*"nda savcılara ilişkin bir bölüm vardı (m.20-25). Kanunun 4. maddesinde, savcıların bütün cünha ve cinayet suçlarında dava açmak ve sonuna kadar yürütmekle görevli oldukları öngörülmektedir⁶⁵³.

Savcının yürütme organı mı, yoksa yargı organı mı içinde değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır. Kural olarak savcı soruşturma işlemlerini yürütmekte, açılan ceza davasında da iddia makamını temsil etmektedir. Bu bakımdan uyuşmazlığın esası konusunda karar verme yetkisi bulunmamakta, sadece uyuşmazlığı mahkeme önüne taşımaktadır. Dolayısıyla savcı yargılama makamı içinde değerlendirilmemelidir⁶⁵⁴. Yurtcan da, savcının ceza yargılamasında iddia görevini yerine getirdiğini, bu işin yürütme işlemleri içinde değerlendirilmesi gerektiğini, dolayısıyla savcının da yürütme organının bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁵⁵.

Ancak karşı görüşler de bulunmaktadır. Buna göre kamu adına hareket eden savcı, suç işlendiği haberini alır almaz tüm delilleri toplamak, sanığın lehine ve aleyhine olan hususları araştırmak, yeterli şüphe bulunması durumunda dava açmak, açılan kamu davasına katılmak ve sonuçta kesinleşen hükmü infaz etmekte görevlidir. Dolayısıyla, savcı yargı erki içinde yer alan bir kamu görevlisidir⁶⁵⁶.

⁶⁵²Karakehya/Hakan, Arabacı/Murat, " Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine", "dergiler.ankara.edu.tr", sayfa 2062.

⁶⁵³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 217.

⁶⁵⁴ Karakehya/Arabacı, s. 2066.

⁶⁵⁵ Yurtcan/Erdener, "Cumhuriyet Savcısı ve Ceza Yargıcının El Kitabı", TBB Yayınları, yıl 2002, sayfa 1.

⁶⁵⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 216.

Kanaatimizce de Cumhuriyet Savcısı, yürütmeye yönelik bir kısım yetki ve görevleri bulunmakta ise de, yargı organı içinde yer almaktadır. Nitekim, TCK'nun “*tanımlar*” başlıklı 6/1-d maddesinde Cumhuriyet Savcısı yargı görevi yapan kişiler arasında sayılmıştır.

Savcılığın örgütlenmesi 5235 sayılı yasada düzenlenmiştir⁶⁵⁷. Savcılık kurumuna ilişkin teşkilatlanma yapılırken Türkiye Başsavcılığı'nın oluşturulmaması büyük bir eksiklik olmuştur. Savcılar arasında çıkan hukuki uyuşmazlıkların, özellikle olumlu ve olumsuz görev uyuşmazlıklarının çözümünde böyle bir makama şiddetle ihtiyaç bulunmaktadır⁶⁵⁸. Ayrıca zaman zaman ülke genelinde veya ülkenin büyük bölümünde yürütülmesi gereken soruşturmaların birlikte yürütülmesi konusunda aksaklıklar yaşanabilmektedir. Bu koordinasyonun sağlanması için de Türkiye Başsavcılığı'nın yararlı olacağını düşünüyoruz.

Bu incelemelerden anlaşılacağı üzere Cumhuriyet Savcısı ceza muhakemesinin en önemli sükelerinden birisidir. İşte bu nedenle gerek soruşturma aşamasında ve gerekse yargılama aşamasında, Cumhuriyet Savcısı sıfatıyla muhakemeye dahil olan kişi, bilahere aynı davanın hakimi sıfatıyla yargılama yapamayacaktır.

Hakimin kendi el koyduğu, diğere deyişle savcı olarak kendi önüne getirdiğı bir muhakeme sürecini objektif olarak yürütüp sonuçlandırması çok zordur. Bu nedenle davanın hakimin önüne savcı tarafından götürülmesini öngören işbirliğı sistemi doğmuştur. Kanun koyucumuz muhakemenin objektifliğinin tam anlamıyla sağlanabilmesi için savcılık yapan hakimi aynı muhakemeden yasaklamıştır⁶⁵⁹.

Bilindiğı üzere ülkemizde hakim ve savcı adaylığı sınavı ortak olarak yapılmakta, sınavı kazanan adaylar staj sürecinde istekleri ve ihtiyaç durumuna göre hakim adayı ve savcı adayı olarak sınıflandırılmaktadır. Staj süreci bittikten sonra mesleğe kabulleri sağlanan ve hakim ve cumhuriyet savcısı sıfatını alanlar kura usulüyle görev yerlerine atanmaktadırlar. Ancak kazanılan bu statüler kalıcı

⁶⁵⁷ Karakehya/Arabacı, s. 2063.

⁶⁵⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 217.

⁶⁵⁹ Ömeroğlu, s. 35.

olmayıp, süreç içinde ilgilerin isteği ve ihtiyaç durumuna göre değişebilmektedir. Nitekim 2802 sayılı yasanın 36. maddesinde, gerek adli yargı ve gerekse idari yargıda hakimlerin savcı, savcılarının hakim olarak grevlendirilebilecekleri, bunun ilgililerin isteği, hizmet gerekleri ve teşkilatın ihtiyacına göre yapılacağı belirtilmiştir. Bu hüküm gereğince mesleğine Cumhuriyet Savcısı olarak başlayan, bu görevi nedeniyle birçok soruşturma işlemleri yapan kişi, bilahere isteğiyle veya hizmet gerekliliğine göre hakim olarak atanabilmekte ve daha önce savcı olarak işlem yaptığı dosya, hakim sıfatıyla önüne gelebilmektedir. Bu yönde oluşabilecek sıkıntı ve tereddütlerin önüne geçmek için uygulamada bu kişiler, cumhuriyet savcılığı yaptıkları yer dışında başka bir yere hakim olarak atanmaktadırlar. Ancak zaman zaman aksi durumların yaşandığı bilinmektedir. İşte böyle bir durumda hakim, savcı olarak işlem yaptığı dosyanın yargılamasını yapamayacaktır.

CMK'nın soruşturma işlemlerinin nasıl yürütüleceğini düzenleyen 163. maddesinde, sust veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, savcıya ulaşılamaması durumunda sulh ceza hakiminin tüm soruşturma işlemlerini yapabileceği öngörülmüştür. Yine CMK'da birçok soruşturma işleminin hakim kararıyla yapılacağı, gecikmesinde sakınca bulunması durumunda bu işlemlerin savcı kararıyla yapılacağı ve bilahere bu işlemlerin hakim onayına sunulacağı belirtilmiştir. Nitekim CMK'nın 119. maddesi gereğince arama kararı, 127. maddesi gereğince el koyma kararı, 129. maddesi gereğince postada el koyma kararı, 135. maddesinde iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması gibi kararlar soruşturma aşamasında hakim tarafından verilecek, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise savcı tarafından verilecektir. İşte, CMK'nın 163. maddesi gereğince savcı yerine görev yapan hakim veya soruşturma aşamasında bir kısım kararları veren hakim, bilahere bu soruşturmayla ilgili dava açılması halinde bu davaya bakabilecek midir?

Burada ikili bir ayırım yapılarak konu değerlendirilmelidir. Yukarıda belirtilen CMK'nın 163. maddesi gereğince, savcıya ulaşılamaması ve bu nedenle sulh ceza hakiminin, savcı sıfatıyla bir takım soruşturma işlemlerini yapması durumunda, bu olayla ilgili dava açılması ve soruşturma işlemlerini yapan sulh ceza hakiminin bu davanın hakimliğine atanması durumunda, bu davaya bakamayacaktır. nk yapılan işlemler hakimlik işlemleri değil, savcılık

işlemleridir. Ömeroğlu da aynı görüştedir; “*Hakimin soruşturma aşamasında arama kararı vermek, evrakı kolluğa havale etmek gibi sıradan işlemleri dışında kalan ve özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 162. maddesi doğrultusunda yaptığı işlemlerin savcılık işlemi sayılması ve yasaklılığa konu olması gerektiği düşüncesindeyiz*”⁶⁶⁰. Nitekim, daha sonra yürürlüğe giren 5320 sayılı yasanın 11 inci maddesi ile bu konu düzenlenmiş, hakimin, savcı yerine geçerek soruşturma işlemleri yapmış olması durumunda, daha sonra bu olayla ilgili açılan davaya bakamayacağı belirtilmiştir.

Ancak, sulh ceza hakimi soruşturma işlemleri yapmadan, soruşturma aşamasında hakim kararı gerektiren (arama, el koyma gibi) hususlarda karar vermesi durumunda, bu kararları vermiş olması, onun bu olayın yargılmasını yapmasına engel teşkil etmeyecektir. Çünkü bu durumda, sulh ceza hakimi savcı sıfatıyla hareket etmemekte, yasanın açıkça öngördüğü ve hakim kararı gereken hallerde bu kararları vermektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23.09.1974 tarihli, 1/252-413 esas ve karar sayılı kararında, hakimin, soruşturma sırasında bazı konularda karar vermiş olmasının onun savcılık görevi yaptığı anlamına gelmeyeceğini, çünkü hazırlık soruşturması sırasındaki bazı kararların sadece hakim tarafından verilebileceğini belirtmiştir⁶⁶¹.

Burada ayrıca Cumhuriyet Başsavcılarının durumu değerlendirilmelidir. 5235 sayılı yasanın 18. maddesinde Cumhuriyet Başsavcısının görevleri, başsavcılık makamını temsil etmek, gerekli iş bölümünü yaparak çalışmalarda verimi sağlamak, gerektiğinde duruşmalara katılmak gibi adli işlemleri yapmak olarak tanımlanmış, maddenin devamında, ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde görev yapan başsavcılarının, bu yer ve bu yere bağlı yerlerde bulunan savcılar ile bağlı birimler üzerinde denetim ve gözetim yetkisi olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm gereğince Cumhuriyet Başsavcısı, teşkilatının uyum içinde çalışmasını sağlamak, iş bölümünü yapmakla görevli olup, birlikte çalıştıkları başsavcivekilleri ve savcılar üzerinde de gözetim ve denetim yetkisi bulunmaktadır. Nitekim uygulamada da, Cumhuriyet Başsavcıları, başsavcı

⁶⁶⁰ Ömeroğlu, s. 37.

⁶⁶¹ Çağlayan/Muhtar, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, Olgaç Matbaası, Ankara 1980, sayfa 228.

vekilleri ve savcılar arasında iş bölümü yapmakta, özellikle nitelikli soruşturmalardan düzenli bilgi istemekte, istediği zaman soruşturma dosyasını yürüten savcıdan alıp başka savcıya verebilmekte, isterse kendisi dosyayı alıp soruşturmaya devam edebilmekte, savcılarının yazdığı kararların “görüldü” işlemini yapmakta, bu ve benzeri işlemlerle denetim ve gözetim görevini yerine getirmektedir. Dolayısıyla bir yerdeki savcılık teşkilatının başı olan başsavcının, soruşturma dosyasına dilediği zaman müdahale edebilme olanağı bulunmaktadır.

İşte, Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yaptığı bir yerde yapılan soruşturma ile ilgili dava açıldıktan sonra, o davanın hakimliğine atanan kişi, bu davaya bakabilecek midir? Bu konuyu irdeleyen YCGK, il başsavcısı olan ve bu görevi nedeniyle iddianameye “görüldü” işlemi yaparak kamu davasının açılmasına imkan sağlayan kişinin, daha sonra Yargıtay üyesi seçilmesi ve bu davanın Yargıtay’da görülmesi aşamasında, hakimlik görevini yapamayacağını belirtmiştir⁶⁶². Cumhuriyet Başsavcısı’nın soruşturma aşamasında hiçbir işlem yapmaması, soruşturmanın o yer savcıları tarafından yürütülüp dava açılması,

⁶⁶² Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.03.2009 tarihli, 2009/3-21 esas, 2009/46 karar sayılı kararı; “Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, iddianameye “olur” veren İl Cumhuriyet Başsavcısının, Yargıtay Üyesi seçilmesinden sonra anılan işin temyiz incelemesinde görev yapmasının, 5271 sayılı CYY’nın 22/1-g maddesi uyarınca, hakimnin davaya bakamayacağı hal olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkindir...Konunun Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan “adil yargılanma hakkı” bağlamında da değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 01.10.1982 gün ve 8692/79-56 sayılı Piersack/Belçika kararında özetle;“Yargıçlardan birisinin, daha önce tahkikatı yürüten savcılık biriminin başı olarak görev yaptığı, bu dosyayla ilgilenen görevlilerin hiyerarşik üstü olarak mahkemeye sunulacak yazılı mütalaaları gözden geçirip düzeltme, olayda benimsenecek yaklaşımı tartışma ve hukuki noktalardan kendilerine tavsiyede bulunma hakkına sahip olmasının, böyle davranmadığı saptansa dahi suç isnadının esası üzerinde karar vermiş bir ‘yargı yerinin’ tarafsızlığının kuşkuya açık olabildiğini tespit etme bakımından yeterli olup, bunun da Sözleşme’nin 6/1. maddesinin (adil yargılanma hakkının) ihlali niteliğinde olduğu” sonucuna varılmıştır...Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;Balıkesir C.Savcısı H.P. tarafından yürütülen soruşturma sonucunda ...kamu davası açılmıştır. O dönemde Balıkesir İl Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yapan A.K.tarafından iddianamelere “görüldü” yapılmış ve kamu davasının açılması sağlanmıştır. Daha sonra, Yerel Mahkemece verilen bir kısım sanıkların beraatlarına, bir kısmının ise cezalandırılmalarına ilişkin hükmün o yer C.savcısı, katılanlar vekili ve sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 3. Ceza Dairesinde temyiz incelemesi yapıldığı sırada, Daire Üyesi A.K. de inceleme yapan kurulda yer almış ve hükümlerin onanmasına karar verilmiştir. Görüldüğü gibi, gerek soruşturma aşamasında yargılama konusu uyuşmazlık hakkında görüş bildirip, tavsiyede bulunma hakkına sahip olan ve soruşturma sonucunda düzenlenen iddianameye görüldü yaparak “olur vermekle” o görüşü benimseyen, gerekse kovuşturma aşamasında benimsediği bu görüşü sürdürecektir C.savcısını da belirleme hak ve yetkisine sahip İl Cumhuriyet Başsavcısının, 5271 sayılı CYY’nın 22/1-g maddesi uyarınca aynı davada C.savcısı olarak görev yapması nedeniyle Hakim olarak görev yapmasına olanak bulunmamaktadır. Böyle bir halin aynı zamanda Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen AİHS’nin 6/1. maddesinin “adil yargılanma hakkının”, ihlali niteliğinde olacağına kuşku yoktur.” “Uyap Bilişim Sistemi”, erişim tarihi 17.08.2017.

başsavcının “görüldü” dahi yapmaması durumunda, yine de salt denetim ve gözetim yetkisinin bulunması, ileride bu dosyada hakimlik yapmasına engel olacak mıdır? Kanaatimizce bu soruya verilecek cevap “evet” olacaktır. Çünkü başsavcının pozisyonu diğer savcılardan farklıdır. Yukarıda incelenen Yargıtay kararı içeriğinde incelenen Piersack/Belçika kararında AİHM, kişinin sadece soruşturmanın yürütüldüğü savcılık makamında savcı olmasının, ileride o soruşturmada hakim olarak görev yapmasına engel olmadığını belirttikten sonra, aynı yerde başsavcı yardımcısı olan kişinin denetim ve gözetim yetkisi nedeniyle tarafsızlık güvencelerine sahip olmadığı konusunda kaygı duyulmasına neden olabileceğini belirtmiştir⁶⁶³. Yine Yargıtay bir kararında Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olduğu dönemde “tebliğname” hazırlayan kişinin, daha sonra Yargıtay Üyeliğine atanması durumunda aynı davanın dairedeki görüşmelerine katılamayacağına karar vermiştir⁶⁶⁴.

3.7.2. Aynı Davada Adli Kolluk Görevini Yapmış Olması

CMK'nın 22/1-g maddesi gereğince, hakimin aynı davada adli kolluk olarak görev yapması durumunda bu davaya bakamayacağı düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması bakımından, kanunda yer verilen bazı kavramların tanımlandığı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde adli kolluk tanımına yer verilmemiştir. Aynı durum 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu açısından da geçerlidir. Bu kanunun "*tanımlar*" başlıklı ikinci maddesinde adli

⁶⁶³ Piersack/Belçika kararı, Doğru/Nalbant, s. 698.

⁶⁶⁴ Yargıtay CGK'nun 27.09.2011 tarihli, 2011/13-250 esas, 2011/190 karar sayılı kararı; "... Yargıtay Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı sırada tebliğname düzenleyerek görüş bildiren kişinin, daha sonra Yargıtay üyesi seçilmesi halinde, Özel Dairede o işin müzakeresine katılması, 5237 sayılı CYY'nın 22. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendine göre hakimin davaya bakamayacağı hallerden olup, aynı zamanda AİHS'nin 6/1. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkının" ihlali niteliğinde bulunduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 08.06.1999 gün 1450-156 sayılı ve 03.03.2009 gün 21-46 sayılı kararları da aynı doğrultudadır. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Yargıtay Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı sırada 13.03.2007 günlü tebliğnameyi düzenleyip görüş bildiren E.N.'nin, daha sonra aynı hükmün temyiz incelemesi sırasında Yargıtay üyesi olarak görevli olduğu Yargıtay 13. Ceza Dairesinde müzakerede oy kullanmak suretiyle 21.07.2011 günlü karara katılmasının 5271 sayılı CYY'nın 22/1-g maddesine aykırılık oluşturduğunda ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen AİHS'nin 6/1. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkının" ihlali niteliğinde olacağına kuşku yoktur. O halde, E.N.'nin Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak tebliğname düzenleyip görüş bildirdiği somut olayda, Özel Dairede işin müzakeresine katılıp oy kullanarak kararın oluşmasını sağladığı anlaşıldığından, açıklanan ilkeler doğrultusunda Özel Dairenin 21.07.2011 gün ve 293-63 sayılı kararı hukuken yok hükmünde olup sonuç doğurması olanaksızdır. ", "uyap.gov.tr", erişim tarihi 18.08.2017.

kolluk kavramının tanımı yapılmamış⁶⁶⁵, CMK'nın 164. maddesinde adli kolluk görevlilerinin kim olduğu belirtilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 167. maddesine dayalı olarak çıkarılan Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 6. maddesinde, adli kolluğun, cumhuriyet savcısının emirleri doğrultusunda soruşturma işlemlerini yapmakla görevli olduğu, bu kapsamda adli kolluk görevlilerinin tüm delilleri toplayacağı ve bir fezleke ile Cumhuriyet Savcısına sunmak zorunda oldukları belirtilmiştir.

CMK ve bu kanuna uygun olarak hazırlanan "*Adli Kolluk Yönetmeliği*" ile "*adli kolluk*" kavramı ceza mevzuatımızdaki yerini almıştır. Bununla birlikte, 1 Ağustos 1937 yürürlük tarihli 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8. maddesinin birinci fıkrasında, polisin, idari, siyasî ve adlî kısımlara ayrıldığı, 9. maddede "*adli polis*" tabirinin, 12. maddede de "*adli zabıta*" ifadesinin kullanıldığını belirtmek gerekir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 164. maddesinde bir kavram olarak "*adli kolluk*" tanımlanmamış, sadece kimlerin adli kolluk görevlisi sayılacağı belirtilmiştir. Buna göre, adli kolluk, Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 8, 9 ve 12. maddeleri, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 7. maddesi, Gümrük Müsteşarlığı Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesi ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlileridir⁶⁶⁶.

CMK'da adli kolluğun açıkça sayılması karşısında bunlar dışındaki görevlilerin adli kolluk olarak kabul edilmemesi gerekmektedir⁶⁶⁷. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu husus vurgulanmıştır. "*442 sayılı Köy Yasasının 68. ve sonraki maddelerinde gösterilen ve özel bir kolluk gücü sayılan geçici köy korucularının adli kolluk memurlarından olmadığı gözetilmeden TCY'nın 235.*

⁶⁶⁵ Bahriyeli/Kemal, Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, sayfa 60.

⁶⁶⁶ Bahriyeli, s. 62.

⁶⁶⁷ Yaşar/Osman, Gökcan/Hasan Tahsin, Artuç/Mustafa, "Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu", Adalet Yayınları, Ankara 2010, sayfa 159.

*maddesinin 1. fıkrası yerine 2. fıkrasının uygulanması yasaya aykırıdır*⁶⁶⁸.
*"Orman muhafaza memuru olan sanıkların adli kolluk memuru olmadıkları düşünülmeden TCK'nın 235/2. maddesiyle ceza tayini bozmayı gerektirmiştir*⁶⁶⁹.

Genel görevi toplumun güvenliğini ve düzenini sağlamak⁶⁷⁰ olan ve Cumhuriyet Savcısının emri altında görev yapan adli kolluk, suçun işlenmesiyle birlikte hemen harekete geçerek fail ve delilleri tespit eder ve bunları yetkili makamlara teslim eder⁶⁷¹. Devletin en önemli görevi, bireylerin huzur ve güven içinde yaşamasını sağlamaktır. Bu da güçlü, tarafsız ve bağımsız bir adalet teşkilatı ve etkin bir hukuk sistemiyle mümkün olacaktır. Ceza adalet sisteminin etkin olduğu, bu sistemin kimsenin etki ve baskısı altında kalmadan görev yaptığı devletlerde, bireylerin devlete ve adalete olan güven ve bağlılıkları yüksektir. Adli kolluk da, adaletin tesisini birincil hedef yapan hukuk devletlerinde, bu hedefin gerçekleştirilmesi için çalışan kurumlardan birisidir⁶⁷². Bu yönüyle adli kolluk savcılarının en büyük yardımcısı⁶⁷³, bir diğer deyişle sağ koludur.

Adli kolluk görevi savcı adına yerine getirildiğinden bu görev, muhakemenin objektifliği anlamında savcılık görevi gibi olmakta ve muhakeme sürecinde adli kolluk görevi yapan kişinin, aynı muhakeme sürecinde hakim sıfatıyla görev yapması haklı olarak yasaklanmaktadır⁶⁷⁴. Gerçekten, aynı muhakeme sürecinde adli kolluk görevlisi olarak görev yapan bir kişi, bu sıfatı nedeniyle olaya dahil olacak, kendince olayın iç yüzünü bilecek, olayın aydınlanması hususunda, yeri geldiğinde, tehlikelere göğüs gerecek, bu yönüyle kendi bulduğu çözümü sahiplenecektir. İşte kendisini bu kadar somut olaya kaptıran bir kişinin, bilahere bu davanın hakimi olarak, kendisini önceki bilgileri, düşünceleri ve hatta duygularından soyutlaması kolay olmayacaktır. Dolayısıyla bu durum davanın taraflarında haklı olarak kuşku yaratacak ve yargılamanın sıhhatini tehlikeye düşürecektir. Bunu öngören kanun koyucu, daha önce adli

⁶⁶⁸ Y.4.CD.,04.02.1997 tarihli, 485/758 sayılı kararı.

⁶⁶⁹ Yargıtay 4.CD. 30.09.1987 tarihli, 5667/7434 karar sayılı kararı.

⁶⁷⁰ Yurtcan, s. 10.

⁶⁷¹ Fendoğlu/Hasan Tahsin, "Adli Kolluk Üzerine", Yargıtay Dergisi, S. 1-2, C. 23, Ocak-Nisan, 1997, s. 234-235

⁶⁷² Polater/Yusuf Ziya, "Adli Kolluk-Savcı İlişkisi ve Soruşturmalara Etkisi", TBB Dergisi, yıl 2015, sayı 120, sayfa 292.

⁶⁷³ Ömeroğlu, s. 38.

⁶⁷⁴ Ömeroğlu, s. 38.

kolluk görevlisi olarak görev yapan kişinin aynı mahkemede hakim olarak görev yapmasını kabul etmemiştir.

3.7.3.Aynı davada Şüpheli veya Sanık Müdafiliği veya Mağdur Vekilliği Yapmış Olması

CMK'nın 22/1-g maddesinin açık ve amir hükmü gereğince, hakim, daha önce aynı davada müdafilik veya vekillik yapmışsa, bu davaya bakamayacaktır.

3.7.3.1.Müdafî Kavramı

Müdafî, toplumsal olarak savunma makamını temsil ederken sanık veya şüpheli, bireysel olarak kendisini savunur. Ceza muhakemesinde kuvvetler ayrılığı ilkesi geçerlidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, muhakeme hukuku görevlerinin ayrı sujerler tarafından, fakat birbirleri ile etkileşim içerisinde, uyumlu bir biçimde yürütülmesini ifade eder⁶⁷⁵.

Şüpheli veya sanığın ceza yargılamasında savunmasını yapan kişi olarak tanımlanan (CMK m. 2) müdafî, sanık olduğu iddia edilen kişinin suçu işlemediğini, daha az cezayı hak ettiğini, cezalandırılmaması gerektiğini yetkili mahkeme veya organ önünde ileri süren, savunma faaliyetini gerçekleştiren ve bu yönüyle sanığın yardımcısı olan kişidir⁶⁷⁶.

Müdafî, ceza muhakemesinde sanığa savunması yönünde hukuki yardımda bulunan ve bu amaçla müdafilik makamını işgal eden kişidir. Müdafilik makamını işgal ettiğinden, müdafî de makam itibarıyla süjedir⁶⁷⁷. Savunma; bir suçu işlediği iddia edilen şüpheli ve sanık yararına yapılan ve o kişiyi korumayı amaçlayan faaliyetlerin bütünüdür⁶⁷⁸. Müdafaa etmek fiilinden türetilen müdafî terimi, ceza yargılamasında sanığı savunan avukata verilen isimdir. Yargılamaya katılan her müdafî avukattır, ancak yargılamaya katılan her avukat müdafî değildir. Nitekim, şikayetçi adına duruşmaya katılan avukat müdafî değildir. Bu bakımdan müdafî daha geniş bir anlam içermekte olup, sanığı hukuki ve fiili

⁶⁷⁵ Çulha/Rifat, Demirağ/Fahrettin, Nuhoğlu/Ayşe, Oktar/Salih, Tezcan/Durmuş, "Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı", Editör; Feridun Yenisey, Bilge Yayınları, Ankara 2017, Sayfa, 36.

⁶⁷⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 246.

⁶⁷⁷ Yüksel/Göksel, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafî", makale, "ankarabarusu.org.tr", sayfa 52, erişim tarihi 17.08.2017.

⁶⁷⁸ Pehlivan, s. 1496.

açından koruyan, ilgili yasalarda öngörülen niteliklere sahip, sanık bakımından ortaya çıkacak olumsuzları en aza indirmeye çalışan kişi olarak tanımlanabilir⁶⁷⁹.

Avukatlar bir yönüyle, bilgi ve becerileri doğrultusunda bireylerin haksızlığa uğramalarının önüne geçmek konusunda görev yaparken, diğer yönüyle adaletin tecellisine hizmet etmektedirler. Bu yönüyle avukatlık mesleği yargı erki içinde savunma görevini üstlenir ve hukukun üstünlüğüne hizmet eder⁶⁸⁰.

CMK sisteminde kimi hallerde zorunlu müdafilik öngörülmüştür. Yasanın zorunlu müdafiliği öngördüğü durumlarda kişi, müdafisini kendisi seçerse buna seçilmiş zorunlu müdafî, kişinin imkanının olmaması durumunda zorunlu müdafinin devlet tarafından atanması durumunda buna atanmış zorunlu müdafî denilmektedir. Müdafiliğin zorunlu olmadığı durumlarda, kişi müdafisini kendisini seçerse seçilmiş ihtiyari müdafî, kişinin isteği ile devlet tarafından avukat görevlendirilirse atanmış ihtiyari müdafî olarak adlandırılmaktadır⁶⁸¹.

Müdafîin sanığın yardımcısı mı, yoksa sanığın temsilcisi mi olduğu, yani sanık ve müdafî arasında ilişkinin niteliği konusunda CMK’da bir hüküm bulunmamaktadır. CMK’nın gerekçesinde müdafî, sanığın, adalete de yardımcı olması gereken yardımcısı olarak nitelenir. Öte yandan Av.K. m. 1’e göre avukatlık (müdafilik) hukuki sorunların çözülmesine yardımcı, bağımsız, serbest bir kamu hizmetidir. YCGK’da 1974 yılında verdiği bir kararında, müdafinin temsil yetkisine sahip vekilden ayrı bir statüsünün olduğunu, vekil kadar geniş temsil yetkisine sahip olmadığını belirtmiştir. Öğretide çoğunluk, müdafîin sanığın temsilcisi değil, yardımcısı olduğu görüşündedir. Gerçekten temsil bir özel hukuk ilişkisidir. Bu ilişki temsilcinin hukuki işlemlerinin temsil olunana izafesini gerektirir. Temsilci temsil olunan yerine bulunur ve konuşur. Temsil olunan temsilcinin işlemleriyle bağlıdır. Amacın bilimsel gerçeği bulmak olduğu medeni usul hukuku bakımından uyumsuzluk taraflara ait olduğundan bu söylenenler kabul edilebilir. Oysa ceza hukukunda korunan yarar kamusaldır ve muhakemede maddi gerçek aranır. O halde sanıkla müdafî arasındaki ilişkinin temsil ilişkisi olması mümkün değildir. Sanıkla müdafî arasındaki ilişki müdafilik

⁶⁷⁹ Karakehya/Hakan, Arabacı/Murat, “Ceza Muhakemesinde Müdafîin Önemi, Hukuki Statüsü Ve Müdafiliğe İlişkin Problemler”, TAAD, Yıl:6, Sayı:22 (Temmuz 2015), sayfa 62.

⁶⁸⁰ Akil/Cenk, “Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü”, Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi, 2(1) 2012, sayfa 12.

⁶⁸¹ Karakehya/Arabacı, “Müdafilik”, s. 64.

ilişkisi olup, amacı, sanığa yardımcı olmaktır. Bu yardım savunma olarak gerçekleşir. Ancak savunma yalnızca sanığın yararları için değil, maddi gerçeğin bulunması için de yapılır⁶⁸².

Savunma hakkı adil yargılanma hakkının bir gereği olup, soruşturma veya kovuşturmayaya maruz kalan kişinin en temel haklarından birisidir. İddia makamını temsil eden ve hukuk bilgisiyle mücehhez olan savcının karşısında, hukuk bilgisinden yoksun olarak çıkan şüpheli veya sanığın kendisini layıkıyla savunabilmesi için hukuki yardım alması önemli ve hatta kimi hallerde zorunludur. Bu nedenlerle savunma hakkı, kural olarak bir müdafinin yardımından yararlanmayı gerektirir⁶⁸³.

2802 sayılı yasanın 8. maddesi, bazı şartların varlığı halinde fiilen 3 yıl avukatlık yapan kişilerin, hakim adaylığına ve bilahare hakimliğe atanabileceklerini öngörmüştür. Özellikle son dönemde, avukatlıktan hakimliğe geçişin önündeki fiili engeller kaldırılmış, çok sayıda avukat hakim olarak atanmıştır. İşte bu durum, kişinin daha önce avukat olarak katıldığı muhakeme sürecine, hakim olarak katılma olasılığını getirmiştir.

Bu durumun yaratacağı mahzurları öngören kanun koyucu, hakim, önüne gelen davanın soruşturma veya kovuşturma aşamasında sanık müdafiliği yapmış olması durumunda davaya bakamayacağını öngörmüştür. Çünkü, aynı muhakeme sürecinde şüpheli veya sanığın müdafiliğini yaparak savunma görevi yapan kişi muhakemenin antitez kanadında bulunmuş ve hakim olarak objektif bir senteze ulaşması zorlaşmıştır⁶⁸⁴. Bu yasaklılık için, müdafiliğin zorunlu veya ihtiyari olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Elbetteki bu yasaklılık aynı dava için geçerlidir. Yoksa, hakim, daha önce başka bir dava kapsamında sanığın müdafiliğini yapmış, bilahere hakimlik görevine atanmışsa bu sanığın davasına bakabilecektir. Ancak bu durumda hakim reddi yoluna gidilebilecektir.

3.7.3.2.Vekil kavramı

Vekil, ceza yargılamasında katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olan kişiyi temsil eden avukattır. Suçtan zarar gören ve mahkemece talebi kabul

⁶⁸² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 250.

⁶⁸³ Pehlivan, s. 1497.

⁶⁸⁴ Ömeroğlu, s. 39.

edilen kişi ise katılan olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, katılma kurumu kovuşturma evresine ilişkindir⁶⁸⁵.

Sanıkla ilgili yukarıda değinilen hususlar kısmen suçtan zarar görenler için de geçerlidir. Hukuk bilgisinden zayıf olan suçtan zarar görenin gerek soruşturma aşamasında etkin olabilmesi, gerekse yargılama aşamasında aktif olarak katkı sunabilmesi ve haklarını savunabilmesi için hukuki yardım almasında fayda mülhaza edilmektedir. Bu mülhazaları dikkate alan CMK, bazı durumların varlığı halinde suçtan zarar görenlere vekil atanmasını öngörmüştür. Buna göre, suçun cinsel saldırı veya beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan olması halinde, suçtan zarar görenin talebi üzerine vekil görevlendirilecek, suçtan zarar görenin 18 yaşından küçük olması, sağır, dilsiz veya malül olması halinde, zorunlu olarak vekil görevlendirilecektir (CMK m.234/1-2)⁶⁸⁶.

Ceza muhakemesi tez ve antitez çelişmesinden senteze ulaşan bir süreci ifade etmektedir... İşte suçtan zarar görenin avukatlığını yapan kişi tezin yanında yer almıştır ve aynı muhakemede hakim sıfatıyla objektif senteze ulaşması güçleşmiştir⁶⁸⁷. Bu durumu öngören kanun koyucu, aynı muhakeme sürecinde, mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlu vekilliği yapan kişinin hakim olarak davaya bakmasını yasaklamıştır. Elbetteki bu yasaklılık aynı dava için geçerlidir. Yoksa, hakim, daha önce başka bir dava kapsamında mağdurun vekilliğini yapmış, bilahere hakimlik görevine atanmışsa bu mağdurun davasına bakabilecektir. Ancak bu durumda hakimin reddi yoluna gidilebilecektir. Her ne kadar kanun metninde sadece “*mağdur vekilliği*” ibaresi kullanılmış ise de, suçtan zarar gören ve malen sorumlu vekili de aynı kategoride değerlendirilmelidir.

3.8. Aynı Davada Tanıklık ya da Bilirkişilik Yapmış Olması

Davaya bakmaktan yasaklılık için hakimin mutlaka davanın tarafları ile bir ilişkisinin bulunması şart değildir. Eğer hakim, yargılamasını yürüttüğü davada daha önce tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, CMK'nın 22/1-h maddesinin açık hükmü gereğince o davaya bakamayacaktır.

3.8.1. Tanık Kavramı

⁶⁸⁵ Pehlivan, s. 1498.

⁶⁸⁶ Pehlivan, s. 1499.

⁶⁸⁷ Ömeroğlu, s. 39.

Tanık, yargılama konusu olayla ilgili, duyu organları vasıtasıyla bilgi ve görgüye sahip olan ve bunu hakim veya cumhuriyet savcısına anlatan üçüncü kişidir⁶⁸⁸.

Ceza muhakemesinde tanığın taraf olamayacağı ilkesi geçerlidir. Savcı, katılan, katılan avukatı, müdafii, malen sorumlu ve hakim muhakemenin tarafıdır. Tanığın taraf olmaması ilkesi makam itibarıyla taraf olmamakla sınırlıdır. Muhakemede bir makamı işgal edenler dışındaki kişilerin tanık olabilmesi mümkündür. Örneğin, şikayetçiye tanık olma ödevi yüklenebilir. Fakat, hakim ile tanık sıfatları birleşemez⁶⁸⁹.

Bir kişinin ceza muhakemesi anlamında tanık olarak kabul edilebilmesi için bildiklerini hakim veya cumhuriyet savcısına anlatması gerekir. Bu nedenle ceza muhakemesi anlamında, ancak hakim ve cumhuriyet savcısı tanık dinlemeye yetkilidir. Dolayısıyla hakim ve savcı dışındaki kovuşturma organlarının bilgisine başvurduğu kişiler teknik anlamda tanık ve bu kişilerin faaliyetleri de tanıklık olarak nitelendirilemez. Her ne kadar PVSK m. 15'te kolluğun, soruşturma evresinde ifadesine başvurulması gereken kişileri çağırabileceği öngörülmekte ise de, burada olsa olsa bilgi almadan söz edilebilir. Örneğin kolluğun veya memur yargılanması hakkında kanun çerçevesinde soruşturma yapan kişilerin, tanık dinleme yetkileri yoktur⁶⁹⁰. Nitekim CMK'nın 43/5. maddesinde, tanıkların çağırılmasına ve gerektiğinde zorla getirilmesine ilişkin hükümlerin, ancak hakim veya cumhuriyet savcısı tarafından çağrılacak tanıklar hakkında uygulanacağı belirtilmiştir.

Dolayısıyla, hakim veya savcı dışında, başkaca kişi veya kurullar önünde alınan beyanların, TCK ve CMK anlamında tanık beyanı olarak değerlendirilmesi ve bu beyanlara hukuki sonuçlar bağlanması mümkün değildir. TCK'nın 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçunun oluşumu için de, yalan tanıklığın, tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde yapılması gerekir. Kişi veya

⁶⁸⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 298.

⁶⁸⁹ Ömeroğlu, s. 39.

⁶⁹⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 301.

kurulun yasal olarak tanık dinleme yetkisi yoksa, yapılan yalan tanıklık suç oluşturmayacaktır⁶⁹¹. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁶⁹².

Hakimlik ve tanıklık görevleri aynı kişide birleşirse, tanıklık görevini yerine getirir. Hakimin yerine başka bir hakim bulmak mümkün, tanığın yerine başka bir tanık bulmak her zaman mümkün değildir. Aynı olayda, hakimin, hem tanıklık hem de hakimlik yapabilmesi olanaksızdır. Bu durum bir görev yasağı oluşturur (CMK m. 22). Buna karşılık hakimin görevi nedeniyle kovuşturma sırasında edindiği izlenimler tanıklık sayılmaz ve bu nedenle hakimin reddini gerektirmez. Hakimin, hakimlik yapmasını engellemek için tanık olarak gösterilmesi durumunda, hakim tanıklık yapması istenen konuda bir şey bilmediğini söylese, bu istem reddedilmelidir⁶⁹³.

Yukarıda belirtildiği üzere, hakimin daha önce tanık olarak dinlenmesi durumunda, aynı davada hakimlik yapması mümkün değildir⁶⁹⁴. Tanık dinlemeye yetkili olanlar da hakim ve cumhuriyet savcısıdır. Bu durumda kişinin ilgili kolluk biriminde, “*ifade sahibi*”, “*bilgi sahibi*” gibi sıfatlarla beyanda bulunması durumunda, bu kişi daha sonra aynı olayla ilgili davada hakimlik yapabilecek midir? Bir görüşe göre, CMK’nın 22. maddesinde sayılan yasaklılık nedenleri sınırlı olup yorum yoluyla genişletilemez. Kolluğun teknik olarak tanık dinleme yetkisi bulunmadığından, bu şekilde beyanı alınan kişinin aynı davada hakimlik yapmasında, CMK’nın 22. maddesi anlamında bir yasak yoktur. Ancak bu durumun hakimin tarafsızlığı hususunda ciddi kuşkular doğuracağı açıktır. İşte bu durumda, hakimin reddi talep edilebilecektir. Diğer bir görüş ise, hakimin tarafsızlığının adil yargılanmanın temeli olduğunu, bu konuda taraflarda oluşacak kuşkunun mahkeme ve hakime olan güveni sarsacağını, bu şekilde tanık olduğu bir olayla ilgili olarak kolluk birimlerinde veya bir idari kurul önünde beyanda bulunan kişinin aynı davada hakimlik yapmasının yasak olması gerektiğini

⁶⁹¹ Göktürk/Neslihan, “Yalan Tanıklık Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, sayfa 363.

⁶⁹² Yargıtay 15.CD’nin 2014/12029 esasi 2017/6117 karar sayılı kararı; “5237 sayılı TCK’nın 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçunun oluşması için, tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde yada mahkeme veya yemin ettirilerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapılmasının zorunlu bulunduğu, 5271 sayılı CMK’nın hükümleri uyarınca kolluğun tanık dinleme yetkisinin bulunmadığı...”, “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 18.08.2017.

⁶⁹³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 299.

⁶⁹⁴ Yargıtay CGK’nın, 25.05.1987 tarihli, 4/144-314 esas ve karar sayılı kararı, Yaşar, s. 374.

savunmaktadır. Kanaatimizce ikinci görüş daha doğrudur. Yukarıda incelenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunda belirtildiği üzere, adil yargılanmanın temeli olan hakim tarafsızlığı ve bağımsızlığı gündeme geldiğinde geniş yorum yapılması gerekir. Hakimin tanık olduğu bir olayla ilgili, örneğin ilgili kolluk biriminde, beyanda bulunduktan sonra, o davada hakim olarak görev yapmasının taraflarda kuşku doğurmasının muhakkaktır. Bu nedenle, teknik anlamda tanık ifadesi olarak kabul edilmese bile, daha önce bir şekilde beyanda bulunmuş olan kişinin davaya bakmaktan yasaklı olması, AİHS'nin 6. ve Anayasamızın 36. maddesi gereğidir.

Bu madde hükmünün uygulanabilmesi açısından tanıklığın hazırlık soruşturması veya son soruşturma aşamasında yapılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Yargıtay da aşağıda verilen kararında bu hususu vurgulamıştır⁶⁹⁵. Yine Yargıtay'a göre yargılanan olayda dinlenen hakimlerin, bozma sonrasında sanıkların bozmaya karşı diyeceklerini istinabe yoluyla saptayan mahkeme heyetinde yer almaları yasanın 22. maddesine aykırı bulunmuştur⁶⁹⁶.

Hakimin yargılamasını yaptığı olaya tanık olması, ancak bu konuda tanık olarak dinlenmemesi durumunda ne olacaktır? Örneğin hakimin, bir trafik kazasının nasıl meydana geldiğini gördüğünü, bu olayla ilgili tanık olarak hiçbir aşamada dinlenmediğini, daha sonra bu olayla ilgili açılan davanın bu hakimin önüne geldiğini varsayalım. Burada bir görev yasağı söz konusu olacak mıdır? CMK'nın 22/1-h maddesinde, açıkça, hakimin tanık olarak dinlenmiş olması halinde davaya bakamayacağı belirtilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında, tanık olarak dinlenmeyen, ancak olayı gören veya duyan hakimin davaya bakabileceği kabul edilmelidir. Ancak bu durumda, hakimin reddi istenebilecek veya hakim durumu gerekçe göstererek çekinebilecektir.

3.8.2.Bilirkişi Kavramı

Bilirkişi, çözümü için hakimin bilgisinin yeterli olmadığı, özel ve teknik bilgilerin gerektiği konularda, bu yöndeki bilgisine başvuru olan kişi olarak tanımlanmaktadır⁶⁹⁷. Günümüzün gelişen dünyasında sorunların karmaşıklığı

⁶⁹⁵ Yargıtay CGK'nın 03.12.2002 tarihli, 4/291-722 sayılı kararı, Yaşar, s. 373.

⁶⁹⁶ YCGK'nun 23.10.2001 tarihli, 9/229-230 sayılı kararı, Yaşar, s. 373.

⁶⁹⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 386.

artmaktadır. Hakimin hukuk bilgisiyle, karmaşıklaşan teknik konularda bilgi sahibi olması ve kendi bilgisiyle sağlıklı bir sonuca ulaşması zorlaşmaktadır. İşte bu doğrultuda hakimler, çözümü teknik ve uzmanlık bilgisi gerektiren alanlarda bilirkişi yardımına başvurumaktadırlar⁶⁹⁸. Bilirkişi, muhakeme sürecinde, uzmanlık bilgisiyle olgular ve tecrübe kurallarına göre bilgi aktaran veya belirli olayları değerlendirerek sonuçlar çıkaran ve bu şekilde mutlak gerçekliğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olan kişidir⁶⁹⁹.

Bilirkişilik konusunda hukukumuzda ilk düzenlemeler 1929 yılına kadar yürürlükte kalan 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkat ile yapılmıştır. Bu kanunda bilirkişilik tanıklık gibi değerlendirilmiş ve buna dair hükümler uygulanmıştır. 1929 yılında, Alman usul yasasından iktibas edilerek hazırlanan ceza yargılama yasasında kurum bugünkü anlamında oluşturulmuştur⁷⁰⁰.

Bilirkişiliğe ilişkin hükümler CMK'nın 62-73. maddeleri arasında düzenlenmiş, ancak bilirkişilik kurumunun hukuki niteliği ve bilirkişi görüşünün hukuki değeri konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Ancak, yasanın 62. maddesinde, aykırı düşmemek koşuluyla tanıklığa ilişkin hükümlerin bilirkişiler hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durum, bilirkişi görüşünün tanık ifadesi gibi bir delil olarak mı, yoksa delil elde etme aracı olarak mı değerlendirileceği sorusunu gündeme getirmiştir⁷⁰¹.

Bilirkişi raporu, kural olarak delil değil, delilleri değerlendirme vasıtasıdır. Delil, kural olarak, bilirkişinin incelemesi gereken şeydir. Ancak, bazen bu rapor delil elde etme aracı olabilmektedir. Örneğin, beden muayenesi, ölü muayenesi veya otopsi raporları böyledir. Nitekim öğretilerde rapor yazan bilirkişinin tanıklık gibi bir delil aracı olduğu söylenmiştir. Gerçekten, örneğin otopsi yapan veya vücutta alkol veya uyuşturucu bulunup bulunmadığını araştıran bilirkişinin

⁶⁹⁸ Dönmez/Burcu, “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, sayfa 1146.

⁶⁹⁹ Ömeroğlu, s. 40.

⁷⁰⁰ Dönmez, s. 1148.

⁷⁰¹ Dönmez, s. 1148.

kendisi de delil aracı durumundadır. Bu gibi hallerde delil yasakları bilirkişinin işlem ve eylemleri için de geçerli olacaktır⁷⁰².

Bilirkişinin görüşü bağlayıcı olmamakla beraber, hakim bilirkişi görüşünü değerlendirecek ve bu görüşü kullanmak suretiyle çözümü gereken soruna ilişkin kanaatini oluşturacaktır. Aynı muhakeme sürecinde bilirkişi olarak görev yapan kişinin hakim sıfatıyla muhakemeden yasaklılık nedeni budur. Bilirkişilik yapan kişinin hakim olarak muhakemeye katılması halinde, bu iki sıfat adeta birleşmiş olacak ve hakimin daha önce kanaat bildirdiği konuda bu kanaatinden sıyrılarak objektif bir sonuca ulaşması çoğu zaman mümkün olmayacaktır⁷⁰³.

Gerçekten, bilirkişilik yaparken incelediği hususla ilgili görüşünü bildiren bir kişinin aynı davada hakimlik yapması durumunda önceki görüşünden sıyrılmaya bağımsız bir değerlendirme yapması kolay olmayacaktır. İşte bunu öngören kanunun koyucu, kişinin bilirkişilik yaptığı bir davaya hakim olarak bakamayacağını düzenlemiştir.

3.9.Özel Yasalarda Öngörülen Görev Yasakları

3.9.1.2802 Sayılı Yasada Öngörülen Yasak

CMK'nın 22. maddesinde öngörülen ve yukarıda belirtilen yasaklılık halleri dışında 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 46. maddesinde de bir yasak öngörülmüştür. Buna göre, evli olan kişiler ile, ikinci derece dahil kan ve kayın hısımları olan kişiler bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamayacaklardır. Bu hüküm gereğince, bir hakim, eşiyle, anne-babasıyla, eşinin anne-babasıyla, kardeşiyle ve eşinin kardeşiyle aynı mahkemede görev yapamayacaktır.

5235 sayılı yasanın 8. maddesinde, ceza mahkemeleri, ağır ceza mahkemesi, asliye ceza mahkemesi ve kanunla kurulan diğer ceza mahkemeleri olarak sayılmış, aynı yasada Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yetki ve görevleri ayrıca belirtilmiştir. Bilindiği üzere, iddianamenin kabulü ile kovuşturma aşaması başlayacaktır. Bu aşamadan sonra, 2802 sayılı yasanın 46/1. maddesinde sayılan kişilerin aynı mahkemede görev yapmalarına imkan bulunmamaktadır. Buna göre,

⁷⁰² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 394.

⁷⁰³ Ömeroğlu, s. 41.

ağır ceza mahkemesinde görölen bir davada, bu mahkemenin hakimi ile, davanın duruşma savcısı arasında yasanın aradığı anlamda bir yakınlık bulunması durumunda, bu kişiler birlikte görev yapamayacaklardır. Örneğin, adam öldürme suçundan görölen bir davada, duruşmalarda iddia makamını temsil eden cumhuriyet savcısının, mahkemenin üye hakimlerinden birisinin eşı olması durumunda, yasanın 46/1. maddesine aykırılık oluşacaktır. Bu konuda sorun da bulunmamaktadır.

Burada karşımıza sorun olarak çıkan husus, iddianameyi düzenleyen cumhuriyet savcısı ile, bu iddianameyi kabul edip yargılama yapan mahkeme hakimi arasında, 2802 sayılı yasanın 46/1. maddesinde sayılan bir yakınlık bulunması durumunda ne olacaktır? Örneğin, hırsızlık suçundan iddianame düzenleyen cumhuriyet savcısının eşinin, asliye ceza mahkemesi hakimi olması durumunda, bu hakim açılan davaya bakabilecek midir? CMK'nın 22. maddesinde bu yönde bir yasak öngörülmemiştir. 2802 sayılı yasanın 46/1. maddesinde de, maddede sayılan yakınlığı bulunan kişilerin aynı mahkemede görev yapamayacakları belirtilmiştir. Oysa örneğe konu olayda, iddianameyi düzenlenen cumhuriyet savcısı ile, yargılamayı yapacak olan hakim aynı mahkemede görev yapmamaktadırlar. Bu durumda, bu hakimin, eşinin açtığı davaya bakabileceği mi kabul edilecektir?

Bu soruya Yargıtay 4. Ceza Dairesi, “hayır” cevabını vermiştir. Dairenin 13.07.2017 tarihli, Esas No: 2014/42341, Karar No: 2017/19336 sayılı kararında, 2802 sayılı yasanın 46/1. maddesinde öngörölen yargısal hassasiyet ve AİHS'nin 6. maddesinde yapılan tarafsız mahkeme vurgusu, sözleşmenin üye devletleri bağlayıcı nitelikte olması nedeniyle, bir hakimin, eşı olan savcının açtığı davaya bakamayacağı belirtilmiştir. Kararda, Cumhuriyet Savcısının açtığı davaya eşı olan hakimin bakmasının, 2802 sayılı Yasa'nın 46/1. maddesinde öngörölen duruşmaya birlikte çıkma durumundan farklı olmadığı, bu durumun hakimin tarafsızlığı konusunda kuşku uyandıracacağı, bu halin iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olan AİHS'nin 6/1. maddesinde yer alan tarafsız mahkeme ilkesiyle uyumlu olmadığı belirtilmiştir⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ Yargıtay 4.CD'nin 13.07.2017 tarihli, Esas No: 2014/42341, Karar No: 2017/19336 sayılı kararı; “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (m, 22,23) eşlerden birinin iddianame düzenlemesi halinde diğer eşin hakim olarak o davaya bakamayacağına ilişkin açık hüküm yoktur.

Oysa Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.10.2017 tarihli, 2017/4-333 esas, 2017/434 karar sayılı kararında Cumhuriyet Savcısının açtığı davayı eşi olan hakimin görmesinin tarafsızlık ilkesini zedelediğini, dolayısıyla bu durumun 2802 sayılı yasanın 46. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir. Kararda, görev yasaklarının CMK'nın 22 ve 23. maddelerinde tek tek düzenlendiği ve bu hallerde hakimin tarafsız olamayacağını varsayıldığı, hakimin bu durumların varlığını resen gözetmesi gerektiği, bu yasaklara uymamanın yaptırımının hukuka kesin aykırılık olduğu, aynı yasanın 24. maddesinde ise, hakimin reddi sebeplerinin gösterildiği, 2802 sayılı yasanın 46. maddesinde belli yakınlığı bulunan kişilerin bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamayacakları, bu kapsamda eşlerin bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamayacakları, bir mahkemenin aynı dairesi ibaresinin aynı mahkeme olarak anlaşılması gerektiği, dolayısıyla eşlerin ikisinin de hakim veya birisi hakim, diğeri cumhuriyet savcısı olarak aynı mahkemede görev yapamayacakları, ancak cumhuriyet savcısı eşin açtığı davaya, hakim eşin bakıp bakamayacağına ilişkin bir düzenlemenin olmadığı, ceza muhakemesinde kıyasın mümkün olduğu, ancak istisnai ve sınırlandırıcı hükümlerin kıyas yasağı kapsamında olduğu, CMK'nın 22 ve 23. maddelerinde görev yasaklarının sınırlı bir şekilde sayıldığı, dolayısıyla kıyas yoluyla genişletilemeyeceği, bu nedenle bu durumun 2802 sayılı yasanın 46. maddesi kapsamına girmediği, dolayısıyla eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakmasının, başlı başına adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracak şekilde objektif ve subjektif anlamda tarafsızlık ilkesini zedelediği belirtilmiştir⁷⁰⁵.

...Ancak bu düzenlemedeki yargısal hassasiyet dikkate alındığında, aynı mahkemeye iddianame ile dava açan Cumhuriyet Savcısının eşinin hükme katılamayacağını kabul edilmesi gerekir...Eşlerden birinin iddianameyle dava açması ve diğerinin o konuda hüküm vermesi, davanın tarafları bakımından reddi hakim konusu yapılmaya bile, hakimin tarafsızlığı konusunda kuşku uyandıracığından, Anayasanın 90/son maddesinin yollamasıyla İHAS'ın 6.maddesinin 1.fikrasında yer alan davanın "tarafsız bir mahkeme" tarafından görülmesi ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Tüm bu nedenlerle, Anayasanın 90/son maddesinin yollamasıyla İHAS'ın 6.maddesinin 1.fikrası ile aynı sözleşmenin 1.maddesindeki düzenleme ve İHAS'ın 46.maddesi gereğince İHAM kararlarının sözleşmeye taraf devletleri bağlayıcı olması ile 2802 sayılı Yasanın 46/1.maddesindeki düzenlemenin içeriği birlikte değerlendirildiğinde, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakamayacağını gözetilmemesi,...", "uyap.gov.tr", erişim tarihi 10.11.2017.

⁷⁰⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.10.2017 tarihli, 2017/4-333 esas, 2017/434 karar sayılı kararı; "...Hâkimin, eşi olan Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianame üzerine yargılama yapıp karar verdiği olayda; ceza muhakemesinin bir süjesi olan Cumhuriyet savcısının, yargılamayı yapıp karar verecek hâkimin şahsından bağımsız olarak şüphelinin lehine ve aleyhine

Kanaatimizce burada ikili bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, yürürlükte bulunan kurallar açısından değerlendirildiğinde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı isabetlidir. Çünkü CMK’da hakimin hangi hallerde davaya bakamayacağı sınırlı olarak sayılmış olup, bu yasakların kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Gerek CMK’da ve gerekse 2802 sayılı yasanın 46/1. maddesinde, hakimin eşi olan cumhuriyet savcısının açtığı davaya bakamayacağına dair bir hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu hususun kıyas yoluyla görev yasakları kapsamına dahil edilmesi mümkün değildir. Bu husus ancak ret veya çekinme sebebi olabilecektir.

Ancak Anayasamızın 90. maddesi gereğince, usulünce onaylanan uluslararası sözleşmeler iç hukukumuzun bir parçasıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de, usulünce onaylanan bir sözleşme olup iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin hükümleri bağlayıcı niteliktedir. Sözleşmenin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde, kişilerin tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Dolayısıyla mahkemenin tarafsız olması gerektiği meselesi her aşamada dikkate alınacaktır. Bu kapsamda, iddianame düzenleyen cumhuriyet savcısının eşi olan hakimin açılan davaya bakmasının, tarafsızlık konusunda kuşklar doğmasına neden olacağı açıktır. İşte, kanaatimizce, bu kuşkları gidermek ve adil yargılanma hakkını sağlamak için, eş olan cumhuriyet savcısının açtığı davaya, diğer eş olan hakimin bakması yasaklanmalı, bu husus görev yasakları içine alınmalıdır.

3.9.2.1136 Sayılı Avukatlık Kanununda Öngörülen Yasak

olan delilleri toplamayı, muhafaza altına almayı ve haklarını korumayı kapsayan yükümlülüklerinin bulunması, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan kamu davasında, diğer eşin hâkim sıfatıyla yargılama yapmasının ve karar vermesinin CMK’nun 22 ve 23. maddelerinde sınırlı olarak sayılan hâkimin davaya bakamayacağı ve yargılamaya katılamayacağı hâller arasında gösterilmemesi, sanık Ö.E. hakkında iddianame düzenleyen Cumhuriyet savcısının kovuşturma evresinde mahkemede görev almadığı gibi görüş de bildirmemesi, davanın taraflarınca, hâkimin davaya bakamayacağı veya tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerin bulunduğu ileri sürülerek yapılmış bir hâkimin reddi isteğinin bulunmaması, hâkimin de davaya bakmaktan çekinmemesi, eşlerin bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapma hâlinin bulunmaması, ceza muhakemesi hukukunda kıyas yoluyla istisnai hükümlerin kapsamının genişletilmesinin mümkün bulunmaması ve yargı sistemimizde uzun süredir devam eden yerleşik uygulamanın da bu doğrultuda olması karşısında, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davada diğer eşin hâkim sıfatıyla yargılama yapması ve karar vermesinin, başlı başına adil yargılanma hakkının ihlâli sonucunu doğuracak şekilde objektif ve subjektif anlamda tarafsızlık ilkesini zedelediği, bu itibarla Özel Dairenin uyuşmazlığa konu bozma nedeninin yerinde olmadığı kabul edilmelidir.”. “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 11.06.2018.

Avukatlık Kanunu'nun 13. maddesinde, bir hakim veya savcının eşi, kan veya kayın hısımlığı bakımından altsoy ve üstsoyu veya ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlarından olan avukatın, o hakim veya savcının baktığı işlerde avukatlık yapamayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm gereğince, bir avukat, eşinin, anne-babasının, eşinin anne-babasının, kardeşinin ve eşinin kardeşinin hakim veya cumhuriyet savcısı olarak baktığı işlerde avukatlık yapamayacaktır.

Bu hüküm gereğince bir hakimin eşi olan avukat, o hakimin baktığı davada avukatlık yapamayacaktır. Ancak bu kural, sadece eş bakımından geçerlidir. Hakimin eşinden boşanmış olması durumunda bu avukatlık yapmaya engel değildir. Hükümde, hakimin eşi olan avukatın hakimin görev yaptığı mahkemede görülen davaya bakamayacağı belirtilmiş, ama bunun, avukat açısından yaptırımını gösterilmemiştir. Kanunun düzenleme şekli ve “ *bakamaz*” şeklindeki ibare dikkate alındığında, bu durumda CMK'nın 22. maddesinde belirtildiği üzere davaya bakma yasağı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

4.HAKİMİN YARGILAMAYA KATILAMAYACAĞI HALLER

Yukarıda incelenen CMK'nın 22. maddesinde kanun koyucu, hakimin hangi hallerde davaya bakamayacağını düzenlemiştir. CMK (m. 23) “*yargılamaya katılmayacak hakim*” başlıklı düzenlemesi ile üç yeni görev yasağı ihdas etmiştir⁷⁰⁶;

“Madde 23 – (1) *Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.*

(2) *Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.*

(3) *Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.*”

⁷⁰⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 178.

Bu hallerin varlığında hakim muhakemenin tamamından değil, belli muhakeme işlemlerini yapmaktan yasaklanmaktadır⁷⁰⁷.

Alt mahkemelerde görev yapan yargıçların, yetki, atama ya da seçilme gibi nedenlerle, üst mahkemelerde görev aldıkları durumlarda, kimi sakıncalar ortaya çıkmaktadır⁷⁰⁸. İşte bu durumun yaratacağı sıkıntıları öngören yasa koyucu 23. madde ile bu meseleyi çözmek istemiştir.

4.1. Bir Karar veya Hükme Katılan Hâkimin, Yüksek Görevli Mahkemece Bu Hükme İlişkin Olarak Verilecek Karar veya Hükme Katılamaması

CMK 23. maddesi ile, hakimin hiçbir yargılama faaliyeti yapamayacağı haller değil, sadece belirli işlemleri yapamayacağı haller düzenleme konusu yapılmıştır. Bu hükme göre, hakim daha önce yargılamanın bir aşamasında dosyaya dahil olmuş ve belli işlemler yapmışsa, bu hakimin tarafsız kalamayacağı değerlendirilmiş ve yeniden aynı dosyaya bakması yasaklanmıştır⁷⁰⁹.

Hüküm, mahkemenin kanun yoluna başvurulabilecek her türlü irade açıklamasıdır. Hükme katılma ise, hakimin hükümden tek başına veya diğer hakimlerle birlikte sorumlu olması demektir⁷¹⁰.

Bu maddede bir yargıcın bir davada yargıya iştirak edip verdiği karara karşı kanun yoluna gidilmesi halinde bu yargıcın üst mahkemede kanun yolu incelemesinde bulunması yasaklanmıştır⁷¹¹. Hakimin davanın esası hakkında edinmiş olduğu kişisel bilgidir ve kendisinde oluşan kanaatten sıyrılmasını sağlamak, hakkaniyete uygun davranmadığı şüphesini uyandırmamak için, ilk hükme katılan hakimin, bu hükmün yasa yolu aşamasındaki incelemesine katılamayacağı kabul edilmiştir⁷¹². Örneğin, daha önce yerel bir mahkemede çalışırken Yargıtay'a seçilen hakim, önüne, yerel mahkemede görev yaparken ele aldığı bir iş gelirse, bunun karar veya hükmüne katılamaz⁷¹³. Bu maddenin

⁷⁰⁷ Ömeroğlu, s. 41.

⁷⁰⁸ Yaşar, s. 377.

⁷⁰⁹ Ünver/Hakeri, s. 188.

⁷¹⁰ Parlar, s. 60.

⁷¹¹ Yurtcan, s. 101.

⁷¹² Yenisey/Nuhoğlu, s. 239.

⁷¹³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 178.

gerekçesinde, hakimin verdiği kararlar ilgili yasa yoluna başvurulması durumunda, yasa yolu merciindeki karara katılamayacağı, bu hükümle hakimin bir olaya bakarken önceden bir fikir veya düşünceye sahip olmamasının amaçlandığı, bu hükmün AİHS'nin 6. maddesinin bir sonucu olduğu belirtilmiştir⁷¹⁴. Bu durumda kanun, hakimlerin ilk verdikleri karar dolayısıyla ulaştıkları düşünce ve kanaatlerinin etkisinde kalacaklarını, dolayısıyla yasa yolu incelemesi sırasında tarafsız davranamayacaklarını bir faraziye olarak kabul etmiştir⁷¹⁵.

AİHS'nin 6. maddesinde mahkemenin tarafsız olması gerektiği, bunun adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu belirtilmiş, tarafsızlık, hakimin davanın tarafları ile ilgili önceden bir yargıya sahip olmaması olarak tanımlanmıştır. Mahkeme kararlarında, esas hakkında karar veren hakimin, davanın soruşturması aşamasında bazı kararlar vermiş olması tarafsızlık ilkesi yönünden değerlendirilmiştir. Mahkeme, hakimin esas yargılama öncesinde yaptığı yüzeysel değerlendirmelerin tarafsızlık ilkesini zedelediğini belirtmekte ve hakimin yaptığı bu değerlendirme ve verdiği kararların, kişinin suçlu olup olmadığı yönünde bir düşünce oluşmasına neden olup olmadığı kıstasından hareket etmektedir (Bulut - Avusturya Davası, 22.02.1996). Dolayısıyla hakimin asıl yargılama öncesi bazı işlemler yapmış olmasının, mutlaka daha önceden bir yargıya sahip olduğu anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir (Fey-Avusturya Davası, 24.02.1993)⁷¹⁶.

YCGK'nun bir kararında bu hususlar ayrıntılı olarak değerlendirilmiş, ağır ceza mahkemesi başkanı sıfatıyla tutukluluğun devamı yönündeki karara karşı yapılan itirazı inceleyen hakimin, daha sonra bu davanın temyiz incelemesi için gönderildiği Yargıtay dairesinde verilen hükme iştirak etmesi CMK'nın 23/1-a maddesine aykırı bulunmuştur⁷¹⁷. Bu kararda, hakimin yüksek görevli

⁷¹⁴ Yargıtay CGK'nun 04.02.2014 tarihli, 2013/1-538 esas, 2014/29 karar sayılı kararın gerekçesinden, "uyap.gov.tr", erişim tarihi 18.08.2017.

⁷¹⁵ Yurtcan, s. 101.

⁷¹⁶ Doğru/Nalbant.

⁷¹⁷ Yargıtay CGK'nun 04.02.2014 tarihli, 2013/1-538 esas, 2014/29 karar sayılı kararı, "Buna göre, usul kanunumuzdaki yasaklamanın "ilk derece mahkemesince verilen hükümlere" katılan hakimleri kapsadığında bir tereddüt yaşanmamakta ise de, "karardan" ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekmektedir. Zira, AIHM kararları da nazara alındığında, yüksek görevli mahkemede görev yapma yasağının sadece önceki yargılama sırasında, "kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluştuğunu gösterir nitelikteki" kararlara katılan hakimleri kapsadığı kabul edilmelidir. Bunun dışında, hiçbir ayırım yapılmaksızın önceki yargılama sırasındaki her türlü karara katılan hakimlerin, yüksek görevli mahkemede görev yapamayacağını söylemek ise

mahkemedeki karar veya hükme iştirak edememesi şeklinde yasağın, ilk derece mahkemesindeki karar veya hükme katılan hakim için olduğu, dolayısıyla ilk derece mahkemesinde kişinin suçlu olduğu veya olmadığı konusunda düşünce oluştuğunu gösterir nitelikte bir karara katılmayan hakimin yüksek dereceli mahkemedeki yargılamaya katılabileceği belirtilmiştir.

Kanun koyucu yaptığı bu isabetli düzenlemeyle, yargılamaların daha önce görüşünü belli etmemiş hakimler tarafından yapılmasını, böyle tarafsızlık konusunda ortaya çıkabilecek olan tartışma ve tereddütlerin önüne geçmeyi hedeflemiş, dolayısıyla ilk kararı veren hakimin, bu kararlar ilgili yasa yolu merciinde verilecek karara iştirak edemeyeceğini kabul etmiştir⁷¹⁸.

Daha önce iç dünyasında belli bir hükme ulaşmış olan hakimin, yüksek görevli mahkemede yapılacak olan muhakeme sürecinde objektif davranması zor olacaktır. Ayrıca hakim objektif davranırsa bile bu konuda taraflar ve kamuoyu açısından oluşacak kuşku ve şüphelerin giderilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu nedenle kanun koyucu aynı olayın muhakeme sürecinde bir hükme ulaşan ya da karar veren hakimi, aynı olayın yüksek görevli mahkemesinde yapılacak muhakemeden yasaklamaktadır⁷¹⁹. Bilindiği üzere, AİHM, mahkemenin tarafsız olması kadar, davanın taraflarına ve kamuoyuna tarafsız olduğu yönünde verdiği görüntünün de çok önemli olduğunu belirtmekte ve bu hususu kararlarında değerlendirmektedir. Mahkemenin tarafsız olmadığı konusunda kişilerde oluşacak subjektif inançlar

düzenlemenin amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu kapsamda ağır ceza mahkemesi başkanı olarak görev yaptığı dönemde, itiraz üzerine sanıkların tutukluluk durumunu inceleyip, "mahkumiyet ve tutukluluk hallerinin devamına" ilişkin kararın yerinde olduğuna dair görüş açıklayan hakimin, Yargıtay Üyesi seçildikten sonra temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay Özel Dairesinde aynı işin temyiz incelemesine katılması, "hâkimin davaya bakamayacağı hallerden" olup, CMK'nun 23/1. maddesinin yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 08.06.1999 gün ve 1450-156; 03.03.2009 gün ve 21-46 ile 27.09.2011 gün ve 250-190 sayılı kararları da benzer niteliktedir. Ön soruna ilişkin uyuşmazlık konusu bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde; Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı olarak görev yaptığı sırada, "sanıkların tutukluluk hallerinin devamına" ilişkin karara yapılan itirazı inceleyerek; "sanıklara atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu ve hükmün gerekçesine göre, tutukluluk halinin devamına" şeklinde görüş açıklayan Hakim M.Ü'nün Yargıtay Üyesi seçilmesinin ardından, hükmün temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay 1. Ceza Dairesi heyetinde de yer alarak, Özel Dairenin 02.02.2011 gün ve 3835-396 sayılı kararına katılması CMK'nun 23/1. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi, Anayasanın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlali niteliğindedir.", "uyap.gov.tr", erişim tarihi 18.08.2017.

⁷¹⁸ Yenidünya/Caner, İçer/Zafer, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Adalet Yayınevi, Ankara 2016, sayfa 46.

⁷¹⁹ Ömeroğlu, 42.

önemli değil ise de, bu kuşkunun doğması konusunda kişileri haklı gösterecek objektif veriler varsa o zaman görünüşte tarafsızlık ihlal edilmiş olacaktır. Bu kapsamda, örneğin, yaptığı yargılama sonunda sanığın hırsızlık suçunu işlediğini kabul eden bir hakimin daha sonra Bölge Adliye Mahkemesi'ne atanması, BAM'da bu dosyanın istinaf incelemesine ve verilecek karara katılması durumunda, sanığın bu hakimin tarafsızlığından kuşkulanması haklı olacak ve bu durum ihlal oluşmasına neden olacaktır.

Burada karşımıza şu iki sorun çıkmaktadır; kanun daha önce bir karar veya hükme iştirak eden hakimin yüksek görevli mahkemede verilecek karar veya hükme iştirak edemeyeceğini belirtmiştir. İlk sorun ilk derece sıfatıyla yargılama yapılırken hüküm ve karar vermeyen, ancak yargılamaya iştirak eden hakim, yüksek görevli mahkemedeki karar veya hükme iştirak edebilecek midir? Örneğin asliye ceza mahkemesinde hırsızlık suçundan yargılama yapan, iki celseye katılan, bu celsede sanık savunmasını alan, ancak tutuklama vb. itiraz yolu açık bir karar vermeyen, esas hakkında hüküm de vermeyen hakim, daha sonra Bölge Adliye Mahkemesi üyesi seçilse ve bu dava istinaf incelemesi için önüne gelse, istinaf incelemesi sonucunda verilecek karara katılabilecek midir?

Dosyada bir şekilde işlem yapan her hakimin yüksek mahkemedeki yargılamaya katılmaması gerektiği yönündeki düşünce de isabetli değildir. Bu düşüncenin kabulü halinde, örneğin, mahkemenin asıl hakiminin yıllık izinde olduğu bir dönemde, yazılan bir yazıyı imzalayan ve başkaca hiçbir iş yapmayan hakimin yüksek görevli mahkemede yargılamaya katılmaması sonucu doğacaktır ki, bunu kabul etmek mümkün değildir.

Kanaatimizce burada AİHM'nin uyguladığı esaslı işlemler yapma kriteri ile, Yargıtay CGK'nın yukarıda incelenen 04.02.2014 tarihli, 2013/1-538 esas, 2014/29 karar kararında belirtilen kişinin suçlu olduğu veya olmadığı konusunda düşünce oluştuğunu gösterir nitelikte bir karara katılıp katılmama kriteri birlikte dikkate alınmalı, hakimin ilk derece mahkemesinde yaptığı işlem veya katıldığı kararlar, sanığın suçlu olup olmadığı yönünde bir kanaate sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sonucunda, hakimin bir kanaate ulaştığı kabul ediliyorsa, o hakim yüksek görevli mahkemedeki hükme iştirak etmemelidir.

Nitekim AİHM, hakimin davaya bakmadan önce yaptığı basit nitelikli işlemleri ve yüzeysel değerlendirmeleri ihlal kararı için yeterli görmemekte, hakimin yaptığı işlemler ile, duruşma öncesinde kişinin suçluluğu hakkında bir yargıya varıp varmadığını aramaktadır. (Bulut - Avusturya Davası, 22.02.1996)⁷²⁰. Yargıtay da, ilk derece mahkemesinde düşünce belirtmeden düzenlenen tensip kararına katılan yargıcın, temyiz aşamasında hükme iştirak etmesinin olanaklı olduğunu kabul etmiştir⁷²¹.

İkinci sorun ise, bir kararı veren hakimin yüksek görevli mahkemedeki yargılama faaliyetine katılıp katılamayacağıdır. Kanun metnine göre bu hakim, sadece yüksek görevli mahkemedeki karar veya hükme iştirak edemeyecek, ancak yargılamaya katılabilecektir. Kanaatimizce, bir karar veya hükme iştirak eden ve bu şekilde görüşünü belli eden bir hakimin yüksek görevli mahkemedeki yargılama faaliyetine katılması kabul edilemez ve bu durum da CMK'nın 23/1-a maddesi kapsamında yasaklılığa girer. Yasa metninin bu şekilde düzeltilmesi isabetli olacaktır.

Burada karşımıza çıkan bir diğer sorun da görevsizlik kararı veren hakimin, bu dosyanın gönderildiği mahkemede yapılacak yargılamaya katılıp katılamayacağıdır. Bilindiği üzere CMK'nın 5 ve devamı maddelerinde, mahkemelerin görevlerinin kanunla belirlendiği, davaya bakan mahkemenin görevli olup olmadığını re'sen değerlendirmekle yükümlü olduğu, adli yargı mahkemeleri içinde verilen görevsizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. CMK'nın 223. maddesinde hangi tür kararların hüküm olduğu sayılmış olup bunlar arasında görevsizlik kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla görevsizlik kararı hüküm değil, ayrıntıları Yargıtay CGK'nun 30.06.2009 tarihli, 2009/11-94 esas, 2009/182 karar sayılı kararında da vurgulandığı üzere karar niteliğindedir ve dolayısıyla itiraz kanun yoluna tabidir. Örneğin, kasten yaralama suçundan açılan bir davada Asliye Ceza Mahkemesi hakiminin eylemin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı verdiğini düşünelim. Bu hakim, bu eylemle ilgili Ağır Ceza Mahkemesinde yapılacak yargılamaya katılabilecek midir? CMK'nın 23/1. maddesinde, bir karar veya hükme iştirak eden hakimin, yüksek görevli

⁷²⁰ Doğru/Nalbant.

⁷²¹ YCGK'nın 21.12.2010 tarihli, 11-246/266 sayılı kararı, Yaşar, s. 383.

mahkemede bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme iştirak edemeyeceği belirtilmiştir. Yani maddede, bir karar veya hükme iştirak eden, örneğin görevsizlik kararı veren hakimin, yüksek görevli mahkemede, bu kararlar ilgili olarak verilecek olan karar veya hükme iştirak edemeyeceği, yani örneğin görevsizlik kararına itiraz edilmesi durumunda bu itiraza bakamayacağı belirtilmiş, ancak görevsizlik kararına konu edilen eylemin yargılamasına katılıp katılamayacağı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda Yargıtay daireleri arasında farklı uygulamalar bulunmaktadır. Yargıtay 1. CD, 05.06.2007 tarihli, 2007/3103-4460 esas ve karar sayılı kararında, “*Suçun niteliğini belirterek uygulanacak yasa maddelerini gösterip görevsizlik kararı veren 28...sicil nolu hakimin, aynı davanın görevli üst mahkemedeki yargılamasına katılmayacağı gözetilmeden hüküm kurulması suretiyle CMK’nın 23/1 maddesine aykırı davranılması.. bozmayı gerektirmiştir*⁷²².” diyerek görevsizlik kararı veren hakimin, görevli mahkemede yapılacak yargılamaya katılamayacağı belirtilmiştir. Oysa, Yargıtay 8.CD’nin 31.01.2008 tarihli, 2007/9848 esas, 2008/775 karar sayılı ilamında, “*Yasadan kaynaklanan görevsizlik kararını veren hakimin Asliye Ceza Mahkemesinde yargılamaya katılması CMK’nın 23. maddesine aykırılık oluşturmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine katılmamıştır*⁷²³.” denilerek görevsizlik kararı veren hakimin bilahere görevli mahkemede yapılacak yargılamaya katılabileceği belirtilmiştir. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, alt dereceli mahkemede, eylemin niteliğini belirleyerek görevsizlik kararı veren yargıcın, asıl davanın görüldüğü mahkemede sanıkların sorgusunun yapıldığı ve bir tanığın da dinlendiği oturuma katılmasını yasaya aykırı bulmamıştır⁷²⁴.

Kanaatimizce görevsizlik kararı veren hakim, bilahere bu dava ile ilgili olarak görevli mahkemede yapılacak yargılamaya katılamaz. Hakimin görevsizlik kararı verirken kullandığı dilin özenli olup olmadığının değerlendirilmesi sonucu değiştirmemelidir. Hukuk devletinin temel taşlarından birisi adaletin sağlanması, bunun temeli de adil yargılamadır. Adaletin sağlanması için adil yargılamanın yapılması yetmez; bu konuda bireylerde oluşabilecek kuşkuların da giderilmesi gerekir. Bireylerin, hakimlerin tarafsız olmadıkları yönünde haklı görülebilecek

⁷²² “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 21.08.2017.

⁷²³ “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 21.08.2017.

⁷²⁴ YCGK’nın 14.05.1996 tarihli, 1/40-97 sayılı kararı, Yaşar, s. 384.

bir kuşkularının bulunması durumunda, ne kadar adil yargılama yapılır ve ne kadar doğru karar verilirse verilsin, bu karar davanın taraflarını ve kamuoyunu tatmin etmeyecektir. Örneğin, asliye ceza mahkemesinde, eylemin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı veren hakimin, bu davanın ağır ceza mahkemesindeki yargılamasına katıldığını, bu mahkemede yapılan yargılama sonunda oy çokluğuyla eylemin kasten öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirildiğini, görevsizlik kararı veren hakimin de bu yönde oy kullandığını varsayalım. Böyle bir durumda, verilen kararın kuşku doğurması muhakkaktır. Çünkü bu hakim, zaten daha önce görüşünü beyan etmiştir. Dolayısıyla, hangi şart altında olursa olsun, görevsizlik kararı veren hakim, görevli mahkemede yapılacak yargılamaya katılamamalıdır.

Yine görevsizlik kararına yönelik yapılan itirazı inceleyen hakimin, daha sonra bu davanın yargılamasına katılıp katılmayacağı hususu tartışılmalıdır. Örneğin, asliye ceza mahkemesi hakiminin eylemin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gerekçesiyle görevsizlik verdiğini, bu karara itiraz edilmesi üzerine dosyanın itiraz incelemesi için ağır ceza mahkemesinin önüne geldiğini ve itirazın reddedildiğini, görevsizlik kararının kesinleşmesi ile dosyanın esas bakımından ağır ceza mahkemesine geldiğini varsayalım. Bu durumda, daha önce görevsizlik kararına itirazı reddeden hakimler, dosya ile ilgili asıl yargılamaya katılabilecekler midir? Yasanın 23. maddesinin düzenleniş şekline göre buna engel bir durum yoktur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, önüne gelen bir olayda, sanık hakkında kasten yaralama suçundan asliye ceza mahkemesine kamu davası açıldığı, asliye ceza mahkemesi hakiminin eylemin öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı verildiği, buna yapılan itirazın ağır ceza mahkemesi heyetince reddedildiği ve görevsizlik kararının kesinleşmesi üzerine dosyanın itirazı reddeden heyetin önüne geldiği, ağır ceza mahkemesi heyetinin görevsizlik kararına yapılan itirazı incelerken suçun sübutu ve nitelendirilmesi konusunda görüş açıklamaktan kaçınarak özenli bir dil kullandığı, sadece görevsizlik kararına itirazın değerlendirildiği ve görev konusundaki duraksamanın giderildiği, sanığın suçu işleyip işlemediği veya suçun niteliği konusunda bir görüş açıklamasında bulunulmadığı, dolayısıyla heyetin önceden

bir kanaate ulaştığının kabul edilemeyeceği, dolayısıyla bu durumun yasanın 23/1. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir⁷²⁵.

Kanaatimizce bu karar tartışmaya açıktır. Özellikle tek ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde bu sorun sıklıkla yaşanmaktadır. Çünkü, görevsizlik kararına itirazı inceleyen ağır ceza mahkemesi heyeti, ne kadar özenli bir dil kullansa da, sonuçta bir kanaat ifade etmekte, bu kapsamda itirazı kabul etmekte veya reddetmektedir. Yukarıdaki örnek olayı ele alırsak, eylemin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturabileceği yönündeki görevsizlik kararına yapılan itirazı reddeden ağır ceza mahkemesi heyetinin daha sonra bu olayın yargılamasına baktığını, bu durumda, asliye ceza mahkemesinde kasten yaralama suçundan yargılanmakta iken, ağır ceza mahkemesinde kasten öldürmeye teşebbüs suçundan yargılanmaya başlayan sanığın durumunu düşünelim. Bu sanığın, kendisini yargılayacak olan ve daha önce görevsizlik kararına yönelik itirazı reddeden heyetin tarafsız olduğuna inanması mümkün müdür? Kanaatimizce bu soruya evet cevabı verilemez. İşte bu nedenle ve adil yargılanmanın göz ardı edilemeyecek olan önemi nedeniyle, görevsizlik kararına itiraz üzerine dosyaya bakan hakimin, daha sonra aynı olayın yargılamasına katılmaması gerektiğini düşünüyoruz.

4.2.Hakimin Aynı İşte Soruşturma Evresinde Görev Yapmış Olması

CMK'nın 23/2. maddesinde, aynı işin soruşturma evresinde görev yapan hakimin, yargılama evresinde görev yapamayacağı belirtilmiştir. Yukarıda incelendiği üzere, iddianamenin kabulü kararıyla birlikte soruşturma evresi tamamlanacak ve kovuşturma evresi başlayacaktır. Yargıtay bu madde hükmünü geniş yorumlamakta, yaptığı ihbarla veya suç duyurusu ile soruşturma başlatılmasını sağlayan hakimin de davaya bakamayacağını kabul etmektedir⁷²⁶.

⁷²⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 07.06.2011 tarihli, 2011/1-75 esas, 2011/114 karar sayılı kararı "uyap.gov.tr", erişim tarihi 12.09.2017.

⁷²⁶ Yargıtay 9.CD'nin 18.03.2013 tarihli, 2012/4544 esas, 2013/4098 karar sayılı kararı;" Sanıklar hakkında açılan davanın konusunu oluşturan olayların Senirkent Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/25 esas sayılı dava dosyasının yapılan yargılaması sırasında gerçekleştiği ve bu hususun hakim tarafından ara karara bağlanarak yetkili makama gönderilmek suretiyle soruşturmaya başlandığı anlaşıldığından, adil yargılanma ilkesine ve hakimin tarafsızlığına gölge düşürülmemesi ve verilen kararın vicdanları rahatsız etmemesi bakımından CMK'nın 23/2. maddesi açık hükmü karşısında sanıklar hakkında soruşturmayı başlatan hakimin kovuşturma evresinde görev yapamayacağı gözetilmeden yargılamaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması.." "uyap.gov.tr", erişim tarihi 21.08.2017.

CMK'nın 23/2. maddesindeki düzenleme, adil yargılanma hakkının bir görünümüdür. Bu madde ile yasa koyucu, hakim tarafsızlığını sağlamayı ve bu konuda oluşabilecek kuşkuları gidermeyi amaçlamıştır⁷²⁷.

CMK'nın ilk halinde, yargılama konusu olayın hazırlık soruşturmasında görev yapan yargıcın kovuşturma aşamasında görev yapamayacağı, bu kapsamda örneğin, soruşturma aşamasında şüpheliyi tutuklayan yargıcın, daha sonra bu şüpheliyle ilgili açılan davanın yargılmasını yapamayacağı düzenlenmişti. “*Hukuk Labirenti*” şeklinde yapılan düzenleme ile (CMK yürürlüğe girmeden önce) 5320 sayılı Kanunu'nun 11'inci maddesi ile değiştirilmiş, cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde, savcı yerine görev yapan hakimin ileride yapılacak yargılamaya katılamayacağı, bunun dışında soruşturma evresinde görev yapan ve bazı kararlar (tutuklama, arama vs.)veren hakimin yargılamaya katılabileceği öngörülmüştür⁷²⁸. Yapılan bu düzenleme ile 5320 sayılı CMK Yürürlük Kanununun 11'inci maddesi ile işlevsiz hale getirilmiştir⁷²⁹. Yargıtay da, soruşturma aşamasında bazı kararları veren hakimin yargılamaya katılabileceğini kabul etmektedir⁷³⁰.

Bu düzenleme uyarınca, soruşturma aşamasında hakim kararı gerektiren koruma tedbirlerinin uygulanmasında karar veren hakimin, aynı işte görev yapabilmesi olanaklı kılınmıştır. Esasen hakimin önyargısız ve tarafsız şekilde yargılamaya başlaması esasına aykırı olarak, hükmün bu tür durumları dışlayıcı şekilde uygulanma alanının daraltılması kanımızca yerinde değildir. Bu düzenlemeyle, özellikle tek hakimin görev yaptığı küçük yargı çevrelerinde, yargılamaların hakimsiz kalmamasının amaçlandığı söylenebilir. Fakat her ne gerekçeyle olursa olsun, soruşturma işleminde görev yapan hakimin kovuşturma da görev yapabilmesine olanak tanınmasının hakim tarafsızlığı ilkesine uygun

⁷²⁷ Parlar, s. 61.

⁷²⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 239.

⁷²⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 179.

⁷³⁰ Yargıtay 10.CD'nin 26.12.2006 tarihli, 2006/12839 esas ve 14985 karar sayılı kararı; “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23. maddesinin 2. fıkrası hükmünün, aynı Kanun'un 163. maddesinde belirtilen; suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilememesi veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının işgücünü aşması durumlarında, soruşturma işlemlerini yapan hakimin kovuşturma evresinde görev alması halinde uygulanabileceğini öngören 5320 sayılı Caza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 11. maddesi dikkate alındığında, tebliğnamedeki bozma düşüncesine katılmak mümkün olmamıştır.”, “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 21.08.2017.

düşmediğini, bunun adil yargılama ilkesi açısından olumsuz sonuçlar doğurabileceğini ifade etmek gerekir⁷³¹.

Daha önce aynı muhakeme sürecine soruşturma aşamasında katılmış olan hakimin, kovuşturma sürecine katılmaması ceza muhakemesinin genel ilkelerindedir. Hakimlerin önlerine gelen işle ilgili önceden düşüncelerinin oluşmaması için bu ilke kabul edilmiştir⁷³². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi De Cubber/Belçika kararında, Belçika'da, hukukumuzdaki sulh ceza hakimliğine benzer yetkilerle donatılan sorgu hakiminin olayın özünü öğrendiği gerekçesiyle kovuşturma evresinde hakimlik yapamayacağını belirtmiştir⁷³³.

Soruşturma aşamasında tutuklama kararı veren hakimin kovuşturma aşamasında katılıp katılamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda değişik görüşler vardır. Kimileri tutuklama kararı veren hakimin kovuşturma aşamasında katılamayacağını savunurken, kimileri hakimin esas düşüncesini belli etmemiş olması durumunda kovuşturma aşamasında katılabileceğini savunmaktadırlar. Ancak 5320 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, bu tartışmanın pratik bir yararı bulunmamaktadır. Bu nedenle soruşturma aşamasında görev yapan bir hakimin kovuşturma aşamasına katılmasında bir yasaklılık söz konusu değildir. Yargıtay da bu görüştedir⁷³⁴.

Kanaatimizce CMK'nın ilk hali adil yargılamaya daha uygundur. Pratikte, CMK'nın 163. maddesine uyar şekilde, sulh ceza hakiminin, cumhuriyet savcısının yerine geçerek soruşturma işlemleri yapması çok nadir görülen bir uygulamadır. Dolayısıyla asıl önemli olan, hakimin savcının istemi üzerine soruşturma aşamasında karar vermiş olması halidir. Burada da karşımıza çıkan en önemli husus tutuklama kararıdır. Çünkü CMK'nın 100. maddesi gereğince tutuklama kararı verilebilmesi için hakim öncelikle kuvvetli suç şüphesinin

⁷³¹ Yenidünya/İçer, s. 47.

⁷³² Ömeroğlu, s. 45.

⁷³³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 239.

⁷³⁴ Yargıtay 1.CD'nin 15.04.2008 tarihli, 2007/2898 esas, 2008/3015 karar sayılı kararı;" 2-) 5271 sayılı CMK.nun 23/2 maddesindeki "Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hakim, kovuşturma evresinde görev yapamaz" kuralı, 5320 sayılı CMK.nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 11. maddesi gereğince, CMK.nun 163. maddesinde sayılı (suç üstü hali ile geçikmesinde sakıncalı bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet Savcısının iş gücünü aşıyorsa), soruşturmanın sulh ceza hakimince yapıldığı durumlara ilişkindir. Bu nedenle, soruşturma aşamasında tutuklama kararı veren hakim'in durumu CMK.23/2. maddesi kapsamında bulunmadığından, tebliğnamedeki (3) nolu bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir...", "uyap.gov.tr", erişim tarihi 21.08.2017.

varlığını gösterir somut delillerin bulunup bulunmadığını tartışacak, böyle delillerin bulunduğunu tespit etmesi durumunda, şüphelinin kaçabileceğine veya delilleri karartabileceğine, bu nedenle adli kontrol tedbirlerinin yeterli olmadığına ilişkin gerekçeleri belirtecek ve bu aşamadan sonra tutuklama kararı verebilecektir. Örneğin, bir hırsızlık suçunda, “*şüpheliye atılı bulunan suçun niteliği, olay yerinde parmak izinin elde edilmiş olması, şüphelinin buna ilişkin mantıklı bir açıklama yapamamış olması, kamera görüntülerinde gözükken kişinin şüpheli ile genel anlamda aynı fiziki özelliklere sahip olması, ayrıca suç tarihi ve saatinde şüphelinin başka yerde olduğunu savunmasına rağmen cep telefonu sinyalinin olay yeri yakınında elde edilmiş olması, bu yönüyle kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut deliller bulunması...*” diyen bir hakimin, ilerleyen dilimde asliye ceza mahkemesi hakimliğine atanması ve bu suçun yargılamasını yapması durumunda kuşku oluşacağı muhakkaktır. Bu nedenle, yasanın ilk düzenleme biçimine dönülmesi, dolayısıyla soruşturma aşamasında, CMK’nın 162. maddesi doğrultusunda bir karar veren hakimin kovuşturma aşamasında katılmaktan yasaklı olmasının doğru olacağını düşünüyoruz.

Nitekim AIHM, Karakoç ve Diğerleri–Türkiye davasında bu konuyu incelemiştir. Davaya konu olayda, asıl yargılamayı yürüten mahkemenin başkanı ve bir üyesi, olayın soruşturması sırasında dosyayı incelemiş, uzun gerekçelerle tutuklama kararı vermişti. Bunun üzerine başvuruçular, dosya mahkemenin önüne gelmeden ve kanıtlar mahkemece değerlendirilmeden önce heyet üyesi bazı hakimlerin dosyayı incelediklerini, tutuklama kararı verirken dosyanın esası hakkında kanaatlerini açığa vurduklarını iddia etmişler, mahkeme de, başvuruçuların, bazı üyelerin tarafsız olmadıkları yönündeki kuşkularının haklı gerekçelere dayandığını kabul etmiştir (Karakoç ve Diğerleri, §59). Bu karar, yargıçların her yaptıkları değerlendirmenin ihlal olarak değerlendirileceği anlamına gelmemekte olup, her somut olay kendi içinde değerlendirilmelidir. Sainte-Marie – Fransa davasında, sanığın tahliye talebi, mahkeme heyetince reddedilmiş, ret kararı verilirken kanıtların kısa bir değerlendirilmesi yapılmış ve ayrıca sanığın kaçma ihtimali değerlendirilmiştir. Bu kararı veren yargıçların,

daha sonra asıl davaya katılmış olmaları, tarafsızlık ilkesine aykırı görülmemiştir (Sainte-Marie, §33)⁷³⁵.

4.3.Yargılamanın Yenilenmesi Halinde, Önceki Yargılamada Görev Yapan Hakimin Aynı İşte Görev Yapamaması

CMK'nın 23/3. maddesinde, yargılamanın yenilenmesi halinde, yenileme konusu yapılan ilk yargılamaya katılan hakimlerin, yenileme yargılamasına katılamayacağı kabul edilmiştir. 23 üncü maddenin 3 üncü fıkrası, diğer fıkralarda öngörülen yasaklılık hallerine göre daha belirgin bir yasak getirmektedir. Buna göre, ilk derece mahkemesinde yargılamayı yapan mahkemede yer alan hakim ya da heyetteki hakimlerden biri, yargılamanın yenilenmesi üzerine aynı olayın tekrar yargılandığı mahkemede yer alamaz.

Muhakeme insan zihninin faaliyetidir, insanın dahil olduğu her şeyde hata bulunabileceği gibi, delillerin toplanmasına ve değerlendirilmesine dair ceza muhakemesi sürecinde ve sonucunda da hata bulunabilir. Muhakemenin yenilenmesi hatalı delil temeline dayanan kesin hükümlerin yok edilmesi, ortadan kaldırılması için kabul edilmiş bir kanun yoludur⁷³⁶.

Yargılamanın yenilenmesi müessesesi CMK'nın 311 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, kesinleşen bir kararla ilgili olarak, yasada öngörülen nedenlerin varlığı halinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabilecektir. Yenileme isteği ilk kararı veren mahkemeye yapılacak, bu mahkeme istemin kabule değer olup olmadığı yönünde duruşma yapmaksızın bir karar verecektir. Bu isteğin kabule değer olduğu veya olmadığı yönündeki kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabilecektir. Yenileme isteğinin kabule değer görülmesi halinde, cumhuriyet savcısının görüşü alınacak ve gerekli araştırma yapılacaktır. Bu araştırma sonucunda yenileme isteğinin esassız olmasının anlaşılması halinde mahkeme duruşma yapmaksızın istemi esassız olmasından dolayı reddedecek, aksi halde yargılamanın yenilenmesine karar vererek duruşma açacaktır. Bu yöndeki kararlara karşı da itiraz yoluna gidilebilecektir. İşte mahkemenin isteği yerinde görmesi ve yargılamanın yenilenmesine karar vermesi durumunda

⁷³⁵ Doğru/Nalbant, s. 633.

⁷³⁶ Ömeroğlu, s. 49.

yeniden yargılama yapılacak, mahkeme önceki hükmü onaylayacak veya yeni bir hüküm verebilecektir.

İşte kanun koyucu, adil yargılama ilkesinin gerçekleşmesi, kimsenin aklında bir kuşkunun kalmaması açısından yargılamanın yenilenmesi taleplerinde, önceki hükmü veren hakimin bu işe bakamayacağına karar vermiştir⁷³⁷. Dikkat edilirse yargılamanın yenilenmesi istemi üzerine iki karar verilmektedir. İlki yenileme isteminin kabule değer olup olmadığı kararı, ikincisi ise yargılamanın yenilenmesi sonucu verilecek asıl karardır. İşte, yenileme talebi üzerine verilecek tüm kararları ilk kararı veren hakim dışında başka bir hakim verecektir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁷³⁸.

CYY'nın 23/3. maddesinde belirtilen yasak mahkemeye değil, önceki yargılamada görev yapmış olan hakime ilişkindir⁷³⁹. Bu hükümlerin amacı hakimin önyargılı, şartlanmış, objektif olamama gibi durumlarını bertaraf etmek, kişi için bir hükmün ve olayın bir başka göz tarafından incelenmesini sağlamaktır. Bir uyuşmazlığın iki ayrı yargıç tarafından incelenmesi kişi için bir teminatır⁷⁴⁰. Yargıtay hükmü geniş yorumlamış, hakimin ilk kararın duruşma tensibini yapan

⁷³⁷ Yargıtay 8.CD'nin 19.11.2015 tarihli, 2014/34559 esas, 2015/24851 karar sayılı kararı; "5271 sayılı CMK.nun 23. maddesinin (3) numaralı fıkrası ile ilgili olarak, Komisyon Gereğesinde de; "Tasarımın 24'üncü maddesine, yargılamanın yenilenmesi talebi halinde de, önceki yargılamada görev yapan hâkimin aynı işte görev alamayacağı şeklinde üçüncü fıkra eklenmiştir. Böylece, aynı uyuşmazlık hakkında daha önce kanaatini belirtmiş olan hâkimin daha sonra yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapması önlenerek, hâkim tarafsızlığı bu yönüyle de sağlanmak istenmiş ve 23'üncü madde olarak kabul edilmiştir " biçimindeki gerekçe mevcuttur. Anılan yasa hükümleri ile; önceki yargılamada görev yapan hâkimin, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulması halinde artık bu davaya bakamayacağı hükme bağlanarak hâkimin tarafsızlığı sağlanmıştır. Somut olayda; İskenderun 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 29.11.2011 gün 2011/78 esas, 2011/527 karar sayılı kararının kesinleşmesini müteakip, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine önceki yargılamada görev yapan (40872) sicil sayılı hakimin yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulüne dair aynı mahkemenin 21.05.2012 gün ve aynı sayılı kararında görev alması suretiyle 5271 sayılı CMK.nun 23. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırılık yapılmaması...bozulmasına", "uyap.gov.tr", erişim tarihi 12.09.2017.

⁷³⁸ Yargıtay 1.CD'nin 27.04.2011 tarihli, 2011/3298 esas, 2011/2610 karar sayılı kararı;" 5271 sayılı CMK.nun 23/3 maddesi uyarınca "Yargılamanın yenilenmesi halinde önceki yargılamada görev yapan hakim aynı işte görev alamaz." Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer olup olmadığına ilişkin kararın aynı mahkemece, fakat asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerekir. Asıl kararı veren heyette başkan ve üye olarak görev yapan hakimlerin yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar veren heyette de görev alması CMK.nun 23/3 maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine dair kararın ortadan kaldırılmasına ve talebin kabulüne karar verilmesi yerine itirazın reddine karar verilmesinin usule aykırı olduğu saptanmıştır.", "uyap.gov.tr", erişim tarihi 21.08.2017.

⁷³⁹ Yargıtay 4.CD'nin 05.05.2009 tarihli, 2009/8378 esas, 2009/8557 karar sayılı kararı, "uyap.gov.tr", erişim tarihi 12.09.2017.

⁷⁴⁰ Soyaslan, s. 231.

ve ilk celsesinde görev alan hakim olması sebebiyle, yenileme yargılamasında görev alamayacağını⁷⁴¹ kabul etmiştir”⁷⁴².

5.GÖREV YASAKLARINA UYMAMANIN SONUCU

Yukarıda açıkça incelendiği üzere CMK'nın 22 ve 23. maddelerinde hakimin hangi hallerde davaya bakamayacağı, bir başka deyişle görev yasakları sayılmıştır. Bunlar CMK'da tek tek, sınırlayıcı bir biçimde sayılmıştır. Bu nedenle burada kıyas yoluyla yeni yasaklar getirmek mümkün değildir⁷⁴³.

Ceza adaletinin sağlanmasının en temel yolu adil yargılamadır. Bir devleti ayakta tutan, daha da ötesi devletin meşruiyetini sağlayan şey adil yargılamadır. Adil yargılama da, ancak, her türlü önyargı ve kuşkudan arınmış, bilgili, kültürlü, tarafsız hakimlerle mümkündür. İşte devletler hakim tarafsızlığının sağlanabilmesi için çeşitli tedbirler almışlardır. Bu tedbirler kapsamında, bazı hallerin varlığı halinde hakimlerin tarafsız kalamayacakları peşin olarak kabul edilmiş, bu durumlarda hakimin o işe bakması yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen hakimin işe bakması durumunda da bu duruma bazı sonuçlar bağlanmıştır. İşte görev yasakları olmasına rağmen bir hakimin davaya bakmasının bazı sonuçları bulunmaktadır.

Mutlak bozma nedenlerinin düzenlendiği CMK'nın 289/1. maddesinde, görevden yasaklanmış olan bir hakimin yargılamaya katılması kesin hukuka aykırılık hali olarak öngörülmüştür. Görev yasaklarına uymamanın yaptırımı, hukuka kesin aykırılıktır⁷⁴⁴ ve mutlak bozma nedenidir⁷⁴⁵.

Görev yasağının ileri sürülmesine ve onun varlığı konusunda bir karar verilmesine gerek yoktur. Taraflar ileri sürmese ve hakim çekinmese bile kendiliğinden etkisini gösterir. Hakim veya hakimler görevden yasaklanma nedeninin bulunup bulunmadığını kendiliğinden incelemelidir⁷⁴⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, hakkında objektif olmadığı yönünde makul görülebilir

⁷⁴¹ Yargıtay 10.CD'nin 22.03.2006 tarih ve 2853/4288 esas ve karar sayılı kararı.

⁷⁴² Kardeş/H.Ümit, Çingir/Mehmet, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Legal Yayınları, 1. Baskı, 2014, Sayfa 95.

⁷⁴³ Öztürk/Bahri, Erdem/Mustafa Ruhan, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara 2008, sayfa 226.

⁷⁴⁴ Şahin/Cumhur, “Ceza Muhakemesi Hukuku I”, Seçkin Yayınları, 7. Bası, sayfa 214.

⁷⁴⁵ Öztürk/Erdem, s. 227.

⁷⁴⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 180.

kuşkular bulunan hakimin çekinmesi gerektiği görüşündedir⁷⁴⁷. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁷⁴⁸.

Yasaklı hakimin verdiği kararların niteliği ne olacaktır? Bu kararlar yok hükmünde mi sayılacak, yoksa hukuki yollarla ortadan kaldırılmadıkça bu kararlar geçerli sayılacak mıdır? Bu konuda değişik görüşler vardır. YCGK, 1991 yılında verdiği bir kararda yasaklı hakimin verdiği kararlar ve yaptığı işlemlerin yok hükmünde olduğunu kabul etmiştir⁷⁴⁹. Ancak Yargıtay CGK, 2006 yılında verdiği bir kararda, eski görüşünden dönmüş, yasaklı hakimin verdiği kararın mutlak bozma nedeni olduğunu belirtmiştir⁷⁵⁰. Kanaatimizce yasaklı olan hakimin verdiği kararların yok hükmünde olduğu kabul edilemez. Bu kararlar kanun yoluna başvurulup usulünce ortadan kaldırılmadıkça geçerliliğini devam ettirir.

Hakimin davaya bakamayacağı hallerin varlığı halinde, gecikmesinde sakınca bulunan işleri yapip yapamayacağı hakkında kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. CMK'nın 30/3. maddesinde hakimin çekinmesi durumunda gecikmesinde sakınca bulunan işleri yapacağı ve bu işlerle ilgili olarak yasanın 29. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yasanın 29. maddesinde de, reddi istenen hakimin, ret hakkında bir karar verilinceye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapacağı öngörülmüştür. Yasa metninde, reddi istenen

⁷⁴⁷ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 43.

⁷⁴⁸ Yargıtay 10.CD'nin 28.01.2008 tarihli, 2007/16454 esas, 2008/1229 karar sayılı kararı; Kanun yararına bozma talebinde belirtilenin aksine, 5271 sayılı CMK'nın 23/3. maddesi hükmü, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin verilen kararlar için de geçerli olup, bu kararlarda da önceki hükmü veren hakimin görev almaması gerekmektedir. 5271 sayılı CMK'nın 23. maddede öngörülen hakimin çekinmesini gerektiren durumlarda, aynı Kanun'un 30. maddesinin 3. fıkrası yollamasıyla, 29. maddesi uyarınca, çekinmesi gereken hakim sadece gecikmesinde sakınca bulunan işlemleri yapar, ancak, işin konusu hakkında karar veremez. Davadan çekinerek, aynı Kanun'un 30/1 ve 27. maddeleri uyarınca, görevli merciden bir başka hakimi davaya bakmakla görevlendirmesini istemesi gerekmektedir.”, “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 21.08.2017.

⁷⁴⁹ YCGK'nun 08.07.1991 tarihli, 194/1051 sayılı kararı, Ömeroğlu, s. 50.

⁷⁵⁰ YCGK'nun 04.07.2006 tarihli, 2006/5-127 esas, 2006/180 karar sayılı kararı; “1412 sayılı CYUY'nın “hakimin davaya bakamayacağı haller” başlığını taşıyan 21. maddesinin 5. bendinde, gerekse incelemeye konu hükmün verildiği tarihte ve halen yürürlükte bulunan 5271 sayılı CYY'nın aynı başlığı taşıyan 22. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde yekdiğeriyle benzer şekilde, “aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmiş” olanların hakimlik görevini yapamayacakları, uyulması zorunlu bir yargılama kuralı olarak kesin biçimde belirtilmiş, yine 1412 sayılı CYUY'nın 308. maddesinin 2. bendinde, “hakimlik görevine iştirakten kanunen memnu olan bir hakimin hükme iştirak etmesi” yasaya mutlak muhalefet hallerinden biri olarak kabul edilmiştir. Ceza Genel Kurulu'nun 23.10.2001 gün ve 9MD-229/230 sayılı ve 03.12.2002 gün ve 4MD-291/422 sayılı kararlarında da, aynı davada soruşturma veya koğuşturma aşamalarında tanık olarak dinlenmiş bulunanların o davada hakimlik yapmalarının yargılama yöntemine kesin biçimde aykırılık oluşturduğu ve bu halin mutlak bozma nedeni olduğu vurgulanmıştır.”, “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 21.08.2017.

hakimin gecikmesinde sakınca bulunan işlemleri yapacağı öngörülmesine karşın, bu maddenin gerekçesinde, ret isteminin hakimin yasaklılığı hallerinden birine dayanması durumunda, hakimin kesinlikle hiçbir işlem yapamayacağı belirtilmiştir. Yani maddenin gerekçesi ile metni birbirine uymamaktadır. Bu durumda geçerli olan yasa metni olup yasaklı bile olsa hakim gecikmesinde sakınca bulunan işlemleri yapabilecektir. Daha sonra bu işlemler, kanun yolu denetimiyle ortadan kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir. Bu durumun adil yargılama ilkesini zedelediği açıktır. Ancak yasal düzenleme karşısında, yasaklı hakimin yaptığı işlemlere yok hükmünde demek mümkün değildir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKİMİN REDDİ

1.GENEL OLARAK

Hakimin tarafsızlığını sağlayan imkanlardan biri, hakimin reddi kurumudur. Hakimin tarafsızlığı konusunda kuşkuya düşülmesi, ya da hakimin davaya bakmasının yasak olduğu hallerin varlığında, ret yoluna başvurulabilecektir⁷⁵¹. Mahkemenin kararlarının, tarafları ve herkesi inandırması ve tatmin etmesi gerekir. Tarafsızlığından kuşku duyulan yargıcın kararı, yasaya uygun olsa da, tarafları inandırmadığı için adalete gölge düşürecek⁷⁵². Hakimin reddi kurumunun amacı; tarafsızlık konusunda kuşku doğmasına neden olan olaylar çıktığında, taraflara bu durumu (ret talebi kapsamında) ileri sürme hakkı tanınarak mahkemenin adaletli ve doğru karar verebilmesini sağlamaktır⁷⁵³.

Hakimin reddi, yasaklılık hallerinin varlığında veya hakimin objektif davranamayacağından kuşku duyulan durumlarda mahkemenin taraflarından birinin ya da birkaçının, bu durumların varlığını ileri sürerek hakimin muhakeme sürecinden ayrılmasını istemeleridir⁷⁵⁴. Tarafların ve bilhassa sanıkların haklarında karar verecek kimseleri karardan evvel reddetmeleri bir teminattır. Bir sanığın itimat etmediği hakimi reddedebilmesi adalete uygundur. Sanığın böyle bir hakkı varsa, hakimi reddetmemekle kendi hakkındaki mahkumiyet kararına iştirak ediyor demektir⁷⁵⁵.

Hakimin reddi davası yargılamanın hakimlerce objektif olarak yapılmasını sağlayan çarelerden biridir⁷⁵⁶. Bundan maksat, mahkemenin taraflarından birinin,

⁷⁵¹ Centel/Zafer, s. 606.

⁷⁵² Yaşar, s. 401.

⁷⁵³ Çon, s. 55.

⁷⁵⁴ Ömeroğlu, s. 53.

⁷⁵⁵ Erem, s. 57.

⁷⁵⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s. 240.

CMUK'nın 21, 22 ve 23. maddelerinde öngörülen hallerden birinin varlığını ileri sürerek, yargıcın belli bir muhakeme yönünden yargılama görevi yapmasını, yani davaya bakmasını önlemeye yönelik beyandır⁷⁵⁷. Hakimin tarafsız kalamayacağı veya kişiliğinden sıyrılamayacağı halleri ya kanun koyucu önceden görür, yahut bu halleri hakimin takdirine bırakır. Birinci ihtimal “*yargılamama mecburiyeti*” hallerinde karşımıza çıkar. İkinci ihtimal ise “*şüphe sebepleri*” diye adlandırılır. Her iki halde de ilgililere, bunu ileri sürerek, hakimin davadan çekilmesini sağlama amaçlı yargılama makamına başvurma yetkisi verilmiştir. Tali ceza davalarından birini oluşturan bu başvuruya “*hakimin reddi davası*” denilir⁷⁵⁸.

Görev yasaklarında kanun, hakimin tarafsız olamayacağı hususunda aksinin ileri sürülmesi ve çürütülmesi mümkün olmayan bir varsayıma dayanmaktadır. Dolayısıyla, başlı başına böyle bir sebebin bulunduğu tespit, hakimin davadan uzaklaşması için yeterlidir. Onun için burada mutlak yasaklardan söz edilebilir. Oysa tarafsızlığı şüpheye düşürecek diğer sebepler söz konusu olduğunda, bu sebebin belirlenmesinden başka, somut durumda tarafsızlığa etkili olup olmadığı da değerlendirilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, sebebin taraflılığa yol açacağı anlaşılması, sebep ile taraflılık arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Bu durumda nispi yasaklardan söz edilebilir⁷⁵⁹.

Hakimin reddi istemi asıl muhakeme süreci içinde ikincil bir muhakeme sürecini başlatmaktadır. Bu muhakeme sürecinde devletin cezalandırma yetkisinin somut olayda kullanılıp kullanılmayacağı değil, ileri sürülen nedenlerin haklı olup olmadığı incelenmektedir. İleri sürülen nedenlerin haklılığının ortaya çıkması halinde hakimin muhakemeden alıkonulmak suretiyle muhakemenin objektif biçimde yürütülüp sonuçlandırılması hakimin reddi kurumuyla sağlanmış olmaktadır⁷⁶⁰.

İşte çalışmamızın bu kısmında hakimin reddi müessesesi incelenecektir. Bu inceleme yapılırken kanunun sistematığına bağlı kalınacak, tarafsızlık ve bağımsızlığın niteliği, korunması, teminatları ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

⁷⁵⁷ Toroslu, s. 105.

⁷⁵⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 240.

⁷⁵⁹ Şahin, s. 215.

⁷⁶⁰ Ömeroğlu, s. 53.

2.RET SEBEPLERİ

Hakimin hangi hallerde reddinin istenebileceği CMK'nın 24/1. maddesinde düzenlenmiş, göreve bakmanın yasak olduğu ve tarafsızlığını kuşkuya düşürecek nedenlerin bulunması halinde ret istenebileceği belirtilmiştir. Demek ki ret sebeplerini iki grupta toplamak mümkündür; 1-Yargıcın yasaklılık nedenlerinin bulunması⁷⁶¹, 2-Yargıcın tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren hallerin varlığı⁷⁶². Kanun görev yasaklarını tek tek saymıştır (CMK m. 22, 23); ancak, görev yasağı oluşturan haller dışında kalan kimi nedenlerden dolayı da tarafsızlığına kuşkuya düştüğü nedenler olabilecektir⁷⁶³.

2.1.Hakimin Davaya Bakamayacağı Hallerin Varlığı

Hakimin yasaklılık sebeplerinin bulunduğu hallerde, kendiliğinden çekinmesi gerekmektedir⁷⁶⁴. Buna rağmen davayı görürse reddolunabilir⁷⁶⁵.

Hakimin hangi hallerde davaya bakamayacağı CMK'nın 22 ve 23. maddelerinde gösterilmiş olup, bu konu yukarıda incelendiğinden yeniden incelenmeyecektir. İşte bu nedenlerin varlığı halinde, hakimin tarafların ileri sürmesine bakmaksızın ve yargılamanın her aşamasında çekinmesi gerekir. Eğer hakim kendiliğinden çekinmezse davanın tarafları bu hususu ileri sürebileceklerdir.

2.2.Hakimin Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Diğer Sebeplerin Varlığı

Yukarıda incelendiği üzere, hakimin hangi hallerde davaya bakamayacağı CMK'nın 22 ve 23. maddelerinde tek tek ve sınırlayıcı şekilde sayılmıştır. Bu nedenle burada kıyas yoluyla yeni yasaklar yaratabilmek mümkün değildir⁷⁶⁶. Oysa ret sebepleri sayılmamıştır. Buradaki maksat, hakimin objektif hareket etmeyeceğinden korkulmasıdır⁷⁶⁷.

⁷⁶¹ Yurtcan, s. 107.

⁷⁶² Toroslu, s. 106.

⁷⁶³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 180.

⁷⁶⁴ Ünver/Hakeri, s. 188.

⁷⁶⁵ Erem, s. 57.

⁷⁶⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 177.

⁷⁶⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 240.

Hakimin tarafsızlığından şüphelenmeyi haklı kılmaya elverişli bir sebep varsa, tarafsız olmadığı şüphesiyle reddi mümkündür⁷⁶⁸. Hakimin tarafsızlığından kuşku duyulması için, onun gerçekten taraflı veya önyargılı olması gerekmez. Bu konuda belirleyici olan, ret talebinde bulunan kişinin tüm koşulları mantıklı biçimde değerlendirdiğinde, hakimin tarafsız ve objektif tutumundan kuşku duymasını haklı kılan olguların olup olmadığıdır⁷⁶⁹. Bir sebebin hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek nitelikte olup olmadığı, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir⁷⁷⁰. Bu nedenle yasa koyucu bu nedenleri saymak yerine, tarafların veya yargılama yapan hakimin takdirine bırakmayı uygun görmüştür⁷⁷¹. Örneğin kanun, evlilikten yargılama yasağı olarak söz ettiği halde, nişanlılık veya sözlülük, fiili birliktelik şeklindeki ilişkiler tarafsızlığı şüpheye düşürebilecek diğer nedenler arasında sayılabilir. Aynı şekilde, yargılama yasağına yol açmayacak derecede akrabalık ilişkisi, yakın arkadaşlık, husumet gibi sebeplerle de tarafsızlık şüpheye düşebilir⁷⁷². Düşüncemize göre de, bu yöntem daha doğrudur, çünkü hakimin objektifliğini kuşkuya düşürebilecek nedenlerin tamamını önceden belirleyip düzenlemeye olanak bulunmamaktadır⁷⁷³.

Tarafsızlığı şüpheye düşüren nedenin gerçekten var olup olmadığı, her somut olayda ayrı bir değerlendirme sonucunda ortaya çıkar. Bir olayda bu niteliği taşımayan bir neden, bir başka olayda tarafsızlığı bozan bir neden olarak kabul edilebilir. Ret nedenlerinin tek tek sayılmamasının temeli bundan kaynaklanmaktadır⁷⁷⁴.

Hakimin reddi için aranan kuşkunun makul görülebilir olması gereklidir. İleri sürülen şeyin, gerçekliği halinde kamuoyu ve taraflar açısından muhakemenin objektif olarak yürütülmediği ve sonuçlandırılmadığı konusunda makul görülebilir olması halinde, o nedenin varlığı gerçekte muhakemenin objektifliğini tehlikeye sokmamış olsa bile hakimin reddi sebebi olacaktır⁷⁷⁵. Maddede belirtilen “*şüph*e” deyiminden, hakimin tarafsız hareket edemeyeceği konusundaki somut bir takım olgular anlaşılmalıdır.

⁷⁶⁸ Beulke/Werner, Strafprozessrecht, 12. Aufleg, C.F.Müller Yayınevi, Sayfa 49.

⁷⁶⁹ Parlar, s. 66.

⁷⁷⁰ Yenidünya/İçer, s. 49.

⁷⁷¹ Tosun, s. 451.

⁷⁷² Şahin, s. 215.

⁷⁷³ Ömeroğlu, s. 54.

⁷⁷⁴ Yurtcan, s. 24.

⁷⁷⁵ Ömeroğlu, s. 55.

Yargıtay bir kararında, hakimlerin görevinde bağımsız olduklarını, baktıkları uyuşmazlıkları kanun ve vicdani kanaatleri doğrultusunda çözmek zorunda olduklarını, hakimın bu işlemi yaparken tarafların ve toplumun adalete olan inancını güçlendireceğini düşünüp hedefleyerek hareket etmesi gerektiğini, hakimın taraflara ve kendisine yabancı kalarak ve hukukun ne dediğini söyleme yetkisini kullanarak hareket etmesi gerektiğini, yargılama faaliyeti ve bu faaliyet sonucunda ortaya çıkan kararın kişisel görüş, inanç ve düşüncelerin aracı olamayacağını, aksine hakimlerin, tarafsız oldukları, yasalardan aldıkları güçle hareket ettikleri ve bu yolla adaleti sağlamaya çalıştıkları konusunda taraflar ve kamuoyunu ikna etmeleri gerektiğini belirtmiştir⁷⁷⁶.

Alman C.M.K madde 24'deki hukuki açıklamada vurgulanan nokta, hakimın “*tarafsız olması*” olsa da, kimin gözünden tarafsız olunması gerektiğine değinilmemiştir. Hakim, çoğunlukla kendisinin tarafsız olduğunu iddia edecektir. 24. maddeye göre, şüpheye elverişli bir sebebin varlığının olması demek, karşı tarafın perspektifinin, yani çoğunlukla sanığın görüşünün önemli olduğu anlamına gelir. Önemli olan, durumun, objektif olarak şüpheye yer verip vermediğidir. Tarafsızlık kavramının derecesini çok düşürmemek ve her türlü şüpheci yaklaşımı ret gerekçesi olarak görmemek için, sanık tarafından gösterilen aşırı hassasiyete itibar edilmemelidir. Bu nedenle örnek alınması gereken sanık modeli “*mantıklı düşünen*” ya da “*aklı başında olan*” sanık modelidir⁷⁷⁷.

Hakim ve savunma arasındaki gerilim genel olarak sanığın hakimın tarafsızlığından şüphe etmesi için geçerli bir sebep değildir. Hakim ve savunma arasındaki tartışma, eğer hakim tarafından başlatılmışsa ve sanığın usul hukukunu zedeliyorsa, ya da hakim tarafından orantısız sertlikte dava yürütülüyorsa, sanığın görüşüyle tarafsızlıktan şüphe etmeye sebep olabilir⁷⁷⁸.

Hakimin oyunu belli etmiş olması ret nedeni sayılmaktadır. Çünkü görüşünü belli eden hakim, kendi zihninde muhakemeyi bitirmiş olacaktır. Böyle bir hakimın, bu aşamadan sonra görüşünü değiştirmesi zor olacağı gibi, görüşünü değiştirse bile taraflar ve kamuoyu nezdinde güven telkin etmesi mümkün

⁷⁷⁶ Yargıtay 20.HD'nin 2016/7559 esas, 2016/10099 karar sayılı, 03.11.2016 tarihli kararı, “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 08.05.2018.

⁷⁷⁷ Beulke, s. 49.

⁷⁷⁸ Scheuten, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Auflage 2013, 24/3-bb maddesi.

olmayacaktır. Kasten öldürmeye teşebbüs/kasten yaralama tartışması yapılan ve asliye ceza mahkemesi ile ağır ceza mahkemesi arasında karşılıklı görevsizlik kararları verilmesine konu olan bir olayda, ağır ceza mahkemesi, görevsizlik kararının gerekçesinde “*sanığın müştekiyi öldürme kastıyla hareket ettiğine dair hiçbir delil bulunmadığı*” şeklinde bir ibareye yer vermiştir. Daha sonra görevsizlik uyuşmazlığı çözülmüş ve bu davaya ağır ceza mahkemesi bakmıştır. Verilen kararı temyizen inceleyen Yargıtay, görevsizlik kararı içeriğinde, suçun sübutu yönünden kanaatini açıklayan mahkeme heyetinin bu davaya bakamayacağını belirtmiştir⁷⁷⁹. Görüşünü belli etme kesin ve sübuta ilişkin olmalıdır, hukuksal görüşün bir karar veya kitapla açıklanmış olması görüşünü belli etme sayılamayacaktır⁷⁸⁰.

Konumuzla ilgili olduğu için Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararını incelemeyi yararlı görüyoruz. Karara konu olayda, başvuruçular müslüman olup bir okulda sosyal pedagog ve öğretmen olarak çalışmaktadırlar. Başörtüsü takmaları nedeniyle işten çıkarılmışlar, açılan davalar reddedilmiştir. Başvuruçuların yaşadığı Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti Okul Kanunu'na göre okullarda çalışan kişiler siyasi, dini ve dünya görüşünü yansıtan işaretler kullanamaz. Başvuru da bu kanuni düzenlemenin anayasal denetimine yönelik olup, başvuruçular bu düzenlemeler ile temel haklarının, inanç hürriyeti ve çalışma özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuru kapsamında reddi istenen Kirchhof, Anayasa Mahkemesi'nin başkan yardımcısıdır. Kirchhof, Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanmadan önceki öğretim üyeliği sırasında öğretmenlerin başörtüsü taşımalarının yasaklanmasını desteklediğini birçok kez ifade etmiş, yasama organınca görevlendirilmesi üzerine başörtüsü yasağına ilişkin yasa çalışmaları sırasında danışmanlık hizmeti vermiştir. Ayrıca başvuruçuların davalarını reddeden iş mahkemesinde, eyalet yönetimi sunduğu dilekçede Kirchhof'un görüşlerini kelimesi kelimesine sunmuştur. Yine Kirchhof daha önce Kuzey Ren Vestfalya Eyaletinin avukatlığını yapmıştır. Bu nedenle başvuruçular Kirchhof'un tarafsızlığı konusunda kuşkularının bulunduğunu ileri sürmüşlerdir.

⁷⁷⁹ Yargıtay 1.CD'nin 16.04.2008 tarihli, 2007/1009 esas, 2008/3051 karar sayılı kararı, “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 21.08.2017.

⁷⁸⁰ Ömeroğlu, s. 56.

Alman Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 18/1. maddesi gereğince anayasa mahkemesi üyesi bir hakimin, aynı konuda mesleği veya görevi icabı çalışmışsa yasaklanacağını, yasaklılık kuralının istisnai nitelik oluşturduğundan dar yorumlanması gerektiğini, “*aynı konuda*” ifadesinin somut ve katı olarak anlaşılması gerektiğini, kanun yapma sürecinde görev yapmanın veya bu konularda bilimsel açıklama yapmanın bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini, Kirchhof'un başvuru konusu işte daha önce ne hakim, ne de vekil sıfatıyla görev yapmadığını, dolayısıyla yasaklılık durumunun söz konusu olmadığını, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 19. maddesine göre hakimin reddi için tarafsızlığını kötüye kullanacağını gösteren bir nedenin ortaya konulması gerektiğini, bu durumda hakimin gerçekten “*yanlı*” veya “*tarafli*” ya da kendi çıkarına tutum takınıp takınmamasının önemli olmadığını, önemli olanın mantıklı bir değerlendirme ile yargılamaya katılan bir kişinin hakimin tarafsızlığından şüphe etmesi olduğunu, bu şüphenin genel gerekçelere dayandırılmayacağını, somut olayda Kirchhof'un kanun yapım sürecine dahil olması ve bilimsel görüşlerini açıklamasının görmezden gelinemeyeceğini, dolayısıyla hakimin tarafsızlığından şüphe edilmesinde haklılık payı olduğunu, bu şartlar altında başvurucuların, hakimin söz konusu edilen hukuki meselede her halükarda tarafsız bir şekilde karar veremeyeceği kuşkusunun kabul edilebilir bir gerçeklik olduğunu belirtmiştir⁷⁸¹.

2.3.İhsas- Rey

Yukarıda belirtildiği üzere, kanunumuz hakimin reddini gerektiren sebepleri tek tek saymamıştır. Öğretide, hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren sebepler arasında ihsas-ı rey de sayılmaktadır. Önemi ve sık sık tartışılan bir konu olması nedeniyle bu konunun ayrı bir başlık altında değerlendirilmesi uygun olacaktır.

İhsası rey, ön yargı olarak ifade edilebilir. “*İhsası rey*” in kelime karşılığı, oyunu belli etmektir. Hakimin daha yargılama bitmeden, konuya ilişkin bir görüşünün olması kabul edilemez. Hakimin, henüz yargılama bitmeden ve

⁷⁸¹ “Alman Anayasa Mahkemesi'nin Hakimin Reddine İlişkin 1 BvR 471/10 sayılı ve 26.02.2014 tarihli kararı”, Çevirenler İhsan Yılmaz Bayraktarlı ve Ahmet Hulusi Akkaş, Küresel Bakış Dergisi, Yıl 6, Sayı 20, Haziran 2016, sayfa 11 vd.

masumiyet karinesini ihlal eder şekilde sanığın suçluluğuna ilişkin görüşünü izhar etmesi, tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak kabul edilmektedir⁷⁸².

Bangolar Yargı Etiği İlkelerinde, “*Tarafsızlık*” başlığı altında, hakimin baktığı veya bakma ihtimalinin bulunduğu bir dava ile ilgili olarak, dava sonucuna yönelik ve tarafsızlığı zedeleyecek nitelikte bir yorumda bulunmaması gerektiği, yine hakimin kamuya açık olan veya olmayan ortamlarda adil yargılamayı etkileyebilecek yorumda bulunmaması gerektiği⁷⁸³ belirtilerek ihsası reyde bulunma yasağı dile getirilmiştir. HSK Genel Kurulunca kabul edilen “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*” nin 3.3. maddesinde de; hakimin nitelikleri sayılırken, mesleki ve özel yaşamında tarafsızlık ilkesine zarar verebilecek söylem ve davranışlardan uzak durdukları, bu konuda gerekli özeni gösterdikleri belirterek ihsası reyde bulunmamanın önemi vurgulanmıştır⁷⁸⁴.

Davaya katılanlar hakkında öncesinde yapılan açıklamalar çok kritiktir. Şu durumlarda hakimin taraf tuttuğuna karar verilmiştir; hakimin sanığa, suç listesinden de (adli sicil kaydı) anlaşıldığı üzere, sürekli suç işleyen bir insan olduğunu söylemesi, hakimin tutukluysen sanığı ziyaret etmesi, ona kararı götürmesi, dava ve özel konular hakkında sohbet etmesi, hakimin telefonda savunmaya, sanığın kendisini öldürmek istemesini anlayabildiğini, zaten sanığın adam öldürmeye yatkın olduğunu ve silah satın alan birinin de, mutlaka ateş edeceğini söylemesi⁷⁸⁵.

Duruşma öncesinde hakimin sanığa “*bizim için sizin suç işlemeyi alışkanlık haline getirdiğiniz kesin*” demesi, “*bu tür kirli işleri nasıl cezalandıracağımızı biliriz*” demesi, çok açık olmayan bir delil durumunda, hakimin “*nihayet şahit doğruyu söyledi*” şeklinde yorumda bulunması, hakimin, müdafiyeye “*sayın avukat, hukuku nerede öğrendiğinizi kendime sorup duruyorum*” demesi, hakimin delil toplanması talebine karşılık “*kararımız bozulsa bile, olayı kapattırmayacağız*” şeklinde ifadelerle talebi reddetmesi, hakimin savcıya “*dördüncü avukat gibi hareket ediyorsunuz*” demesi, hakimin savunmanın tanığına “*ya doğruyu söyle ya da çeneni kapat*” demek suretiyle yalan söylediğini

⁷⁸² Ünver/ Hakeri, s. 176.

⁷⁸³ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 15.11.2017.

⁷⁸⁴ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 09.04.2019.

⁷⁸⁵ Conen/Tsambikakis, Münchener Kommentar zur StPO, 1. Auflage 2014, 24/3-dd maddesi, paragraf 32.

belirtmesi, hakimin bir talebinin reddine karşılık ilk ara kararında, müdafiyeye “sayın müdafî, ilk yenilginiz” demesi...ihsası rey olarak kabul edilen söz ve davranışlar olarak uygulamada kabul edilmektedir⁷⁸⁶.

İhsas-ı rey oluşturan söz ve davranışlar, yargılama sırasında söylenebileceği gibi, yargılama dışı bir alanda da söylenebilir. Dolayısıyla hakimin duruşma sırasındaki bir söz veya davranışı ihsas-ı rey oluşturabileceği gibi, yargılama dışı bir alanda söylediği bir söz veya gösterdiği bir davranış da bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu kapsamda, örneğin, X siyasetçiye yapıldığı iddia edilen hakaret suçu ile ilgili yargılama yapan hakimin, bu dava devam ederken, sosyal medya hesabından o siyasetçinin kimi açıklamalarını kişisel sayfasına taşıması, beğenmesi veya eleştirmesi, o siyasetçi lehinde veya aleyhinde değerlendirmeler yapması bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Yine hakimin yargılama sırasında, esas hükmü vermeden önce yaptığı işlemler sırasında kullandığı ifadeler, verdiği ara kararlarındaki üslup da ihsas-ı rey olarak nitelendirilebilecektir. Örneğin, tutukluluğun devamına karar veren bir hakimin “*sanığın atılı suçu işlediği anlaşıldığından*” şeklinde bir ibare kullanması bu kapsamda değerlendirilecektir.

Hangi tür davranışlar veya sözlerin ihsası rey oluşturabileceği konusunda bir belirleme yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla her somut olayda bu durum değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, hakimin ihsası rey oluşturduğu iddia edilen söz veya davranışının, tarafsızlığının kaybolduğu yönünde haklı sayılabilecek bir kuşkunun oluşmasına neden olup olmadığı dikkatle irdelenmelidir. Bir Yargıtay kararında, hakimin daha önce verdiği, konuları benzer, ancak tarafları farklı olan kararları, baktığı davanın gerekçesine yazmasının ihsası rey olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ Ünver/Hakeri, 12.baskı, s. 178.

⁷⁸⁷ Yargıtay 20.Hukuk Dairesi'nin 2013/6729 esas, 2013/8282 karar sayılı kararı; “...tarafları ve konusu aynı olup davalının başkaca bir mecuru için açılan kiracılığın tespiti davasının reddedildiğinden bu dava yönünden de ret kararı verileceğinin ortaya çıktığı savıyla hâkim tarafından ihsası reyde bulunulduğu...” gerekçesiyle reddi hâkim yoluna başvurulmuştur... Ayrıca, H.M.K.nun 297 ve 298. maddeleri uyarınca hükümde, tarafların iddia ve savunmalarının özeti, tartışmaları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerini gösterir gerekçesi ile birlikte varsa karşı oya da yer verilmesi yasal zorunluluk olduğundan, hâkimin, tarafları ve konusu benzer olan ayrı davalarda verdiği ret veya kabul kararlarının sebeplerinin gerekçeli kararda açıkça gösterilmesi, HMK. 36/1-b maddesinde düzenlenen iki taraftan birine veya bir üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde, görüşünü

Davanın esası hakkında karar vermeden, itiraza tabi olan kararları veren hakimin ihsas-ı reyde bulunup bulunmadığı hususu ayrıca değerlendirilmelidir. Özellikle tutukluluğun devamı kararı verilirken hakimin kullandığı ibarelerin görüş açıklaması niteliğinde olup olmadığı uygulamada çok tartışılan ve sıkıntı doğuran bir konudur. Çünkü CMK'nın 100. maddesi gereğince tutuklama veya tutukluluğun devamı kararı verilebilmesi için hakim öncelikle kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut delillerin bulunup bulunmadığını tartışacak, böyle delillerin bulunduğunu tespit etmesi durumunda, şüpheli veya sanığın kaçabileceğine veya delilleri karartabileceğine, bu nedenle adli kontrol tedbirlerinin yeterli olmadığına ilişkin gerekçeleri belirtecek ve bu aşamadan sonra tutukluluğun devamı yönünde karar verecektir. Yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, örneğin, bir hırsızlık suçunda, *“sanığa atılı bulunan suçun niteliği, olay yerinde parmak izinin elde edilmiş olması, sanığın buna ilişkin mantıklı bir açıklama yapamamış olması, kamera görüntülerinde gözükken kişinin sanık ile genel anlamda aynı fiziki özelliklere sahip olması, ayrıca suç tarihi ve saatinde sanığın başka yerde olduğunu savunmasına rağmen cep telefonu sinyalinin olay yeri yakınında elde edilmiş olması, bu yönüyle kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut deliller bulunması, sanığın olaydan sonra kaçmış olması, bu yönüyle serbest bırakılması durumunda kaçma ihtimalinin bulunması...”* diyen ve tutukluluğun devamına karar veren bir hakim, olayın esası ile ilgili görüşünü açıkladığı yönünde itirazla karşılaşabilmektedir.

Nitekim, tutuklu olarak yargılanan bir gazeteciyle ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 11.01.2018 tarihli, 2016/16092 başvuru sayılı kararı ile ihlal kararı verilmiş (tutukluluğun devamı yönündeki karar bakımından), yerel mahkeme bu karara uymamış ve adı geçen sanığı tahliye etmemiş, bu konuda kamuoyunda çok yoğun tartışmalar yapılmıştır. Yerel mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'nin kararına karşı direnme kararı olarak nitelendirilebilecek olan kararında, diğer bazı gerekçelerin yanı sıra, *“...mahkememiz elbette ki tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda çok ayrıntılı ve somut açıklamalar yapabilir. Dosyada sanıkla ilgili deliller buna müsaittir. Ancak unutulmaması gereken bir husus daha vardır; tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin*

açıklamak veya ihsası reyde bulunmak olarak değerlendirilemez. “, “uyap.gov.tr”, erişim tarihi; 17.11.2017.

kararlarda ayrıntılı bir gerekçe ortaya konulduğu zaman “ihsası rey” söz konusu olmakta ve dolayısıyla sanık için hakimin (heyetin) reddi imkanı doğmaktadır. İhsas-ı rey yasağı, heyetimiz için yasal bir yükümlülük değil, aynı zamanda bir haktır. Anayasa Mahkemesi'nin Ş.A. hakkında verdiği karar gerekçesine uyarak mahkememizin tutukluluk halinin devamına ilişkin kararını daha ayrıntılı yazmamız halinde ihsas-ı rey ilkesine aykırılık oluşacağından, bu yönüyle Anayasa Mahkemesi kararının kabulü mümkün değildir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı nasıl ki kanun maddesine dayanıyorsa, ihsas-ı rey yasağı da kanunun emredici bir kuralıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin heyetimizden ihsas-ı rey yasağını çiğnemesine yol açacak talebini yerine getirmemiz kanunen mümkün değildir⁷⁸⁸” denilmiştir.

Daha önce de belirtildiği üzere, Karakoç ve diğerleri/Türkiye kararında, (Başvuru No: 27692/95, 28138/95, 28498/95) AİHM, ihlal kararı vermiştir. Dava konusu olayda, sendika, dernek temsilcisi ve gazeteci olan başvurucular, hükümetin Güneydoğu politikası ile ilgili bir açıklama yapmışlar, bu açıklamada bölücülük propagandası yaptıkları gerekçesiyle haklarında soruşturma başlatılmış ve tutuklanmaları talep edilmiş, ancak bu talep DGM Hakimi tarafından reddedilmiştir. Cumhuriyet Savcısı bu karara itiraz etmiş, başvurucular DGM heyeti tarafından tutuklanmışlardır (O tarihte geçerli mevzuat bakımından tutuklama talebine Devlet Güvenlik Mahkemesi yedek hakimi tarafından bakılmakta, itirazlar ise mahkeme heyetince incelenmekteydi). Daha sonra başvurucular hakkında açılan davaya aynı heyet bakmış, başvurucuların avukatının ret istemi kabul görmemiş, başvurucular cezalandırılmış, karar onanarak kesinleşmiştir. Başvurucular, cezalandırmaya karar veren heyetin, daha önce tutuklama kararı verirken esas hakkındaki görüşünü belli ettiğini, bu nedenle tarafsızlık ilkesinin zedelendiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM, tutuklama kararının davanın esası hakkında verilen karardan farklı bir karar olduğunu, yürürlükte bulunan mevzuata göre, tutuklamaya karar verebilmek için, hakimlerin suçun işlendiğine dair kuvvetli emareler bulunduğuna kanaat getirmelerinin gerekli olduğunu, kuvvetli emare bulunması hususunun değerlendirilmesi için ortada bir iddianamenin bulunması gerektiğini, DGM bünyesinde görev alan hakimler O.K. (mahkeme başkanı), askeri hakim T.G. ve C.D.U.'nun, 17 Eylül 1993 tarihinde,

⁷⁸⁸ İstanbul 13.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.01.2018 tarihli, 2018/39 D.İş sayılı kararı.

henüz iddianame düzenlenmeden ve itiraz üzerine tutuklama kararı verdiklerini, kararda, başvuranlar hakkında suçun işlendiğine dair kuvvetli emareler bulunduğu belirtilmiş, aynı hakimlerin esas hakkında da yargılama yapıp başvuru sahiplerinin cezalandırılmasına karar verdiklerini, tutuklama kararındaki gerekçeler ile, cezalandırma kararının gerekçeleri arasında fark olmadığını, hakimlerin tutuklama kararı verirken sadece delilleri değerlendirmeleri gerektiğini, bunun ötesine geçerek suçun sübutu veya sanığın kişiliği yönünde değerlendirme yapamayacaklarını, bu durumda mahkeme heyetinin tutuklama kararı sırasındaki tutumları ve yazdıkları gerekçenin, başvuranların Diyarbakır DGM'nin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığına dair endişelerini doğruladığı sonucuna varmış ve sözleşmenin 6/1.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁸⁹.

Burada bir yanda, tutuklama veya tutukluluğun devamı için “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut delillerin ve bir tutuklama sebebi*”nin bulunmasını isteyen CMK'nın 100. maddesi hükmü, diğer yanda ise, hakim tarafsızlığı ve ihsas-ı rey yasağı bulunmaktadır. CMK'nın 100. maddesinde öngörülen tutuklama koşulları isabetli olup, bunun esnetilmesi, gözardı edilmesi, değiştirilmesi, eskiden olduğu gibi klişe ibarelerden oluşan gerekçelere dönülmesi düşünülemez ve kabul edilemez. Yine hakim tarafsızlığı konusunda şüphe oluşturacak davranışlar içine girmesi, esasla ilgili kanaatini belirtecek ibareler kullanması da hoş görülemez.

Aslında tutukluluğun devamı yönündeki karar, esas yargılama dışında tedbir yargılamasıdır. Dolayısıyla tedbir kararının gerekçesi oluşturulurken kullanılan ibareler, hakim esas hakkındaki görüşünü açıklaması olarak kabul edilemez. Yine de, taraflarda ve kamuoyunda şüphe oluşmaması için, tutukluluğun devamı yönünde karar verilirken özenli bir dil kullanılması, suç sübutu veya sanığın suçu işlediğinin sabit olduğu yönünde bağlayıcı ibareler kullanmaktan kaçınılması uygun olacaktır. Uygulamada, tutukluluğun devamına karar verilirken kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut deliller sayıldıktan sonra “*sayılan bu hususların tutuklama tedbirine esas olmak üzere*

⁷⁸⁹ Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, erişim tarihi 20.03.2018.

kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut deliller olarak değerlendirilmesi” şeklinde bir ibarenin kullanılması kanaatimizce uygun olacaktır.

Kanaatimizce oluşan bu sorunun kesin ve kalıcı çözümü davaların tek celsede bitirilmesidir. Soruşturmanın CMK'nın temel ilkelerine uygun şekilde yapılması, tüm deliller toplandıktan sonra dava açılması durumunda, dava ilk celsede bitirilecek, sanık cezalandırılacak, yasanın aradığı şartlar varsa hükümle birlikte tutukluluğun devamına karar verilecektir. Tutukluluğun devamına karar veren hakim, aynı zamanda sanığın cezalandırılmasına da karar verdiği için, hükümden önce esas hakkındaki görüşünü belli ettiği gibi bir itirazla karşılaşmayacaktır.

Hakimin reddi konusu incelenirken asıl önemli olan tarafsızlığı şüpheye düşüren nedenlerin ne olduğu ve bu kapsamda hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusudur. Çalışmamızın değişik yerlerinde belirttiğimiz üzere, adalet, ancak tarafsız ve bağımsız hakimlerce yapılacak adil yargılama ile sağlanabilir. Bunun için hakimin hem kendisine, hem de kendisi dışındaki diğer kişi, kurum ve güç odaklarına karşı tarafsız ve bağımsız olması gerekir. Bu tarafsızlık ve bağımsızlık, yasal metinlerde düzenleme yapılması ile sağlanamaz. Asıl önemli olan, hakimin işe alınması, özlük hakları, denetimi, verdiği kararların infaz edilip edilmemesi gibi hususlardır. Anayasal ve yasal metinlerde yargının bağımsız olduğu yazsa da, eğer hakimin verdiği kararların infazı, yargı dışında başka bir merciin onayına ve insafına bağlı ise, hakim, karar verirken yazılı, görsel veya sosyal medyada çıkan ve çıkacak haberleri dikkate almak durumunda kalıyorsa, ya da hakim, egemen güçlerin isteği dışında bir karar verdiğinde, başka yere tayininin çıkarılacağı yönünde bir endişe taşıyorsa yargı bağımsızlığından söz edilemeyecektir. İşte bu durum, tarafsızlık ve bağımsızlığın korunması ve hakim teminatının önemini ortaya koymaktadır. Bu nedenle bu konuların incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızın bu bölümünde, önce, hukukumuzda ve uluslararası belgelerde tarafsızlık ve bağımsızlığın gelişimi değerlendirilmiş, devamında tarafsızlık ve bağımsızlık kavramı, bu kavramların birbiriyle ilişkisi, gerçekte ve görünüşte bağımsızlık, tarafsızlık ve bağımsızlığın korunması, hakim teminatı gibi konular incelenmiştir.

3.TÜRK HUKUKU VE ULUSLARARASI BELGELERDE TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIĞIN GELİŞİMİ

3.1.Genel Olarak

Eski çağlarda adalet dağıtan ve uyuşmazlık çözen kişilerin tarafsız olması arzu edilmiş, adalet figürleri çoğu zaman gözleri kapalı tasvir edilmiştir⁷⁹⁰. İlk devirlerde devlet kudreti tek kişide birleşmişti. Daha sonraları başlayan özgürlük mücadelesi, tek kişinin keyfi yönetimine karşı yapılmıştır. Batıda özgürlükler, devlet başkanının kudretinden parça parça koparılarak alınmış, önce yargı, sonra yasama bağımsız olmuştur⁷⁹¹.

Milattan önce, 3000 yıl önce dahi nesnel karar verme yüceltilmiştir. Tanrının nesnel olması ve kutsallık atfedilen yargısal rolün tarafsızlığı, Eski Ahit'te de ifadesini bulmuştur. Leviticus'da İsrail yargıçlarına, fakire ve zengine tarafsız davranma, adil olma talimatı verilmektedir. Birinci kitap Deuteronomy'de de kararın Tanrıya ait olduğu, bu nedenle hüküm verenin kişiler arasında ayrımcılık yapamayacağı vurgulanmaktadır⁷⁹². Hz. Musa, hükümde haksızlık edilmemesi, kudretlinin değil fakirin hatırının sayılması, komşuya adaletle muamele edilmesini salık vererek adalet prensibinin önemi üzerinde durmaktadır⁷⁹³. Hammurabi Kanunlarının uygulandığı dönemlerde, karar verirken hata yapması ve tarafsızlığını yitirmesi halinde hakimlere işten el çektirilmiş ve bir daha hakimlik yapmaları yasaklanmıştır⁷⁹⁴.

Hakimlerin tarafsızlığının düşünsel temeli eski Yunan filozoflarınca atılmıştır. Socrates, hakimlerin nezaketle dinlemesi, akıllıca konuşması, tedbirli düşünmesi ve tarafsızca karar vermesinin gerekli olduğunu belirterek, tarafsızlığın bir özellik değil, görev olduğunu vurgulamıştır. Socrates'in öğrencisi olan Eflatun (Platon), hakimlerin en güvenilir kişiler olmaları, her koşulda muhakemenin taraflarına karşı eşit mesafede durmaları ve tarafsız kalmaları gerektiğine yüzyıllar

⁷⁹⁰ Ömeroğlu, s. 8.

⁷⁹¹ Fendoğlu, s. 95.

⁷⁹² İnceoğlu, s. 33-34.

⁷⁹³ Genel/Fatma, "Adalet Teriminin Tekamülü ve Kazandığı Anlamlar", Kelam Araştırmaları Dergisi, Yıl 2012, Sayı 10:2, Sayfa 122.

⁷⁹⁴ Ömeroğlu, s. 9.

önce dikkat çekmiştir. Aristo hakimlik mesleğinin ve muhakemenin özünü tarafsızlık olarak görmüştür⁷⁹⁵.

Kuran'ı Kerim'de de birçok ayette tarafsız ve adil davranma ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bu kapsamda, Maide 42'de, adaletle hükmedilmesi gerektiği, Allah'ın adil olanları sevdiği, Nisa 135'te, adaletin titizlikte uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁷⁹⁶. Hz. Peygamber, yargı görevini üstlenen kişinin taraflara eşit davranmasını, sesini iki taraftan birine yükseltmemesini söyleyerek tarafsızlığın önemine vurgu yapmıştır⁷⁹⁷. Kanuni Sultan Süleyman, Gazi Bali Bey'e nasihat ederken her iyiliğin kaynağının adalet olduğunu belirtmiş ve İslam Peygamberinin bir günlük adalet hizmetinin yetmiş yıllık ibadetten üstün olduğu yönündeki hadisini örnek vermiştir⁷⁹⁸.

3.2.Türk Hukukunda Tarafsızlık ve Bağımsızlığın Gelişimi

3.2.1.Osmanlı Hukuku'nda Hakimin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Bilindiği üzere, Osmanlı Hukuku'nun temeli İslam Hukuku'dur. Dolayısıyla İslam Hukuku'nun temeli ve özellikleri bilinmeden Osmanlı Hukuku'nun bilinmesi mümkün değildir.

İslam hukukunda egemenliğin sahibi ve kaynağı Allah olup, devleti yöneten kişi, Peygamberin halifesi olarak bu işi yapar⁷⁹⁹. İslam devletinin ilk zamanlarında, Hz. Muhammed, devleti yönetmesinin yanı sıra hakimlik görevini de yürütmüştür. Kaldı ki, ilk peygamber olan Hz.Adem'den, son peygamber olan Hz.Muhammed'e kadar tüm peygamberler hakimlik görevini yapmışlardır. Hz.Muhammed'den sonra gelen dört halife döneminde de hakimlik görevini halifeler yürütmüş, zaman içinde İslam devletinin sınırlarının genişlemesi, nüfusun artması ve bürokratik işlemlerin çoğalması ile yargı alanında iş bölümü yapılması zorunlu hale gelmiştir⁸⁰⁰. İslam Devleti'nde ilk kadı atamasının Hz. Muhammed tarafından gerçekleştirildiği bilinmektedir. Ancak Hz. Ömer

⁷⁹⁵ Ömeroğlu, s. 11.

⁷⁹⁶ Kuran'ı Kerim Türkçe Meali, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.

⁷⁹⁷ Avcı, s. 51.

⁷⁹⁸ Atalay, s. 269.

⁷⁹⁹ Özkorkurt, s. 230.

⁸⁰⁰ Ortaylı/İlber, "Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi", A.Ü.SBF Dergisi, yıl 1975, cilt 30, sayı 1, sayfa 117.

döneminde kadılık bir meslek olarak kabul edilmiş ve tayinlerin belirli kurallara göre yapılması karara bağlanmıştır⁸⁰¹.

İslam hukukunda yargı erki, diğer güçlerden bağımsızdır. Hakim mazlumların hamisidir. Mağdurların hakkını iade etmekle ve haddi aşanları durdurmakla emrolunmuştur. Hakimin hak ile batılı, helal ile haramı ve iyi ile kötüyü ayırırken bağımsız olması gerekir. Dolayısıyla hakim görevinde bağımsız olup, bu hususta ona kimse müdahale edemez. Hakim velayet açısından da bağımsızdır. O, müslümanların velayeti ile onlar adına hüküm verir. Onu her ne kadar ulü'l-emr (devlet başkanı) tayin etse bile, gerçekte halk tayin etmiş sayılır. Çünkü imam (devlet başkanı) milletin vekilidir. Kadıyı tayin etmesindeki yetkiyi de buradan alır⁸⁰².

İslam devletinde hakim, devlet başkanı veya başkanın yetki verdiği kişi tarafından atanmakta, yine devlet başkanı tarafından azledilebilmektedir. Hakimin başkan tarafından atanması işlemi, aslında yargı görevinin devlet başkanı adına yerine getirilmesi için vekalet verilmesi işlemidir. Dolayısıyla hakim, devlet başkanının vekili olarak yargı görevini yerine getirmektedir. Her ne kadar, hakimi azletme yetkisi devlet başkanında olsa da, İslam Hukukunda adalet kurumuna çok fazla önem verildiğinden, yargı görevini yerine getirirken hakime müdahale edilmeyeceği kabul edilmiştir. Hakim, önüne getirilen bir uyuşmazlığı çözerken sırasıyla Kuran ve Sünnete bakacak, bu kaynaklardan bir çözüm bulamaması halinde kıyas yoluyla meseleyi çözecektir. İslam Hukukunun uygulandığı zamanlarda devlet başkanı ve diğer görevliler hakimlere müdahale etmemiş, aksine, hakkında bir dava açılması durumunda, devlet başkanı da diğer vatandaşlar gibi yargılanmıştır⁸⁰³.

Ancak tarihi seyir içinde yargı bağımsızlığı her zaman korunamamıştır. Nitekim Emeviler döneminde, hakimlerin zaman zaman valilerin siyasi aleti durumunda kaldıkları bilinmektedir. Çünkü valiler, hakimleri tayin ve azletme yetkisine sahiptiler. Mesela, Haccac b. Yusuf halifenin naibi olarak kadı tayin

⁸⁰¹ Bozatay/Şeniz Anbarlı, Demir/Konur Alp, "Osmanlı Adli ve İdari Sisteminde Kadılık: Kurumsal Bir Değerlendirme", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Haziran 2014, Cilt 6, Sayı 10, sayfa 75.

⁸⁰² Aslan/Nasi, "İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri", İlahiyat Yayınları, Ankara 2005, Sayfa 146.

⁸⁰³ Özkorkurt, s. 230.

ediyordu. Bu dönemdeki siyasi baskılardan rahatsız olan Şüreyh kadılık görevinden istifa etmiştir⁸⁰⁴. Yine Abbasiler devrinde, halifelerin kendi menfaatleri doğrultusunda karar vermeleri için kadılara baskı yaptığı, bu yüzden büyük İslam fıkıhçısı Ebu Hanife'nin kadılık görevini reddettiği ifade edilmektedir⁸⁰⁵.

Osmanlı Devleti'nin hükümlerinde vicdani murakabe, yani adalet ve müsavat prensipleri hakimdir . Bu esaslar, Türk devlet geleneği ve İslam dininin temel ilkelerindedir⁸⁰⁶. Osmanlılarda yargı kurumu ve bu kurumun en önemli aktörü olan kadılık makamı, öncülü olan İslam Devletlerine göre çok daha kurumsallaşmıştır⁸⁰⁷. Bu kurumsallaşmaya rağmen, Osmanlı Devleti'nde kuvvetler ayrılığı anlayışı yoktur (ikinci meşrutiyete kadar). Ayrıca yargılama pratiği iki başlıdır. Şer'i hukuk da denilen İslam Hukuku'nun uygulandığı alanlarda, yargı adına karar verme yetkisi kadıdadır. Kadının şeriat adına verdiği karar kesindir. Örfi hukuk alanında ise padişah hem hukuk yaratmakta, hem de çıkan uyuşmazlıkları çözmekte veya çözdürmektedir. Ancak 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile, padişah örfi hukuk alanında ceza verme yetkisinden vazgeçmiş, bu alanda da cezaların ancak mahkeme kararı ile verileceği belirtilmiştir⁸⁰⁸.

Osmanlı Devletinde kazaskerler yargı kurumunun başında bulunurlardı. Kadıların tayin, teftiş vb. özlük haklarına ilişkin konularda yetkili olan kişi kazaskerdir⁸⁰⁹. Önceleri kadıları seçme ve tayin etme yetkisi kazaskerde iken, 16.yüzyıldan itibaren kazaskerin kaza kadılarını, şeyhülislamın ise eyalet kadılarını seçtiği bir sisteme geçilmiştir⁸¹⁰.

Kadının önüne gelen davaya bakabilmesi için bazı şartları yerine getirmesi gerekirdi. Örneğin kadı, bazı yakınlarının davalarına bakamazken, hasta veya aşırı yorgun olmaması durumunda önüne gelen davaya bakmaktan kaçınmazdı. Osmanlı ceza yargılaması usulünde hâkimin reddi kurumu öngörülmemişti, ancak

⁸⁰⁴ Aslan, s. 148.

⁸⁰⁵ Özkorkurt, s. 230.

⁸⁰⁶ Aslan/Taner, "Osmanlı Devletinin Siyasi ve İdari Tarihinde Adalet ve Müsavat Meselesi", Akademi Bakış Dergisi, sayı 21, temmuz-ağustos-eylül 2010, sayfa 2.

⁸⁰⁷ Ortaylı, s. 9.

⁸⁰⁸ Özkorkurt, s. 231.

⁸⁰⁹ Şentop/Mustafa, "Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik", Klasik Yayınları, Birinci Basım, Haziran 2005, Sayfa 86.

⁸¹⁰ Özkorkurt, s. 232.

hakimlerin resen çekinmesi mümkündür⁸¹¹. Son dönem Osmanlı Hukuku'nun temel kaynağı olan Mecellede hakimlerin tarafsız olmaları, davanın taraflarının hak ve menfaatlerini eşit şekilde dikkate almaları öngörülmüştü (Mecelle, m.1799)⁸¹². Mecelleye göre, kadı, iki tarafı dinledikten sonra kararını vermeli, bu işi yaparken ayırım yapmamalı, adalet ve hakkaniyete uygun davranmalıydı⁸¹³.

Mecelle'de tarafsızlığı sağlamaya yönelik çeşitli hükümler öngörülmüştür:

1-Hakim, yargılama sırasında alışveriş veya nükte yapma gibi duruşmanın saygınlığını zedeleyecek edecek davranışlardan kaçınmalıdır (m.1795).

2-Hakim görgüye dayalı bilgisiyle hüküm veremez.

3-Hakim, iki taraftan hiçbirisinin hediyesini kabul edemez (m.1796).

4-Hakim, taraflardan hiç birisinin davetine gidemez (m.1797).

5-Hakim, davanın görülmesi sırasında taraflardan birisiyle yalnız görüşmemeli, işaret veya bilinmeyen bir dil yoluyla konuşmamalı, bu şekilde şüphe uyandıracak ve suçlamalara maruz kalacak davranışlardan kaçınmalıdır (m.1798).

6-Adil davranmak hakimin birinci görevi olup, taraflardan birisi önemli, diğeri sıradan bir kişi olsa bile iki tarafa da tam bir adalet ve eşitlikle muamele etmelidir (m.1799).

7-Hakimin, önüne gelen davanın taraflarından birisi ile aralarında yakınlık varsa (eş, altsoy-üstsoy, mal ortaklığı vs.) bu kişinin davasına bakamaz (m.1808).

8- Hakim kendi davasına bakamaz. Hakimin taraf olduğu bir dava varsa, bu davaya o beldedeki başka bir hakim bakar. Başka hakim olmaması ve tarafların anlaşmaları durumunda bir hakem veya yakın bir beldenin hakimi bakar. Bunun da olmaması durumunda, başkentten yalnız bu davaya bakmak üzere hakim görevlendirilmesi istenir (m.1809).

9-Hakim, yorgunluk, aşırı üzüntü veya benzeri, sağlıklı karar vermesine engel olabilecek bir durumda ise karar vermemelidir (m. 1812).

⁸¹¹ Atalay, s. 248.

⁸¹² Avcı, s. 52.

⁸¹³ Atalay, s. 269.

10-Yargılama açık olarak yapılmalı, hakim ihsas-ı reyde bulunmamalıdır (m.1815)⁸¹⁴.

Osmanlı Devleti'nde hakimler değişik usullerle denetlenmektedir. Bu kapsamda hakimlerin görev süresi kısa tutulmakta, şikayet olması durumunda başkentten müfettiş görevlendirilmekte ve şühudü'l hal uygulaması yapılmaktadır⁸¹⁵. Şühudü'l-hal uygulaması, yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasında başvurulan etkili bir yoldur. Genelde, bir beldenin ileri gelenlerinden bir heyet oluşturulmakta, bu heyet bir yandan hakimi denetlerken, bir yandan yargılamaya gelebilecek etki ve baskılara karşı koruma kalkanı oluşturmaktadır⁸¹⁶. Her ne kadar kadı açısından bağlayıcı bir yönü olmasa da, fetvalar da bir tür denetim işlevi görmektedir⁸¹⁷.

1838 tarihli Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi, kadıların rüşvet alması, başkaca usulsüzlük yapmaları, ayrıca rüşvetle kadı veya naip atanması durumunda verilecek cezaları düzenlemek için çıkarılmış olup⁸¹⁸, para, mücevher ve kıymetli eşyaların hediye olarak alınması kesinlikle yasaklanmıştır. Aynı kanunnamede, hakimın tarafsız olmak zorunda olduğu, bu kapsamda fakir-zengin, müslüman-zimmi-müste'men, hür-köle ayrımı yapamayacağı belirtilmiştir⁸¹⁹.

İslam Hukukunda adalet çok önemli olup, adaletin tesisi hakimler eliyle yapılmaktadır. Hakimlerin davanın taraflarına eşit mesafede olmaları, baskılar karşısında eğilmemeleri, dolayısıyla bağımsızlık ve tarafsızlıklarının korunması için bazı güvenceler getirilmiştir. Bunlardan birisi hakim ücretlerinin yüksekliğidir. Hz.Muhammed döneminde en yüksek ücreti hakimlerin aldığı, Hz. Ömer döneminde, hakimlerin rüşvetten uzak durmaları için yüksek maaş verildiği, ayrıca hakimlerin zengin ve nüfuzlu kişilerden seçildiği, yine hakimlerin ticaretle uğraşmalarına izin verilmediği bilinmektedir⁸²⁰.

Osmanlı Devleti'nde, kadılar için başlangıçta bir görev süresi öngörülmemişti. Ancak gerek suistimallerin önlenmesi ve gerekse kadrolardaki

⁸¹⁴ İlhan/Cengiz, "Günümüz Türkçe'siyle Mecelle", Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2014, sayfa 573-575.

⁸¹⁵ Özkorkurt, s. 234.

⁸¹⁶ Avcı, s. 55.

⁸¹⁷ Özkorkurt, s. 234.

⁸¹⁸ Özkorkurt, s. 233.

⁸¹⁹ Avcı, s. 54.

⁸²⁰ Özkorkurt, s. 232.

yığılma nedeniyle ilerleyen zamanda görev süreleri kısaltılmıştır. Bu durumun olumsuz sonuçları olmuş, işsiz kalma korkusu yaşayan kadılar görevini gereği gibi yapamamışlar, hukuk dışı davranışlar ve usulsüzlükler ortaya çıkmıştır. 1834 yılında yapılan düzenleme ile hakimlere görev teminatı getirilmiş, hakimlerin istifa etmedikçe veya haklarında bir şikayet olmadıkça görevden alınamayacakları, haklarında yapılan şikayetin haklı olup olmadığının araştırılacağı öngörülmüştür⁸²¹.

Kadılar idari denetimin yanı sıra yargısal denetime de tabi olmuşlar, bu kapsamda haksız olarak verdikleri kararın yeniden incelenmesi olanağı getirilmiştir. Bu denetim (temyiz incelemesi) klasik dönemde Divanı Hümayun, Tanzimat Döneminde Meclis-i Tedkikat-ı Şer'iyeye ve daha sonra Mahkeme-i Temyiz Şer'iyeye Dairesi'nce yapılmıştır⁸²².

Osmanlı Devleti'nde yargı bağımsızlığı yönünden en sıkıntılı alanlardan birisi kapitülasyonlardır. Devlet, birçok alanda verdiği kapitülasyonlar nedeniyle sıkıntılar yaşamış, yargı alanında verilen kapitülasyonlar adalet sistemi ve inancı üzerinde ciddi tahribata yol açmıştır. Kural olarak bağımsız olan Osmanlı mahkemeleri, bu yargısal imtiyazlar nedeniyle yabancıları ya hiç yargılayamamışlar, ya da yaptıkları yargılamalarda müdahalelere maruz kalmışlardır. Bu nedenle, kapitülasyonlar dikkate alınacak olursa Osmanlı yargısının bağımsız olduğundan söz edilemeyecektir⁸²³.

3.2.2.Cumhuriyet Öncesi Türk Anayasalarında Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Dünyada ilk olarak ABD Anayasa'sının 3. maddesiyle, bir yazılı anayasa tarafından yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı güvene altına alınmıştır. Diğer modern demokrasiler de bu geleneği takip etmiş ve anayasalarında bu ilkeye yer vermiştir⁸²⁴.

⁸²¹ Özkorkurt, s. 233.

⁸²² Özkorkurt, s. 235.

⁸²³ Özkorkurt, s. 235.

⁸²⁴ Yavuz, s. 126.

Pierre Pactet'in dediği gibi, anayasalar canlılar gibi doğar, gelişir, siyasal yaşamın bozucu ve yıkıcı etkilerine maruz kalır ve günü geldiğinde yok olurlar⁸²⁵. Önemli olan anayasalardaki bu değişikliğin hukukun üstünlüğüne, daha fazla demokrasiye, temel hak ve özgürlüklerin daha fazla korunmasına doğru evrilmesidir.

3.2.2.1.1876 Tarihli Kanunu Esasi

Bu belgenin, “*anayasa*” olarak nitelendirilmesinin nedeni, onun hem devlet teşkilatına, hem devlet-vatandaş ilişkilerine (özgürlüklere) ilişkin kurallar içermesindedir⁸²⁶.

1808 yılında kabul edilen Sened-i İttifak ile başlayan süreçte Osmanlı Padişahlarının yetkileri kısıtlanmaya başlamış, bu süreç 1876 yılında tarihimizin ilk anayasası olan Kanun'u Esasi'nin kabul edilmesiyle devam etmiştir.

Fransa'daki gelişmelerden etkilenen ve Yeni Osmanlılar adıyla adlandırılan aydınlar, ülke içinde yaşanan sorunların siyasal değişiklikler ile çözümlenebileceğini düşünmüşler, bu kapsamda padişah iktidarının sınırlandırılması, kuvvetler ayrılığının uygulanması ve garanti altına alınması, bunun için de meşrutiyet ilanını istemişlerdir. Ancak padişah Abdulaziz meşrutiyeti ilan etmek istememiş, bunun üzerine başını Mithat Paşa'nın çektiği bir ekip Sultan Abdulaziz'i tahttan indirmiş, yerine V.Murat'ı tahta çıkarmıştır. Ancak akıl sağlığı yerinde olmayan bu padişah bir süre sonra tahttan indirilmiş, yerine anayasayı ve meşrutiyeti ilan edeceğini kabul eden Sultan Abdulhamit tahta çıkarılmıştır. Sultan Abdulhamit 23 Aralık 1876'da Kanun-i Esasi'yi ilan etmiş, bu ilan ile devlet yönetiminde mutlak monarşiden meşruti monarşiye geçilmiştir⁸²⁷.

1876 Anayasası'nda (Kanun-u Esasî) yargı organına ilişkin maddelerin başlığı için “*mehakim*” (mahkemeler) deyimini kullanmış, yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı konusunda bazı düzenlemeler getirmiştir⁸²⁸. Kanun-ı Esasi bir komisyon tarafından hazırlanmış, Meclis-i Vükela tarafından incelenmiş ve

⁸²⁵ Gözler/Kemal, “Kurucu İktidar”, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Bursa, Mart 2016, sayfa 10.

⁸²⁶ Gören/Zafer, “Anayasa Hukuku”, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015, Sayfa 42.

⁸²⁷ Şimşek, 59.

⁸²⁸ Özkul, s. 216.

padişah tarafından kabul ve ilan edilmiştir. Dolayısıyla Kanun-ı Esasinin yapımında yasama organı veya kurucu meclis görev yapmamıştır⁸²⁹. Bu bakımdan değerlendirildiğinde Kanun-ı Esasi, padişahın tek yanlı irade ve işlemiyle doğmuş bir ferman anayasa örneğidir⁸³⁰.

Yargı teşkilatından “mehakim” olarak söz eden Kanun-u Esasi, yargı yetkisinin yürütülmesi bakımından asgari güvencelere yer verilmiştir⁸³¹. Her ne kadar kuvvetler ayrılığı prensibi benimsenmemiş, yasama ve yürütme alanında padişahın güçlü etkisi devam ettirilmiş ise de, anayasada hakimlerin mahkum olmadıkça azledilemeyecekleri (md.81) ve mahkemelere müdahale edilemeyeceği (md.86), hakimlerin özlük işlerinin kanunla düzenleneceği (md.81 ve 88) kabul edilmiştir⁸³².

Yine Kanun-ı Esasi savcılık kurumunu da anayasallaştırmıştır (md.91). Ayrıca, Divan- Ali (yüce divan) adıyla, vekilleri, Yargıtay başkanı ve üyelerini ve padişah aleyhine cürüm işleyenleri yargılayacak 30 üyeli bir yüksek mahkeme kurulmaktadır (md. 92-95). Temyiz mahkemesi (Yargıtay) Kanun-ı Esasi'nin andığı, fakat açıkça düzenlemediği bir yargı üst katıdır⁸³³.

1876 Kanun-u Esasi'sinde, 8 Ağustos 1909 tarihli kanunla büyük ölçüde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile özgürlük alanları genişletilmiş olup hukuk devleti yolunda önemli bir aşama kaydedilmiştir⁸³⁴.

Anayasa metninde yargı bağımsızlığına ilişkin hükümler yer alsa da uygulamada yargı bağımsızlığının tesis edilemediği, hükümetin dilediği zaman yargı mensuplarının görevine son verebildikleri ifade edilmektedir⁸³⁵. Her şeye rağmen kabul etmek gerekir ki; Kanun-u Esasi'nin yargıyla ilgili hükümleri, yapıldığı zaman ve mekan ile ilgili şartlar göz önünde bulundurulduğunda, yargı bağımsızlığı konusunda önemli bir aşamadır⁸³⁶.

⁸²⁹ Tanör/Bülent, “Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri”, Yapı Kredi Yayınları, 28. Baskı, İstanbul, 2017, sayfa 133.

⁸³⁰ Uran Murphy, s. 61.

⁸³¹ Tanör, s. 144.

⁸³² Özkorkurt, s. 234.

⁸³³ Tanör, s. 145.

⁸³⁴ Uran Murphy, s. 64.

⁸³⁵ Yavuz, s. 126.

⁸³⁶ Kırmaz, s. 44.

3.2.2.2.1921 Tarihli Anayasa

23 Nisan 1920 tarihinde toplantılara başlayan Birinci BMM, 20 Ocak 1921 tarihine gelinceye kadar Atatürk'ün daha başlangıçta Meclise sunduğu bildiriye yer alan ilke ve temellere göre çıkarılan yasalarla faaliyette bulunmuştu. 20 Ocak 1921 tarihinde, Atatürk'ün doğrudan kendisinin esaslarını hazırladığı, halifelik ve saltanattan söz etmeyen ilk Teşkilatı Esasiye Kanunu, ulusal irade, ulusal egemenlik ilkelerini ve erkler birliği ilkesini açık ve kesin bir anlatımla kabul ederek 1924 Anayasasının en önemli aşamasını oluşturmuştur⁸³⁷.

1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda kuvvetler birliği ilkesi⁸³⁸ ile “*saf meclis hükümeti rejimi*” öngörülmüş⁸³⁹, bu durum anayasanın 2. maddesinde yürütme ve yasama yetkilerinin milletin tek temsilcisi olan TBMM'de tecelli ettiği şeklinde ifade edilmiştir⁸⁴⁰. Yasama ve yürütme yetkileri bakımından meclis tek yetkili kabul edilirken anayasada yargının nerede konumlandırıldığına ilişkin bir düzenleme yapılmamış⁸⁴¹, ancak dönem pratiği dikkate alındığında kuvvetler birliği ilkesi ve bu yöndeki uygulamanın yargı organını da etkilediği görülmüştür. Nitekim, anayasada açıkça yazmasa da, yargı yetkisinin de mecliste olduğu kabul edilmiş, bu nedenle İstiklal Mahkemeleri kurulmuştur⁸⁴².

Meclisin açılmasından anayasanın kabulüne kadarki dönemde, yargı ile ilgili bazı önemli kanun ve kararlar çıkarılmıştır. Bunlardan biri, Sivas'ta geçici bir temyiz mahkemesi kurulmasına ilişkin 7 Haziran 1920 tarihli ve 4 sayılı kanundur. İkinci önemli yasa, İstiklal Mahkemeleri'ni kuran 11 Eylül 1920 tarihli ve 21 sayılı kanundur. Bununla yedi mahkeme kurulmuş ve bunlara meclis içinden ve tarafından 21 üye seçilmiştir. Bu örnek, TBMM'nin yargı yetkisini de kendinde gördüğünün kanıtıdır⁸⁴³.

Bu anayasa döneminde yargı ile ilgili olarak en çok üzerinde durulan müessese, İstiklal Mahkemeleri'dir. Kararlarının temyizi mümkün olmayan bu

⁸³⁷ Gören, s. 50.

⁸³⁸ Özkul, s. 216.

⁸³⁹ Teziç, s. 501.

⁸⁴⁰ Tanör, s. 258.

⁸⁴¹ Özkorkurt, s. 236.

⁸⁴² Küçükyağcı/Nazmi, “Geçmişten Günümüze Türk Yargı Sistemi ve Yargı Bürokrasisi”, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Nisan 2012, Sayfa 72.

⁸⁴³ Tanör, s. 243.

mahkemelerin üyeleri doğrudan meclis tarafından⁸⁴⁴ ve meclisin kendi üyeleri arasından seçilmektedir⁸⁴⁵. Olağanüstü yetkilere sahip olan İstiklal Mahkemeleri oluşturulurken, milli egemenliğin bölünmezliğine dayanılarak, yargılama yetkisinin de Büyük Millet Meclisi'nde olduğu kabul edilmiştir⁸⁴⁶.

3.2.3.Cumhuriyet Dönemi Türk Anayasalarında Tarafsızlık ve Bağımsızlık

3.2.3.1.1924 Tarihli Anayasa

1924 Anayasa'sının hazırlanmasında, Fransa 1875 anayasal kanunları ile Lehistan (Polonya) 1921 Anayasa'sından yararlanılmıştır. Amaç, “*kuvvetli bir devlet*” düzeni yaratmak diye ifade edilmiş⁸⁴⁷ olup bu yönüyle 1924 Anayasası sert bir anayasadır⁸⁴⁸.

Bu Anayasada 1921 Anayasasından farklı olarak yargı organı Anayasa'da düzenlenmiştir⁸⁴⁹. 1924 Anayasası'nda yargı için “*kuvvei kazaiye*” tabiri kullanılmış⁸⁵⁰, yargı kuvveti 53-60. maddeleri arasında düzenlenmiştir⁸⁵¹. 1924 Anayasası da kuvvetleri birliği ilkesini kabul etmiş, 4. maddesinde egemenliğin millet adına TBMM'de olduğu, 5. maddesinde yasama ve yürütme fonksiyonlarının TBMM tarafından kullanılacağı⁸⁵² belirtilmiştir. 8. maddesinde, yargı hakkının millet adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı belirtilerek yargı için “*hak*” deyimini kullanılmıştır⁸⁵³. Daha önceki bölüm başlıklarında yasama ve yürütmeden “*görev*” (vazife) diye söz edilmişken yargıya “*kuvvet*” denmesi, bu organa güç ve saygınlık kazandırmıştır. Bu anayasa ile yargı gücü, milletin tek temsilcisi kabul edilen TBMM'den ayrı ve bağımsız bir güç kabul edilmiş, ayrıca mahkemelerin millet adına yargı görevini yapacakları belirtilerek bu erkin konumu güçlendirilmiştir⁸⁵⁴.

⁸⁴⁴ Yavuz, s. 126.

⁸⁴⁵ Uran Murphy, s. 66.

⁸⁴⁶ Teziç, s. 501.

⁸⁴⁷ Tanör, s. 292.

⁸⁴⁸ Gören, s. 55.

⁸⁴⁹ Küçükyağcı, s. 76.

⁸⁵⁰ Odyakmaz, s. 159.

⁸⁵¹ Yavuz, s. 127.

⁸⁵² Özkul, s. 217.

⁸⁵³ Özbudun, Anayasalcılık, s. 62.

⁸⁵⁴ Tanör, s. 306.

Bu dönemin Yargıtay Başkanlarından H.İ. Özyörük, yargıcın devlet yapılanmasındaki kuvvetlerden birisini temsil ettiğini, yargı erkinin bağımsız bir güç olduğunu, bu bağımsızlığın diğer kuvvetlere karşı veya zıt olmak değil, tüm kurumların uyum içinde çalışması için istikrar unsuru demek olduğunu belirterek yargı erkinin bağımsızlığına vurgu yapmıştır⁸⁵⁵.

Yargı hakkının millet namına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı 1924 Anayasası'nın 8. maddesinde düzenlenmiş, aynı maddede hakimlerin bağımsızlığına ilişkin genel ilkeye de yer verilmiştir. 54. maddede, hakimlerin bağımsız olduğu, hiçbir müdahale olmadan ve yasaya bağlı olarak görev yapacakları, mahkeme kararlarının yasama ve yürütme organları tarafından değiştirilemeyeceği ve bu kararların infazının engellenemeyeceği⁸⁵⁶, 55. maddede, kanunun öngördüğü usul ve haller dışında hakimlerin azledilemeyeceği, 56. maddede hakim güvencesine ilişkin hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hükümler dikkate alındığında, 1924 Anayasasının yargı bağımsızlığı yönünden sorunlu olduğu görülmektedir. Buna göre hakimlerin azledilememesine yönelik kanunla istisnai hükümler getirilebileceğinin öngörülmesi, yine hakim güvencesine ilişkin anayasal hükümler getirilmeyip bu hususun kanunla düzenleneceğinin öngörülmesi, idare mahkemelerine yönelik hükümlerin yürütme görevine ilişkin düzenlemeleri içeren 3. fasılda yer alması, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi benzeri bir denetim organının öngörülmemesi yargı bağımsızlığını zedeleyen durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁵⁷. Nitekim bu dönemde, hakimleri özlük işleri bakımından yürütmeye bağlı kılan birçok kanun çıkarılmıştır⁸⁵⁸. Dönemin Yargıtay başkanlarından olan M. Fevzi Bozer, 1950-1951 yargı yılı açış konuşmasında, Hakimler Kanununda hakimlere görünüşte teminat veren hükümlerin olduğunu, ancak hakimler, Yargıtay üyeleri ve hatta Yargıtay Başkanı'nın Adalet Bakanlığı tarafından tayin olunduğunu, bu durumun hakim bağımsızlığı ile uyuşmadığını söylemiştir⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ Ünal, s. 71.

⁸⁵⁶ Uran Murphy, s. 68.

⁸⁵⁷ Özkorkurt, s. 236.

⁸⁵⁸ Özbudun, Anayasalcılık, s. 62.

⁸⁵⁹ Ünal, s. 73.

Uygulamada hakimlerin özlük işleri bakımından yürütme organının yetkili kılınması ve hakimlerin görülen lüzum üzerine emekliye sevkedilebilmeleri, yargı organını güçsüzleştirmiş ve yürütmeye bağımlı kılmıştır⁸⁶⁰. Yürütmenin yargı üzerindeki hakimiyetini açıkça ortaya koyan bu Kanun'daki yargı bağımsızlığını zedeleyici bir başka düzenleme de, Adalet Bakanının hakimler üzerindeki gözetim hakkına ilişkin 83. maddedir⁸⁶¹. Bu maddeye göre: “ *Adalet Bakanı; Yargıtay Başkanını, üyeleri ve bütün hakimleri kendilerine yöneltilebilecek suçlamalara cevap vermek üzere makamına çağırma yetkisini haizdir*⁸⁶².

1924 Anayasası'nda, yasaların anayasaya uygun olup olmadığının yargı yoluyla denetlenmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda bulunan yol, millet adına egemenliği kullanma yetkisi verilen TBMM'nin kendi kendini denetlemesi, yani kanunların yapım aşamasında yapılan siyasal denetimdir⁸⁶³.

1924 Anayasasının uygulandığı dönemde yargı bağımsızlığının zedelendiği çok sayıda olay yaşanmıştır. Özellikle, bu anayasanın uygulandığı dönemin sonlarına doğru, yani 1950'li yılların başında, hükümet ile yargı organı arasındaki gerilim artmıştır. Bu dönemde hakimler emeklilik bakımından diğer devlet memurları gibi 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tabidirler. İşte hükümet, kanunun verdiği yetkiye dayanarak 30 hizmet yılını doldurmuş olan devlet memurlarını emekliye sevk etmiş, bu dönemde çok sayıda hakim de emekli edilmiştir. Yapılan bu uygulama, en temel hakim güvencelerinden olan emekliye sevkedilememe yasağına aykırı düşmüş ve yargı bağımsızlığını tartışılır hale getirmiştir⁸⁶⁴.

Yargı ve yürütme arasında gerilim daha da artmış, bunun üzerine Emekli Sandığı Kanunu'nda 1954 yılında değişiklik yapılmış, bu değişiklik ile 25 hizmet yılını dolduran yüksek mahkeme başkan ve üyelerinin resen emekliye sevkedilmelerinin önü açılmış, bu yönde yapılacak işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır. Bu değişiklik sonrası, hükümet birçok yüksek mahkeme başkan ve üyesini gördüğü lüzum üzerine emekliliğe sevk etmiştir. Yapılan bu işlem ile,

⁸⁶⁰ Özkul, s. 219.

⁸⁶¹ Uran Murphy, s. 71.

⁸⁶² Kırmaz, s. 47.

⁸⁶³ Tanör, s. 307.

⁸⁶⁴ Ünal, s. 72.

hakimlik teminatının temeli olarak azledilemezlik güvencesi ihlal edilmiş, ayrıca en temel birey haklarından olan hak arama özgürlüğünün önü kapatılmıştır⁸⁶⁵.

3.2.3.2.1961 Anayasası

Osmanlı-Türk anayasalarının en uzununu olan 1961 Anayasası, ikinci dünya savaşından sonra hazırlanan demokratik anayasalardan (Fransa, Federal Almanya, İtalya vb.) daha fazla hacme sahiptir. Anayasanın hazırlanmasında 1960 öncesi yaşanan olayların etkisi olduğu için kazuistik nitelikli birçok hükme yer verilmiş, bu nedenle “*teпки anayasası*” olarak nitelendirilmiştir⁸⁶⁶. Bu anayasa ile demokratik rejim tüm kurum ve kurallarıyla oluşturulmak istenmiş, bu nedenle yumuşak kuvvetler ayrılığı, iki kanatlı parlamento ve Anayasa Mahkemesi’ne sahip bir sistem öngörülmüştür⁸⁶⁷. Anayasanın yapım sürecinde Fedaral Almanya, İtalya ve Fransa anayasalarından esinlendiği ileri sürülmektedir⁸⁶⁸.

Celal Bayar 1924 ve 1921 Anayasalarını karşılaştırmış, iki anayasa arasındaki temel farkın egemenliğin kim tarafından ve nasıl kullanılacağına ilişkin olduğunu, 1924 Anayasasından egemenliğin millet adına TBMM tarafından kullanılacağını öngörüldüğünü, oysa 1961 Anayasasında egemenliğin bizzat milletin kendisine bırakıldığını, milletin bu egemenliğini yetkili organları aracılığıyla kullanacağını ifade edildiğini belirtmiştir⁸⁶⁹.

Özellikle 1950-1960 yılları arasında yasal düzenlemelerle hakimlerin bağımsızlığının önemli ölçüde tahrip edilmesi üzerine, 1961 Anayasası’nın hazırlanışı sırasında yargı bağımsızlığının bütün gereklerinin yerine getirilmesi konusuna önem ve öncelik verilmiş⁸⁷⁰, yargı alanı 1961 Anayasa’ında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir⁸⁷¹. 1961 Anayasasının üçüncü bölümü yargı oranına ayrılmış olup, bu bölümdeki 132-152. maddeler yargı organını düzenlemektedir⁸⁷². 1961 Anayasası’nda yasama ve yargı için yetki (md. 5 ve 7),

⁸⁶⁵ Ünal, s. 72.

⁸⁶⁶ Tanör, s. 377.

⁸⁶⁷ Özkul, s. 221.

⁸⁶⁸ Gören, 63.

⁸⁶⁹ Turhan/Mehmet, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 62-3, sayfa 381.

⁸⁷⁰ Uran Murphy, s. 71.

⁸⁷¹ Yavuz, s. 127.

⁸⁷² Küçükyağcı, s. 81.

yürütme için görev (md. 6) ibaresi kullanılmıştır⁸⁷³. 1961 Anayasası'nda, yargının bir yetki olup millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ve hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları belirtilmiş, devamında yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvencelere yer verilmiştir. Bu kapsamda, hakimlerin, Anayasa, kanun ve vicdanlarına göre karar verecekleri, azledilemeyecekleri, kendi istekleri dışında Anayasada öngörülen yaştan önce emekli edilemeyecekleri, hangi gerekçeyle olursa olsun aylıklarından yoksun bırakılamayacakları kabul edilmiştir⁸⁷⁴. 1961 Anayasası'nda yargı bağımsızlığı düzenlenirken objektif-subjektif bağımsızlık ayırımına uyularak 132. maddede mahkemelerin bağımsızlığı, 133. maddede ise hakimlerin teminatı düzenlenmiştir⁸⁷⁵. 1924 Anayasasından farklı olarak 1961 Anayasası'nda, hakim teminatını sağlamaya yönelik güvencelere anayasada yer verilmiştir.

İlk kez 1961 Anayasası ile, hakimlerin özlük işleri konusunda karar verme yetkisi genel idareden alınmış⁸⁷⁶, bu yetki 22.04.1962 tarihli 45 sayılı Kanunla kurulan Yüksek Hâkimler Kurulu'na verilmiş⁸⁷⁷, ayrıca kurulun kararlarına karşı yargı yolu açık tutulmuştur.

1961 Anayasası, tam anlamıyla kuvvetler ayrılığı ilkesinden hareket etmiş, yargı alanında Yüksek Hakimler Kurulu'nu kurmuştur. Hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi olarak adlandırılabilir olan ve saf bir kooptasyon sistemine dayalı olan bu kurul ülkemizde ilgi ile karşılanmıştır. Dünyada çok fazla örneği olmayan bu sistemin, önceki anayasa döneminde uygulanan hakimler rejimine bir tepki olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır⁸⁷⁸.

1961 Anayasası'nın 143-144. maddelerinde düzenlenen Yüksek Hakimler Kurulu ile, yargı erkinin yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığının korunması ve müdahalelerin önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Zamanın Yargıtay Başkanı olan Recai Seçkin, Yüksek Hâkimler Kurulu'nun ilk üyelerinin göreve başlaması nedeniyle yapılan törende bir konuşma yapmış, bu konuşmasında, YHK'nun

⁸⁷³ Odyakmaz, s. 159.

⁸⁷⁴ Özkorkurt, s. 237.

⁸⁷⁵ Uran Murphy, s. 72.

⁸⁷⁶ Özar/Süleyman, "Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Adalet Bakanı'nın HSYK ve Cumhuriyet Savcısı İle Arasındaki İlişkinin Hukuki Esas ve Kapsamı", TAAD, Yıl: 5, Sayı: 17 (Nisan 2014), sayfa 445.

⁸⁷⁷ Özkul, s. 223.

⁸⁷⁸ Ünal, s. 73.

yabancı ülkelerde bile çok yeni olduğunu, kurula düşen görevin sağlam ilkeler ve doğru gelenekler üzerinde çalışarak eşitlik ve adalet düşüncesine gölge düşürmemek olduğunu, anayasa ile oluşturulan hakim teminatı zırhına layık olunduğunun gösterilmesi gerektiğini, kurulun görevini gereği gibi yerine getirmediği, mesleği zayıf duruma düşürdüğü konusunda oluşacak bir algının kurulun bağımsız durumunu sona erdireceğini belirtmiştir⁸⁷⁹.

1961 Anayasası, yargı bağımsızlığı sorununu hakimler tarafından seçilen bir kurul ile çözmek istemiş, hakimlerin özlük hakları konusunda daha önce yürütme organına verilen yetkiler ortadan kaldırılmıştır⁸⁸⁰. Ancak kurula tüm hakimlerin değil, sadece birinci sınıfa ayrılmış hakimlerin üye seçebilmesi, kurulun ayrı bir bütçesinin olmaması eleştirilmiştir⁸⁸¹.

1971 yılında, 1488 sayılı Kanun'la, 1961 Anayasası'nın 35 maddesi değiştirilmiş, ayrıca 9 geçici madde eklenmiş, bu değişiklikler ile, anayasanın ilk halinden geriye gidüş yaşanmıştır. Anayasanın 144. maddesinde yapılan değişiklik ile, Yüksek Hakimler Kurulu'nun kararlarına karşı yargı yolu kapatılmış⁸⁸², ayrıca 137. maddede yapılan değişiklik ile Yüksek Savcılar Kurulu oluşturulmuş ve YHK'nın yapısı değiştirilmiştir. Bu değişiklik sonra Yüksek Hakimler Kurulu'nun üye sayısı azaltılmış, kurula sadece Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından üye seçilebileceği öngörülmüş ve Adalet Bakanına kurula gerek gördüğü durumlarda başkanlık etme yetkisi tanınmıştır.

3.2.3.3.1982 Anayasası

1980 askeri müdahalesi öncesi yaşanan siyasi ve toplumsal kaos yüzünden, 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndaki kurumlara karşı bir tepki niteliğinde belirmiş, yeni anayasada, devletin birliği ve korunması, vatanın ve milletin bölünmezliği ilkeleri ön plana çıkmıştır⁸⁸³. 1982 Anayasası yürütme erkinin üstünlüğü üzerine bina edilmiştir. Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren anayasalarda ve fiili uygulamalarda güçlü devlet dinamiği ortaya konulmak istenmiş, bu istek güçlü yürütme organı aracılığıyla sağlanmaya çalışılmıştır. 1961

⁸⁷⁹ Özok/Özdemir, "Hukuk Devleti ve Yargı Bağımsızlığı", TBB Dergisi, Sayı 84, yıl, 2009, sayfa 29.

⁸⁸⁰ Özkul, s. 226.

⁸⁸¹ Uran Murphy, s. 75.

⁸⁸² Uran Murphy, s. 77.

⁸⁸³ Kırmaz, s. 83.

Anayasası parti hükümetinin karşısına güçlü askeri bürokrasiyi çıkararak bir denge kurmaya çalışmış, 1982 Anayasası ise, parti hükümeti karşısında güçlü askeri bürokrasiyi ve daha önemlisi yetkileri arttırılarak güçlendirilmiş, ancak denetimini olmayan bir Cumhurbaşkanlığı sistemini çıkarmıştır. 1921 ve 1924 anayasaları ile sivilleşme yoluna giren devlet, 1961 ve 1982 anayasaları ile yönünü militarizme dönmüştür. Taha Parla, 1961 Anayasası'nın, özgürlükleri geliştirici, yargı bağımsızlığını artırıcı yönleri ve hukuk devleti anlayışıyla 1982 Anayasası'ndan üstün olduğunu, ancak 1961 Anayasası'nın devleti militarize ettiğini, askeri bürokrasiyi yürütme içinde yürütme, askeri yargıyı yargı içinde yargı pozisyonuna getirdiğini, bu nedenle 1982 Anayasası'na zemin hazırladığını ifade etmektedir⁸⁸⁴.

1982 Anayasası'nın en temel özelliği, yürütme organını diğer organlar karşısında güçlendirmesidir⁸⁸⁵. 1982 Anayasası, mekanik anlayışın etkilerini içeren düzenleyici bir yaklaşımı izler. “*Yönetebilirlik*” felsefesi dairesinde ele alınabilir. Literatürde bu Anayasa'nın “*güçlü devlet*”, “*etkili yürütme*” özlemiyle hareket ettiği savunulmuştur⁸⁸⁶.

1982 Anayasası'nda yasama organı için yapıldığı gibi, yargı gücü için de “*yetki*” tabiri kullanılmış, yürütme içinse “*görev*” ibaresi kullanılmıştır⁸⁸⁷. Görev ibaresi, başka bir organa bağlı olmayı ifade ettiğinden, yargı organları için kullanılması uygun değildir⁸⁸⁸. Anayasada hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa, kanun ve vicdanlarına göre karar verecekleri, azledilemeyecekleri, kendi istekleri dışında Anayasada öngörülen yaştan önce emekli edilemeyecekleri, hangi gerekçeyle olursa olsun aylıklarından yoksun bırakılmayacakları belirtilerek temel güvenceler belirtilmiştir⁸⁸⁹.

1982 Anayasa'sının 6/2. maddesinde, devlet adına kullanılacak bir yetkinin dayanağının anayasa olduğu, anayasa yetki vermedikçe hiçbir yetkinin kullanılmayacağı belirtilmiş, 7, 8 ve 9. maddelerde bu yetkiler açıklanmıştır. Bu kapsamda anayasamızın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına

⁸⁸⁴ Turhan, s. 383.

⁸⁸⁵ Özkul, s. 231.

⁸⁸⁶ Memiş/Emin, “Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011)-Anayasa Hukuku Notları”, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, 6. Baskı, Sayfa 142.

⁸⁸⁷ Odyakmaz, s. 159.

⁸⁸⁸ Odyakmaz, s. 160.

⁸⁸⁹ Özkorkurt, s. 237.

bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş, 2017 yılında yapılan değişiklik ile tarafsız ibaresi de eklenmiş ve bu şekilde yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir⁸⁹⁰. Anayasamız yetkileri sayarken sınırlayıcı davranmıştır.

1982 Anayasasının ilk halinde hakimlerin tarafsızlığına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. 2017 yılında yapılan değişiklik ile Anayasanın 9. maddesi değiştirilmiş ve tarafsızlık ilkesi anayasal bir düzenlemeye kavuşmuştur. Buna göre; yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemece kullanılacaktır. Böyle olmasa bile, tarafsızlık ilkesi Anayasa'nın 138. maddesi yanında, “*demokratik hukuk devleti*”, “*adalet*”, “*kanun önünde eşitlik*”, “*doğal yargıç*” gibi temel ilkeler (Anayasa mad. 2, 10,37) ile “*hak arama özgürlüğü*”nün (Anayasa mad. 36/1) özünde saklı olduğu kabul edilmektedir⁸⁹¹.

1982 Anayasası ile hakim ve savcıların özlük işleriyle ilgilenmek üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) adıyla tek bir çatı oluşturulmuş, hakim ve savcılara ilişkin ayrı kurullar oluşturulması yönündeki uygulamadan vazgeçilmiştir⁸⁹². Dönemin Adalet Bakanı, ayrı kurulların olduğu dönemde bu kurulların birbirine ters düşen ilke kararları aldıklarını, atama planlarının birbiriyle uyuşmadığını, bunun kaynak israfına neden olduğunu, hakim ve savcılarının özlük işlerinin en iyi şekilde yürütülmesi, aynı ilkelere bağlı kalınarak eşitlik prensipleri doğrultusunda uygulama yapılması için tek kurul oluşturulduğunu belirtmiştir⁸⁹³.

1982 Anayasası ile oluşturulan HSYK süreç içinde değişikliklere uğramıştır. Bu kapsamda, 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile, kurula kürsü hakim ve savcılarının üye seçmesi imkanı tanınmış, kurul üyeleri değişik kaynaklardan seçilerek/atanarak kaynak çeşitliliği ve katılımcılık sağlanmıştır. Ancak bu değişiklik ile beklenen sonuç gerçekleşmemiştir. Kamuoyunda blok liste ile oy verme olarak bilinen seçim usulü nedeniyle, aynı grup üyelerinin blok

⁸⁹⁰Özer/Atilla, “Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu”, Anayasa Yargısı Dergisi, “anayasa.gov.tr”.

⁸⁹¹Ergül/Ozan, “Anayasa Mahkemesi ve Hakim Tarafsızlığı”, TBB Dergisi, sayı 54, yıl 2004, sayfa249.

⁸⁹²Özar, s. 447.

⁸⁹³Kumkumoğlu/Kemal, Kumkumoğlu/Ahmet Kemal, “HSYK'nın 1961 ve 1962 Anayasaları'ndaki Durumu”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, sayfa 106.

olarak seçilmesi sağlanmış, bu da yargıyı yönetme ve yönlendirme gücünü elinde bulunduran kurulun, tek bir düşüncenin sözcüsü ve temsilcisi gibi hareket etmesine neden olmuştur. Bunun üzerinde 2017 yılında anayasanın ilgili hükümleri tekrar değiştirilmiş, kurulun ismi “*Hakimler ve Savcılar Kurulu*” olarak değiştirilmiş, üyelerin belirlenmesinde yürütmenin güç ve yetkisi önemli ölçüde arttırılmıştır.

3.3.Uluslararası Belgelerde Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, uluslararası insan hakları düzenlemelerine de konu olmuştur⁸⁹⁴. İnsan haklarının tanınması ve korunması açısından bir öncü olduğu kabul edilen ve imza sahibi devletler için bağlayıcı bir uluslararası gelenek yasası haline gelen⁸⁹⁵ BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 10. maddesinde, herkesin, hak ve yükümleriyle ilgili bir uyuşmazlık ortaya çıkması veya kendisine bir suç isnat edilmesi durumunda, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, adalete uygun olarak ve açık bir yargılama ile görülmesini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinde, herkesin hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlık çıkması veya bir suçlamayla karşılaşması durumunda, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, adil, aleni ve gecikmeksizin yargılanma hakkının olduğu, mahkemeler önünde herkesin eşit olduğu⁸⁹⁶ belirtilmiştir.

AİHS'nin 6/1. maddesinde, kişisel hak ve yükümlülükleriyle ilgili olarak hakkının ihlal edildiğini iddia eden veya bir suç isnadına maruz kalan herkesin, yasayla kurulmuş, bağımsızlık ve tarafsızlığa sahip bir mahkeme önünde, hakkaniyete uygun ve aleni olarak, makul süre içinde yargılanma hakkının olduğu belirtilmiştir⁸⁹⁷. Özellikle AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin AİHM'nce yorumu muhakemenin tarafsızlığını ileri derecede koruma

⁸⁹⁴ Yavuz, s. 130.

⁸⁹⁵ Uran Murphy, s. 44.

⁸⁹⁶ Uran Murphy, s. 44.

⁸⁹⁷ <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention>”, erişim tarihi 06.08.2017

altına almıştır⁸⁹⁸. Bu konu ilk bölümde incelendiğinden tekrar inceleme konusu yapılmamıştır.

1985 tarihli BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri isimli belgede, yargının baktığı işlerde tarafsız olması, hiçbir etki, baskı ve müdahale altında kalmadan, önündeki olayın özellikleri ve hukuka uygun olarak karar vermesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁹⁹. Bu düzenleme ile, yargı organlarının kimden ve ne surette gelirse gelsin, her türlü etki, baskı, telkin ve tehditten azade olarak karar vermesinin önemi ve gerekliliği vurgulanmıştır⁹⁰⁰.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13.10.1994 tarihli 518. Toplantısı'nda kabul edilen 94/12 sayılı Tavsiye Kararı'nın adli sorumluluklar başlıklı 5. ilkesinde, "...yasa hükümlerinin uygulanmasında davaları tarafsız bir şekilde yürütmek..." hakimlerin sorumlulukları arasında sayılmıştır⁹⁰¹.

Mahkemelerin tarafsızlığıyla ilgili en önemli uluslararası belge BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 23.04.2003 tarihinde kabul ettiği Bangolar Yargısal Davranış İlkeleri adını taşıyan belgedir. Bu belge hem ulusal hem de uluslararası metinlerden faydalanılarak hazırlanmış olup, diğer belgeler tarafsızlık konusunda daha çok devletlerin yükümlülüklerini hatırlatmaya yönelikken, bu belge hakimlerin uymaları gereken ilkelere yer vermektedir ve bu nedenle ana kaynak niteliği taşımaktadır⁹⁰². Avrupa Konseyine bağlı olan Avrupa Hakimleri Danışma Komitesi, henüz BM tarafından onaylanmadan, bu ilkelerle ilgili tavsiye kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne öneride bulunmuştur⁹⁰³. Bu ilkeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca değerlendirilmiş, kurulun 27.06.2006 tarih ve 353 sayılı kararı ile kabul edilmiş⁹⁰⁴, Yargıtay CGK da, bu belgede düzenlenen tarafsızlık ilkesini bir kararında kullanmıştır⁹⁰⁵. Bangolar Yargısal Davranış

⁸⁹⁸ Ömeroğlu, s. 16.

⁸⁹⁹ "Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslar arası Belgeler", Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, Eylül 2004, sayfa 16.

⁹⁰⁰ Özkan/İrem Burcu, "Uluslararası Yargı ve Savcı Etiği", "umut.org.tr", sayfa 6, erişim tarihi 28.07.2017.

⁹⁰¹ Ömeroğlu, s. 12.

⁹⁰² Ömeroğlu, s. 12.

⁹⁰³ Yanık, s. 175-176.

⁹⁰⁴ Özgül/Mecit, "6087 Sayılı HSYK Kanunu Uyarınca Yeni Denetim Modeli", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl 2012, sayı 43, sayfa 1-12.

⁹⁰⁵ Yargıtay CGK'nun 20.11.2007 tarihli, 2007/5-83 esas, 2007/244 karar sayılı kararı: "Her ne kadar hakimlik ve savcılık ayrı görevler olarak görülmekte ise de; Türk Hukuk Sisteminde gerek sadece Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun uygun bulmasıyla hakimlerin savcı, savcılarının

İlkeleri'nin HSYK tarafından kabul edilip içselleştirilmesi, Yargıtay kararları ile de tespit edildiği üzere bu ilkelerin iç hukukta uygulanması önemli ve isabetli olmuştur⁹⁰⁶.

İlkelerin önsözünde yargıçlara yönelik etik davranış standartlarını oluşturmak niyetiyle ilkelerin tasarlandığı, bu ilkelerin yargıçlara rehberlik etmek

hakim olarak atanmaların mümkün bulunması, gerekse savcıların şüphelinin hem lehine, hem de aleyhine olan delilleri toplamlarının zorunlu olması nedeniyle hakim ve savcıların taşınmaları gereken özellikler ve uymaları gereken meslek kuralları açısından hakimler ile savcılar arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Hakimlerin/savcılarının görevlerini hangi esaslara göre yapmaları gerektiği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu konudaki en önemli uluslararası metin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangalor Yargı Etiği İlkeleridir. Nitekim Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı ile de Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce tüm hakim ve savcılara genelge şeklinde duyurulmuştur. Bu belgede 6 temel değerden bahsedilmiş ve bu değerlere ilişkin ilkeler tanımlanmıştır. Adı geçen belgede korunan değerler; bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat olarak sayılırken, diğer kapsamlı açıklamaların yanında bağımsızlıktan bahsedilirken; "hakim, genelde toplumdandır, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsızdır.", tarafsızlıktan bahsedilirken, "Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir. Hakim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir. Hakim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır." doğruluk ve tutarlılıktan bahsedilirken, "Hakim, mesleki davranış şekli itibarıyla, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide her hangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır. Hakimin hal ve davranış tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır: Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar gerçekleş-tirildiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir." dürüstlükten bahsedilirken, "Dürüstlük ve dürüstlüğün görüntü olarak ortaya konuluşu, bir hakimin tüm etkinliklerini icrada esaslı bir unsurdur. Hakim, hakimden sadır olan tüm etkinliklerde yakışsız ve yakışık almayan görüntüler içerisinde olmaktan kaçınmalıdır. Kamunun sürekli denetim sujesi olan hakim, normal bir vatandaş tarafından sıkıntı verici olarak görülebilecek kişisel sınırlamaları kabullenmeli ve bunlara isteyerek ve özgürce uymalıdır. Hakim, özellikle yargı mesleğinin onuruyla uyumlu bir tarzda davranmalıdır. Hakim, kendi mahkemesinde hukuk mesleğini icra eden kimselerle olan bireysel ilişkilerinde, objektif olarak bakıldığında tarafgirlik veya bir tarafa meyletme görüntüsü ya da şüphe doğuracak durumlardan kaçınmalıdır. Hakim; ailesinin, sosyal veya diğer ilişkilerinin, hakim olarak mesleki davranışlarını veya vereceği yargısal kararları etkilemesine izin vermemelidir. Hakim, hakimlik mesleğinin prestijini; kendisine, aile üyelerinden birisine veya her hangi bir kimseye özel çıkar sağlayacak şekilde ne kendisi kullanmalı ne de başka birisine kullandırtmalıdır. Ayrıca hakim, yargı görevinin yerine getirilmesinde, her hangi bir kimsenin kendisini etkileyebileceği izlenimine ne kendisi yol açmalıdır, ne de başkalarının böyle bir izlenime yol açmalarına müsaade etmelidir. Hakim ve aile üyeleri; yargısal görevlerin yerine getirilmesine ilişkin olarak, bir şeyin hakim tarafından yapılması, yapılmaması veya yapılmasına kayıtsız kalınması ile ilintili herhangi bir hediye, bir kredi, bir teberru ya da bir iltimas talebinde bulunmaları veya kabul etmeleri konusunda izin veremez." eşitlikten bahsedilirken; "Yargıçlık makamının gerektirdiği performans açısından asıl olan; herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamaktır." ehliyet ve liyakattan bahsedilirken, "Hakim, yargısal görevlerini layıkıyla yerine getirilmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunamaz." denilmek suretiyle bir hakimin (savcının) uyması gereken etik değerler özü itibarıyla ortaya konulmuştur.", UYAP-Ulusal Yargı Ağı Projesi, erişim tarihi 06.08.2017.

⁹⁰⁶ Sarı/Cengiz, "Hakimlerin Hesap Verebilirliği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl 5, sayı 17, nisan 2014, sayfa 377.

ve yargısal davranışı düzenlemesi için yargıya bir çerçeve sunmak amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Yine bu ilkelerin, devlet görevlileri ile avukatların ve genel anlamda toplumun, yargıyı daha iyi anlamalarının ve destek olmalarının amaçlandığı belirtilmiştir. Bu ilkelerin, yargıçların davranışlarından dolayı yargısal standartları muhafaza etmek için kurulmuş bağımsız ve tarafsız kurumlara karşı sorumlu olduklarını varsaydığı ve yargıçları bağlayıcı mevcut hukuk ve davranış kurallarının yerine geçmeyi değil, onları tamamlamak niyetiyle öngörüldüğü belirtilmiştir. Bu ilkeler bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırılık, eşitlik, ehliyet ve özen olarak sayılmıştır⁹⁰⁷.

Belgede “*tarafsızlık*” başlığı altında, hakimlerin görevlerini önyargı ve iltimas olmadan tarafsız şekilde yerine getirmeleri, hakimin duruşma sırasında ve dışında, tarafların ve kamuoyunun güvenini koruyacak ve artıracak şekilde davranması, reddini gerektirecek davranışlardan kaçınması, baktığı veya önüne gelme ihtimali olan bir dava hakkında tarafsızlığını kuşkuya düşürecek yorumlarda bulunmaması, tarafsız davranamayacağına kanaat getirmesi durumunda yargılamadan çekilmesi gerektiği belirtilmiştir⁹⁰⁸.

4.HAKİMİN TARAFSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞI

4.1.Genel Olarak

“*İnsanlığın en güzel vazifesi adaletin dağıtılmasıdır*”⁹⁰⁹ der Voltaire. Adalet, hukuk, eşitlik, hak ve özgürlükler gibi insanlığın ortak malı olan evrensel değerler, devletin ortaya çıkışından çok önce toplum ve bireyler tarafından üretilen değerlerdir. Dolayısıyla bu değerler, devletten daha öncelikli ve bağımsızdır. Devlet, bu değerlerin korunması ve yaşatılması için oluşturulan, hukuka bağlı olarak düzeni sağlamaya çalışan, bu yönüyle bireye ve topluma hizmet eden bir araçtır⁹¹⁰. Gerçekten geçmişten günümüze sürekli bir gelişim içinde olan insan ve toplum ancak adaletle kaim olmuş ve olacaktır.

Anayasamızın amir hükmü gereğince Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti, her insanın doğuştan haklara sahip olduğu, bu hak ve

⁹⁰⁷ İnceoğlu/Sibel, “Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri”. Beta Yayınları,1.Baskı, İstanbul 2008, sayfa 358.

⁹⁰⁸ www.hsk.gov.tr, erişim tarihi 06.08.2017.

⁹⁰⁹ Fendoğlu, s. 339.

⁹¹⁰ Selçuk, s. 37.

özgürlüklerin hukuk sistemince korunduğu, devlet adına güç ve yetki kullanan tüm kişi ve kurumların anayasa, hukukun genel ilkeleri ve kanunlar ile bağlı olduğu, bu kişi ve kurumların sahip oldukları yetki ve gücü adalet ve hukuk güvenliğini sağlamak, insan hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek için kullandıkları, bu yolla devletin meşruiyetinin sağlandığı sistemin adıdır⁹¹¹. Bireysel hakları korumadaki başlıca sorumluluk, yasama, yürütme ve yargı organlarına aittir⁹¹².

Hukuk devleti, insanların adalet içinde yaşadıkları, özgürlük için güvenlikten, güvenlik için de özgürlükten vazgeçemedikleri, bu ikisinin dengeli şekilde korunup sağlandığı sistemin adıdır. Bu sistemde insan, insan olmasının doğal sonucu olarak temel hak ve özgürlüklerin sahibidir. Bu haklarının devletin koruması altında olduğunu, haklarına yönelik bir müdahale olması durumunda aktif olarak korunacağını, yetkili makamlar önünde hakkını arayabileceğini ve bu nedenle başına bir şey gelmeyeceğini bilir. Dahası, en güçlü konumunda olan devletin de hukukla bağlı olduğunu, devletin gücüne güvenip dayanarak, kaynağını hukuk düzeninden almayan bir yetkiyi kullanamayacağını, bu kapsamda hak ve özgürlüklerini kısıtlayamayacağını, böyle yapması durumunda hukuk düzeninin kendisini devlete karşı da koruyacağını bilir.

Hukuk devleti ilkesinin doğal sonucu, yargılamaların bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yapılmasıdır⁹¹³. İnsan hak ve özgürlüklerinin güçlü olan devlet karşısında korunması, bu yolla demokrasinin işletilmesi ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için bağımsız ve tarafsız bir yargı organının varlığı gerekli ve zorunludur⁹¹⁴.

Adil olan devlete hukuk devleti denir⁹¹⁵. Anayasada ifadesini bulan ve millet adına kullanılan yargı gücünün amacı, hukuk düzeninin sağlanması, bu yolla hak ve özgürlüklerin korunmasıdır⁹¹⁶. Adaletin sağlanması, kişinin gerek devlete ve gerekse başka kişilere karşı korunması, özgürlük ve güvenlik dengesi

⁹¹¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 109.

⁹¹² Çoban/Alı Rıza, “Anayasa Mahkemesi: Anayasanın Yorumlayıcısı mı Yoksa Bireysel Hakların Koruyucusu mu?”, Anayasa Yargısı Dergisi, yıl 2014, sayı 31, sayfa 292.

⁹¹³ Donay/Süheyl, “Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku”, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2015, Sayfa 18.

⁹¹⁴ Uran Murphy/Peri, “Teorik Çerçeve Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı”, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, Sayfa 24.

⁹¹⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 109.

⁹¹⁶ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 453.

içinde yaşayabilmesinin teminatı, güçlü ve adil bir yargı düzenidir. Yargı düzeninin güçlü ve adil olmasının birinci koşulu da hakimin tarafsız ve bağımsız olması, önüne gelen uyuşmazlıkta yalnızca ve sadece hukuk kuralları ve vicdanı doğrultusunda karar verebilmesidir.

Bağımsız olan yargı ile korunan, güçlü olan devlet karşısında güçsüz olan bireydir. Çünkü yargı, her türlü imkana sahip olan devlet ile imkanlardan yoksun olan birey arasında durmakta, güçlü devletin hukuka uygun davranmasını sağlamaktadır⁹¹⁷. Yargının bu fonksiyonu, onun bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğinin önemini ortaya çıkarmaktadır⁹¹⁸.

Millet adına kullanılan yargı fonksiyonu içindeki en önemli süje olan hakim, millettten aldığı bu yetkiyi kullanıp yargılama yaparken tarafgir davranmamalı, önyargı ve peşin hükümden uzak bir şekilde ve anayasanın amir hükmüne göre sadece hukuk ve vicdanıyla bağlı kalarak hareket etmelidir. Bağımsızlık ve tarafsızlık hakimin birbirinden ayrılması mümkün olmayan iki niteliği, adeta olmazsa olmaz karakteridir. Bağımsızlık, hakimin dış etkenler diyebileceğimiz, diğer devlet organları, davanın tarafları, kamuoyu ve çevre etkilerinden korunması olarak nitelendirilebilirken, tarafsızlık hakimin kendi önyargılarından, inançlarından, sübjektif düşünce ve kabullerinden kurtulabilmesi ve önündeki uyuşmazlığı adalete uygun çözebilmesini ifade eder. Daha öz bir ifadeyle, bağımsızlık hakimin dışarıya karşı korunması, tarafsızlık ise hakimin kendisine karşı korunmasını sağlar⁹¹⁹. Nitekim HSK tarafından hazırlanan “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*” nin giriş kısmında; “*Hâkimler ve savcılar, görevlerini yerine getirirken adaletin en hassas ve doğru şekilde dağıtıldığından emin olan, meslekî sorumluluk içinde davranan, bütün işlemleri ile karar ve davranışlarında insan ve toplum hayatına tesir edeceklerinin ve toplum nezdindeki saygınlıklarının korunmasının Türk yargısının itibarını da yükselteceğinin bilincinde olan ‘hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn’ insanlardır. Anayasa ve kanunlardan aldıkları yetki çerçevesinde, hür vicdanları ile evrensel değerleri şiar edinerek bağımsız ve tarafsız olarak görevlerini yürütürler. Bu bildirmede belirtilen etik ilkeleri içtenlikle benimser, gerek meslekî gerekse sosyal hayatlarında bu ilkeler*

⁹¹⁷ Özkan, s. 6.

⁹¹⁸ Özbek/Veli Özer, Doğan/Koray, Bacaksız/Pınar, Tepe/İlker, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2017, Sayfa, 507.

⁹¹⁹ Özkul, s. 215.

*doğrultusunda davranmaya onurları ve vicdanları üzerine söz verirler*⁹²⁰.” denilerek bağımsızlık ve tarafsızlığın önemi vurgulanmıştır.

İnsan haklarına dayalı demokratik rejimlerin en önemli özelliği olan bağımsız ve tarafsız bir yargı organı, hak ve özgürlüklerin korunması, herkesin güven ve özgürlük içinde yaşaması için en büyük teminattır⁹²¹. Liberal demokrasi, çoğunluğun seçimlerde oy vermesinden ibaret değildir; hukuk ve kuvvetler ayrılığı sistemiyle iktidarın uygulamalarını sınırlayan ve düzenleyen karmaşık bir kurumlar bütünüdür. Pek çok ülkede, demokratik meşruiyetin resmi olarak kabul edilmesiyle birlikte iktidar yetkisi üzerindeki denetimler sistematik olarak kaldırılmış ve hukukun üstünlüğü zaafa uğratılmıştır⁹²².

Adil yargılanma hakkının gereği ve güvencesi olan yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için, hakimin devletin diğer erkleri karşısında bağımsız olması gerektiği gibi, muhakeme içi ve dışı tüm diğer aktörlerin baskısından da uzak olması gerekir. Bunu sağlayabilecek olan da, hakimin bağımsız ve tarafsız olması, bu hususun anayasal ve yasal metinlerle güvence altına alınmasıdır. Bu bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı organından daha fazla bireyleri etkileyen, onların hak ve özgürlüklerini koruyan, dolayısıyla hak arama özgürlüğünü de teminat altına alan bir durumdur⁹²³.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve sonucu olan yargı bağımsızlığı ile yargı fonksiyonu hiçbir baskı, etki, telkinin muhatabı olmaksızın çalışacak, bu yolla adalete ve dolayısıyla devlete olan inanç ve güven artacaktır⁹²⁴. Tarafsızlığın ilk şartı bağımsızlık olmakla birlikte, tarafsızlık için bağımsız olmak yeterli değildir. Bunlar birbiriyle eş anlamlı değildir. Bağımsız bir mahkemenin tarafsızlığından şüphe etmemize yol açacak sebepler bulunabilir. Burada bağımsızlık ve tarafsızlık arasındaki ilişkiyi açıklamak için futbol hakemi metaforu kullanılabilir. Buna göre, eğer hakem taraflardan birinden onun lehine karar vermesi için rüşvet alırsa hem bağımsızlığını hem de tarafsızlığını yitirir.

⁹²⁰ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 09.04.2019.

⁹²¹ Özkul, s. 205.

⁹²² Fukuyama/Francis, “Siyasi Düzenin Kökleri”, Çeviren; Ezgi Başer, Profil Yayınları, 1. Baskı, Mart 2016, Sayfa 18.

⁹²³ Özen/Muharrem, ”Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 2010/1, sayfa 32.

⁹²⁴ Atay/Ender Ethem, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, Yıl 2013, Sayfa 1133.

Ama hakem taraflardan birisi için bahse girse bağımsızlığını muhafaza etmiş ama tarafsızlığını yitirmiş olur⁹²⁵.

4.2.Kavram

Tarafsızlık; “yansızlık⁹²⁶”, “iki taraftan birisini tutmama, iki düşünce arasında tercih yapmama hali⁹²⁷, taraflar bakımından objektif olunması, subjektif davranılmaması, tarafların olumlu ya da olumsuz etkisi altında kalınmaması⁹²⁸” demektir. Bağımsızlık ise; “Bağımsız olma durumu veya niteliği, istiklal⁹²⁹”, “hiçbir etki ve baskı altında kalmadan serbestçe ve özgürce karar verebilme ve hareket edebilme kabiliyeti⁹³⁰” demektir. AİHS’nin 6. maddesinde ifadesini bulduğu şekliyle tarafsızlık hakimin davanın taraflarının leh ve aleyhinde bir duygu ve çıkara sahip olmaması, vereceği kararı etkileyecek şekilde önyargı, tarafgirlik ve menfaatinin bulunmaması demektir⁹³¹.

Hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı genelde birlikte kullanılan, zaman zaman da birbirinin yerine kullanılan kavramlardır. Oysa yukarıda belirtildiği üzere tarafsızlık birey olan hakimi ilgilendiren bir husus iken, bağımsızlık kurum olan mahkemeleri ilgilendiren bir husustur. Yine bağımsızlıktan kasıt hakimlerin bağımsızlığı mı, yoksa kurum olan mahkemelerin bağımsızlığı mıdır? Yasama ve yürütmeden ayrı bir kuvvet olan yargının bağımsızlığını, sadece hakim ve mahkemelerin bağımsızlığına indirgemek, çağdaş anayasa teorisiyle bağdaşmaz⁹³².

Gerçekten bu kavramlar birbirleriyle çok yakından ilişkili olsa da birbiri yerine kullanılamayacak kadar farklı kapsamlara sahip olabilmektedir. Elbette bir mahkemenin bağımsızlığından söz edebilmenin ön şartı hakimlerin bağımsız olmasıdır. O halde mahkemelerin bağımsızlığından söz ettiğimizde, aynı zamanda hakimlerin bağımsızlığı ve onların sahip oldukları teminatı da içeren bir konuyu ele alıyoruz demektir. Ancak sırf hakimlerin bağımsız olması mahkemelerin

⁹²⁵ Yılmaz/Halit, “Türkiye’nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009, sayfa 27.

⁹²⁶“ www.tdk.gov.tr”, erişim tarihi 02.08.2017.

⁹²⁷ “www.wikipedia.org.tr”, erişim tarihi 02.08.2017.

⁹²⁸ Yavuz, s. 37.

⁹²⁹ www.tdk.gov.tr. Erişim tarihi 07.08.2017.

⁹³⁰ Yanık, s. 91.

⁹³¹ Yavuz, s. 38.

⁹³² Yanık/Murat, “Yargının Yönetimi ve Denetimi”, Der Yayınları, İstanbul 2014, sayfa 90.

bağımsızlığı için yeterli olmayabilir. Gerçekten yargı bağımsızlığına salt hakimlerin bağımsızlığı noktasından bakmak onu son derece dar bir zemine oturtmak demektir. Diğer bir deyişle, hakimlerin bağımsız olduğu ancak mahkemelerin, yönetimin olağan bir unsuruymuş gibi örgütlendiği bir sistem de yaratmak mümkündür. Örneğin hakimlerinin bağımsızlığı temin edilmiş bir mahkemenin gördüğü bir dava sırasında, mahkemenin yetki alanının değiştirilmesi ve davanın başka bir mahkemeye yönlendirilmesi veya mahkemenin tamamen kaldırılması ya da mahkemenin cari ihtiyaçlarını karşılayacak kaynakların kısılması hallerinde artık o mahkemenin bağımsızlığından söz etmek mümkün olmayabilir⁹³³.

4.3.Tarafsızlık

4.3.1.Genel Olarak

Hakimin taraflara eşit mesafede bulunmasına (AY m. 10)⁹³⁴, objektif olmasına, yani taraflar bakımından subjektif davranmamasına “ *hakimin tarafsızlığı*” denilir⁹³⁵. Hakimin tarafsızlığı, taraflardan biri lehine kanunu isabetsiz ve yanlış uygulamaması, taraflardan birini kollamaması⁹³⁶, önündeki davayı görürken taraflara eşit davranması ve bu işleri yaparken kendi iç dünyasındaki duygu ve düşüncelerinden arınabilmesidir. Aynı davada taraflar farklı olduğunda da aynı karar verilebilecekse, tarafsızlık söz konusudur⁹³⁷. Adalet sembolü gözleri kapalı ve elinde bir terazi olan kişi olarak resmedilmiştir. Gözlerin kapalı olması, hakimin davanın taraflarına yabancı olmasını, kararını verirken tarafların kim olduğunu dikkate almamasını ifade eder⁹³⁸. Nitekim HSK tarafından hazırlanan “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*” nin 3.1. maddesinde; “*Adil yargılamanın gereği olarak, herhangi bir tarafa iltimas göstermeden ve ayrımcılık yapmadan tarafsız bir şekilde hareket ederler*”⁹³⁹” denilerek tarafsızlığın adil yargılamanın bir gereği olduğu vurgulanmıştır.

⁹³³ Yılmaz, s. 9-10.

⁹³⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 174.

⁹³⁵ Yenisey/ Nuhoglu, s. 237.

⁹³⁶ Soyaslan, s. 225.

⁹³⁷ Şahin, s. 213.

⁹³⁸ Yenisey/Nuhoglu, s. 237.

⁹³⁹ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 09.04.2019.

Hakim kelimesi, egemen, başta gelen, baskın çıkan, duygu ve davranışlarını denetleyebilen, yüksek bir yerden aşağıdaki yerleri bütün olarak gören, yargıç⁹⁴⁰ anlamlarına gelmektedir. Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğünde de hakim kelimesinin karşılığı olarak “yargıç” kelimesi verilmiştir⁹⁴¹.

Türk Hukuk Lugatı, hakim kavramını “*niza ve ihtilafları hukuka göre kaza yolu ile hal etmek için devlet tarafından nasıp ve tayin olunan kimse*” olarak tanımlamıştır⁹⁴².

Hakîm; alim, bilgin, her şeyi bilen, tabiatı inceleyen, felsefeci, tabip, doktor, Hâkim; her şeye hükmeden, tanrı, Hâkim-i Şer; bir yerin kadısı⁹⁴³ anlamlarına gelmektedir.

Hakim kelimesi Arapça h-k-m kökenli olup terim olarak devletin egemenlik yetkisini kullanmak, ihtilafları çözmek ve adaletle hüküm vermek anlamlarını içerir. Hakim, hüküm (kural) koyan, hükmeden (hükümet eden: kuralı uygulayan), hüküm veren (ihtilafları çözen) anlamlarını içerir, kadıları ve idari otoriteleri de kapsar. Fıkıh literatüründe hüküm kelimesinin sözlükteki anlamlarıyla ilişki kurularak kadıya –zulme engel olup hakkı sahibine iade ettiği için- hakim denilmiştir⁹⁴⁴. Hâkim; hâli, yani olmuş olanı yargılayan ve halleden kişidir⁹⁴⁵. Kelimenin çoğulu hükkam olup yargı yetkisi bulunan yargıçlar anlamında Kuran’da bir yerde kullanılmıştır⁹⁴⁶.

Hakim kelimesi hak kelimesinden türetilmiş olup, hakkı sahibine teslim eden, adil ve tarafsız olduğuna güvenilen, bu nedenle uyuşmazlığı çözmekle yetkilendirilen kişi olarak tanımlanmaktadır. Hakimin görevi, hakkı sahibine teslim etmek olduğundan ve bunu yapabilmek için iki veya çok taraflı

⁹⁴⁰ Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sitesi, www.tdk.gov.tr, erişim Tarihi; 25.07.2017

⁹⁴¹ Sungurbey/İsmet, “Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü”, TDK Yayınları, 1966.

⁹⁴² Gözler/Kemal, “Devletin Genel Teorisi”, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos 2016, sayfa 343.

⁹⁴³ Develioğlu/Ferit, “Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat”, Aydın Kitabevi Yayınları, 26. Baskı, Ankara 2010, sayfa 360.

⁹⁴⁴ Avcı/Mustafa, “Mecelle’ye göre Hakimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl 7, sayı 27, Temmuz 2016, sayfa 35.

⁹⁴⁵ Pınar/Atilla, “Türk Hukuku’nda Hakimin Vasıfları, Ahlak ve Adabı”. TBB Dergisi, sayı 104, Ankara 2013, sayfa 329.

⁹⁴⁶ Öztürk/Yaşar Nuri, “Türkçe Kuran Meali”, Bakara Suresi, 188. Ayet.

uyuşmazlıkları çözmesi gerektiğinden, uyuşmazlığın tarafları arasında tarafsız olması, iki taraftan birisini tutmaması gerekir⁹⁴⁷.

Her şeyden önce, adalet dağıtımında, yargıcın yan tutmazlığının temel ilke olması akla gelir. Ancak nereye değin? Bunun bir fetişizm olmadığı unutulmamalıdır. Bu, suçluyu asla savsaklamak zorunda bırakan bir ilke değildir. Aksi takdirde yargıç yalnızca soyut suçu yargılamış olur. Bu durumda, cezaların bireyselleştirilmesi gerçekleştirilemez. Unutmamak gerekir ki ceza adaleti, soyut cezaların otomatik dağıtıcısı mekanik bir yargıca değil, insanca adalet dağıtan “*insan-yargıca*” muhtaçtır. Çünkü ilk durumda, bir bilgisayar, “*mekanik yargıcın*” görevini yetkin bir biçimde yerine getirebilir⁹⁴⁸.

Adalet, insan eliyle gerçekleşir. Dolayısıyla hukukçuların nitelikli olması adaletin tecellisinde çok önemlidir. Başta hakim olmak üzere hukukçular nitelikli olmazsa toplum huzur bulamaz. Hakimlerin bağımsız, iyi yetişmiş, birikimli, güvenilir, güçlü, korkudan azade ve özgür olmaları adaletin tecellisinden önce gelir⁹⁴⁹. İşte bu nedenle Sami Selçuk yargıçların tek bir efendisi olduğunu, onun da “*hukuk*” olduğunu belirtir⁹⁵⁰. Hakim, anayasada tarifini bulduğu şekliyle hukuk ve vicdanına göre değil de, devlet güçleri, davanın tarafları, baskı grupları veya kendi kişisel duygu ve inançlarıyla karar verirse, bu karar aleyhine verilen kişi kadar toplumun da adalete ve dolayısıyla devlete olan inancını zayıflatır⁹⁵¹.

İnsan Hakları Komitesi’ne göre, hakim önüne gelen dava veya davanın tarafları hakkında önyargıya sahipse veya taraflardan biri lehine hareket ediyorsa, o hakimin tarafsız olduğundan söz edilemez. Dolayısıyla hakimin tarafsız olması ve bu şekilde görünmesi, adalet sistemine saygı duyulmasının en temel koşuludur⁹⁵².

Adil bir yargılama, birçok kişi veya kuruluşun katılımı ve aynı zamanda birçok koşulun gerçekleşmesi ile mümkündür. Bunun için hakimin bağımsız olması, baskı ve etki altında kalmamasını sağlayacak önlemler alınmalıdır. Ancak

⁹⁴⁷ Sezer/Yasin, Ermumcu/Osman, Bilgin/Hüseyin, “Yeni Düzenlemeler Işığında İdari Yargıda Hakimin Çekinmesi ve Reddi”, TAAD, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 5, 20 Nisan 2011, sayfa 125.

⁹⁴⁸ Selçuk, Adalet ve Hukuk, s. 63.

⁹⁴⁹ Şafak/Alı, “Kaza, Siham-ı Kazadan Nasıl Kurtarılabilir”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, sayı 7, sayfa 876.

⁹⁵⁰ Selçuk/Sami, “Bağımsız Yargı Özgür Düşünce”, İmge Kitabevi, Mart 2007, sayfa 19.

⁹⁵¹ Ünal, s. 7.

⁹⁵² Uluslararası Af Örgütü, “Adil Yargılanma Hakkı”, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, sayfa 167.

adil yargılama için hakime düşen görevler de vardır. Hakim önüne gelen bir meseleyi çözerken, taraflara yakın ve uzak olmadan, onlara yabancı kalarak ve taraf tutmadan hareket etmelidir. Çünkü, bağımsızlık ve tarafsızlık hakimden kaynaklı nedenlerle de zedelenebilir. Hakimin bilerek veya bilmeyerek, geçmişi, etnik veya dinsel menşei, gelenekleri, görüş ve inançlarını yargılamaya yansıtması durumunda adil yargılamanın gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu nedenle hakim tarafsız kalamayacaksa davadan çekilmelidir⁹⁵³. HSK tarafından kabul edilen “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*” nin 3.5. maddesinde; “*Kişisel kanaat ve düşüncelerinin, tarafsızlıklarına gölge düşürmesine izin vermez ve ön yargılı şekilde hareket etmezler. Görevlerini yürütürken ön yargı ve tercihlerinden etkilenip etkilenmediklerini sorgularlar*”⁹⁵⁴.” denilerek tarafsızlığın sağlanması konusunda hakime düşen görevler belirtilmiştir.

Alman Yargıçlar Yasası’nın 39. maddesi, yargıçların görev sahaları içinde ve dışında veya siyasal çalışmalar yaparken, yargıçlık mesleğinin bağımsızlığına güvenin sarsılmamasına özen göstermek durumunda olduklarını belirtir. Anayasanın öngördüğü şekilde yargıç, yasal tartışmalarda ve sorunlara çözüm üretmede, yansız karar vermek suretiyle, nesnel ve akılcı bir hukuk ortamının yaratılmasına, toplumsal barışa katkı sağlamış olur⁹⁵⁵.

Tarafsızlık, hakimde olması gereken en önemli özelliklerden biridir. Yargılama görevini yürüten hakim tarafsız olmalı, yargılamanın taraflarına eşit mesafede durmalıdır. Hakim, tarafların kişisel özelliklerinden, siyasi, dini, ideolojik, felsefi düşüncelerinden kendisini soyutlamalı, yasal düzenlemelere ve hukuk kurallarına bağlı olarak, iddia ve savunmanın ileri sürdüğü görüşleri somut olaya göre değerlendirip vicdani kanaati çerçevesinde hüküm tesis etmelidir⁹⁵⁶.

Hakimin siyasi bir partiye, bir dine, dünya görüşüne, ırka, başka bir cinsiyete ya da belli bir medeni duruma ait ya da sahip olması kural olarak ret sebebi sayılmaz. Hakimin meslek öncesi faaliyetleri de sadece belli durumlarda reddetmeye yeterli olur⁹⁵⁷.

⁹⁵³ Özkorkurt, s. 229.

⁹⁵⁴ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 09.04.2019.

⁹⁵⁵ Bayraktarlı, s. 137.

⁹⁵⁶ Yenidünya/İçer, s. 39-40.

⁹⁵⁷ Pfeiffer, Strafprozeßordnung, 5. Auflage 2005, madde 24.

Tarafsızlık, yargının sadece bir özelliği değil, özüdür. Kurt Tucholsky'nin de dediği gibi, bağımsız olmayan bir yargı, yargı olarak nitelendirilemez⁹⁵⁸. Tarafsızlığı bir ahlak olarak benimsememiş, bunu vazgeçilemez bir meslek kuralı olarak içselleştirmemiş bir hakimin davranışları kendisine, mesleğine, meslektaşlarına, davanın taraflarına ve en önemlisi toplumun adalete ve devlete dair olan inanç ve güvenine zarar verecektir. Gerçekten, hakimin hukuka ve vicdanına aykırı olarak verdiği karar taraflardan birisini mağdur edecek, ötesi, toplumda yaşayan bireylerin hukuka ve adalet sistemine olan inançlarını sarsacak, mahkemeler önünde hak arama özgürlüğünün bir anlamı kalmayacak, insanların hukuk dışı yollarla hak aramasına neden olacak, bu da toplumda yeni sıkıntıları doğuracaktır⁹⁵⁹.

Hakimlerin bağımsız olduğu, hukuka ve vicdanlarına göre karar vereceklerini emreden Anayasa'nın 138/1. maddesi bağımsızlığın şifresini vermiştir. Bu şifre hakimin hukuka ve vicdanına bağlı kalarak hareket etmesidir. Bağımsızlık, hakimin hiçbir kuralla bağlı olmadan dilediği karar vermesi demek değildir. Anayasanın 138. maddesi, hakimin karar verirken bağlı olacağı hiyerarşik sırayı göstermektedir. Buna göre hakim, önüne gelen uyuşmazlığı çözerken sırasıyla anayasa, yasa, hukukumuzun parçası haline gelmiş olan uluslararası düzenlemeler, diğer mevzuat ve hukukun genel ilkelerini dikkate alacaktır. Hakimin bunları bir kenara bırakıp vicdani kanaatini önceleyerek karar vermesi mümkün değildir. Vicdani kanaat, daha çok soyut kuralın somut olaya uydurulması aşamasında devreye giren, kuralların kesin çözüm getirmediği ve takdir kullanımının zorunlu alanlarda uygulanabilecektir. Aksinin kabulü, yargılamayı yargıcın sübjektif takdirlerine bağlı kılar ki bunun hukuk düzenince korunması ve hoş görülmesi mümkün değildir⁹⁶⁰.

Hakimin karar verirken anayasa ve yasaları dikkate alması demek, onun hiçbir yetkisinin olmadığı, sadece kanunun sözcüsü olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü hakim, kanunu uygulamaktan ibaret olan bir makine değildir. Bağımsızlık ile taçlandırılan yargılama faaliyetinin sağlıklı şekilde yürütülebilmesi düşünmeyi, muhakeme etmeyi, sebep sonuç ilişkisi kurmayı ve

⁹⁵⁸ Sancar/Atılğan, s. 108.

⁹⁵⁹ Erdoğan/M.Zafer, "Hakimlerin Tarafsızlığı", Adalet Dergisi, Yıl 2004, Sayı 18, Sayfa 2.

⁹⁶⁰ Ünal, s. 10.

sonuçta bir yargıya ulaşmayı gerektirmekte, sonuçta insan zihninin bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu faaliyet matematik işlemi yapmaktan daha fazlasıdır. Hakim delilleri değerlendirirken, alt ve üst sınırlar içinde cezayı tayin ederken, soyut kuralları somut olaya uygularken, cezayı kişiselleştirirken elbette zihni bir faaliyet yürütecek, dolayısıyla takdir hakkını kullanacaktır. Kanunlar soyut normlardır. Ne kadar kazuistik düzenlemeler yapılsa da, kanunların daha sonra meydana gelebilecek olan her olayı öngörüp ona göre hükümler getirmeleri mümkün değildir. Bu nedenle, soyut olan normların, somut olaya uygulanması, doğması muhtemel boşlukların doldurulması ve sonuçta tarafları ve kamuoyunu tatmin edecek bir sonuca ulaşılması hakime bir oyun alanı bırakılmasını, yani takdir kullanımını zorunlu kılmaktadır⁹⁶¹.

4.3.2. Tarafsızlık ve Objektiflik İlişkisi

Objektiflik, hakimın önüne gelen dava ile ilgili olarak kendisini şahsi düşünce ve anlayışından soyutlayarak değerlendirme yapmasıdır. Kabul etmek gerekir ki, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik tehditler sadece dış etkenlerden gelmez. Ayrıca, yargılama yapan hakimın iç dünyasının da yargılamayı etkileme, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını tehdit etme ihtimali bulunmaktadır. İşte objektiflik bu tehdide karşı koyabilme kabiliyeti olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁶².

Tarafsız ve objektif hakim, toplumca genel kabul görmüş düşünce ve anlayışı bağımsız bir ölçü-norm gibi algılamamalıdır. Hakimın en başta gelen referansı pozitif hukuk kuralları olmalıdır. Ancak bu kuralları yorumlarken, toplum tarafından genel kabul görmüş değer yargılarından yararlanabilir⁹⁶³.

Objektif bir hakim dışarıdan bir gözle kendisini değerlendirir, eleştirir ve kontrol eder. Her zaman en doğruyu, en güzel olanı kendisinin bildiğini düşünen hakim görevini hakkıyla yerine getiremez. Hakim içinde bulunduğu zamanın ürünüdür; yaşadığı zamanın toplumunda yetişmiş ve şekillenmiştir. Objektiflikle amaçlanan, hakimın toplumdan soyutlanması değil, tam tersine zamanın toplumsal temel değerlerini tespit etmesidir. Hakim kendi oto-kontrolünü

⁹⁶¹ Ünal, s. 12.

⁹⁶² Yavuz, s. 46.

⁹⁶³ Yavuz, s. 46.

sağlamalıdır. Böylece kişisel hisleri ile toplumsal hassasiyetleri birbirinden ayırabilir⁹⁶⁴. Kanaatimizce de zor olan hakimin kendine karşı tarafsız olabilmesi, düşünce, inanç ve kabullerinden sıyrılabilmesidir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, anayasa ve uluslararası sözleşmelerde ifadesini bulan mahkeme kavramı için bir şekil şartının aranmadığını, kanuna dayalı olarak kurulmuş, bağımsızlık ve tarafsızlığa ve bunları korumaya yönelik güvencelere sahip yargı yerinin mahkeme olarak kabul edileceğini⁹⁶⁵ belirtmiş ve bir kurumun mahkeme olarak kabul edilmesi için tarafsız olması gerektiğinin önemi vurgulanmıştır. Yargıtay da bir kararında Bangalor Yargı Etiği İlkelerine atıf yapmış, yargı görevinin tam ve doğru olarak yerine getirilmesi için bu görevi yerine getirenlerin tarafsız olması gerektiği, tarafsızlığın hem verilen karar ve hem de yargılama süreçleri için geçerli olduğu, hakimin tarafsız ve önyargısız olarak görevini yapması, mahkeme içinde ve dışında, taraflar, meslek mensupları ve kamuoyunun hukuka olan saygı ve güvenini sağlayacak ve artıracak şekilde davranması⁹⁶⁶ gerektiği belirtilerek hakim tarafsızlığına vurgu yapmıştır.

Adil yargılanma hakkının sağlanmasına yönelik çabalar, aslında yargının bağımsızlık ve tarafsızlığını sağlama mücadelesi olarak okunabilir. Yaşanan süreçler, yargının tarafsızlığını sağlamanın, bağımsızlığını sağlamaktan daha zor olduğunu göstermiştir. Çünkü, yargı bağımsızlığı kurumsal bir konudur, oysa tarafsızlık, yargıcın iç dünyasını ilgilendiren, psikolojik bir durumdur. Hakim, diğer devlet güçleri karşısında tam bağımsız olsa da, kendisine karşı bağımsız, yani tarafsız olmayabilir. Hakim de bir insandır, duyguları, inançları, zaafı olması normaldir. Oysa, yukarıda da vurgulandığı gibi, adalet gözleri kapalı, bir elinde terazi, diğer elinde kılıç olan bir kadınla sembolleştirilir. Bu sembol, hakimin her türlü dış etkiye kapalı olmasını gerektirir. Ancak, hakimin her türlü dış etkiden ve kendi duygu ve düşüncelerinden tamamen sıyrıldığını ve yargılamanın bu şekilde yürütüldüğünü iddia etmek zordur. Montesquieu'nun dediği gibi, hakimler kanunları uygulayan bir makine veya kanun ağzı değildirler.

⁹⁶⁴ Yavuz, s. 46.

⁹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 19.01.2012 tarihli, 2011/43 esas, 2912/10 karar sayılı kararı, "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 02.08.2017.

⁹⁶⁶ Yargıtay CGK'nun 22.01.2008 tarihli, 2007/5-101 esas, 2008/3 karar sayılı kararı, Yargıtay Resmi İnternet Sitesi, "yargitay.gov.tr", erişim tarihi 02.08.2017.

Çünkü her yargılama faaliyeti ve yorum bir irade işlemidir ve dolayısıyla bir ölçüde subjektiftir”⁹⁶⁷.

Tarafsızlığın iki yönü vardır; subjektif tarafsızlık ve objektif tarafsızlık. Subjektif tarafsızlık; hakimın kendisine ve iç dünyasına yönelik iken, objektif tarafsızlık; kurum olarak mahkemeye ilişkindir. Nitekim Alman Hukukunda yargı bağımsızlığı ikiye ayrılarak ele alınmaktadır; organik ya da kurumsal bağımsızlık ve şahsi bağımsızlık⁹⁶⁸.

4.3.3. Subjektif Tarafsızlık

Subjektif tarafsızlık, hakimlerin taraf tutmamaları, davanın taraflarına eşit davranmaları, görevlerini yaparken kişisel duygu ve düşüncelerinden, siyasi yaklaşımlarından, toplumun değer yargılarından ve menfaat düşüncesinden uzak olmaları demektir⁹⁶⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre tarafsızlığın biri subjektif, diğeri objektif olmak üzere iki yönü vardır; subjektif tarafsızlık, hakimın, kişi olarak tarafsız olmasıdır⁹⁷⁰. Mahkeme, Piersack/Belçika kararında, tarafsızlığın önyargılı ve peşin hükümlü olmamak demek olduğunu, bu durumu test etmenin çeşitli yolları olduğunu, bu anlamda, yargıcın belli bir davadaki kişisel tutumunun değerlendirilmesi şeklindeki öznel yaklaşım ile, oluşması muhtemel şüpheleri gidermeye yönelik yeterli teminatların sağlanıp sağlanmadığını tespitiye yönelik nesnel yaklaşım arasında fark olduğunu belirtmiştir⁹⁷¹.

İçsel tarafgirlik, bizatihi hakimlerin kendi kişisel düşünce ve kanaatlerini yargısal karar verme sürecine karıştırmaları demektir. İçsel tarafgirlik yargıcın değerleri ve kültürü ile ilgilidir. Bu açıdan bakıldığında, asıl etkenin hakimlerin nasıl atandığından çok kimlerin hakim olarak atandığı söylenebilir⁹⁷².

⁹⁶⁷ Yanık, s. 172-173.

⁹⁶⁸ Yavuz, s. 26.

⁹⁶⁹ Şimşek/Mürşide, “1982 Anayasası’nda Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Tarafsızlığı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Anayasa Hukuku) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, sayfa 44.

⁹⁷⁰ Öztürk/Erdem, s. 226.

⁹⁷¹ Mızrak/Dilan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Kapsamında Mahkemelerin Objektif Açıdan Tarafsızlığı İlkesi”, Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2006, sayfa 5.

⁹⁷² Erdoğan, s. 144.

Yargı bağımsızlığının negatif ve pozitif iki ayrı anlamının olduğu ileri sürülmektedir. Negatif anlamı, yargının, dışarıdan gelebilecek baskı ve etkilerden korunması, özellikle yasama ve yürütme organı karşısında, onlardan gelecek etkilere karşı dirençli olmasını gerekli kılmaktadır. Yargı bağımsızlığının pozitif anlamı ise, yargıcın hak, hukuk, adalet, vicdan gibi değerlere sahip olmasını gerekli kılmaktadır. Bir başka deyişle negatif anlam, topyekun yargının dış etkilerden korunmasına yönelik iken, pozitif anlam, hakimin kendi kişisel nitelikleri ile bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyabilmesine yöneliktir. Negatif anlamda yargı ve yargı mensuplarının savunma eğilimi varken, pozitif anlamda ise yargı mensubunun taşıdığı faziletli değerlerin aktif olması söz konusudur⁹⁷³.

Yansızlık, yargıcın ruhu, zekası, algılama gücü, yürekliliği ve onurudur. Yasa koyucunun yasayı çıkarırken gün ışığına çıkan vesile iradesini (occasio legis) değil, nesnel iradesini (ratio legis) gözeterek yasanın amacına göre, hukukun ne demek istediğini söyleyen, yasayı yorumlama yetkisini elinde ve tekelinde tutan yargıç, ilgili ilgisiz herkes karşısında yabancısıdır, taraflar üstüdür⁹⁷⁴.

Öznel tarafsızlık, hakimin kendisine ait olanı, taraflara ve topluma ait olan yargılama süreci ve karara yansıtılmaması anlamına gelir⁹⁷⁵. Verilen karara rıza göstermeyi sağlayacak ikna gücü yargının tarafsızlık niteliğinden gelir. Çünkü tarafsız olanın gerçeği bütün çıplaklığıyla göreceği ve dolayısıyla da adil olana hükmedeceğini varsayabiliriz. Uyuşmazlık konusuyla bir ilişkisi olmayan, taraflara karşı herhangi bir önyargısı bulunmayan ve herhangi bir tehdit altında bulunmayan üçüncü kişi, bütün bireylerin hukuk önünde eşit olduğu ve herkesin eşit bir şekilde hukukun koruması altında olduğu fikrini hayata geçirmenin önemli bir aracıdır. Sorunu çözecek bağımsız ve dolayısıyla tarafsız üçüncü kişi, tarafların sosyal kimlikleri ve güçlerini dikkate almamak zorunda olmayacağından, sosyal düzen içindeki güçlülerin, hukuku kendi çıkarları için kullanma ya da onu istismar etme, diğer bir deyişle sorunları kendi lehlerine çözme olasılığını ortadan kaldıracaktır⁹⁷⁶.

⁹⁷³ Yavuz, s. 27.

⁹⁷⁴ Selçuk, s. 40.

⁹⁷⁵ Yavuz, s. 45.

⁹⁷⁶ Yılmaz, s. 25.

Aslında yargıçların subjektif olarak tarafsız oldukları bir varsayım olarak kabul edilmektedir. Yargılamanın doğasında, yargıcın tarafsız olduğu ve bu biçimde davranacağı varsayımı vardır. Yargıcın yargılama sırasındaki davranışları, sorduğu sorular, yaptığı yorumlar, yargılamaya taraf kişileri yargıcın subjektif olarak tarafsız olduğu kanısına sevk edebilir. AİHM, subjektif tarafsızlık iddiasıyla önüne gelen davaları, bu gibi davranışları kanıtlamanın güçlüğü ve tarafların yanlış anlama olasılığı nedenleri ile genellikle kabul etmemektedir⁹⁷⁷. AİHM'ne göre subjektif olarak hakimin tarafsız olmadığına karar verebilmek için onun peşin hükümlü olduğu kanıtlanmalıdır. Aksi ispatlanmadıkça yargıcın subjektif olarak tarafsız olduğu kabul edilir. Bu, aksinin ispatı çok zor olan güçlü bir karinedir⁹⁷⁸. Mahkeme, AİHM Albert ve Le Compte/Belçika kararında bu hususu vurgulamıştır⁹⁷⁹. Mahkeme Kyprianou-Kıbrıs davasında olduğu gibi istisnai olarak bu yönde karar vermektedir⁹⁸⁰.

Hakimin veya bir insanın, öznel duygu ve düşüncelerinden sıyrılıp mutlak nesnellığe ulaşması mümkün değildir. Ayrıca, hakimin takdir yetkisi alanında kalan hususlarda subjektif değerlerini göz önünde bulundurması kaçınılmazdır. Ancak, “*onun yerine başka bir hakim davaya baksaydı yine aynı karar verilirdi*” diyorsak, o hakim ideal hakimdir⁹⁸¹. Bağımsızlığın aslında hakimin şahsı açısından mümkün olmadığı, amaç olmaktan ziyade yargılama yetkisini adil bir şekilde yerine getirmesi için öngörölmüş bir araç olduğu ifade edilmektedir⁹⁸².

Hakim de toplum içinde yaşayan bir insandır. Dolayısıyla bir görüşü, inancı veya inançsızlığı vardır. Subjektif tarafsızlık ile kastedilen, hakimlerin bir düşünce veya inancıya sahip olmamaları, kendilerini etraflarında yaşanan olaylara

⁹⁷⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 176.

⁹⁷⁸ Mızrak, s. 5.

⁹⁷⁹ Albert ve Le Compte/Belçika kararı, paragraf [32-32]: “Mahkeme’ye göre Temyiz Mahkemesinin tarafsızlığıyla ilgili bir sorun bulunmamaktadır. İtiraz Kurulu bakımından, kural olarak aksi kanıtlanmadıkça bir yargı yerinin üyelerinin tarafsız oldukları kabul edilmelidir. Başvuruculardan biri Kurul üyelerini reddetmiştir; ancak bunu öylesine muğlak bir şekilde yapmıştır ki, bu reddin hukuki bir temeli yoktur. Tarafsızlık, objektiflik ve organizasyon açısından değerlendirildiğinde ise (Piersack, §30), olayda bunu bir sorun haline getirmeye yol açan her hangi bir şey yoktur. Özellikle İtiraz Kurulunda yer alan hekimlerin Tabip Odaları tarafından seçilmelerine rağmen, atanma tarzları, bu kişilerin tarafgir olduklarını düşünmek için hiçbir sebep oluşturmamaktadır (Le Compte, Van Leuven ve De Meyere, §26). Bu kişiler Tabip Odasının temsilcileri olarak değil, Kraliyetin atadığı hukuk üyeleri gibi, şahsi sıfatlarıyla hareket ederler. Bu gerekçeyle Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ihlal edilmemiştir.”, Doğru/Nalbant, s. 670.

⁹⁸⁰ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 189.

⁹⁸¹ Yanık, s. 173.

⁹⁸² Yavuz, s. 26.

kapatmaları değildir. Zaten böyle bir şeyin olması insan doğasına aykırıdır. Burada önemli olan, hakimin, anayasada tarifini bulduğu üzere hukuku bir kenara bırakıp kararlarını öznel ölçütlere göre şekillendirmemesidir.

Hakimin şahsının bağımsızlığını temin etmenin –mahkemelerin bağımsızlığının aksine- hukuki yöntemler dışında başka kültürel, ahlaki, sosyolojik ve psikolojik birçok faktöre bağlı olarak sağlanabileceği ifade edilmektedir⁹⁸³. Kişisel tarafsızlığın sağlanması için elbette bazı yasal araç ve önlemler çok önemlidir. Ancak bir yargı mensubunun tarafsızlığı sadece yasal araç ve zorlamalarla sağlanmaz. Bu zorlamalar belki görünüş itibariyle, dışa yansıyan şekliyle bir tarafsızlık algısının gerekliliğini sağlayabilir; ancak, tarafsızlık gerçek anlamda bazı etik değerlerin içselleştirilmesiyle yargı mensubunun içiyle dışının bir olması sonucunda ortaya çıkabilir. Bu nedenle, gerek ülkemizde, gerekse uluslararası alanda yargı mensuplarının bazı etik kurallara da uyması gerektiği ifade edilmiş ve bu konuda bir uluslararası standart belirlenmeye çalışılmıştır. Elbette bu standart ilkelerin hangileri olması gerektiği konusunda tam bir uzlaşmadan bahsedilemez. Bununla beraber, bir kısmı iç hukukumuz tarafından da onaylanmış olan bazı uluslararası belgeler bu konuyu düzenlemiştir⁹⁸⁴. Bu konuya ileride değinilecektir.

4.3.4. Objektif Tarafsızlık

Mahkemenin kurum olarak kişilerde bıraktığı güvene dayalı izlenim⁹⁸⁵ olarak tariflenen nesnel tarafsızlık, hak arayanların adalet ve devlete olan inançlarını sağlayan ve devam ettiren önemli bir araçtır⁹⁸⁶. Mahkemelere duyulan güven, birey birey üyelere duyulan güvenin dışında, kurumsal olarak mahkemenin bağımsız olduğuna dair taraflarda ve toplumda oluşan inançtır ve bu inancın oluşumu için mahkemelerin verdiği nesnel görünüm çok önemlidir⁹⁸⁷. Anayasa Mahkemesi de bu hususu vurgulamıştır⁹⁸⁸. Bu bağlamda Devlet Güvenlik

⁹⁸³ Yavuz, s. 26.

⁹⁸⁴ Yanık, s. 175.

⁹⁸⁵ Öztürk/Erdem, s. 226.

⁹⁸⁶ Inceoğlu, s. 35.

⁹⁸⁷ Gölçüklü/Gözübüyük, s. 283.

⁹⁸⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 08.09.1989 tarihli, 1988/37 esas sayılı, 1989/36 karar sayılı kararı; "Mahkemelerin bağımsızlığı, "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler." biçimindeki 140. maddenin ikinci fıkrasıyla da kurala bağlanmakta ise de, konu, 138. madde ile özel olarak düzenlendiğine göre incelemede bu madde esas alınacaktır. Yasanın 1. maddesiyle incelenirken, hâkim bağımsızlığının 138. maddenin

Mahkemeleri'nin bağımsız ve tarafsız mahkeme kapsamında görülmemesi, kurumsal yapısından kaynaklanmıştır. Böyle bir sonucun ortaya çıkması doğaldır; çünkü, hakimin kişisel olarak tarafsızlığını ispatlamak oldukça zordur. Ama objektif tarafsızlık, yani kurumsal yapının tarafsız bir şekilde oluşturulmamış olduğunu ispat etmek, DGM'lerde olduğu gibi kolaydır⁹⁸⁹.

Nesnel tarafsızlık, yargının ya da hakimin dışarıdan gelebilecek her türlü baskı ve müdahaleden etkilenmeksizin karar verebilmesi olarak görülmektedir⁹⁹⁰. AİHM, objektif tarafsızlığı incelerken, yargı yerinin dış görünümüne ve özellikle ceza yargılamasında, sanığın yargı yerinin tarafsızlığına inanmasına önem vermektedir. Ancak, bu ölçütler yeterli değildir. Sanıkta böyle bir kuşku varsa, bunun objektif olarak doğrulanabilir bir kuşku olması gerekmektedir. Mahkemenin yaptığı yargılamada bir sorun olmasa bile, mahkemenin oluşumu, üyelerin atanma şekli gibi gerekçelerle yargılama tepkilere neden oluyorsa tarafsızlığın ihlal edildiği yönünde kararlar verilebilmektedir⁹⁹¹. Objektif tarafsızlık ve bağımsızlık iç içe kavramlar olup, AİHM, bu kavramları birlikte değerlendirmektedir⁹⁹².

Dışsal tarafgirlik, siyasi kurumların –partiler, meclis ve hükümet gibi- yargı üstünde kullanmaya muktedir oldukları etkiden kaynaklanır. Dışsal tarafgirliğin yargı bağımsızlığı ilkesine uygun düzenlemelerle önlenebileceği kabul edilir⁹⁹³. Objektif tarafsızlığın var kabul edilebilmesi için, hakime dışarıdan bir etki ve baskının olmaması, daha önemlisi böyle bir etki veya baskıyı bertaraf edecek güvencelerin bulunması gerekir. Bu durumda mahkemenin verdiği görüntü çok önemlidir. AİHM, Fey-Avusturya davasında, hakimin kişisel tutumunun

sözleriyle sınırlı olarak ele alınmamasından, hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermelerini olumsuz yönde etkileyecek her hususun bu kavram içinde değerlendirilmesi gerektiğinden söz edilmiştir. Hâkim bağımsızlığını sağlamaya yönelik objektif koşulların hazırlanması, bir yandan hâkimlerin her türlü baskı ve kuşkudan uzak karar vermelerine, diğer yandan yurttaşların, yargının her türlü etki dışında görev yapacağına inanç beslemesine yarayacaktır. Hâkim ne ölçüde dürüst, âdil, yetenekli, tarafsız olursa olsun yurttaşların yargıya olan güvenim sarsacak düzenlemeler varsa, o ülkede yargı töhmet ve şaibeden kurtulamaz. Şu halde, yargı bağımsızlığı konusunda düzenlemeler yapılırken, hâkimlerin her türlü dış etkiden uzak karar vermeleri koşullarının hazırlanması kadar, yurttaşların yargıya olan güveninin sağlanmasına da özen gösterilmelidir.”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 06.08.2017.

⁹⁸⁹ Yanık, s. 173.

⁹⁹⁰ Yavuz, s. 44.

⁹⁹¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 177.

⁹⁹² Şimşek, s.45.

⁹⁹³ Erdoğan, s. 144.

ötesinde tarafsızlığına ilişkin gerçekliği ispatlanabilir şüpheler bulunup bulunmadığının belirlenmesinin gerektiği, bu kapsamda mahkemenin görünümün önemli olduğu, sanıkta, mahkemenin tarafsız olmadığı yönünde nesnel olarak doğrulanabilecek bir kuşkunun oluşması durumunda tarafsızlık ilkesinin ihlal edilmiş olacağı kabul edilmiştir⁹⁹⁴.

Yargıcın taraflı davrandığını kanıtlamak çok güçtür. Somut kanıtlar gerekmektedir. O nedenle, AİHM, nesnel tarafsızlık kavramına başvuruyor. Nesnel tarafsızlık kavramında önemli olan dış görünüm. Davalının, yargıcın tarafsız olmadığını kuşkusunu haklı gösterecek bir dış öge var mı? Ölçüt bu. Örneğin, AİHM, İncal davasında DGM'deki askeri yargıcın askeri hiyerarşiye tabi olması nedeniyle, bir sivil olan İncal'ın yargıcın tarafsızlığı konusunda duyduğu kuşkunun haklı olduğuna karar vermiştir⁹⁹⁵.

4.3.5.Görünüşte Tarafsızlık

Hakimin tarafsız olması kadar, bu konuda davanın taraflarında bıraktığı izlenim ve tarafların adil bir mahkemede ve tarafsız bir hakim tarafından yargılandıklarına dair inanç çok önemlidir. Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, hakim ne kadar dürüst, tarafsız ve adil olursa olsun, vatandaşların yargıya olan güvenlerini sarsan düzenlemeler varsa, o ülkede yargının şüphe ve töhmetten kurtulamayacağı belirtilmiştir⁹⁹⁶.

Demek ki yargının tarafsızlığı her açıdan somut olarak inandırıcı olmak zorundadır ki verilen kararlar toplum vicdanında kabul görsün. Yargıyı iyi bilenlerin hakimlerin dürüstlüğüne sonuna kadar güvenmeleri yeterli değildir. Asıl

⁹⁹⁴ Mızrak, s. 6.

⁹⁹⁵ Türmen/Rıza, 10.08.2009 tarihli Milliyet Gazetesi.

⁹⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 08.09.1989 tarihli, 1988/37 esas, 1989/36 karar sayılı kararı: ""Hakim bağımsızlığını sağlamaya yönelik objektif koşulların hazırlanması, bir yandan hakimlerin her türlü baskı ve kuşkudan uzak karar vermelerine, diğer yandan yurttaşların, yargının her türlü etki dışında görev yapacağına inanç beslemesine yarayacaktır. Hakim ne ölçüde dürüst, adil, yetenekli, tarafsız olursa olsun yurttaşların yargıya olan güvenini sarsacak düzenlemeler varsa, o ülkede yargı töhmet ve şaibeden kurtulamaz. Şu halde, yargı bağımsızlığı konusunda düzenlemeler yapılırken, hakimlerin her türlü dış etkiden uzak karar vermeleri koşullarının hazırlanması kadar, yurttaşların yargıya olan güveninin sağlanmasına da özen gösterilmelidir...Para cezalarının % 25'inin Fona aktarılması bu açıdan ele alınmalıdır. Hiç bir hakim, "fona gelir olsun" düşüncesiyle gerekmediği halde para cezası belirlemeye yönelmesi olasılığı yoktur. İşe, sade yurttaşlar açısından bakıldığında, aynı sonuca varmak çoğu kez mümkün olmayabilir. Ceza davalarında genellikle mağdur ve sanık olmak üzere, yargılama sonucundan çıkarları ters doğrultuda etkilenen, beklentileri çelişen iki taraf vardır. Bunlar verilecek karara şüphe ile bakabilirler. İnceleme konusu kuralın, bu şüpheyi, yargı organı kararlarına güvensizliğe dönüştürmesi olasılığı vardır.", "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 07.08.2017.

önemli olan yargıyı bu denli yakından tanımak zorunda olmayanların her açıdan bu tarafsızlığa ve dürüstlüğe inanmaları ve bundan şüphe duymamalarıdır. Diğer bir deyişle, yargının tarafsızlığına ve bunun da ötesinde bağımsızlığına ilişkin sorunların sadece içerden değil dışarıdan görünüşü de önemlidir. Yargı bağımsızlığına ilişkin sorunların ele alınmasındaki en önemli bakış açılarından birisi budur. Yargı organına dönük en büyük tehdit yasama ve yürütme organları değildir, kaynağı ne olursa olsun ona karşı duyulacak "*şüphedir*". Kamu gücü onu kullananların özgüvenine değil, onun muhatabı olanların güvenine dayanmak zorundadır. Demokratik bir devlet her yönüyle bu anlayış üzerine kurulmak zorundadır⁹⁹⁷.

AİHM de, salt mevzuatta yazılı kurumsal bağımsızlığa değil, görünümüne de çok önem vermektedir. AİHM bir kararında, bağımsız bir görünümü olmayan mahkemenin 6. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁹⁹⁸. Zira mahkemeye göre, yargılamanın adil olması yetmez, aynı zamanda adil görünmelidir⁹⁹⁹. Mahkeme, birçok kararında, ceza yargılamasını yapan mahkemenin, bağımsız ve tarafsız olmasının yanı sıra dışarıya bu yönde görüntü vermesinin önemine değinmiştir. Farhi – Fransa davasında, duruşmaya ara verildiği sırada, bazı jüri üyeleri savcıyla görüşmüş, mahkeme bu durumu jüri üyelerinin tarafsızlığını zedeleyen bir durum olarak değerlendirilmiş ve ihlal kararı vermiştir. Mahkeme uygulamasına göre, mahkemenin tarafsızlığı konusunda sanıkta bulunan kuşku önemlidir, ama tek başına belirleyici değildir, önemli olan sanıkta böyle bir kuşkunun doğmasının objektif olarak haklı görülüp görülmemesidir (Findlay, §73; Incal, §71)¹⁰⁰⁰. AİHM, sanık veya ilgili kişinin kuşku duymasını yeterli bulmamakta, kişilerin kuşku duymalarının gerekçelerinin yerinde olup olmadığı konusunda nesnel değerlendirmeler yapmaktadır¹⁰⁰¹. Findlay/Birleşik Krallık kararında (paragraf 76) mahkeme, tarafsızlık ve bağımsızlık konusunda yargılama yapan mahkemenin verdiği görüntünün önemli olduğunu, başvuruçuları yargılayan askeri mahkemenin tüm üyelerinin, toplayıcı subayın astı olup onun emir ve komutasına bağlı olduklarını, bu durumun başvuruçuda kuşku oluşmasına neden olduğunu, kuşkunun objektif olarak haklı olduğunu belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir.

⁹⁹⁷ Yılmaz, s. 29.

⁹⁹⁸ Campbell/İngiltere kararı.

⁹⁹⁹ Yanık, s. 109.

¹⁰⁰⁰ Doğru/Nalbant, s. 633.

¹⁰⁰¹ Şahbaz, s. 259.

AİHM, ülkemizi ilgilendiren İncal/Türkiye kararında, başvuruçunun yargılandığı Devlet Güvenlik Mahkemelerinde bir askeri üye bulunmasını tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesine aykırı bulmuş ve ihlal kararı vermiştir. Mahkemenin değerlendirmesine göre, sivil bir kişinin, askeri yargıcın da bulunduğu bir mahkemede yargılanması, yargılanan kişide ciddi kuşkular doğuracaktır. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, yargılanan kişinin duygu ve düşüncesini dikkate almıştır¹⁰⁰². Gerçekten de, bir kişinin, her ne kadar kanunla kurulmuş da olsa, kendisini yargılayacak mahkemenin tarafsız davranmayacağı konusunda bir kuşkusu var ve bu kuşku haklı görülebilecek nitelikte ise, bu durumun dikkate alınması gerekir. Bu şekilde haklı görülebilecek kuşkular varken, mahkeme hakiminin yaptığı adil bir yargılamanın ve verdiği doğru hükmün bir kıymeti kalmayacaktır. İşte görünüşte tarafsızlık budur. Zaten mahkeme bu durumda verilen kararın doğru olup olmadığını incelememekte, mahkemenin tarafsızlığı konusunda oluşan kuşkunun, objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğini değerlendirmektedir.

Bangolar Yargı Etiği İlkelerinde, “*Dürüstlük*” başlığı altında, hakimin yargılama işini yaparken dikkatli davranması, birilerinin kendisini etkileyebileceği yönünde bir izlenimin oluşmasına fırsat vermemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁰³.

HSK tarafından kabul edilen “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*” nin 3.2. maddesinde, hakimlerin tarafsızlığı tanımlanırken; “*Tarafsız hareket etmekle yetinmez, objektif bir bakış açısıyla tarafsızlıklarına ilişkin her türlü kuşkuyu bertaraf edecek bir duruş sergilerler. Yargıya güvenin sağlanması ve sürdürülebilmesi için tarafsız olmak kadar, tarafsız görünmenin de önemli olduğu bilincindedirler.*” denilerek görünüşte tarafsızlığın önemi vurgulanmıştır.

Mevzuatta yazılı olan bağımsızlığa ilişkin kurallar mutlaka çok önemlidir. Ancak, hakimin davanın taraflarında ve kamuoyunda bıraktığı izlenim, tarafların ve kamuoyunun mahkemenin bağımsız olduğu, bu özelliği nedeniyle hiçbir baskı ve müdahaleden etkilenmeyeceği, yalnızca hukuka uyarak karar verileceği şeklindeki inanç mevzuattan çok daha önemlidir. Bu konuyla ilgili olarak ülkemizdeki uygulamanın değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

¹⁰⁰² Şahbaz, s. 260.

¹⁰⁰³ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 15.11.2017.

Anayasamızın 138. maddesinde, hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, hiç kimsenin emir ve talimat veremeyeceği, yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları belirtilmiş, 139. maddesinde, hakim ve savcıların azledilemeyeceği, kendileri istemedikçe yaş sınırı gelmeden emekliye sevkedilemeyecekleri, hakimlerin özlük ve disiplin işlemlerine ilişkin düzenlemelerin yasa ile yapılacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin yasal düzenlemelerde bir sorun bulunmamaktadır.

Ancak hakimin gerçekten tarafsız ve bağımsız olabilmesi ve bu konuda baktıkları davanın tarafları ve kamuoyunu tatmin edebilmeleri için, yasal düzenlemelerin ötesine geçerek gerçek duruma bakmak gerekmektedir. Bu konuda öncelikle hakimin kendine, kendi inanç ve düşüncelerine karşı tarafsız olabilmesi, yani subjektif olarak tarafsız olması, sonra da kurumsal olarak mahkemenin bağımsız olması gerekmektedir.

Ülkemizin içinde bulunduğu politik durum ve tartışmalar, kutuplaşmalar, maalesef, yargı organına ve bu organın mensuplarına da bulaşmış durumdadır. Bu durum, 2010 yılı anayasa değişikliğinden sonra, 2010 ve 2014 yıllarında yapılan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu seçimlerinde açıkça görülmüş, adaletin temsilcisi olan veya olması gereken hakim ve savcılar, cemaat aidiyetiyle, hükümete yakın olmakla veya sosyal demokrat olmakla tanımlanır ve sınıflandırılır olmuşlardır. Bu yöndeki yoğun tartışmalar, yargı mensuplarının tarafsızlığı konusunda çok ciddi kuşku olmasına neden olmuş, yaşanan süreç ve kamuoyuna yansıyan bazı davalarla ilgili verilen kararlar bu kuşku olmasına boşuna olmadığını göstermiştir. Özellikle kurul seçimleri nedeniyle ortaya çıkan kutuplaşma, yargı mensuplarının, iş ve işlemlerinde hukuku değil, ait olduğu grup veya düşünceyi incelemelerine neden olmuş, dolayısıyla hakimde olması gereken subjektif tarafsızlık konusunda ciddi aşınmalar ortaya çıkmıştır. Değinildiği üzere, kamuoyuna mal olmuş olan kimi davalarda verilen kararlar, yapılan uygulamalar, subjektif tarafsızlığın nasıl yok olduğunu, hakimlerin hukuk yerine, ait oldukları grubun menfaatleri doğrultusunda karar verdiklerini gözler önüne sermiştir.

Yaşanan bu süreçte sadece subjektif tarafsızlık zarar görmemiş, objektif tarafsızlık/kurumsal tarafsızlık da diyebileceğimiz, kurumsal anlamda

tarafsızlık/bağımsızlık algısı da ciddi zarar görmüştür. Güncel durum dikkate alınarak bir değerlendirme yapılırsa, 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile, devletin yapılanmasında yeni bir aşamaya gelinmiştir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi denilen bu yeni sistemde, klasik parlamenter sistem terk edilmiş, yarı başkanlık sistemi ile tam başkanlık sistemi arasında değerlendirilebilecek yeni bir sisteme geçilmiştir. Bu sistem ile, yetkiler büyük oranda Cumhurbaşkanlığı makamında toplanmış, Cumhurbaşkanının aynı zamanda bir siyasi partinin genel başkanı olması mümkün hale getirilmiştir. Yapılan değişiklik ile, hakim ve savcıların atanmasında ve kanaatimizce yargı bağımsızlığının sağlanmasında en önemli aktör olan Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun yapısı ve oluşumu ciddi şekilde değiştirilmiştir. Anayasanın 159. maddesine göre; adalet bakanı kurulun başkanı, ilgili bakan yardımcısı da kurulun doğal üyesidir. Kurulun 4 üyesi belirli niteliğe sahip hakim ve savcılar arasından Cumhurbaşkanınca, 4 üyesi Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından TBMM'ce, 3 üyesi de öğretim üyeleri ve avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca seçilecektir. Ülkemizin seçim ve siyasi partiler pratiği dikkate alındığında, TBMM'nin oluşumunda parti genel başkanının tartışmasız bir üstünlüğü olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun oluşumunda bir siyasi partiden oluşan yürütme organının ve bu organının başında bulunan, aynı zamanda bir siyasi partinin genel başkanı olması mümkün olan Cumhurbaşkanının yetkili olduğu görülmektedir. İşte bu durum, demokrasinin, demokratik kurum ve kuruluşların ve hukukun üstünlüğü anlayışının yeterince içselleştirilmediği ülkemizde, yargı organının kurumsal bağımsızlığına ciddi zarar vermektedir. Ayrıca, ülke gündemini meşgul eden kimi şöhretli davalarda, kamuoyuna yansıyan genel tercihin aksine, tahliye kararı veren bazı hakimlerin aynı gün başka yere tayin edilmeleri, kanunlarda sıklıkla değişiklikler yapılması, kanunla yapılması gereken kimi düzenlemelerin olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerle yapılması, devlet aygıtının en üst makamlarında bulunan kişilerin yargı organına yönelik bazı sözleri, teamüllere aykırı olarak yapılan atamalar hakimlerin bağımsız olmadığı, yürütme organının isteğine aykırı karar verilmesi durumunda hakimlerin cezalandırıldığı yönünde bir algı oluşmasına neden olmakta, bu da yargının kurumsal bağımsızlığına ciddi zarar vermektedir.

4.4.Bağımsızlık

4.4.1.Genel Olarak

Devlet aygıtı içindeki organlardan birisinin, diğerinin etki ve müdahalesi olmadan fonksiyonlarını yerine getirebilmesi anlamına gelen bağımsızlık, yargı organının en temel özelliğidir¹⁰⁰⁴.

Hukuk devletinin özelliği güçlü bir adalet sistemine dayanması, güçlü adalet sisteminin en vazgeçilmez özelliği de yargı bağımsızlığıdır. Zira, devlet iktidarını kullananlar da hukuk kuralları ile bağılıdır ve gerektiğinde onları da Türk Milleti adına yargılayacak olan mahkemelerin, hakimlerin herhangi bir baskı altında olmadan karar vermeleri gerekir¹⁰⁰⁵. Hakimlere müdahale edilmesi kadar, bu ihtimalin bulunması da bağımsızlığın düşmanıdır¹⁰⁰⁶. Yargı gücünün bağımsız, işlevini göstermekte etkin ve hesapverir olması, bir yandan güçler ayrılığı ve dengesinin korunmasının, diğer yandan da başta medeni ve siyasal haklar, seçme ve seçilme hakkı, ifade özgürlüğü olmak üzere hakların korunmasının ve her alanda hukukun üstünlüğünün sağlanmasının yegane aracı olması nedeniyle demokrasinin en önemli unsurudur¹⁰⁰⁷.

Eşitlik temeline dayanan demokratik hukuk devletinde yargı gücü, hak ve özgürlüklerin koruyucusu, başka bir deyişle kimsesizlerin kimsesidir. Mahkemenin bu görevini yerine getirebilmesi için onun bağımsız olması, her türlü etki ve baskıdan uzak olarak, hukuka göre görev yapması gerekir¹⁰⁰⁸.

Yargı organının siyasal organlar karşısında bağımsızlığı, hükümet sistemi ne olursa olsun bütün anayasal demokrasilerin ve onların ayrılmaz bir unsuru olan hukuk devletinin vazgeçilmez bir şartıdır¹⁰⁰⁹. Mahkemelerin bağımsızlığı hem organik hem de işlevsel anlamda düşünülmelidir. Organik bağımsızlık, yargı teşkilatının, diğer devlet erklerinden bağımsız olarak örgütlenmeleri ve kendi özlük işlerini yine kendilerinin yürütmelerini ifade eder. İşlevsel bağımsızlık ise, hakimlerin görevlerini yerine getirirken bağımsız olmaları, yani başka bir

¹⁰⁰⁴ Ünal, s. 6.

¹⁰⁰⁵ Teziç/Erdoğan, Yayla/Yıldızhan, Bayraktar/Köksal, Yurtcan/Erdener, Öztekin/Selçuk, Batum/Süheyl, Yüzbaşıoğlu/Necmi, "Yargılama Düzeninde Kalite", TÜSİAD Yayınları, Kasım 1998, sayfa 25.

¹⁰⁰⁶ Sancar/Atılğan, s. 62.

¹⁰⁰⁷ Gün/Mehmet, "Türkiye'nin Orta Demokrasi Sorunları ve Çözüm Yolu", Gün +, Nisan 2018, Sayfa 21.

¹⁰⁰⁸ Ünal/Şeref, "Yargı Bağımsızlığı", Amme İdaresi Dergisi, Yıl 2004, sayı 3, cilt 37, sayfa 63.

¹⁰⁰⁹ Özbudun/Ergun, "Türkiye'de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı", İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Mart 2014, sayfa 147.

merciden (yasama, yürütme, hatta diğer yargı yerlerinden) emir ve talimat almaksızın sadece anayasaya, kanuna ve kendi vicdanlarına göre karar verebilmeleri demektir¹⁰¹⁰.

Toplum içinde yaşayan, birçok işlem ve eyleme taraf olan bireyin, gerek devlet ve gerekse diğer bireyler tarafından uğrayacağı saldırılar karşısında korunması, hukuk devletinin en önemli görevlerindedir. Hukuk devleti bu koruma işlevini, bağımsız mahkemeler aracılığıyla ifa edecektir. Mahkemelerin bağımsızlığı da diğer devlet organlarından organik olarak ayrılması, onların müdahalelerine engel olacak çeşitli teminatların öngörülmesi ile mümkündür¹⁰¹¹. HSK tarafından kabul edilen “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”nin 2.1. maddesinde; “*Bağımsızlıklarıyla adil yargılanmanın ve hukuk devletinin güvencesidirler*¹⁰¹².” denilerek hakimlerin bağımsızlığının adil yargılanma ve hukuk devleti ile olan ilişkisi dile getirilmiştir.

Yargı bağımsızlığı en kapsamlı şekilde, hakimlerin hiçbir etki, baskı ve telkinden etkilenmeden, anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde hareket ederek ve kendi vicdanlarına göre karar vermeleri olarak tanımlanabilir¹⁰¹³. Yukarıda değinilen “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”nin 2.3. maddesinde; “*Bağımsızlıklarına doğrudan ya da dolaylı olarak etki edebilecek baskı ve tesiri kayıtsız şartsız reddederler*¹⁰¹⁴.” denilerek hakimlerin bu baskı, telkin ya da etkinin altında kalmamalarının önemi vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, bağımsızlık kavramının özü itibarıyla, bir organın diğer organların müdahalesi olmadan görev yapabilmesi olduğunu, yargı bağımsızlığının da mahkemelerin hiçbir makama bağlı olmadan ve kimseden emir ve talimat almadan işlevini yerine getirmesini ifade ettiğini, yargı görevinin kullanılmasında kimsenin mahkemelere etki edemeyeceğini, baskının yapılması kadar, yapılabilme ihtimalinin bulunmasının da yargı bağımsızlığını zedeleyeceğini, baskının sadece yasama ve yürütme organlarından

¹⁰¹⁰ Erdoğan, s. 144.

¹⁰¹¹ Ünal, s. 6.

¹⁰¹² “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

¹⁰¹³ Yavuz, s. 8.

¹⁰¹⁴ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

değil, bir çok kişi veya gruptan gelebileceğini, başka güçlerin etkisine açık olan yargının bağımsız olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir¹⁰¹⁵.

Hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı anayasal demokrasilerin vazgeçilmez unsurlarıdır. Michel Rosenfeld'in ifadeleriyle, “ *en geniş anlamında hukuk devleti, devletin vatandaşlarını sadece kamuya açıklanmış kanunlara tabi tutmasını, devletin yasama fonksiyonununun yargı fonksiyonundan ayrı olmasını ve devlet içinde hiç kimsenin hukukun üstünde olmamasını gerektirir. Modern anayasalcılığın üç temel niteliği de, devletin yetkilerinin sınırlandırılması, hukuk devletine bağlılık ve temel hakların korunmasıdır. Hukuk devletinin yokluğu halinde çağdaş anayasal demokrasi imkansız hale gelir*¹⁰¹⁶.”

1961 Anayasa'sının 132. ve 1982 Anayasa'sının 138. maddelerinin kenar başlıkları “*mahkemelerin bağımsızlığı*” olmasına rağmen, madde metinlerinde “*hakimlerin bağımsızlığı*” ibaresine yer verilmiş olup, bu durum Türk Anayasa Hukuku uygulamasında mahkemelerin bağımsızlığı kavramı ile hakim bağımsızlığı kavramının aynı anlamda kullanıldığını göstermektedir¹⁰¹⁷.

4.4.2.Yargı Bağımsızlığı ile Yargı Tarafsızlığı İlişkisi

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları, birbiriyle yakın ilişki içinde olan kavramlar olmasına rağmen, nitelik itibariyle birbirinden farklıdır. Bağımsızlık, yargı üzerinde dışsal etkilerin olmaması anlamına gelirken, tarafsızlık hakimin iç dünyası ile ilgilidir¹⁰¹⁸. Hakimin, hukuka uygun şekilde ve nesnel bir biçimde karar vermesinin ilk güvencesi, onun yargılama dışından gelen etkilere karşı korunmasıdır. Hakimin bağımsızlığı ilkesiyle buna ilişkin güvenceler sağlamaktadır. Ancak, bunun dışında, hakimin ayrıca somut olayı yargılarken yargılama içinden doğan etkilere karşı da korunması gerekmektedir. Bunu sağlayacak olan ise hakimin tarafsızlığı ilkesi ile buna ilişkin güvencelerdir¹⁰¹⁹. Kanunda “*objektiflik*” yerine, yanlışlıkla “*tarafsızlık*”

¹⁰¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, 27.04.1993 tarihli, 1992/37 Esas, 1993/18 Karar sayılı kararı, “anayasa.gov.tr”, erişim tarihi 07.08.2017.

¹⁰¹⁶ Özbudun, s. 55.

¹⁰¹⁷ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 461.

¹⁰¹⁸ Yavuz, s. 43.

¹⁰¹⁹ Centel/Nur, Zafer/Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Beta Yayınları, 13. Bası, sayfa, 605.

denilmiştir. Halbuki tarafsızlık, objektifliğin sadece bir yönüdür. İkinci yönü, “*kişiliksiz*” de denilebilecek olan “*kişilikten sıyrılma*”dır¹⁰²⁰.

Tarafsızlık ve bağımsızlık arasındaki ilişki daha net bir biçimde şöyle ortaya konabilir: Bağımsızlık, yargıcın çevresel etkilere karşı korunması anlamına gelir. Bir başka ifadeyle, bağımsızlık güvenceleriyle yargının içinden veya dışından gelen müdahalelerden azade dilen yargıç dosyasını önüne alır ve hukuk ve vicdanına göre bir karar verir. İşte mahkeme salonu, yargıcın bu etkilerden uzak karar verdiği fildişi kulesidir. Yargıç, fildişi kulesine çekilip hukuk kuralları ve adalet anlayışıyla baş başa kaldıktan sonra tarafsızlık devreye girer. Bu örnekten hareketle bağımsızlık, yargıcın hiçbir etki altında kalmadan ve adalete uygun şekilde karar verebilmesi için uygun ortamın hazırlanması, tarafsızlık ise, yargıcın karar verirken sahip olduğu önyargı, duygu ve düşüncelerden kurtulmasıdır¹⁰²¹.

Hakimlerin bağımsızlığı, hakimlerin tarafsızlıklarını kapsamaktadır. Başka bir ifade ile hakimlerin bağımsızlığı kavramı onların bağımsızlığı ve tarafsızlığını ifade etmektedir. Şüphesiz bağımsızlık ve tarafsızlık farklı anlamlar ifade eder. Bağımsızlık, davranışlarını, tutumunu, girişimlerini herhangi bir gücün etkisinde kalmadan özgür ve müstakil olmayı ifade eder. Tarafsızlık ise yansızlığı ve bitarafılığı ifade eder. Ancak şu da bir gerçektir ki; bu iki kavramı birbirinden ayırmak oldukça zordur¹⁰²². Bu husus aşağıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararında ayrıntılı şekilde değerlendirilmiştir¹⁰²³.

¹⁰²⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 359.

¹⁰²¹ Gönenç/Levent, “Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, TEPAV Yayınları, Yıl 2011, sayfa 8.

¹⁰²² Özer, s. 9.

¹⁰²³ Anayasa Mahkemesinin 27.04.1993 tarihli, 1992/37 esas, 1993/18 karar sayılı kararı,”Yargı bağımsızlığı da yargının hiç bir organ ve makama bağlı olmadan, emir ve talimat almadan görevlerini özgür biçimde yerine getirebilmesidir. Yargı görevine ilişkin olarak Mahkemelere hiçbir telkin ve tavsiyede bulunulamaz ve genelge gönderilemez. Herhangi bir baskının yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler. Yargı bağımsızlığından yargının yalnızca yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı anlaşılmaz. Bu bağımsızlığın yürütme organı yanında yasama organı ile devlet ve toplumda etkili olan sosyal-ekonomik baskı grupları karşısında da gerçekleştirilmesi gerekir. Yasamaya yürütmeye yada öteki güçlerin denetimine bağlı ve etkisini açık olan, "yargı" bağımsız olamaz. Bağımsız yargı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesidir. Çünkü, hukuk devleti özünü yargının bağımsızlığında bulur...Mahkemelerin bağımsızlığı genellikle hâkimlerin bağımsızlığı ile eş anlamlı kullanılmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 9. maddesinde "Yargı yetkisi bağımsız mahkemelerce kullanılır" denilmesine karşın 138. maddesinde "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar" anlatımına yer verilmesi bunu yansıtmaktadır. Anayasa'da mahkemeler kurum olarak ele alınmış ve onların bağımsızlığını gerçekleştirmek için yargı erkinin en önemli ögesi olan hâkimlerin

Yargı bağımsızlığı, tarafsızlığın sağlanmasının dışsal teminatı¹⁰²⁴ olup, asıl amaç olan tarafsızlığı sağlamaya çalışan bir araçtır¹⁰²⁵.

Hakimin objektif olması, taraflardan birini tutmaması, birinin lehine veya aleyhine tavır takınmaması, tarafsız olması demektir. Bu nedenle, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, hakimlerin, yargılamaya katılanlarla yargılama dışındaki bir zamanda kişisel ilişki kurmaktan, konuşmaktan kaçınmaları ve tarafsızlıklarına hanel getirmemeleri gerekir. Bu, özellikle, konuşmalardan faille birlikte eylemi gerçekleştirdikleri veya aynı olaya katılmış olabileceği anlaşılan ve kendilerine suç isnadı yapılabilecek olan kimseler açısından böyledir. Eğer hakimle bu kimselerden birisi arasında herhangi bir şekilde herhangi bir konuya ilişkin bir konuşma geçmiş ise, taleple bağılı olmaksızın, bir sonraki celsede hakimin diğere tüm yargılamaya katılanlara bu hususta bilgi vermesi gerektir. Bu bilgilendirme sonrası, belki diğere süjelerin başka usulü talepleri olabilecektir. Bu görüşmenin gizlenmesi, dürüst yargılama ve adil yargılama ilkelerini ihlal eder¹⁰²⁶. Federal Alman Anayasasında yargı bağımsızlığı üç kavramı kapsar: 1-

görevlerinde bağımsız olması öngörülmüştür. Mahkemelerin bağımsızlığı, yargının, yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, bu doğrultuda yetkilerini kullanmayı, görevlerini yerine getirmeyi anlatmaktadır. Hâkimlerin bağımsızlığı ise yasama ve yürütme organlarına bağılı olmadan Anayasa'ya ve hukuka uygun olarak vicdanî kanılarına göre hüküm vermelerini amaçlar. Öğretilerde, objektif bağımsızlık ve kişisel bağımsızlık olarak ikiye ayrılan hâkim bağımsızlığında, kişisel bağımsızlık göreve ilişkin objektif bağımsızlığın güvencesi sayılmaktadır. Anayasa, bu doğrultuda "bağımsızlık" ve "teminat"ı ayrı başlıklar altında düzenlemişse de, mahkemelerin bağımsızlığıyla hâkimlerin bağımsızlığı birbirini tamamlayan, birbirinden ayrılması olanaksız biri olmayınca öbürü de olmayan, durumları anlatan hukuksal kurumlardır. Hâkimlerin görevlerine ilişkin nesnel (objektif) bağımsızlık, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Çekinme ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka hiçbir şeye bağılı olmadan yansız tutumla, özgürce karar verme olgusunu sağlayan bağımsızlık, mahkemeler ve hâkimler için bütünlük taşıdığından 138. maddenin başlığı "Mahkemelerin bağımsızlığı"dır. Hâkimlerin görevlerine ilişkin nesnel bağımsızlıkları, yani yargılama faaliyetinde bulunurken hiç bir dış etki altında kalmamaları Anayasa'nın 138. maddesinin ilk fıkrasında; "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" biçiminde genel olarak tanımlandıktan sonra, bu bağımsızlığın sağlanması için öngörülen kurallar daha sonraki fıkralarda şöyle belirtilmiştir: "Hiç bir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında yasama Meclisinin de yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare; mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 11.08.2010.

¹⁰²⁴ Sancar/Atılğan, s. 34.

¹⁰²⁵ Yavuz, s. 44.

¹⁰²⁶ Ünver/Hakeri, s. 186.

Maddi bağımsızlık, yargıcın yönetimden emir almamasıdır. 2- Kurum olarak bağımsızlık. 3- Kişisel bağımsızlık¹⁰²⁷.

Yargı bağımsızlığı genel ve soyut bir durumu ifade ederken yargı tarafsızlığının daha çok somut olaylar karşısında ve bakılmakta olan davalarda takınılması gereken tavır olduğunu kabul etmek gerekir¹⁰²⁸.

4.4.3.Yargı Bağımsızlığının Kapsamı

Günümüzün liberal demokrasilerinde yargının bağımsız olması, devletin gelişmişliğinin en önemli göstergesi olarak karşımıza çıkmakta, bu bağımsızlığın sağlanması ve korunması bir çok yasal düzenlemelere konu olmaktadır¹⁰²⁹. Hakimlerin her türlü baskı ve müdahaleden uzak olması, yargı bağımsızlığının en önemli ve “*olmazsa olmaz*” koşuludur¹⁰³⁰. Bazı yazarlar, bağımsızlığın makamın değil, makamda bulunan bir hakimin niteliği olduğu gerekçesiyle, “*mahkemelerin bağımsızlığı*” yerine, “*hakimlerin bağımsızlığı*” kavramının kullanılmasının daha doğru olduğunu savunmaktadırlar¹⁰³¹.

En başta belirtmek gerekir ki, kainatta mutlak manada “*bağımsızlık*”, hiçbir varlık için söz konusu değildir. Hele insanlar için bağımlılık kavramı daha belirgin şekilde karşımıza çıkmaktadır¹⁰³². Yargı bağımsızlığı bireysel olarak yargıca ait bir ayrıcalık değil, aksine yüklenmiş bir sorumluluktur. Bu sorumluluk ile yargıç, içeriden veya dışarıdan gelebilecek hiçbir telkin, tavsiye, baskı ve müdahaleden etkilenmeden, sadece hukuk ve yargıladığı somut olayın gerçeklerini dikkate alarak, dürüst ve adil bir şekilde yargılama yapma ve karar verme görevini yüklenmektedir¹⁰³³. Bağımsızlığın yargıca tanınmış bir ayrıcalık olmadığı, sorumsuz davranma anlamına gelmediği yukarıda değinilen “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”nin 2.6. maddesinde; “*Bağımsızlığın, sorumsuz ve ayrıcalıklı olmak anlamına gelmediğinin, bilakis hesap verebilirlik ilkesi çerçevesinde adaletin tecelli etmesini sağlama amacı taşıdığıının farkındadırlar*¹⁰³⁴.” denilerek

¹⁰²⁷ Fendoğlu, s 91.

¹⁰²⁸ Yavuz, s. 45.

¹⁰²⁹ Özkul, s. 210.

¹⁰³⁰ Fendoğlu, s. 86.

¹⁰³¹ Yavuz, s. 26.

¹⁰³² Yavuz, s. 8.

¹⁰³³ İnceoğlu, s. 16.

¹⁰³⁴ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

bağımsızlığın, adaletin gerçekleştirilmesi amacına hizmet için öngörüldüğü belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında önemli olanın yargı erkinin varlığı değil, bu erkin bağımsızlığı olduğunu, bağımsızlığı korunan bir yargının her şeyden önce, yönetenler karşısında güçsüz durumda olan yönetilenlerin güvencesi olduğunu, kuvvetler ayrılığının yargı bağımsızlığı ile bir anlam kazandığını, bağımsızlığın yargının karakteri olduğunu, bağımsızlığı sağlanmamış yargının gerçek anlamda yargı olmayıp diğer devlet organlarının güdümünde olduğunu, güdümlü olan bir yargının, en temel işlevi olan adil yargılama görevini yerine getiremeyeceğini, yargı bağımsızlığının uygarlık savaşının en önemli cephelerinden birini oluşturduğunu, yargı bağımsızlığı ile düzenlemelerde zaman zaman mahkemelerin bağımsızlığından, zaman zaman da hakimlerin bağımsızlığından söz edildiğini, bu kullanımın iki kavramın eşanlamlı olduğu izlenimi verdiğini, gerçekte mahkemelerin bağımsızlığı kavramının diğer devlet organlarından bağımsız olarak görev yapmayı ifade ettiğini, hakimlerin bağımsızlığı kavramının ise, hakimlerin diğer devlet organlarına bağlı kalmadan, hukuk ve vicdanlarına bağlı olarak karar vermelerini ifade ettiğini, dolayısıyla bu iki kavramın birbirini tamamlayan ve ayrılmaları mümkün olmayan anayasal ilkeler olduğunu belirtmiştir¹⁰³⁵.

Yargı bağımsızlığı kavramı ile, yargılama işinin süjesi olan hakimin bağımsızlığı anlatılmak istenir¹⁰³⁶. Öğretide yargı bağımsızlığı incelenirken “nesnel bağımsızlık” ve “kişisel bağımsızlık” ayrımı yapılmıştır. Nesnel bağımsızlık, görevle ilgili hususlara ilişkin olup, yargıcının dış etkenlerden bağımsız olarak yargılamasını yapıp karar vermesidir. Kişisel bağımsızlık ise, yargıcın kişisel korku ve kaygılarından azade olması, bu kapsamda görevden alınmama, emekli edilememe, özlük haklarından yoksun kalmama gibi konuları düşünmeden işini yapması olarak kabul edilmektedir¹⁰³⁷.

Toplumun yargıya güven duyması, hukuk devleti ve demokrasinin gelişimi bakımından çok önemlidir. Yargıç karar verirken, bağımsız olarak karar verme

¹⁰³⁵ Anayasa Mahkemesinin 28.02.1989 tarihli, 1988/32 esas, 1989/10 karar sayılı kararı, “anayasa.gov.tr”, erişim tarihi 11.08.2010.

¹⁰³⁶ Özen, s. 33.

¹⁰³⁷ Atay, s. 1134.

yeteneğini etkileyecek -veya etkilenmiş olarak görülebilecek- herhangi bir taraflılık veya eğilim veya bağlantıdan uzak olmak zorundadır. Bağımsızlık “kimse kendi davasında yargıç olamaz” temel ilkesinin bir parçasıdır. Bu ilke belirli bir davanın taraflarının etkilenmemelerinin ötesinde, toplumun bir bütün olarak yargıya güvenini sağlamak için de çok büyük bir anlam taşır¹⁰³⁸. Hakimin bağımsız olması kadar, bağımsız görünmesinin önemi, “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”in 2.5. maddesinde; “*Yargıya güvenin sağlanması ve sürdürülebilmesi için bağımsız olmak kadar, bağımsız görünmenin de önemli olduğunun bilincindedirler*¹⁰³⁹.” şeklinde ifade edilmiştir.

Yargının bağımsızlığına ilişkin düzenlemeler, sadece gelişmiş liberal demokrat rejimlerin anayasalarında değil, otoriter olarak tanımlanan rejimlerin anayasalarında bile yer almıştır. Nitekim, dağılmış olan SSCB’nin 1977 Anayasası’nın 155. maddesinde yargının bağımsız olduğu ifade edilmiştir. Yine 1993 tarihli Rusya Anayasası’nın 120. maddesinde; hakimlerin bağımsız olduğu, anayasa ve federal hukuka bağlı olarak karar verecekleri ifade edilmiştir. Koyu bir çoğunlukçu (mutlakiyetçi) rejim taraftarı olan Bodin de yargının bağımsız olması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁴⁰. Ancak burada önemli olan, yargının bağımsız olduğuna ilişkin yasal metinlerde yer alan ibareler değil, bu bağımsızlığın korunması, hakimlerin hiçbir etki altında kalmadan görev yapmaları için ne tür güvencelerin öngörüldüğüdür.

Bağımsızlık konusu değişik başlıklar altında incelenebilir.

4.4.3.1.Dış Bağımsızlık ve İç Bağımsızlık

Dış bağımsızlık ile, yargı organının dışarıdan gelebilecek müdahalelere karşı korunması, bu kapsamda yasama ve yürütme karşısında bağımsız olması¹⁰⁴¹, maaş, atama, özlük hakları gibi konularda özellikle yürütme organına bağımlı olmaması ifade edilmek istenir¹⁰⁴². Yasama ve yürütmeden gelebilecek müdahalelerden ayrı olarak, yargı organı, davanın tarafları, baskı grupları,

¹⁰³⁸ Inceoğlu, s. 76.

¹⁰³⁹ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

¹⁰⁴⁰ Dursun/Hasan, “Erkler Ayrılığı ve Hakim Bağımsızlığı”, TBB Dergisi, Sayı 80, Yıl 2009, sayfa 30.

¹⁰⁴¹ Gönenç, s. 2.

¹⁰⁴² Uran/Murphy, s. 21.

kamuoyu ve kitle iletişim araçlarından gelebilecek etki ve baskılara karşı da korunmalıdır¹⁰⁴³.

İç bağımsızlık ise, hakimin kendi meslektaşlarına, yargı hiyerarşisini içinde yer alan kişi ve kurumlara karşı korunmasıdır¹⁰⁴⁴. Kıdemli olan yargıçların veya mahkeme başkanlarının kendilerinden kıdemsiz olan yargıçlara sicil vermeleri, verdikleri kararlarla ilgili performans raporu düzenlemeleri, onların disiplin soruşturmalarını ve işbölümünü yapmaları hususlar, yargı içinden gelebilecek müdahalelere örnek olarak verilebilir¹⁰⁴⁵. Nitekim "*Venedik Komisyonu, Yargıçların Bağımsızlığı Raporu*"nda, hakimler arasında tabiyet ilişkisi olamayacağı, her bir hakimin özgürce karar vermesinin yargı için bağımsızlık ilkesinin bir gereği olduğu belirtilmiştir¹⁰⁴⁶.

4.4.3.2. Bireysel Bağımsızlık ve Kurumsal Bağımsızlık

Yukarıda incelenen iç bağımsızlık ve dış bağımsızlık kavramları, yargıya yapılması muhtemel etki ve müdahalenin kaynağı, yani nereden geldiği esas alınarak yapılan bir sınıflandırmadır¹⁰⁴⁷. Etki ve müdahalenin kaynağı değil de, hedefi dikkate alındığında, karşımıza bireysel-kurumsal bağımsızlık ayrımı çıkmaktadır. Bireysel bağımsızlık, yargılama işinin en temel süjesi olan hakimin, kişi olarak hiçbir baskı ve müdahale olmadan, hukuk ve vicdanı doğrultusunda karar vermesini ifade ederken, kurumsal bağımsızlık, kurum olarak mahkemelerin dışarıdan gelecek olumsuz etkilere karşı korunmasını ifade eder¹⁰⁴⁸. Yargıçların bireysel bağımsızlığı ile mahkemelerin kurumsal bağımsızlığı yakın ilişki içindedir. Ancak yargıçlara bireysel bağımsızlığın tanınması, yargı bağımsızlığının bütünüyle temin edildiği anlamına gelmemektedir. Kurumsal olarak mahkemelerin kuruluş ve işleyişinin devletin diğer organlarına bağımlı kılınması halinde yargı bağımsızlığı ciddi bir tehditle karşı karşıya gelebilir¹⁰⁴⁹.

Yargı denetiminin gerçekten etkili olabilmesi, elbette, bu denetimi yapan mahkemelerin bağımsız olmasına bağlıdır. Yargının bağımsızlığı kavramı, bir

¹⁰⁴³ Özkul, s. 211.

¹⁰⁴⁴ Özkul, s. 212.

¹⁰⁴⁵ Uran/Murphy, s. 22.

¹⁰⁴⁶ Gönenç, s. 2.

¹⁰⁴⁷ Gönenç, s. 3.

¹⁰⁴⁸ Özkul, s. 212.

¹⁰⁴⁹ Uran Murphy, s. 22.

yandan yargının kurumsal bağımsızlığını, bir yandan da hakimlerin bireysel bağımsızlığını ifade etmektedir. Kurumsal bağımsızlıktan kasıt, mahkemelerin diğer devlet organlarına bağlı olmamaları, kararlarının bu organların onayına tabi olmaması ve bu kararların yerine getirilmesinin sözü geçen organlar tarafından engellenememesi veya geciktirilememesidir. Bu anlamda, yargının kurumsal bağımsızlığı elbette önemlidir; ancak, ikinci unsuru oluşturan hakimlerin bireysel bağımsızlığı ve bunu gerçekleştirecek olan hakimlik teminatı sağlanmadığı takdirde, kurumsal bağımsızlık pratikteki anlamını tümüyle yitirebilir¹⁰⁵⁰.

4.4.4.Yargı Bağımsızlığı ve Hukukun Üstünlüğü İlişkisi

Bazı etik değerlerin, devlet adına yönetme ve karar verme yetkisini kullananlar tarafından gözetilmesini gerektiren kurumsal bir ahlaksallık olarak tanımlanabilecek olan hukukun üstünlüğü kavramı ile, kamu işlerinin yürütülmesinde bireylere eşit ve adil davranılması, bu işleri yürütenlerin hukukla bağlı olması anlatılmak istenir. Toplumun sorunlarını çözme hedefine odaklanmış, tutarlı yasalara, tarafsız ve gücünün farkında olarak verimli çalışan mahkemelere sahip olan bağımsız ve adil bir yargı sistemi, hukukun üstünlüğünü sağlamanın ve yüceltmenin anahtarıdır¹⁰⁵¹.

Sıkça tekrarlanan bir anekdot, hukukun üstünlüğünü açıklamakta güzel bir örnek oluşturur. XVIII. yüzyıl sonlarında İngiltere’de fakir bir köylü pencereleri kırık bir barakada iki çocuğu ve karısıyla oturmaktadır. Hava soğuktur, içeriye kar girmektedir. Durumu gören bir kişi acır ve sorar, “*üşümüüş ve mutsuz olmalısınız?*”. İşçi, “*hayır*” der, “*biz burada mutsuz sayılmayız, evimize kar girer, yağmur girer, soğuk girer, ancak “kral” giremez*”. Bu işçiye kral, yani devlet otoritesi karşısında güvence veren ve ona kendisine özgü kişisel bir özgürlük alanı tanıyan hukuk ve hukukun otorite karşısındaki üstünlüğüdür. Hukukun devlet otoritesini durdurduğu yerde hukukun üstünlüğü söz konusudur¹⁰⁵².

Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğü ve demokrasi için vazgeçilmezdir¹⁰⁵³. Hukukun üstünlüğü, devleti muhatap alır; bunun güvencesi ise

¹⁰⁵⁰ Özbudun, Anayasalcılık, s. 61.

¹⁰⁵¹ Karabacak/Hakan, “Hukukun Üstünlüğü ve İyi Yönetişim”, “www.deu.edu.tr.”

¹⁰⁵² Aliefendioğlu/Yılmaz, “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2001, Sayı 2, Sayfa 30.

¹⁰⁵³ Yavuz, s. 9.

yargıçtır. Serbest seçim hakkının öznesi yurttaş, muhatabı siyasal iktidar, güvencesi ise yargıçtır. Gerçekten demokratik bir siyasal “*rejim*”in, İHAS bağlamında, ancak hak ve özgürlükler düzeni ile kurulabileceği açıktır¹⁰⁵⁴. Yargı, millet adına yargılama işini yürüttükten sonra, hukuk adına son sözü söyleme yetkisini elinde bulunduran kuvvettir. İşte, bağımsız ve tarafsız olarak hareket eden, iç veya dış hiçbir etkenden etkilenmeyen, hukuka bağlı kalarak görevini yerine getiren bir yargı, toplumun huzur ve güven içinde yaşamasının en önemli teminatıdır¹⁰⁵⁵.

Hukukun üstünlüğü, yasama ve yürütme işlemleri karşısında son sözü hukukun söylemesi; başka bir deyişle devletin hukukla sınırlı olmasıdır. Devletin yasama, yürütme ve yargı yetkileri, hukukla sınırlandırıldığı sürece kişinin temel hak ve özgürlükleri, devlet karşısında güvenceye alınmış, keyfi yönetim önlenmiş olur¹⁰⁵⁶.

Hukuk devleti ile amaçlanan, devletin hukuk ile şekillendirilmesi ve buna göre örgütlenmesidir. Hukuktan temel alarak örgütlenmesini tamamlayan, iş ve işlemlerini hukuka göre yürüten devlet meşruiyet sorunu yaşamayacaktır. Dolayısıyla hukuk, hukuk devletinin hem meşruiyet kaynağı ve hem de onun sınırınıdır. Hukuk devleti ile hukuku olan devleti ayıran en önemli fark da, devletin hukukla bağlı ve sınırlı olmasıdır.¹⁰⁵⁷

Yargı bağımsızlığı, hukuk kültürü ve siyasi gelenekle de yakından ilgilidir. Bir başka ifadeyle, aynı müesseselere yer verilse dahi, farklı kültür ve geleneklerde farklı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir¹⁰⁵⁸. Ülkelerin demokratik yapısı, uygarlık algı ve seviyesi, toplumların duyarlılığı yargı bağımsızlığı ile yakından ilgilidir. Adaleti tesis etmek devletlerin en önemli görevlerinden birisidir. Adaletin tesisinin birinci şartı, millet adına bu işi yapacak olan hakimlerin bağımsızlığının sağlanmasıdır. Bu gerçeğin farkına varan toplumlar, onlara hizmet etmek için kurulmuş olan devletin hukukla şekillendirilmesini talep etmişler, bu şekilde hukuk devleti kavramı ortaya çıkmıştır. Bu ilkenin etkisi ve zorlamasıyla hukuk devletleri, yargı bağımsızlığını sağlama konusunda güçlü

¹⁰⁵⁴ Kaboğlu, s. 33.

¹⁰⁵⁵ Kırmaz, s. 13.

¹⁰⁵⁶ Aliefendioğlu, s.30

¹⁰⁵⁷ Sancar/Atılğan, s. 17.

¹⁰⁵⁸ Yavuz, s. 9.

adımlar atmışlardır. Bugün, uygarlık seviyesi yüksek olan ve demokrasiyi özümsemiş olan ülkelerde mahkemelerin bağımsız olup olmaması değil, bu bağımsızlığın en iyi şekilde nasıl sağlanacağı tartışılmaktadır¹⁰⁵⁹.

4.4.5.Yargı Bağımsızlığı ve Kuvvetler Ayrılığı İlişkisi

Eski tarihlerden orta çağlara kadar yargı görevini kral, kabile reisi gibi toplumu yöneten, dolayısıyla yürütme gücünü oluşturan aktörler veya onların görevlendirdiği kişiler yürütmüş, dolayısıyla yargı görevi yürütme içinde telakki edilmiştir. Ancak zaman içinde devlet işleri artmış, adli işler çok karmaşıklaşmış, bu durumun yarattığı zorluk ve ihtiyaçlar yargı göreviyle uğraşacak özel görevlilerin istihdamını zorunlu kılmıştır. Örneğin Roma imparatorluğu zamanında, konsülün yürütmeye yönelik işleri öylesinde yoğundu ki, adli işler için zaman bulamıyordu ve bu işlere bakmak üzere bir praetor atamıştır. Yine Avrupa monarşilerinde kral ve prensler adli işleri yardımcılara veya atadıkları özel görevlilere bırakmışlardı¹⁰⁶⁰.

Machiavelli 1532 yılında meşhur yapıtı “*Prens*” te şu satırları ön plana çıkarmıştır: “*Üzerlerinde bir yargıcın olmadığı egemenin eylemleri, insanlar tarafından özellikle başarı olarak değerlendirilir. Egemen, egemenliğini kanıtlamak için hep kazanmalıdır. Bu yolda amaca hizmet eden her vasıta caiz kabul edilir ve herkesin beğenisini de celp eder. Zaten avamla dolu olan dünya gösterişe ve başarıya bakmaktadır.*” Machiavelli’nin bu düşünceleri dünyanın birçok yerinde somut siyasal kuram gibi kabul edilip uygulandı. Aydınlanma çağının düşünürleri, baskı düzeni olarak kabul görmüş bu otoriter düşünceyi (machiavellist), kişi dokunulmazlığını ve özgürlüğünü koruma adına, siyasal düşünce ve yaşamdan uzaklaştırmaya çalıştılar. Bu çalışmalar neticede günümüzün “*hukuk devleti*” ve “*erkler ayrılığı*” düşüncelerinin doğmasına yol açmıştır. Bu düşüncelerin en önde gelen temsilcileri John Locke ve Charles de Montesquieu’dur¹⁰⁶¹.

Montesquieu devlette üç kuvvet olduğunu, yasama kuvvetinin prens veya yöneticinin yasa çıkarması veya yürürlükten kaldırması olduğunu, yürütme

¹⁰⁵⁹ Erol/Mesut, “Kanada’da Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı”, TBB Dergisi, Sayı 86, Yıl 2009, sayfa 313.

¹⁰⁶⁰ Ünal, s. 2.

¹⁰⁶¹ Bayraktarlı, s. 27.

kuvvetinin savaş, barış yapma, elçi gönderme gibi işlerle ilgilendiğini, üçüncü kuvvet olan yargı kuvvetinin ise, suçluları cezalandırdığını, kişiler arasındaki davaları çözdüğünü belirtmiştir¹⁰⁶².

Locke, “*Hükümet Üzerine İki Deneme*” adlı yapıtında, insanın doğası gereği güce sahip olma ve onu bırakmama eğiliminde olduğunu, devlet yapılanmasında yasama erkinin yasaları yaptığını, yürütme erkinin ise bu yasaları uyguladığını, ayrıca güvenlik ve dışişlerinden sorumlu olan bir federatif erk olduğunu, kanunu yapanın kendisini kanun uygulaması dışında görebileceğini belirtmiş, yasama ve yürütme güçlerini ayrı kuvvetler olarak kabul etmesine rağmen yasamanın üstünlüğünü savunmuştur. Locke yasama ve yürütme gücünden söz ederken yargı gücünden söz etmemiştir¹⁰⁶³.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, en genel ve yalın ifadesiyle, yasama, yürütme ve yargı olarak sınıflandırılan devletin hukuki işlevlerinin, anayasa ve yasalara uygun olarak, değişik yollardan göreve gelen ve aralarında işbirliği olan farklı organlar tarafından yerine getirilmesini ifade eder. Başka bir ifadeyle, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları birbirinden bağımsız olan organlar tarafından yerine getirilecek, ancak bu görevler yapılırken organlar arasında fren ve denge mekanizması olacaktır¹⁰⁶⁴. Bu ilke ile amaçlanan, her bir kuvveti, diğer kuvvet karşısında bağımsız kılıp kendine özgü olan görevler ile sınırlamak, dolayısıyla kuvvetler arasında bir denge kurmaktır. Bu sayede devletin de hesap verebildiği bir sistem kurulacak, demokrasi işleyecek ve insan hak ve özgürlükleri azami oranda korunabilecektir¹⁰⁶⁵.

Uygarlık ve demokrasi mücadelesi içinde kuvvetler ayırımı düşüncesine kolay ulaşılmamıştır. Binlerce yıllık deneyim, devletin hukuki işlevleri demek olan kuvvetlerin bir elde toplanması halinde bunun kötüye kullanıldığını, insan hak ve özgürlüklerinin ortadan kaldırıldığı gerçeğini göstermiş, bunun önüne geçebilmek amacıyla bu düşünce ortaya çıkmıştır. İşte bu nedenle Montesquieu, devletin sınırsız gücünü savunan mutlakiyetçilere karşı liberalizmi savunmuş,

¹⁰⁶² Ünal, s. 2.

¹⁰⁶³ Akgül, s. 83.

¹⁰⁶⁴ Akgül/Mehmet Emin, “ Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, Ankara BD, Yıl:68 Sayı: 2010/4 , sayfa 81.

¹⁰⁶⁵ Özkorkurt/Nevin Ünal, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’si’nde Yargıya Genel Bir Bakış”, AÜHFD, Yıl 2008, sayfa 226.

devlet güçlerinin karşılıklı fren ve denge mekanizması içinde çalışabilmeleri için birbirlerinden ayrılmaları gerektiğini, bunun özgürlüklerin en temel şartı olduğunu ileri sürmüştür¹⁰⁶⁶. Bu fren ve denge mekanizması içinde yargının rolü, azınlığı çoğunluğun tiranlığından, bir başka deyişle güçsüzü güçlünün zulmünden korumaktır. Yargının bu görevini yapabilmesi için sahip olması gereken en önemli güç ve silah bağımsızlığıdır¹⁰⁶⁷.

Yasama ve yürütme erkleri, siyasi tartışmaların ve menfaat çatışmalarının tam ortasında yer alırken, yargı erki, bağımsız, siyaset dışı, adaletin ve dolayısıyla barışın tesisi için çalışan, sakin ve sessiz bir erk olarak tanımlanır. Nitekim Montesquieu, hakimin, kanunun sözlerini dile getiren bir ağız olduğunu söylemiştir. Bu nedenle, yargı, tartışma ve kavgaların içinde yer alan değil, diğer kuvvetler arasında çıkan sorunlarda hakemlik yapan, ringde dövüşenleri ayıran bir pozisyonadadır¹⁰⁶⁸.

4.4.6.Yargı Bağımsızlığının Sınırı

Hakimin bağımsız olması, onun başına buyruk davranması anlamına gelmez. Hakim, her şeyden önce hukuk ve etik kuralları ile bağlıdır. Yargı bağımsızlığının da hukukla bağlı olmak gibi bir sınırı vardır. Bu sınır gereğince yargı görevini ifa eden yargıç mutlaka denetlenmeli, ancak bu denetim yapılırken yargı bağımsızlığı zedelenmemelidir¹⁰⁶⁹.

Hesap verebilirlik bağımsızlığın karakteri ve doğal sonucudur. Dolayısıyla bu iki kavram, birbiriyle çatışan değil, bütünleşen kavramlardır. Bu iki kavramın bağdaştığı, bağımsız olan ve bu özelliğiyle adaletin dağıtımında baş aktör olan hakimin, yaptığı işlerle ilgili hesap verebildiği durumlarda, insanların adalete olan inançları artacaktır¹⁰⁷⁰. Hukuk devletinin temeli olan herkesin hukuk önünde hesap verebilmesinin temel şartı yargının bağımsız olması, yargı bağımsızlığının temel şartı da yargının da hesap verebilmesidir¹⁰⁷¹. Bu konuda hakimin yargı görevini korkmadan ve tarafsızca yerine getirecek kadar bağımsız, gerektiğinde

¹⁰⁶⁶ Ünal, s. 4.

¹⁰⁶⁷ Uran Murphy, s. 32.

¹⁰⁶⁸ Sancar/Atılğan, s. 19.

¹⁰⁶⁹ Özkorkurt, s. 229.

¹⁰⁷⁰ Akıncı/Müslüm, “Yargı Erki ve Sorumluluğu”, TAAD, Cilt 1, Yıl 1, Sayı 3, Ekim 2010, sayfa 98. s. 97.

¹⁰⁷¹ Gün, s. 13.

yaptığı işlerin hesabını verebilecek kadar cesur ve kendine güvenli olması gerektiği ifade edilir¹⁰⁷². Bu husus, “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”nin 2.7. maddesinde; “*Kanunlarda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak hesap verebilirliğin; bağımsızlıklarını zedelemeyen, aksine toplumsal meşruiyetlerini artırmak suretiyle güçlendiren bir ilke olduğunun bilincindedirler*”¹⁰⁷³ şeklinde belirtilmiş, hesap verebilirliğin toplumsal meşruiyeti artıracığı vurgulanmıştır”.

Yargının bağımsız olması, insan haklarının sağlanması, korunması ve geliştirilmesinin en büyük teminatıdır. Bağımsız olmayan, dolayısıyla güdümlü olan bir yargı, başka güçlerin egemenliği altındadır¹⁰⁷⁴. Ancak, yargı bağımsızlığı kavramı, hiçbir sınırı olmayan mutlak bağımsızlık anlamına gelmez¹⁰⁷⁵. En basit anlamda yargı adalete, anayasaya, hukuka ve vicdani kanaatlerine bağlıdır. Dolayısıyla yargıçlar, kendi keyfi isteğine göre değil, her türlü pozitif hukuk kuralları, yazılı olmayan teamül kuralları ve hukukun evrensel ilkelerini dikkate alarak karar vereceklerdir¹⁰⁷⁶. Yargıcın bağımsız karar verebilme özgürlüğü ile onun hesap verebilirliği arasında hassas bir denge bulunmaktadır. Bağımsız karar verebilme özgürlüğü, sınırsız ve sorumsuz bir durum olmadığı gibi, yargıçtan hesap sorulabilmesi de, onun karar verme özgürlüğünü sınırlayıcı ve giderek yok edici bir silah olarak kullanılmamalıdır¹⁰⁷⁷. Yargının hukuk ve kanunla bağlı olması, bir yönüyle yargısal karar verme sürecinin çerçeve ve dayanaklarını belirlemekte, diğer yandan keyfiliği engelleyerek yargının meşruiyetini sağlamaktadır¹⁰⁷⁸.

Kanuna bağlı olmaksızın mahkemelerin mutlak bir karar bağımsızlığına sahip olması toplumsal ve iktisadi olayların düzenli bir şekilde yönetilmesini olanaksızlaştırır. Bu nedenle Anayasa'nın 138. maddesi, hakimlerin anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak ve vicdani kanaatlerine göre karar vereceklerini öngörmüştür. Bu düzenlemenin, hakimlerin “*vicdani kanaatlerine göre*” Anayasa'dan ve kanunlardan bağımsız karar verebileceği anlamına gelmeyeceğini belirtelim. Bunun anlamı hakimin uyuşmazlıkların çözümünde Anayasa ve

¹⁰⁷² Sarı, s. 363.

¹⁰⁷³ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

¹⁰⁷⁴ Fendoğlu, s. 87.

¹⁰⁷⁵ Yılmaz, s. 19.

¹⁰⁷⁶ Yanık, s. 94.

¹⁰⁷⁷ Akıncı, s. 97.

¹⁰⁷⁸ Sancar/Atılğan, s. 37.

kanunları yorumlarken ve uygularken hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyete göre karar vereceğidir. Hukuka ve vicdani kanaate göre karar vermek, Anayasa ya da kanundan ayrılarak karar vermek anlamına gelmez. Diğer taraftan bu hükmün hakime oldukça esnek bir yorum gücü verdiğini de belirtmek gerekir¹⁰⁷⁹.

5.TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIĞIN KORUNMASI

Yargılama erki ve mahkemelerin bağımsızlığı, klasik demokrasinin temel ilkelerinden biridir. Günümüzde de, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen hukuk sistemi ne olursa olsun, bütün demokratik ve uygar ülkelerde yargı organının siyasal organlar karşısında bağımsızlığı ve yargı görevini ifa eden yargıçların diğer meslek mensuplarından daha güvenceli bir sisteme kavuşturulması ilkeleri kabul edilmiştir¹⁰⁸⁰.

Bireyler arasında adaleti sağlamak, bu yolla toplum içinde barışı temin etmek devletin en temel görevlerinden birisidir. Adaletin sağlanmasının ilk şartı da, kimseden etkilenmeden ve korkmadan, ama aynı zamanda hesap verebileceğini de bilerek hareket eden, yani bağımsızlığa sahip olan bir yargı organıdır. Kimden gelirse gelsin, dış etki ve baskılara açık olan ve bu şekilde karar veren hakimin adaleti sağlayamayacağı, verilen kararların toplumu tatmin etmeyeceği ve sonuçta toplumsal barışa bir katkısının olmayacağı açıktır¹⁰⁸¹.

Millet adına yargılama görevini yürüten yargı organı, diğer organlar karşısında bağımsız olmalıdır. Devlet denilen dev gücü sınırlamanın, yansız adaleti sağlamanın biricik yolu budur. Jakoben yönetimden hukukun üstünlüğüne yaslanan devlete evrildikçe devlet gücü gerilemiş ve küçülmüş, hukukun gücü ilerlemiş ve çoğalmıştır. Tarihsel gelişimin yasası budur¹⁰⁸².

Hâkim ve savcılarını, yürütme başta olmak üzere her türlü dışsal etki ve güce karşı koruyacak ve güvenceleri sağlayacak mekanizmaların varlığı yargı bağımsızlığının işlevselliğini arttıran önemli bir unsurdur. Bu mekanizmalardan biri olan hâkim ve (savcı) güvencesi, hâkim ve savcılarının yargılama faaliyeti çerçevesinde kamu adına yetkilendirildikleri tasarruflarından dolayı baskıya

¹⁰⁷⁹ Yılmaz, s. 20.

¹⁰⁸⁰ Kırmaz, s. 22.

¹⁰⁸¹ Beder/Bülent, Altundiş/Mehmet, “Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi”, Yasama Dergisi, Yıl 2009, Sayı 13, sayfa 85.

¹⁰⁸² Selçuk/Sami, “Yargı Bağımsızlığı”, TBB Dergisi, Yıl, 1997, Sayı 2, Sayfa 225.

uğramamaları, görevden alınmamaları, başka bir yere atanmamaları ve nakledilmemeleri güvencelerini içerir. Bunun tersine, hâkim ve savcıların takdir haklarını ve vicdanlarına göre oluşturmaları gereken kararlarını etkilemeye ve baskıya dönük her türlü keyfi işlem ve tasarruflar, adaletin gerçekleşmesini engeller¹⁰⁸³.

Toplumsal barışın temeli, devletin ve devlet adına güç kullanan tüm kurumların meşruiyetidir. Millet adına yargılama görevini yürüten hakim de, meşruiyetini, iktidara, devlet güç ve aklına bağlı olmaktan değil, adaleti gözetmekten alır. Dolayısıyla, bir görevi de, devletin hukuk karşısında hizaya gelmesini sağlamak olan hakimin, “*devletin memuru*” statüsüne sokulması veya hakimin, devletin her dediğini yapma konusunda “*hizmetkar*” zihniyetiyle hareket etmesi onun meşruiyetini tartışmalı hale getirecektir¹⁰⁸⁴. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, yargının bağımsız, tarafsız ve adil olması, devletin de adil, dürüst ve hesap verebilir olmasını sağlayacak, dolayısıyla bireylerin devlete olan güven ve bağlılıkları artacaktır¹⁰⁸⁵.

Hakimler, diğer siyasi organlar, basın ve halkın baskısına karşı güvence altına alındığı gibi, yargı organının kendisine karşı da güvence altına alınmalı, yani hakim, yargı organına karşı da bağımsız olmalıdır. Hakimin amiri olmadığı gibi, hakimler arasında hiyerarşi yoktur. Ancak kanunun verdiği yetki çerçevesinde, örneğin yasa yolu yargılamalarında, hakimlerin kararlarının bozulması bağımsızlığa zarar vermez. Çünkü bu müdahale şekli yasa ile öngörülmüştür ve kararı bozulan hakim de serbestçe karar vermektedir. Buna karşılık kıdemli hakimlerin veya yasa yolu denetimi yapan hakimlerin, ilk derece mahkeme hakimlerine genel nitelikli emir vermeleri, önceden bazı ilkeler koymaları bağımsızlığa aykırı düşer. Bu nedenle içtihadı birleştirme kararlarının benzer olaylarda mahkemeleri bağlaması hakimlerin bağımsızlığına ve anayasaya aykırıdır¹⁰⁸⁶.

Yargının dış bağımsızlığının sağlanması adına hakimlerin siyasal partiler, sivil toplum örgütleri, medya ve davanın tarafları veya davayla ilgili herhangi bir

¹⁰⁸³ Erdal/Meryem, “Herkesin Yargısı Kendine, Demokratikleşme Sürecinde Basının Yargı Algısı”, Tesev Yayınları, Şubat 2010, sayfa 177.

¹⁰⁸⁴ Sancar/Atılğan, s. 111.

¹⁰⁸⁵ Kırmaz, s. 23.

¹⁰⁸⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcak/Erden, s. 195.

menfaati olan kişi gibi yargı dışı kişi, kurum ve örgütlerden gelebilecek olumsuz etkilere karşı korunmaları gerekir¹⁰⁸⁷.

Yargının bağımsız ve tarafsız olmadığı sistemlerde, hak arama özgürlüğünün yasal metinlere yazılmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Bugün birçok ülkenin anayasalarında ve yasalarında yargının bağımsız olduğu, kimsenin hakimlere emir veremeyeceği şeklinde hükümler yer almaktadır. Bu yöndeki düzenlemelerin yasal metinlerde yer alması olumlu ise de yeterli değildir. Önemli olan hakimlerin bağımsızlığını, kimseden çekinmeden karar vermelerini sağlama konusunda ne tür güvencelerin öngörüldüğü ve bu güvencelerin etkin şekilde işleyip işlemediğidir. Adil yargılama devletin, yargı bağımsızlığı da adil yargılamanın temelidir. Yargı bağımsızlığı da, ancak ve sadece, yeterli güvenceye sahip yargıçlarla sağlanır. Bunun için yargıçların, siyasal gücü ve devletin birçok imkanını elinde bulunduran yasama ve özellikle yürütme organına karşı bağımsızlıklarının korunması, bunu sağlamaya yönelik etkin güvencelerin getirilmesi gerekli ve zorunludur¹⁰⁸⁸.

Dönemin Yargıtay Başkanı olan Recai Seçkin, 1960 yılı adli yıl açışı münasebetiyle yaptığı konuşmada, hakimin hukuk ve vicdanı yerine idare adamları veya başkalarının etkisi altında karar vermesi durumunda, verdiği kararın adaletle ilgisi olmayan bir zulüm belgesi olduğunu, durumun davanın tarafı kadar tüm toplumun gönül huzurunu bozacağını, bu haksızlığı gören herkesin, bir gün aynı şeyin kendisinin de başına gelebileceğini düşüneceğini söylemiştir¹⁰⁸⁹. Bağımsız yargının etkinliği, bu organın kararlarına karşı duyulan toplumsal bir inançtır. Bir ülkede bağımsız hakimlerin bulunduğu inancı yargıyı fonksiyonel hale getiren en önemli unsurdur¹⁰⁹⁰.

Öyleyse yapılacak ilk iş, bütün öznelere/güçlere karşı yargıyı, yargıcı bağımsız kılmaktır. Yargıç, devletin diğer organları, tüm baskı grupları, kamuoyu ve diğer tüm özneler karşısında bağımsız; her türlü etki, baskı ve tehditten uzak

¹⁰⁸⁷ Aras/Bahattin, “Yasamanın Bilgi Edinme ve Denetimi Yollarının Yargı Bağımsızlığına Etkileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, cilt 1, yıl 2, sayı 7, Ekim 2011, sayfa 186.

¹⁰⁸⁸ Germeç/Mahir Ersin, “ Ülkemizde Yargı Bağımsız Mı? Yargıçlar Güvenceli Mi?”, Bursa Barosu Dergisi, Sayı 80, Sayfa 65.

¹⁰⁸⁹ Yücel/ Mustafa T., “Yargılamada Objektiflik ve Tarafsızlık”, TBB Dergisi, Yıl 2014, Sayı 111, sayfa 119.

¹⁰⁹⁰ Kırmaz, s. 23.

olmalıdır.¹⁰⁹¹. Yargı, kısmen değil, tam anlamda tarafsız olmak zorundadır. Bu bağlamda tarafsızlığın bihakkın sağlanabilmesi için hakimlerin, kendi kişisel yargılarının etkisinde kalmaksızın karar vermeleri kadar, “*hikmeti hükümet*” zihniyetine ve hatta devlet ideolojisine de mesafeli durmaları gerekmektedir¹⁰⁹². Martin Luther 1532’de yaptığı bir konuşmada, hukukçuların durumunu ilahiyatçıların durumuna benzeterek, gerçeği söyledikleri için ilahiyatçılara düşmanlık edildiğini, hukukçuların da hükümdara gerçeği söylemeleri durumunda ilahiyatçılarla aynı kaderi paylaşacaklarını belirtir¹⁰⁹³.

Çalışmamızın bu kısmında, yargı bağımsızlığın başta yasama ve yürütme organına karşı olmak üzere korunması incelenecektir.

5.1. Yasama Organına Karşı Bağımsızlık

“*Egemenlik kayıtsız şartsız millettir*” şeklinde ifadesini bulan anayasal ilke, egemenliğin değil, bu egemenliğin millete ait olmasının kayıtsız şartsız olduğunu, yani millet dışında egemenliğin bir sahibi olmadığını ve olamayacağını ifade etmektedir. Millet bu egemenliğini, yine anayasada tarifini bulduğu şekilde, yetkili organları eliyle kullanacaktır. Bunun doğal sonucu, kaynağını anayasadan almayan hiçbir yetki kullanılamayacak, hiçbir organ da, anayasa tarafından yetkili kılınmamışsa, devlet adına bir güç kullanamayacaktır. Demek ki devletin egemenliğine dayanan faaliyetlerinin tümü Anayasayla sınırlı birer yetki olup, bu yetkiler yasama, yürütme ve yargı olarak sınıflandırılmaktadır¹⁰⁹⁴.

Yasama organı, devletin üç erkenden milli iradenin temsil edildiği yerdir. Devletin yasama fonksiyonunu icra eden bu kuvvetin yargı üzerinde olası etkilerinin önüne geçilmesi için bazı önlemlere ihtiyaç vardır. Zira yargı, yasama kuvvetinin müdahalesine maruz kaldığı zaman etkin olamaz ve toplumun temelini teşkil eden adalet ideali sarsılır. Bu durumda da haklara güven kalmaz, hürriyet ve

¹⁰⁹¹ Selçuk, s. 26.

¹⁰⁹² Kırmaz, s. 24.

¹⁰⁹³ Sancar/Atılğan, s. 111.

¹⁰⁹⁴ Turhan/Mehmet, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, “anayasa.gov.tr”.

eşitlik gibi temel haklar da yok olur¹⁰⁹⁵. Bu nedenle bir hakimin karar verirken özgür olabilmesi için, yasama organına karşı bağımsız olması gerekir¹⁰⁹⁶.

Demokratik devletlerde yasama, ilk elden ve asli olarak hukuksal kuralları ortaya koyar. Yürütme ve yargı ise, yasamanın koyduğu kurallara bağlı kalarak yürütme ve yargılama yapar. Elbette yargı, hukuksal kuralların ne anlama geldiği konusunda resmi ve bağlayıcı yorumlama yetkisine de sahiptir. Ama bu yetki hiçbir zaman hukuk kuralı koyma yetkisine dönüşmemelidir. Nitekim Anayasamızın 153. maddesi bu ihtimali açıkça yasaklamıştır¹⁰⁹⁷. Gerçekten 1982 Anayasasının 153/2. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin, yasaların anayasaya uygunluğu yönünde denetim yaparken, kanun koyucu gibi hareket edemeyeceğini, yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde hüküm tesis edemeyeceğini¹⁰⁹⁸ öngörmüştür.

Millet adına yargılama görevini yapan bir hakimin, bu görevini yaparken dışarıdan gelebilecek tüm müdahalelere ve bu arada yasama organına karşı bağımsız olması gerekir¹⁰⁹⁹. Yargı kararlarının tüm devlet aygıtını ve bu arada yasama organını bağladığı anayasamızın amir hükmüdür. Dolayısıyla yasama organının verilen kararları değiştirememesi, bozamaması, infazına engel olamaması gerekir¹¹⁰⁰.

5.1.1. Anayasaya Göre Yasama-Yargı İlişkisi

1982 Anayasası'nın başlangıç kısmında, kuvvetler ayrımı ilkesinden kaynaklı olarak ve anayasa ile verilen yetki çerçevesinde oluşturulan organlar arasında bir alt-üst ilişkisinin veya üstünlük sıralamasının bulunmadığı, bu durumun devlet yetki ve görevlerinin belli bir işbölümü çerçevesinde görülmesini sağlayan bir düzenleme olduğu, üstünlüğün ancak anayasa ve yasalarda olduğu belirtilmiştir. Cumhuriyet öncesi ve sonrası tüm anayasalar, hakimlerin bağımsız olduğunu, kimsenin hakimlere emir ve talimat veremeyeceğini düzenler¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁵ Kırmaz, s. 27.

¹⁰⁹⁶ Uran Murphy, s. 85.

¹⁰⁹⁷ Yanık, s. 110.

¹⁰⁹⁸ "mevzuat.gov.tr", erişim tarihi 08.08.2017.

¹⁰⁹⁹ Gözler, "Devletin Genel Teorisi", s. 347.

¹¹⁰⁰ Dursun, s. 52.

¹¹⁰¹ Fendoğlu, s. 169.

Bu konu 1982 tarihli Anayasamızın 138. maddesinde düzenlenmiş, hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, yargı işleri ile ilgili olarak kimsenin emir ve talimat veremeyeceği, yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili olarak yasama meclisinde soru sorulamayacağı ve görüşme yapılamayacağı, yargı kararlarının tüm mercileri bağladığı ve yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceği belirtilmiştir.

Bu yasağın muhataplarından biri de hiç kuşkusuz yasama organıdır¹¹⁰². Çünkü millettten aldığı yetkiyle yasa çıkarma ve denetim yapma yetkisi bulunan yasama organı, bu görevini ifa ederken, yargı görevinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak mahkemelere emir ve talimat veremeyecek, tavsiye ve telkinde bulunamayacak, bunun sonucu olarak mahkemelerce verilmiş ve kesinleşmiş olan hükümleri değiştiremeyecek ve bu hükümlerin infazına engel olamayacaktır. Yasama organı, aldığı yetki çerçevesinde ve anayasaya uygun olmak koşuluyla yasa çıkarmakta elbetteki özgürdür. Ancak, kanunlar bir olayı çözmek için değil, birçok olayı çözmek için çıkarılan soyut ve genel nitelikli metinlerdir. Oysa hakim, önüne gelen somut olayı çözmeye çalışan kişidir. İşte hakim bu somut olayı çözmeye çalışırken yasama organının müdahalesine muhatap olmamalıdır¹¹⁰³.

Anayasada belirtilen görülmekte olan bir davadan ne anlamak gerekir? Kanaatimize göre yargıya intikal etmiş olayların tümü, somut uyuşmazlık¹¹⁰⁴, görülmekte olan bir dava diye kabul edilmesi gerekir¹¹⁰⁵. Görülmekte olan dava deyiminden, hazırlık soruşturması ile başlayan ve hükmün kesinleşmesi ile sona eren, somut bir olayın yargı organları önünde bulunduğu tüm aşamanın anlaşılması gerekir. Dolayısıyla temyiz incelemesi sırasında da, Anayasanın 138. maddesinde ifadesini bulan soru sormama, görüşme yapamama şeklindeki yasak devam edecektir. Hukuk davalarında ise, davanın açılması ile hükmün kesinleşmesi arasındaki süreç, görülmekte olan dava olarak değerlendirilmelidir¹¹⁰⁶.

¹¹⁰² Yanık, s. 110.

¹¹⁰³ Özen, s. 36.

¹¹⁰⁴ Yavuz, s. 51.

¹¹⁰⁵ Özer/Atilla, "Türkiye'de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı", Turhan Kitabevi, Ankara 2009, Sayfa, 36.

¹¹⁰⁶ Ünal, s. 15.

Anayasa'nın "...yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili..." ifadesinin ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Buna göre, anayasa koyucunun amacı, görülmekte olan bir davayla ilgili yasama organında hiçbir işlem yapılamaması değildir. Yasama organında bunların hepsi, hatta daha da ötesi bu dava konusuyla ilgili mevzuat değişikliği yapılabilir¹¹⁰⁷. Bu kapsamda yargılamanın uzun sürmesi, sanığın gereğinden fazla tutuklu kalması vb. konularda yasama meclislerinde soru sorulabilecektir¹¹⁰⁸. Ancak tüm bunlar yapılırken yasama organı, yargının yerine geçecek şekilde yargısal bir yetki kullanmaya kalkamaz. Örneğin, tutuklu yargılanan bir sanığın tutukluluk halinin kalkmasına, delillerin takdirine ve benzeri yargı mensuplarının vermesi gereken kararları ve kullanması gereken yetkileri kullanamaz. Yasama, bu yasağa uymaz da yargı yetkisi kullanmaya kalkarsa, bu yetki anayasaya ve hukuka aykırı olacağı için hukuksal değer taşımaz. Ancak bu yasağın bir müeyyidesi yoktur¹¹⁰⁹. Çünkü Anayasa'nın 83/1 hükmü düzenlenen yasama sorumsuzluğu bu yasağı yaptırımsız bırakmaktadır. Yaptırımı olmayan bir yasağın anlamı da tartışmalı olacaktır¹¹¹⁰.

5.1.2.Yasamanın Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığını Etkileyen Yetkileri

5.1.2.1.Görülmekte Olan Bir Davayla İlgili Kanun Çıkarmak

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, anayasaya uygun olmak koşuluyla, yasama organının her konuda yasa çıkarabileceği anlamına gelir¹¹¹¹. Belli bir tür

¹¹⁰⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi 18.06.1970 tarihli, 1970/25-26 esas, 1970/32 karar sayılı kararında bu hususu açıkça belirtmiştir: "Anayasa, uyumlu bir bütündür. Bir bölüm hükümlerinin, öteki hükümlerini işlemez duruma getirmesi veya işlemelerini aksatması düşünülemez. Mahkemelerin bağımsızlığını korumak üzere konulmuş bir hükmün Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir anayasal denetim yetkisini ve adli görevini engelleyebileceği hukukça savunulabilir bir görüş değildir. Mahkemenin bakmakta olduğu dâvanın konusu ile Meclis Soruşturmasına konu olan iddia arasında bir ilişki bulunabilir. Ancak mahkemenin o dâvada kullandığı yargı yetkisi ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin Meclis Soruşturması yetkisini kullanması arasında usul, erek, sonuç ve nitelik bakımından açık ve kesin ayrımlar vardır. Bu iki alan arasında bir tedahül, bir sınır karışması söz konusu olamaz. Onun içindir ki böyle bir durumda mahkemenin bakmakta olduğu dâvada kullandığı yargı yetkisiyle ilgili soru sorulmasına, görüşme yapılmasına, beyanda bulunulmasına yer vermeden Meclis Soruşturması konusunun görüşülmesi mümkün olduğu gibi, mücerret Meclis Soruşturması konusu ile dâva konusu arasında herhangi bir ilişki bulunması, Meclis Soruşturması üzerindeki görüşmelere mahkemenin bakmakta olduğu dâvada kullandığı yargı yetkisiyle ilgili soru, görüşme ve beyan niteliğini kazandırmaz.", "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 08.08.2017.

¹¹⁰⁸ Ünal, s. 15.

¹¹⁰⁹ Yanık, s. 111.

¹¹¹⁰ Yavuz, s. 52.

¹¹¹¹ Uran Murphy, s. 91.

uyuşmazlıkla ilgili kanun çıkarılması da mümkündür. Müşahhaslaştırılmadığı müddetçe, böyle bir yasama faaliyetinde bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Genellik niteliğini kaybetmiş, sırf bir mahkemede görülmekte olan belli bir uyuşmazlığı çözüme niyetiyle çıkarılan kanunun kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu ve yargı bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır¹¹¹². Kamuoyunda MİT krizi olarak bilinen olayda, MİT müsteşarı ve diğer bir kısım görevliler ifadeye çağrılmış, bilahere haklarında yakalama emri çıkarılmıştır. Bunun üzerine 6278 sayılı kanun kabul edilmiş, bu kanunla müsteşar ve diğer bazı görevlilerin yargılanması ve haklarında soruşturma yapılması başbakanın iznine bağlanmış, aynı kanunun geçici 4. maddesiyle bu hükmün mevcut soruşturmalarda da uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu düzenleme yukarıda değinildiği şekilde yasama organının yargı yetkisinin kullanılmasına bir müdahalesi olarak değerlendirilmiştir.

Yasama organı birçok şekilde yargıya müdahale edebilir. Bu kapsamda, mahkemeler ve hakimlerin yetki alanları, statüleri, teminatları, özlük haklarıyla ilgili düzenleme yaparak, özel af sonucunu doğuracak şekilde işlem tesis ederek ve özellikle bütçe kanunuyla yargıya düşük ya da yüksek pay ayırarak bu müdahaleyi yapabilir¹¹¹³.

Yasama organının, görülmekte olan bir dava ile ilgili, yargı organına yapabileceği müdahalelerden birisi doğal hakim ilkesine aykırı düzenlemeler yapmaktır. Bir kimsenin, hukuken tabi olduğu mahkeme önünde yargılanması anlamına gelen doğal hakim ilkesi, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının dayandığı en temel ilkelerden birisi olup, hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu bütün ülkelerde bu ilke anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Nitekim, Anayasamızın 37/2. maddesinde bu ilkeye yer verilmiş, kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılması sonucunu doğuracak şekilde olağanüstü mahkeme kurulamayacağı belirtilmiştir. İşte yasama organı, doğal hakim ilkesine ters olacak ve kişinin olağan koşullarda yargılanacağı mahkemenin değiştirilmesi sonucunu doğuracak olağanüstü mahkemeler kurarsa,

¹¹¹² Yavuz, s. 53.

¹¹¹³ Yanık, s. 113.

bu yargı yetkisinin kullanılmasına ve dolayısıyla yargı bağımsızlığına müdahale anlamına gelecektir¹¹¹⁴.

Yargı kararlarının değiştirilemeyeceğinin Anayasa'dan kaynaklanan bazı istisnaları vardır. Bu durumlar yargıya müdahale olarak görülemez¹¹¹⁵. Bunlar, yasama organının genel ve özel af ilanı ile Cumhurbaşkanı tarafından sürekli hastalık, sakatlık ve yaşlılık durumlarında belirli kişilerin cezalarını kaldırması veya hafifletmesidir¹¹¹⁶.

5.1.2.2.Yargı Bütçesinin Belirlenmesi

Yasama organına yargı organını etkileme imkanı veren en önemli araçlardan biri de bütçe kanunudur¹¹¹⁷. Yargıya bütçede düşük ya da yüksek pay ayrılarak etkide bulunmak mümkündür¹¹¹⁸.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını temin etmek adına yargı bütçesinin en azından hazırlanması aşamasında, yargı mercilerine bir belirleyicilik fonksiyonu verilmesi faydalı olacaktır¹¹¹⁹. Almanya'da genel anlamda yargı bütçesi Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi yönünden buna bir istisna tanınmıştır. Buna göre, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bütçesi, Adalet Bakanlığı'nın kontrolü olmadan bizzat mahkeme tarafından hazırlanmakta, İkinci Meclis'in (Bundestrat) kabulü ile yürürlüğe girmektedir. Bu uygulama ile, Alman Anayasa Mahkemesi, Alman yargı sisteminin en güçlü kurumu haline gelmiştir¹¹²⁰.

Anayasamızda hakimlerin özlük hakları ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yoktur. Ancak anayasa iki önemli esası kabul etmiştir. Birincisi, hakimlerin özlük işleri yasa ile düzenlenecek, ikincisi ise, bu düzenlemeler yapılırken mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasları dikkate alınacaktır¹¹²¹. Bu düzenlemeler gereği, yasa dışındaki düzenleyici işlemlerle, örneğin KHK, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bu konuda düzenleme yapılamayacaktır.

¹¹¹⁴ Özen, s. 38.

¹¹¹⁵ Yanık, s. 115.

¹¹¹⁶ Küçükyağcı, s. 18.

¹¹¹⁷ Uran Murphy, s. 91.

¹¹¹⁸ Yavuz, s. 54.

¹¹¹⁹ Yanık, s. 113.

¹¹²⁰ Yavuz, s. 54.

¹¹²¹ Özen, s. 38.

İkincisi ve daha önemlisi ise, yasama organı yasa ile hiçbir sınırlamaya bağlı kalmadan bu düzenlemeleri yapamayacak, bu düzenlemeleri yaparken mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına ilişkin anayasal güvenceleri dikkate alacaktır.

5.1.2.3.Soru, Meclis Araştırması, Meclis Soruşturması ve Gensoru ile İlgili Yetkilerin Kullanılması

Anayasamızın 138/3. maddesi gereğince, yasama organında, görülmekte olan bir dava hakkında soru sorulamayacak, görüşme yapılamayacak ve beyanda bulunulamayacaktır. Bu hüküm ile, yasama organının, yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olarak mahkemelere etki etmesinin engellenmesi hedeflenmiştir¹¹²². Bu yasak, soruşturulması başlatılmış veya yargılaması devam eden olaylar bakımından olup, henüz adli mercilerin önüne gelmemiş olaylar bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır¹¹²³. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, anayasamızın 83. maddesinde, milletvekillerinin meclis kürsüsünde dile getirdikleri ifadeler yasama sorumsuzluğu kapsamına girmekte ve bu konuda cezai takibat yürütülememektedir. Dolayısıyla bir milletvekilinin meclis kürsüsünde, görülmekte olan bir dava hakkında beyanda bulunması yasama sorumsuzluğu kapsamına girmekte olup, bundan dolayı milletvekilinin cezai bir takibata uğraması mümkün değildir. Dolayısıyla, görülmekte olan bir dava ile ilgili, yasama organında soru sorulamayacağı ve beyanda bulunulamayacağı şeklinde öngörülen yasağın herhangi bir yaptırımını bulunmamaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu hükmün meclis soruşturması ile ilgili yetkilerin kullanılmasına engel olmadığını belirtmiş, anayasanın yasakladığının yargı yetkisinin kullanımı ile ilgili soru sorulamayacağı, beyanda bulunulamayacağı ve görüşme yapılamayacağı olduğunu, yargı yetkisinin kullanımı dışında kalan alanlar bakımından bu yasağın uygulanamayacağını kabul etmiştir¹¹²⁴. Buna göre, örneğin, bir davada hangi tanıkların dinlenmesi, hangi tanıkların dinlenmemesi gerektiği konusunda bu yasak devreye girecektir. Ancak, aynı davada, milletvekillerinin izleyici olarak duruşmaya alınmaması meselesi,

¹¹²² Özen, s. 38.

¹¹²³ Uran Murphy, s. 88.

¹¹²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 17.12.1970 tarihli, 1970/25-26 esas, 1970/32 karar sayılı kararı, "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 07.09.2017.

yargı yetkisinin kullanımına giren bir mesele olmadığından, bu yasak kapsamında değerlendirilmeyecektir.

5.1.2.4.Milletvekili Dokunulmazlığının Kaldırılıp Kaldırılmayacağı Konusunda Karar Verilmesi

Birçok ülke anayasasında olduğu gibi, 1982 tarihli Anayasanın 83/2. maddesinde de milletvekili dokunulmazlığına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, anayasanın ayırık tuttuğu haller hariç olmak üzere ve meclisçe dokunulmazlık kaldırılmadıkça milletvekilinin yargılanamayacağı belirtilmiştir.

Dokunulmazlığın amacı, milletvekiline cezasızlık sağlamak değil, fakat siyasi nedenlerle açılacak kovuşturmalara karşı onu korumak, daha açıkçası, iktidar çoğunluğunun, bir takım bahanelerle, muhalefetteki cerbezeli (güzel konuşan, becerikli) milletvekillerinden kurtulmak istemelerini önlemektir. Dokunulmazlığın günümüzde temel işlevi, aslında muhalefetteki milletvekillerini korumaya yöneliktir¹¹²⁵.

Bu hüküm gereğince, bir milletvekili hakkında tutulma, sorguya çekilme, tutuklanma ve yargılanma gibi muhakeme işlemlerinin yürütülebilmesi esas itibarıyla meclis kararına bağlanmıştır. Bu durumda yargının bir milletvekili hakkında söz konusu yargılama işlemlerini yapabilme açısından yasamaya bağımlı hale getirildiğini söylemek mümkündür¹¹²⁶.

5.1.2.5.Anayasa Mahkemesi'ne ve HSK'ya Üye Seçme Yetkisi

Anayasa mahkemelerinin ve yüksek mahkemelerin anayasal düzeni iyi şekilde koruyabilmesi, büyük ölçüde bu mahkemelere atanacak hâkimlerin seçimine bağlıdır. Eğer atanan hâkimler atanmalarını herhangi bir siyasi gruba, ya da büyük bir şirkete veya bir başka baskı ya da lobi grubuna veya gizli bir örgüte ya da hatta kazanılmış ekonomik hakları bulunan bir dünya süper devletine borçlu iseler, o zaman adalet bozulur, çünkü (adaleti) dağıtan kurumlar, iktidarı

¹¹²⁵ Teziç, s. 456.

¹¹²⁶ Yavuz, s. 56.

belirleyenlerce ya da kukla ustalarınca uzaktan kontrol edilen oyuncaklar haline gelirler¹¹²⁷.

Anayasa'nın 146. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin 15 üyesinin 3'ünü meclisin seçeceği, 159. maddesinde ise, 13 üyeli HSK'nın 7 üyesinin meclis tarafından seçileceği öngörülmüştür.

Gerek Anayasa Mahkemesi'ne ve gerekse HSK'ya değişik kaynaklardan üye seçilmesi kanaatimizce isabetlidir. Ancak ülkemizin sosyal ve siyasal konum ve özellikleri dikkate alındığında, bu seçimler yoluyla seçicilerin ve bu arada yasama organının Anayasa Mahkemesi'ni ve HSK'yı yönlendirmesi mümkün olabilecektir. Bu durumun yargıda siyasallaşmaya neden olabileceği belirtilmektedir. Gerçekten, üye seçimleri öncesinde, aday olan kimi yargı mensuplarının meclis koridorlarını aşındırması bilinen bir gerçekliktir. Böyle bir durumda yargı bağımsızlığının zedeleneceği açıktır.

5.2.Yürütme Organına Karşı Bağımsızlık

5.2.1.Genel Olarak Yürütme-Yargı İlişkisi

Yürütme ile yargı kuvvetleri arasında varlığı inkar edilemeyecek bir yakınlık vardır ki, bu yakınlığın bu erklerle yasama kuvveti arasında da bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Gerçekten de yürütme ile yargının ortak özelliği, yasaları uygulamasıdır. Yasama ise, kanunları oluşturur¹¹²⁸.

Hâkim bağımsızlığı kavramı, en çok yürütme organına karşı gerekli olup, bu durum hukuk devletinin aşması gereken en önemli sorundur¹¹²⁹. Yürütme organı devleti oluşturan üçlü sacayağı içinde belki de en çok imkana ve yetkiye sahip olandır. Bu anlamda yargının bağımsızlığına karşı en çok tehdit oluşturabilecek olan organ yürütmedir¹¹³⁰. Yargının dış bağımsızlığını koruma sürecinde en önemli nokta, yargı bağımsızlığına karşı en büyük tehdit olan yürütme organına karşı korunmasıdır. Çünkü, bu konuda Anayasaya genel bir

¹¹²⁷ Mogoeng/Mogoeng, “Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü”(Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı), Anayasa Yargısı Dergisi, yıl 2014, sayı 31, sayfa 402.

¹¹²⁸ Azrak/Ülkü, “İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Teorik Bir Deneme”, İÜHFİM, C. 34, S. 1-4, Yıl 1969, Sayfa 153.

¹¹²⁹ Özen, s. 39.

¹¹³⁰ Aydın, s. 49.

hüküm konulmasına ve hâkimlerin bağımsızlığı Anayasa'da düzenlenmiş olmasına karşın idarenin, hâkimlerin özlük işlemlerinde kısmi yetkisinin olması, yargı bağımsızlığı noktasında ciddi tehlike olarak değerlendirilmektedir¹¹³¹.

Hemen hemen bütün hükümetlerin yargıyı etkileme, yargıda kadrolaşma, yargıyı nüfuzları altına alma girişimlerinde buldukları ifade edilmektedir¹¹³². Gerçekten yürütme, tarihsel nedenlerle ve elinde bulundurduğu bu imkan ve yetkiler yoluyla, iktidarda başarılı olmayı, siyasal iktidarını sağlamlaştırmayı ve devam ettirmeyi amaçlar. Bu amaç doğrultusunda ilerlerken, bazen yargı engeline takılma endişesiyle, yargıyı kontrol etmeyi veya etkilemeyi düşünür. Bu nedenle, yargı bağımsızlığı en fazla siyasal iktidarlara yani yürütmeye karşı gereklidir ve anlamlıdır¹¹³³. Bu konudaki çatışmalar çok eski tarihlerden beri yaşanmaktadır. 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde, Büyük Britanya Kralının adaletin yerine getirilmesine engel olduğu, bunu hakimlerin özlük haklarını kendi iradesine tabi tutarak ve yargı yetkisiyle ilgili bazı yasaları onaylamayarak yaptığı belirtilmiştir¹¹³⁴.

Ülkelerin tarihi ve özel olarak bizim demokrasi tarihimiz yürütmenin yargıyı kontrol altına alma mücadelesi olarak okunabilir. Gerçekten yaşanan tecrübeler şunu göstermektedir ki, hangi siyasal anlayış iktidara gelirse gelsin, yargıyı ayak bağı olarak görmüş, yasal düzlemde olmasa bile fiili durumda yargının bağımsızlığına ve yürütmeyi denetlemesine karşı çıkmıştır. Bu nedenle iktidar sahipleri, beğenmedikleri kararlar çıktığı zaman kamuoyu önünde görüş beyan etmişler, bu görüşler, zaman zaman, eleştiri sınırlarının ötesinde, tehdit, hakaret ve had bildirme boyutuna gelmiştir. Bu durum, önemli olanın sözde yargı bağımsızlığı değil, özde yargının bağımsız olduğuna inanmak olduğunu göstermiştir.

Yürütme gücünü elinde bulunduran ve bu nedenle milletin yegane temsilcisi olduğunu düşünenler, millet iradesine saygı duyulmadığı, millet iradesinin atanmışlar tarafından vesayet altına alındığı gibi argümanlarla denetime ve özellikle yargı denetimine karşı çıkmaktadırlar. Oysa, anayasamızda açıkça

¹¹³¹ Aras, s. 188.

¹¹³² Yavuz, s. 71.

¹¹³³ Yanık, s. 115.

¹¹³⁴ Özkorkurt, s. 228.

tarifini bulduğu üzere, hiçbir organ, kaynağını anayasadan almayan bir yetkiyi kullanamaz. Anayasanın bir organa yetki vermesi, o organın sınırsız ve sorumsuz olduğu anlamına gelmez. Burada gözönünde tutulması gereken husus; milletin temsilcilerini belirlerken, onlara hukukun ve Anayasanın dışında hareket etme hak ve yetkisini tanımadığıdır. Bu kural ve sınır, herkes için olduğu gibi, yürütme organı için de geçerlidir¹¹³⁵. Bu sebeple, anayasanın hakim bağımsızlığına ilişkin olarak öngördüğü güvenceler, hakimin yürütme karşısında kendisini güvende hissetmesini, hiçbir endişeye kapılmadan kararlarını verebilmesini sağlar. Dolayısıyla hakim bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvenceler, aslında hakimin kişiliği için değil, toplumun adalete olan inancını artırmak ve dolayısıyla toplumsal barışa katkı sağlamak için öngörölmüş olan güvencelerdir¹¹³⁶.

Eğer ülkenin Anayasamızda tarif edildiği üzere bir hukuk devleti olması isteniyorsa, yargı bağımsızlığının yasal metinlerde yazılmasıyla yetinilmemeli, bu mesele içselleştirilmelidir. Ülkeyi yönetenler herkesten çok yargı bağımsızlığına inanmalı, bağımsız olan ve dolayısıyla kimsenin yönlendirmesi, telkini, baskısı ve tehdidinden etkilenmeyen, gücünü hukuk ve kanunlardan alan hakimlerin yetişmesi ve görev yapması için çalışmalıdır. Yargı bağımsızlığını sağlama adına ülkemizde yapılacak çok iş vardır. Adli kolluk teşkilatının kurulması, yargı bütçesinin oluşturulmasında yargı makamlarının söz sahibi olmaları, hakimlerin mesleğe kabul, tayin, terfi ve disiplin işlerinde yürütmenin etkisinin ortadan kaldırılması, bu kapsamda kurul yapısının yeniden gözden geçirilmesi başta gelen hususlardır.

Yargı erki ile diğer erkler arasındaki ilişki ve bağlantı bakımından yargı bağımsızlığı ele alındığında, AİHM, bu ilişki ve bağlantının hem mevzuatta düzenlenmiş olması durumuna, hem de fiili işleyişine bakarak değerlendirmektedir. Mahkeme, yürütme organı ile olan ilişkileri de bu bağlamda değerlendirmektedir. Örneğin, Adalet Bakanlığı'nın, herhangi bir bağlayıcılık içermeyen ve yol gösterici olması maksadıyla gönderdiği genel ilkeleri içeren yazıyı bağımsızlığın ihlali olarak görmemiş, ancak yürütme organına verilen genel ve özel af çıkarma veya bu anlama gelecek işlemde bulunma yetkisinin, yargılama işlevini güçsüzleştirecek şekilde kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir. Yine

¹¹³⁵ Atay, s. 1135.

¹¹³⁶ Özkul, s. 234.

AIHM, Fransız Danıştay'ının sözleşmeleri yorumlaması hususunu değerlendirmiş, Danıştay'ın bu yorum yapmadan önce Dışişleri Bakanlığı'ndan görüş almak zorunda olduğunu, bu durumun mahkemenin karar verme sürecinde tam yetkili olması kuralıyla uyuşmadığını, dolayısıyla bu durumun bağımsızlık ilkesini ihlal ettiğini kabul etmiştir¹¹³⁷.

5.2.2. Anayasa'da Yürütme-Yargı İlişkilerine Dair Düzenleme

Anayasamızın 138. maddesinde, hiçbir organın yargı yetkisinin kullanılması hususunda mahkemelere emir veremeyeceği, yargı kararlarının tüm organları bağlayıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın söze hiçbir organ diye başlaması da yargının bağımsızlığı açısından yürütmeden gelebilecek tehdidi akla getirmektedir¹¹³⁸. Bu hükmün akla gelen ilk muhatabı yürütme organı ve özellikle yürütme organı içindeki Adalet Bakanlığı'dır¹¹³⁹.

Anayasa'nın yargıya müdahale etmeme yasağı, açık hükmü gereği “*yargı yetkisinin kullanılması*” ile ilgili konular açınsındandır. Yoksa mahkemelerdeki idari görev ve hizmetler ile personelin yönetimi açısından yürütmenin bir takım yetkileri kullanması doğaldır¹¹⁴⁰. Burada yargı yetkisi ile kastedilen, mahkemenin önüne gelen olayın esası ile ilgili yürüttüğü karar verme faaliyetidir. Bu kapsama girmeyen, mahkemelerde görev yapan personelin görevlendirilmesi, bu personelin görev değişikliği, mahkeme giderlerinin karşılanması vb. konular, yargı yetkisinin kullanılması kapsamında girmeyen idari konular olup, bu konularda hakimlere Adalet Bakanlığı veya yetkili birimlerce emir verilebilir, genelge gönderilebilir. Bu husus, Anayasamızın 140. maddesinde hakimlerin idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığı'na bağlı oldukları belirtilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir¹¹⁴¹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu vurgulamıştır¹¹⁴².

¹¹³⁷ Aras, s. 187.

¹¹³⁸ Yavuz, s. 74.

¹¹³⁹ Uran Murphy, s. 93.

¹¹⁴⁰ Yavuz, s. 74.

¹¹⁴¹ Gözler/Kemal, “anayasa gen tr”, internet sitesi, erişim tarihi 08.09.2017.

¹¹⁴² Anayasa Mahkemesi'nin 13.05.1964 tarihli, 1963/99 esas ve 1964/38 karar sayılı kararı; “Hâkimler ve mahkemeler kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için de işlem yaparlar. Ancak bu işlemlerde hâkim sıfatıyla değil, idarî bir makam olarak hareket ederler. Bunlar Adalet bakanlığı adına yapılır ve bu işlemlerin hâkimlik sıfatıyla hiçbir ilgisi yoktur. Nitekim bu ve benzeri işlemler Devletin diğer teşkilatında hâkim sıfatını taşımayan idarî makamlar tarafından yapılır. Anayasa Komisyonu raporunun 132'nci maddesine ilişkin gerekçesinde mahkemelerin idarî işlemleri de söz konusu edilmiş ve hâkimlere ve mahkemelere müdahale edilmemesi

Devlet aygıtı içinde, mahkemelerle en çok temasta bulunan kurum, adalet hizmetlerinin yürütülmesi ve adalet politikalarının oluşturulmasında birinci derecede görevli olan, Adalet Bakanlığı'dır. Dolayısıyla mahkemelere emir ve talimat verilmemesi yönündeki yasağın birinci muhatabı Adalet Bakanlığı'dır. Adalet Bakanlığı, anayasada düzenlenen bu yasağın gereğince, mahkemelere, yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili bir emir veremeyeceği gibi, tavsiye ve telkinde bulunamayacaktır. Ancak bakanlık, mahkeme işlerinin yürütülmesi gibi bir kısım idari konularda genelge gönderebilecektir. Yine, ayrıca özellikle yabancılık unsuru içeren teknik konularda (bazı uluslararası sözleşmelerin yorumlanması vs.) mahkemeleri bilgilendirebilmek için genelgeler gönderebilecektir. Burada bakanlığın yaptığı, hakimin doğru sonuca ulaşabilmesi için ona gerekli malzeme ve bilgileri sağlamaktır. Hakim, önüne gelen uyuşmazlık ve sağlanan bilgi ve malzemeler doğrultusunda serbestçe değerlendirmesini yapacak ve kararını verecektir¹¹⁴³.

5.2.3.Yürütmenin Yargı Bağımsızlığını ve Tarafsızlığını Etkileyen Yetkileri

5.2.3.1.Yargı Bütçesinin, Hakim ve Savcı Ödeneklerinin Belirlenmesi

Anayasanın 162. maddesi gereği, bütçeyi hazırlama yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Ülkemizde yeni uygulamaya başlanan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde ayrı bir başbakanlık teşkilatı ve başbakana bağlı bakanlar kurulu bulunmamaktadır. Yeni sistemde yürütmenin başında Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanına bağlı çalışan bakanlar vardır. Sistemin özelliği, ülkemizin siyasi kültür ve gelenekleri dikkate alındığında, Cumhurbaşkanı olan kişinin partisi, mecliste çoğunluğu elinde bulunduracağından bütçenin ne şekilde olacağını belirleyen daha çok Cumhurbaşkanı olduğu sonucuna varılabilir. Bu durumda yürütme organının, dolayısıyla Cumhurbaşkanının bütçe kanunu ile yargıya ayrılan payı belirleme imkanına sahip olduğu söylenebilir.

ilkesinin, yargı yetkisinin kullanılması halinde göz önünde tutulmak gerektiği ve mahkemelerin idarî işlerinin düzenlenmesinde Adalet Bakanlığının genelge gönderme ve tedbir alma yetkisinin mevcut olduğu açıklanmıştır", "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 08.09.2017.

¹¹⁴³ Ünal, s. 13.

Gerçekten bütçeyi hazırlama ve meclisteki çoğunluğu sayesinde kabul ettirme imkanı elinde bulunan yürütmenin sahip olduğu maddi kaynaklar, yargı birimleri ile kıyaslanmayacak ölçüde çoktur. Yürütme ve buna bağlı birimlerin araç, personel ve diğer birçok alanda devletin imkanlarını zaman zaman sorumsuzca kullandığı, buna karşın yargı birimlerinin araç, bina ve diğer birçok alanda zorluklarla karşılaştığı bilinmektedir. Öyle ki bugün bile, hakimlerin kullandıkları servis araçları belediyeler, makam araçları emniyet müdürlüklerince temin edilmektedir. Bu durum bile, yürütmenin istediği zaman hakimlere müdahale etmesine imkan tanımaktadır. Nitekim geçmişte, istediği tutuklama kararlarının verilmemesine sinirlenen bir il emniyet müdürünün, hakim ve savcıların kullandığı araçları geri aldığı bilinmektedir.

5.2.3.2.Yargı Teşkilatı ve Çalışma Şartlarının Belirlenmesi

Mahkemelerin kurulması, kaldırılması, yargı çevrelerinin değiştirilmesi de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını etkileyebilir. Bu konuda Adalet Bakanına verilmiş olan yetkilerin yargıya müdahale etmeye imkan verdiğini söylemek mümkündür¹¹⁴⁴. Nitekim, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusunda Adalet Bakanlığının teklifte bulunacağı, bu teklif üzerine Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun bir karar vereceği Anayasa'nın 159/8. maddesinde öngörülmüştür. Her ne kadar bakanlığın sadece teklifte bulunabileceği, bu teklif üzerine kurulun karar vereceği belirtilmiş ise de, özellikle 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği sonrası yürütme ağırlıklı olarak oluşturulan HSK'nın bu yönde gelecek bir teklifi reddetmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Bunun dışında, hakimin kullandığı kalemin parasından, personelin yemek giderine kadar tüm parasal konularda yetkili olan Adalet Bakanlığı'dır. İnsanları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile yargılama yetkisine sahip olan mahkeme başkan ve üyelerinin, duruşma sırasında kullanacakları kağıdın hangi kalitede olması gerektiğine ilişkin söz söyleme yetkilerinin bulunmamasının yargının bağımsızlığı ile bağdaşmayacağı açıktır.

5.2.3.3.Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri

¹¹⁴⁴ Yavuz, s. 76.

Acaba yürütme organının düzenleyici işlemleri yargıyı bağlayacak mıdır? Anayasa'nın 138/1. maddesinde, hakimlerin anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak ve vicdani kanaatlerine göre karar verecekleri kabul edilmiştir. Maddede, anayasa ve kanun dışında hukuka uygun hüküm verileceği belirtilmiş, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük, yönetmelik gibi yürütmenin yetkisinde olan düzenleyici işlemler sayılmamıştır. Bu nasıl anlaşılacaktır?

Anayasa ve kanuna aykırı olmayan bir düzenleyici işlemin yargı mercilerini bağlamayacağı savunulamaz¹¹⁴⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi İnfaz Kanunu ile ilgili yapılan bir değişikliğin iptali istemiyle açılan davada, infaz hakimliklerinin kanun, tüzük ve genelgesi yorumlayarak meseleleri çözüme kavuşturacaklarını belirterek, hakimin karar verirken düzenleyici işlemleri dikkate alacağını belirtmiştir¹¹⁴⁶.

Yine Medeni Kanunun 166. maddesinin iptali istemiyle açılan bir davada Anayasa Mahkemesi, hakimin başta anayasa olmak üzere, yasa, tüzük ve yönetmelik gibi tüm düzenleyici işlemlerle bağlı olduğu, ancak bu bağlı olma durumunun takdir hakkını ortadan kaldırmadığı, hakimin soyut kuralları somut

¹¹⁴⁵ Yavuz, 78.

¹¹⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 15.03.2017 tarihli, 2004/56 esas, 2007/26 karar sayılı kararı; “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlığını taşıyan Anayasa'nın 138. maddesinde, hakimlerin, görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organların ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri belirtilmiştir. Bu kuralla, yargı yetkisinin kullanılmasının herhangi bir şekilde engellenmesi veya etki altına alınması önlenmek istenmiştir. İnfaz hakimliklerinin, görev alanlarına giren uyuşmazlıkları İnfaz Hakimliği Kanunu, ilgili tüzük, yönetmelik ve genelgelerde yer alan kuralları, hakim güvencesi ve yargı bağımsızlığı ilkelerine göre yorumlayarak çözeceklerinde kuşku bulunmamaktadır. Uyuşmazlıkların, düzenleyici nitelikteki genelgelerde yer alan kurallar da incelenmek ve yorumlanmak suretiyle karara bağlanması yargı yetkisinin bir gereği olup, mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat verme, telkin ve tavsiyede bulunma olarak nitelendirilemez. Bu nedenlerle infaz hakimliklerinin, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çıkan veya çıkması muhtemel sorunları gecikmesizin çözebilmek için, Adalet Bakanlığı'nca çıkarılan genel düzenleyici nitelikteki genelgeleri de esas alarak karar vermelerini öngören kuralların, Anayasa'nın 138. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”, “anayasa.gov.tr”, erişim tarihi 07.09.2017.

olaya uygularken takdir hakkını kullanacağını belirtmiş, dolayısıyla anayasa ve yasa dışında diğer düzenleyici işlemlerin de hakimi bağladığını kabul etmiştir¹¹⁴⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin, hakimin anayasa ve yasa dışında, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle bağlı olduğu şeklindeki kabulü doktrinde eleştirilmiştir. Yargılama yaparken hakimin yürütmenin ya da idarenin düzenleyici işlemleri ile kesinlikle bağlı olmadığı ileri sürülmüştür¹¹⁴⁸.

Kanaatimizce burada düzenleyici işlemlerin hakimleri bağlayacağı veya bağlamayacağı şeklinde toptancı bir yaklaşım isabetli değildir. Düzenleyici işlemler anayasa ve yasaya aykırı olmadığı sürece bağlayıcı olmalı, anayasaya ve yasaya aykırılık varsa, bu durumda bağlayıcı olmamalıdır.

5.2.3.4.Adli Kolluk Hizmetinin Yürütülmesi

Yürütme organının yargıyı etkileme imkanlarından biri de adli işleri yapan yürütmeye bağlı olan kolluktur¹¹⁴⁹. Özellikle ceza yargılamasında adli kolluğun yürüttüğü fonksiyon, son derece hayati bir öneme sahiptir. Bu fonksiyonun gereği gibi yerine getirilmemesi, yargılamanın seyrini değiştirebilir. Bilindiği üzere, ülkemizde idari kolluk-adli kolluk ayrımı yasal mevzuatta yer alsa da, teşkilat açısından (adli kolluk) henüz oluşturulmamıştır. Kolluk fonksiyonunu yerine getiren Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı tamamen İçişleri Bakanlığı'na bağlıdır. Bu bağ sayesinde, yürütme organının yargılamayı yapan mahkemenin işlerine yön vermesi ya da en azından aksatması mümkündür. Ayrıca, kolluk veya yürütmenin başka bir birimi yargı kararlarının icrasında, aktif veya pasif olarak gereğini yapmayarak, yargı kararını etkisizleştirebilir veya anlamsızlaştırabilir¹¹⁵⁰.

Gerçekten bu husus çok önemlidir. Ülkemizde bağımsız bir adli kolluk teşkilatı olmadığından idarenin emrinde olan idari kolluk aynı zamanda adli kolluk olarak görev yapmaktadır. Bu personelin işe alınması, tayini, görev değişikliği ve adli kolluk işlerine bakmakla görevlendirilmesi konusunda yargı yönetiminin hiçbir yetkisi bulunmamaktadır. Üzülerek ifade edelim ki, örgütlü

¹¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 15.05.2008 tarihli, 2005/26 esas, 2008/105 karar sayılı kararı, "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 07.09.2017.

¹¹⁴⁸ Yavuz, s. 78.

¹¹⁴⁹ Yavuz, s. 79.

¹¹⁵⁰ Yanık, s. 122.

suçlar, uyuşturucu kaçakçılığı gibi kimi özel ve uzmanlık gerektiren birimlerin dışında, genel anlamda “işe yaramadığı” düşünülen idari kolluk personeli adli kolluk olarak çalıştırılmakta ve adli soruşturmalar bu personel eliyle yürütülmektedir. Bunun yargı bağımsızlığına ciddi darbeler vurduğu ve adaletin gerçekleşmesine mani olduğu izahtan varestedir.

5.2.3.5.Yargı Kararının İcrası

Yargının, verdiği kararların uygulanmasında herhangi bir gücü ve söz konusu kararların içerdiği talimatların yargının istediği şekliyle yerine getirilip getirilmediği noktasında herhangi bir denetim yetkisi olmadığı bir ortamda, yargı bağımsızlığının sınırlı olduğu söylenebilir¹¹⁵¹. AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, bir mahkemenin bağımsız olduğunun kabul edilebilmesi için, önüne gelen uyuşmazlığı çözme hususunda tam yetkili olması, verdiği kararların infazının başka makamların onay veya iznine tabi olmaması ve bu infazın yapılması gerekir. Anayasamızın 138. maddesinde de, yargı kararlarının herkesi bağladığı, kimsenin bu kararların uygulanmasını engelleyemeyeceği veya geciktiremeyeceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, yargı kararlarının yerine getirilmesi, yargı bağımsızlığının temeli ve sonucu olup, bu durum, bireyleri ve yargıyı, yürütmeye karşı korumaktadır¹¹⁵².

Anayasamızın amir hükmü gereğince, yürütme organı mahkeme kararlarına uymak ve bu kararların gereğini yerine getirmekle yükümlüdür¹¹⁵³. 2577 sayılı İYUK’un 28. maddesinde de benzer hükme yer verilmiştir. Ancak, anayasal nitelikli bu emre rağmen, özellikle idari yargı kararlarının yerine getirilmesi hususunda sıkıntılar yaşandığı gözlenmektedir. Özellikle üst kademe yöneticilerinin atanması ve görevden alınması, bazı özelleştirme uygulamalarının iptali konusunda verilen idari yargı kararlarının yerine getirilmediği, ya da savsaklandığı görülmektedir. Bu durum, Yargıtay uygulamalarında da belirtildiği üzere görevi ihmal suçunu oluşturmakta, yine Danıştay uygulamalarına göre ağır

¹¹⁵¹ Yavuz, s. 79.

¹¹⁵² Kırmaz, s. 29.

¹¹⁵³ Özen, s. 40.

hizmet kusuru sayılarak tazminat verilmesini gerektirir haksızlık oluşturmaktadır¹¹⁵⁴.

5.2.3.6.Hakim ve Savcıların Özlük İşlerinin Yürütülmesinde Adalet Bakanlığının Sahip Olduğu Yetkiler

Yargı-yürütme ilişkilerinde en önem arzeden durum Adalet Bakanı'nın konumu, hakimlerin mesleğe kabul, atama, terfi, disiplin ve diğer işlemlerinde idare makamlarının yetkisidir. Ülkemizde, hakim adaylarını mesleğe kabul eden yedi kişilik mülakat kurulunun 5 üyesi Adalet Bakanlığı bürokratlarından oluşmaktadır. Dolayısıyla ileride hakim olacak kişinin adaylığa kabulünde, neredeyse tek yetkili yürütme organıdır.

Adalet Bakanlığı'nın, yargı teşkilatının idari hizmet kapsamında duyduğu ihtiyaçları karşılaması gerektiği konusunda tereddüt yoktur. Ancak, Adalet Bakanı ve Bakanlığının yargı teşkilatı ve mensupları üzerinde gereğinden fazla yetkili olması, yargı bağımsızlığı açısından bir risk oluşturmaktadır¹¹⁵⁵.

2802 sayılı Kanunu'nun 5. maddesinde, yargı yetkisinin kullanımı kapsamına girmeyen alanlarda Adalet Bakanı'nın hakim ve savcılar üzerinde gözetim hakkına sahip olduğu, hakim ve savcıların idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığı'na bağlı oldukları belirtilmiştir. Her ne kadar bakanın gözetim yetkisi açısından, yargı yetkisinin kullanılmasına yönelik görevler kapsam dışı tutulmuş ise de, bakanın aynı zamanda HSK başkanı olması ve diğer yetkileri de dikkate alındığında bu istisnanın önem arzetmediği ortaya çıkmaktadır.

Yine 2802 sayılı yasanın 82. maddesinde hakim ve savcıların işledikleri iddia edilen suçlar bakımından soruşturma izni verilmesi yetkisi Adalet Bakanlığı'na verilmiş olup, yargı bağımsızlığı açısından bu durumu kabul etmek mümkün değildir.

2802 sayılı yasanın 37 ve 38. maddeleri gereğince hakim ve savcılar bakanlık bünyesindeki idari görevlere atanabileceklerdir. Bu göreve atama için ilgisinin muvafakatı aranacak, ancak bu görevden tekrar hakimlik ve savcılık görevlerine dönüş için ilgisinin muvafakatı aranmayacaktır. Yargı bağımsızlığı

¹¹⁵⁴ Dursun, s. 55.

¹¹⁵⁵ Yavuz, s. 81.

ve tarafsızlığı açısından ilgili yargı mensuplarının hem bu görevi üstlenmelerinden önce girdikleri beklenti sebebiyle, hem de görevin sona ermesi sonrası idari teşkilatla ilişkilerinin niteliği sebebiyle sakıncalar ortaya çıkabilir¹¹⁵⁶.

5.2.3.7.Yürütmenin Anayasa Mahkemesi ve HSK'ya Üye Seçme

Yetkisi

Hukuk devleti olmanın en önemli dayanaklarından biri adaletin sağlanmasıdır. Adaletin sağlanmasının temel koşulu bağımsız ve tarafsız yargı, bunun temeli de adil, tarafsız, bağımsız, özgür ve yasal teminatlara sahip hakimlerdir. Toplumda yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda oluşan şüphe, toplumsal düzenin sarsılmasına neden olacaktır. Bu açıdan bağımsız yargısal idari kurullarca yönetilen ve denetlenen hakimler ve savcılar, diğerlerine oranla daha çok yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan hukuka ve vicdani kanaatlerine uygun olarak karar vereceklerdir¹¹⁵⁷.

Anayasanın 146/3. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'nin 15 üyesinden 3'ü TBMM tarafından, 12 üyesi ise yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı tarafından seçilecektir. Anayasa Mahkemesi kanunların anayasa uygunluğunu denetleyen, siyasi parti denetimlerini yapan ve yüce divan sıfatıyla yürütme organı yetkililerini yargılayan mahkemedir. Bu mahkemenin üyelerinin büyük çoğunluğunun yürütme organının başı tarafından atanmasının yargı bağımsızlığını ciddi olarak ihlal ettiği ortadadır.

Yine Anayasanın 159. maddesine göre, HSK'nun 13 üyesinden 4'ü Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanmakta, Adalet Bakanı kurula başkanlık etmekte ve bir bakan yardımcısı da kurula katılmaktadır. Diğer 7 üye ise, TBMM tarafından seçilmektedir. Dolayısıyla kurulun 6 üyesi doğrudan idare tarafından belirlenmektedir. Ülkemizde geçerli seçim sistemi gereğince, iktidarı elinde bulduran siyasi partinin mecliste çoğunluğu bulunduğundan meclisin seçeceği 7 üye bakımından da yürütmeyi temsil eden siyasi iktidarın etkisi ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla HSK'ya yürütmenin egemen olduğu açıktır. Bu kurul,

¹¹⁵⁶ Yavuz, s. 87.

¹¹⁵⁷ Yanık/Murat, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslar arası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi", Anayasa Yargısı Dergisi, yıl 2010, sayı 27, sayfa 167.

hakimlerin tüm terfi, tayin, disiplin ve diğer işlemlerini yapmaktadır. Yine kurulun bütçesi yürütme organı tarafından belirlenip meclise sunulmakta, çoğunluğu elinde bulunduran iktidar partisi milletvekillerince kabul edilmektedir. Dolayısıyla sahip olduğu bu yetkiler nedeniyle yürütmenin kurula ve kurul üzerinden yargı bağımsızlığına ciddi şekilde müdahale edebileceği açıktır.

Avrupa Birliği Antlaşmasında, hakimlerin atanması ve diğer özlük işleri konusunda yetkili olan yargı kurullarıyla ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak antlaşmanın 6'ncı maddesinde hukukun üstünlüğüne vurgu yapılmış olup, bunun doğal sonucu olarak bağımsız, şeffaf ve hesap verebilir bir yargı sisteminin benimsendiği söylenebilir. Nitekim madde metninde, özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel hürriyetlere saygı ve hukukun üstünlüğü değerlerine vurgu yapılmıştır¹¹⁵⁸.

Ülkemizin de üyesi bulunduğu Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu'nun "*Yargısal Atamalar*" başlıklı raporunda, ülkelerin yargı kurullarını oluştururken takip edecekleri standart bir modelin olmadığı, önemli olanın bu kurulun yargı bağımsızlığı amacını sağlamaya yönelik işlevde bulunması olduğu belirtilmiştir. Avrupa Konseyi Yargıçları Danışma Kurulu'nun (AYDK), "*10 numaralı*" görüşünde de, yargıçların atanması ve özlük haklarına ilişkin kurulun, hem yargı sistemi ve hem de yargıçların bireysel bağımsızlıklarının güvencesi olduğu, mahkemelerin bağımsızlığının hukuk devletinin temeli olduğu, yargıçların bağımsızlığının onlara tanınmış bir ayrıcalık olmayıp adalet arayış ve ümidinde olan herkes için öngörülmuş bir güvence olduğu belirtilmiştir¹¹⁵⁹.

5.2.3.8.Kamu Görevlilerinin Yargılanabilmesi Bakımından İzin Verme Yetkisi

Anayasa'nın 129/6. maddesinde, memurlar ve kamu görevlilerinin yargılanabilmesi izin verilmesi şartına bağlanmış, 4483 sayılı yasada buna dair usuller gösterilmiştir. Anayasa ve kanunun bu düzenleme tarzından kamu

¹¹⁵⁸ Çakmak/Seyfullah, "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Bazı Avrupa Birliği Ülkelerinde Yargı Kurulları", TAA Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 11 (Ekim 2012), sayfa 152.

¹¹⁵⁹ Yazıcı/Serap, "Yargısal Düşüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler", Tesev Yayınları, Mayıs 2010, sayfa 17.

görevlilerinin görev suçlarından dolayı yargılanabilmelerinin, yetkili idari makamın izni şartına bağlandığı görülmektedir¹¹⁶⁰.

Yine MİT müsteşarı ve birçok kamu görevlisi ile ilgili, özel kanunlarında benzer izin müesseseleri öngörülmüştür.

Kamu görevlilerinin soruşturulup yargılanabilmesi için bu tür izin prosedürünün öngörülmesi kısmen bir güvence sağlamakta ise de, yürütme organı ve bu organın emrinde olan izin mercilerinin, bu yolla, suç işlediği iddia edilen kimi kamu görevlilerini yargı makamları önüne çıkarmaktan alıkoydukları ve hesap vermelerinin önüne geçtikleri de bilinen bir durumdur. Bu yönüyle izin müessesesi yargılama görevi bakımından yürütmeye bağımlı olma sonucunu doğurmaktadır.

5.2.3.9. Bazı Suçlar Bakımından Kamu Davası Açılabilmesi İçin İzin Verme Yetkisi

Kanun koyucu bazı suçlarla ilgili olarak kamu davası açılabilmesi için izin alınması şartını öngörmüştür. Buna göre, Cumhurbaşkanına hakaret, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama, temel milli yararlar karşı faaliyetinde bulunmak için yarar sağlanması gibi suçlar için Adalet Bakanı'nın izni zorunlu kılınmıştır. Bu suçlar açısından kamu davasının açılması noktasında Adalet Bakanına, dolayısıyla da yürütmeye karşı bir bağımlılık bulunduğunu belirtmek gerekir¹¹⁶¹.

5.3. Yargının Kendisine Karşı Bağımsızlığı

Hukuk devletinin temeli olan adaletin tesisi için yargının bağımsızlığı şarttır. Yargının temel süjesi olan hakimin kararını özgürce verebilmesi, not, terfi gibi kaygılar taşımaması için, sadece siyasi organlar karşısında bağımsız olması yeterli değildir, aynı zamanda yargı organına karşı da bağımsız olması gerekir¹¹⁶². Anayasa'nın yukarıda belirtilen hükmü gereğince, hakimin gerek aynı düzeydeki

¹¹⁶⁰ Yavuz, s. 92.

¹¹⁶¹ Yavuz, s. 93.

¹¹⁶² Gözler, Devletin Genel Teorisi, s. 348.

mahkemelere karşı, gerekse de üst dereceli mahkemelere karşı bağımsızlığının korunması hakim bağımsızlığının bir gereğidir¹¹⁶³.

Anayasanın açık düzenlemesi gereğince hakimler Türk Milleti adına yargılama yapıp karar vermektedirler. Bu nedenle hiçbir makam veya organ, hakimlere emir ve talimat veremez. Bu kural yargı organları bakımından da geçerlidir. Hakimler ve mahkemeler arasında bir alt-üst ilişkisi olmadığından, yasa yolu denetimi yapma imkanı bulunan Yüksek Mahkemelerin, ilk derece mahkemelerine talimat vermesi, yönlendirmede bulunması mümkün değildir¹¹⁶⁴. Hakim görevini icra ederken herhangi bir kişinin elemanı değildir. Hakim sadece hukukun hizmetçisidir ve sadece hukuka karşı sorumludur¹¹⁶⁵.

Yasama ve yürütmeye karşı bağımsız olan yargının bizzat kendi içinde ayrıca bir başka bağımsızlık unsuruna ihtiyacı vardır. Buna göre, mahkemelerin birbirine karşı bağımsızlığının sağlanmış olması gerekir¹¹⁶⁶. Nitekim bu husus, Bangolar Yargı Etiği İlkelerinde, “*Bağımsızlık*” başlığı altında, hakimin herkesten bağımsız olarak karar vermekle yükümlü olduğu, dolayısıyla hakimin meslektaşlarından da bağımsız olması gerektiği belirtilmiştir.

Anayasal kurguya bakıldığında, mahkemeler arasında herhangi bir hiyerarşiye yer verilmediği, bir mahkemenin diğer bir mahkemeye üstünlüğünü ortaya koyan açık bir hükmün düzenlenmediği görülecektir¹¹⁶⁷. Bağımsız yargı için hakimin veya mahkemenin, diğer mahkeme veya hakimlerden gelecek uygunsuz müdahalelere karşı da korunması gerekmektedir. Bu bağlamda, her ne kadar diğer mahkemelerin benzer olaylar konusunda verdikleri kararlar hakime ışık tutacak ise de, hakimin bu kararlarla bağılı olmaması, özellikle, yasa yolu denetimi yapan mahkemelerin kararlarına karşı direnme imkanının bulunması bağımsızlık bakımından önemlidir¹¹⁶⁸. Mahkemenin emsal kararlardan yararlanması, bakmakta olduğu davanın değerlendirilmesine engel olmamalıdır.

¹¹⁶³ Akkaş/Ahmet Hulusi, “Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi”, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2016, Sayfa 183.

¹¹⁶⁴ Özen, s. 47.

¹¹⁶⁵ Aydın, s. 58.

¹¹⁶⁶ Yılmaz, s. 75.

¹¹⁶⁷ Yavuz, s. 23.

¹¹⁶⁸ Aras, s. 191.

Aksi halde gerek yargı bağımsızlığı, gerekse adil yargılanma ilkeleri zedelenmiş olacaktır¹¹⁶⁹.

Yargı içindeki kıdemli hakimlerin ve yüksek yargı üyelerinin de yargının kendine has hiyerarşik yapısından istifade ederek, karar verecek mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığına gölge düşürme ihtimali vardır¹¹⁷⁰. Dolayısıyla yargının yalnızca devletin diğer organları karşısında bağımsızlığı değil, kendi içinde de bir bağımsızlık sorunu vardır¹¹⁷¹.

Hakimin hakime üstünlüğü yoktur. Bir hakimin bir davada hüküm verirken bir içtihat oluşturması diğer hakimleri bağlamaz¹¹⁷². Anayasa'da mahkemelerin birbirlerine karşı bağımsızlığını hükme bağlayan özel bir hüküm mevcut değildir. Ancak, Anayasa'da yer alan mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığına ilişkin düzenlemelerden çıkarabileceğimiz bir sonuç da mahkemelerin birbirlerine karşı da bağımsız olması gerektiğidir¹¹⁷³.

Yukarıda belirtildiği üzere, hiçbir hakimin başka bir hakime talimat vermesi, yönlendirmesi, telkinde bulunması düşünülemez. Ancak yüksek mahkemelerin yasayla verilmiş bozma yetkileri bu kapsamda değerlendirilemez. Temyiz incelemesinin amacı ve yararı, hukuka aykırılıkları gidererek, adil yargılamayı gerçekleştirmek ve içtihat birliğini sağlayarak hukuki istikrar ve güveni artırmaktır. Bu durumda bile bizim yargılama sistemimiz mahkemelere yüksek mahkemelerin bozma kararlarına karşı direnme (ısrar) olanağını tanımıştır ki bu bir yönüyle mahkemelerin bağımsızlığını destekleyen bir yöntemdir¹¹⁷⁴. Yargı teşkilatında dereceli bir yapının olması, üst dereceli mahkemelerin alt dereceli mahkemelere çözecekleri uyuşmazlıklarla ilgili emir verebileceği anlamına gelmez¹¹⁷⁵.

Temyiz incelemesi-yargı bağımsızlığı gerilimi açısından 1968 yılında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda önemli tespitler vardır¹¹⁷⁶. Bir yerel mahkemenin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına uyma mecburiyeti ile

¹¹⁶⁹ Uran Murphy, s. 107.

¹¹⁷⁰ Yavuz, s. 97.

¹¹⁷¹ Yanık, s. 128.

¹¹⁷² Aydın, s. 58.

¹¹⁷³ Yılmaz, s. 75.

¹¹⁷⁴ Yılmaz, s. 76.

¹¹⁷⁵ Akkaş, s. 184.

¹¹⁷⁶ Yavuz, s. 99.

ilgili hükmün anayasaya aykırı olduğu yönündeki itirazıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın son inceleme yeri olduğunu, bu nedenle kararlarının bağlayıcı olması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁷⁷.

Ancak bu kapsamda tartışılması gereken hususlar vardır. Bunlardan biri, yüksek mahkemeler veya bölge mahkemelerinin kanun yolu incelemesi sonucunda hakimlere tayin ettikleri notlardır. Kanun yolu incelemesi sonunda, hakimlerin kararlarındaki isabet derecesine göre denetime tabi tutulmaları normaldir. Ancak iyi not alma isteği veya olumsuz not alma kaygısı, adaleti sağlama endişesinin önüne geçerse, bu durumun yargı bağımsızlığını zedeleyeceği açıktır. Not endişesinin hakimin yaratıcılığını etkilediği, hakimin farklı karar vermekten çekinmesine ve içtihadı bağlı hakimlik yapmasına neden olduğu, bozma kararının yanlış olduğunu düşünmesine rağmen adalet düşüncesini ikinci plana atıp direnme kararı verme konusunda isteksizliğe neden olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla not verilmesi uygulamasının yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

5235 sayılı yasa çerçevesinde kurulan ve 2016 yılı içinde faaliyete geçen bölge mahkemelerinin bozma yetkisi çok sınırlı olup, bozma kararlarına karşı ilk

¹¹⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 13.02.1968 tarihli, 1967/11 esas, 1968/7 karar sayılı kararı;Yargıtay'ın, gerek alt mahkemelerin verdikleri kararları denetleme görevini, gerekse hukuk kurallarının yorumlanmasında birliği gerçekleştirme görevini, yapabilmesi için, verdiği kararların mahkemeleri bağlayıcı kararlar olması gerekir. Gerçekten, Yargıtay kararlarına bağlayıcı nitelik tanınmayacak olursa, Yargıtay görüşünün benimsenmesi, mahkemelerin iradesine bağlı kalacak ve Yargıtay'ın durumu, danışma yoluyla karar veren bir yer olmaktan ileri gitmeyecektir. Oysa ki Anayasa'nın az yukarıda sözü edilen 139. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Yargıtay, Adliye Mahkemelerinden verilmiş kararların ve hükümlerin son inceleme yeridir. Başka deyimle, bu kararlar ve hükümleri inceleyerek denetleyerek ve hüküm uygulamalarında görüş birliğinin! gerçekleştirecek bir yüksek mahkemedir; bir danışma yeri değildir.Kaldı ki Anayasa'nın 132. maddesi, kanun yollarına başvurmayı ve bir hâkim kararının, başka bir hâkim veya mahkemece incelenmesini engelleyici bir hüküm de koymuş değildir. Bu maddenin öngördüğü bağımsızlığın ereği, herhangi bir işi veya dâvayı tek bir hâkime veya tek bir mahkemeye gördürüp yalnızca o hâkim veya o mahkemenin kanısına göre hükme bağlatmak olmayıp, yargı işlerinin dışarıdan gelecek etkilerden uzak ve yalnız hukukî ölçülere göre değerlendirilip hükme bağlanmasını sağlamaktır. Buna göre bir hâkim kararının, başka bir hâkim tarafından denetlenmesi, bu maddenin kapsamı dışındadır. Bu bakımdan, verilen kararların veya hükümlerin, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygunluğunu güvenlik altına almak üzere bir işin., veya dâvanın, başka bir hâkim veya mahkemeye incelettirilmesini ve o hâkim veya mahkeme kararının ilk hâkim veya mahkeme için bağlayıcı olmasını öngören, bir kanun hükmü, Anayasa'nın sözü edilen maddesindeki bağımsızlık ilkesine ayları sayılmaz; belki bu maddenin, hâkimleri Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun karar ve hüküm vermekle ödevli kılan kuralının gerçekten uygulanmasına yönelik bir tedbir niteliğini gösterir. Böyle bir kanun hükmü, ayrıca Anayasa'nın mahkemelerin kuruluş ve işleyişleriyle, yargılama usullerinin kanunla belli edileceğini bildiren 136. maddesine dayanan bir hüküm dahi sayılabilir.”, “anayasa.gov.tr”, erişim tarihi 07.09.2017.

derece mahkemelerinin direnme yetkisi bulunmamaktadır. Yaşanan tecrübeler göstermiştir ki, bölge mahkemeleri yasanın verdiği bozma yetkisinin dışına çıkmış, yasaya aykırı olarak birçok bozma kararı verilmiştir. İşte yerel mahkemenin, bölge mahkemesinin bozma kararına direnememesi, kanaatimizce yargı bağımsızlığını zedeleyen bir düzenlemedir.

Yine bu kapsamda, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olmasının yargı bağımsızlığını zedeleyip zedelediği tartışılmalıdır. Bazı yazarlar, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olmasını sorunlu görmezken, bazı yazarlar, içtihat değişikliği ve gelişimini engellediği ve yargı bağımsızlığını zedelediği gerekçesiyle doğru olmadığı ve anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmektedirler¹¹⁷⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, içtihadı birleştirme kararı ile hükme bağlanan hususun, uygulama bakımından kanun gibi sonuç doğurduğunu kabul etmiştir¹¹⁷⁹. Bu konuda doktrinde değişik görüşler mevcuttur. Anayasa Mahkemesi bir kararında Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararının Anayasaya aykırı olmadığına ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile çelişmediğine karar vermiştir¹¹⁸⁰. İçtihatlar yargı kararlarında birliği sağlayıcı niteliktedir. Ancak bu kararlar zamanla uygulanamama ve ihtiyaca cevap verememe ile karşı karşıya kalmaktadır. Hâkim, karşısındaki olaya uygulayacağı kuralı anayasa gereği kanuna, hukuka ve vicdani kanaatine göre çözümlenmektedir. Bu nedenle

¹¹⁷⁸ Yavuz, s. 24.

¹¹⁷⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.02.1963 tarihli, 1963/4-21 sayılı kararı.

¹¹⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.1969 tarihli, 1968/38 esas, 1969/34 karar sayılı kararı: "İçtihadı birleştirme karar, o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı erek edinmiş olan bir hukuk işlemi değildir. Gerçekten, istem konusu yasa hükmü incelendiğinde görülür ki bir olayda uygulanacak olan hukuk kuralının hangisi olduğu yönünde verilen kararlar arasında çelişmeye düşülmesi veya bir olayda uygulanacak olan bir hukuk kuralının başka başka dâvalarda değişik biçimde yorumlanarak uygulanması söz konusu olur ise, ortaya atılan hukuk görüşlerinden hangisinin hukuka uygun bulunduğunu belirtmek üzere içtihadı birleştirme kararı verilmesi yoluna gidilir. Demek ki içtihadı birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel nitelikte, olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağı saptamak için verilir. Buna göre içtihadı birleştirme kararı yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yemlik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir. Bundan ötürü bu işlem; genel, nesnel ve yenilik doğurucu nitelikte bir işlem olan yasa koyma işlemi ile bir tutulamaz ve içtihadı birleştirme karar veren Yargıtay'ca Türkiye Büyük Millet Meclisine özgü yasama yetkisinin kullanılmış ve böylece Anayasa'nın öngördüğü güçler ayrılığı ilkesinin çiğnenmiş olduğu ileri sürülemez.", "www.anayasa.gov.tr", erişim tarihi 08.08.2017.

mahkemelerin üst mahkemelerce verilen içtihatların dar kalıpları ile sınırlandırılmaması gerekmektedir¹¹⁸¹.

Bu kapsamda 2802 sayılı yasanın 5. maddesi hükmü değerlendirilmelidir. Bu madde ile Yargıtay ve Danıştay'a hakimler üzerinde denetim ve gözetim yetkisi verilmektedir. Bu yetkiyi, yüksek mahkemelerin hakimlerin kararını bozabilmeleri, bu bozma kararları üzerine not verebilmeleri ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Denetim ve gözetim yetkisinden anlaşılması gereken nedir? Ya da denetim ve gözetimin sınırı, kapsamı nedir? Bu hususlara dair yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Yargıtay ve Danıştay'ın denetim ve gözetim yetkisini, sadece hakimin verdiği kararın hukuka uygun olup olmadığı yönünde bir denetim ve gözetim olarak anlamak gerekmektedir. Bunun ötesine geçerek, hakimin kontrol edilmesi, yönlendirilmesi, istenen kararın verilmeye zorlanması, bu yapılırken hakimin terfisinde çok etkili olan not sistemin kullanılması şeklinde bir düşünce kabul edilemez. Böyle bir düşüncenin kabulü, yargı bağımsızlığının, yine yargı görevlileri tarafından yok edilmesi anlamına gelecektir.

5.4. Medyaya Karşı Bağımsızlık

Basın, kamuoyu oluşturma en önde gelen aracıdır. Demokrasinin temel unsurlarından biri olarak kabul edilen basın, günümüzde kamuoyu üzerinde sahip olduğu etki ve öneme paralel olarak yasama, yürütme ve yargının yanında, “*dördüncü erk*” olarak adlandırılmaktadır¹¹⁸². Çağımızda gelişen teknoloji dolayısıyla iletişim vasıtaları ve medya kuruluşları sınır tanımayan bir etki alanına sahiptir. Medya bu imkanları ile toplumu etkileme ve yönlendirme avantajını belirli çıkarlar için kullanma varsayımını her zaman harekete geçirebilir¹¹⁸³.

Yargının bağımsız ve tarafsız olduğu kadar öyle olduğu yönünde bir kanaatin de hakim olması son derece önemlidir. Böylece toplumun yargıya güveni temin edilmiş olacaktır. İşte toplumun böyle bir kanaate sahip olmasında medyanın rolü büyüktür¹¹⁸⁴. Yargı bağımsızlığının tam olarak yaşama geçmesi açısından yazılı, görsel, sosyal ve diğer tüm medya ve iletişim organlarının ve

¹¹⁸¹ Küçükyağcı, s. 21.

¹¹⁸² Uran Murphy, s. 115.

¹¹⁸³ Özer, s. 39.

¹¹⁸⁴ Yavuz, s. 107.

çalışanlarının tutum ve davranışları da önemli rol oynar. Yargı bağımsızlığının görünümü ve kamuoyuna yansımaları, toplumun yargıya bakış açısı ve yargısal kanaatlerin oluşumu konusundaki gerçekler ve algılar, medya tarafından üretilir ve aktarılır¹¹⁸⁵.

Medya bugün kamusal alanda dördüncü güç olarak adlandırılmaktadır¹¹⁸⁶. Medyanın kamuoyu oluşturma gücü, yargılama faaliyetini etkilemeye de müsaittir. Medya, kamuoyu oluştururken her zaman kamunun menfaatleri doğrultusunda hareket etmemektedir. Çoğu zaman belli sermaye kesimleri, belli baskı veya menfaat grupları ya da bağlantılı oldukları siyasi kesimler lehine kamuoyu oluşturmaya çalışmaktadır¹¹⁸⁷.

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi'nce “*Adalet Gözet*” ismiyle bir çalışma yapılmış olup bu çalışma kapsamında elde edilen sonuçlar dikkat çekicidir. Proje kapsamında, ülkede tartışma yaratan ve yoğun ilgi gösterilen dokuz davayla ilgili farklı görüşlere sahip gazetelerde yer alan haberler incelenmiş ve gazetelerin haberleri ele alış şekilleri değerlendirilmiştir. Bu bağlamda 4 yıllık dilimi kapsayan 1215 haber ve 604 fotoğraf değerlendirilmiştir. Yapılan çalışma sonucunda, haberlerin %32,4'ünde kaynağın belirtilmediği, %32'sinde olayların sebepleri hakkında yeterli bilgi verilmediği, %66'sında okurlara olaylarla ilgili ön bilgi sunulmadığı, %52'sinde yorumların haberlerin önüne geçtiği, haberlerde genel anlamda bilgi vermekten ziyade yönlendirme yolunun seçildiği, haberler için kullanılan fotoğrafların yarısının yapılan haberle ilgisinin olmadığı, dolayısıyla görsel malzemenin yarısının haberi destekleme amacıyla kullanılmadığı¹¹⁸⁸ görülmüştür.

Medya, toplumsal alanın bütününde etkisini gösterebilmektedir. Yargılama faaliyetinde kimi zaman yargılamanın savcısı, kimi zaman savunma avukatı, kimi zaman da hakimi gibi hareket edebilmektedir¹¹⁸⁹. Sansasyonel ceza davaları, kamunun da ilgisi doğrultusunda, basın-yayın kuruluşları tarafından ayrıntılı

¹¹⁸⁵ Yanık, s. 137.

¹¹⁸⁶ Gezgin/Suat, “Medyanın Toplumsal İşlevi ve Kamuoyu Oluşumu”, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, C.1, S.12, Yıl 1995, sayfa 15.

¹¹⁸⁷ Yavuz, s. 107.

¹¹⁸⁸ Kalem/Seda, “Adalet Gözet, Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010.

¹¹⁸⁹ Yavuz, s. 107.

şekilde ele alınmaktadır. Bu durumda hakimlerin kamunun düşüncesinden etkilenmemesi ve tarafsız kalması oldukça zorlaşmaktadır¹¹⁹⁰.

Değindiği üzere, özellikle kamuoyunu ilgilendiren ceza davaları, medya organları tarafından kamuya ayrıntılı şekilde aktarılmakta, bu kapsamda yargılanan kişilerin kimlikleri, resimleri yayınlanmakta, zaman zaman mahkeme karar vermeden bu kişiler kamuoyu önünde mahkum edilmektedir. Burada iki temel hak ve özgürlük karşı karşıya gelmektedir. Birisi, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez unsurlarından birisi olan masumiyet karinesidir. Diğeri ise, düşünceyi açıklama özgürlüğünün olmazsa olmazı olan basın özgürlüğüdür¹¹⁹¹. AİHM, basın özgürlüğü ile adil yargılanma hakkının karşı karşıya geldiği durumlarda, örneğin Worm/Avusturya kararında, adil yargılanma hakkını üstün tutmaktadır¹¹⁹². İşte, bu derecede öneme sahip olan medyanın, yargı üzerindeki etkisi azımsanmayacak kadar çoktur. Durum böyle olunca yargı ve yargıçlar, medyanın eleştirilerini ve dolayısıyla toplumda oluşan akımların düşüncelerini de dikkate almak durumunda kalmaktadır¹¹⁹³.

Medya organlarının yargı görevinin yürütülmesine etkisi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu etki, yapılan yayınlarla hakimlerin ve adil yargılamanın etkilenmesi, yargılamaya ilişkin gizlilik kurallarının ihlal edilmesi, ses ve görüntülerin kayda alınması ve yayınlanması, yargılamayı yapan hakimlerin kamuoyu önünde açıkça eleştirilmesi gibi yollarla karşımıza çıkabilmektedir¹¹⁹⁴. Medya organları, hakimlerle veya onların işlemleriyle ilgili yorum yapmasa bile, yapılan yayınlarla hakimlerin etkilenmesi mümkündür. Çünkü hakim de bir insandır ve toplum içinde yaşamaktadır. Bakacağı dava henüz önüne gelmeden, basında yapılan yayınlar nedeniyle olay hakkında bir kanaate ulaşma tehlikesi her zaman vardır. Hakimin bu şekilde bir ön kanaate sahip olması vereceği kararı etkileyebilecek, bu da adil yargılamaya uygun düşmeyecektir¹¹⁹⁵. Medyanın peşin hükmü (basının mahkumiyete yönelik kampanyası) hakimi taraflı

¹¹⁹⁰ Hannich/Rolf, Karlsruher Kommentar Strafprozess-ordnung, 6. Auflage, 2008, C.H. Beck München Yayınevi, Sayfa 64.

¹¹⁹¹ Erdem/Fazıl Hüsnü, “Yargının Siyasi İktidar ve Devlet İktidarı Karşısında Bağımsızlığı Sorunu”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, yıl 3, sayı 6, eylül 2005, Sayfa 174.

¹¹⁹² Yavuz, s. 111.

¹¹⁹³ Bayraktarlı, s. 147.

¹¹⁹⁴ Uran Murphy, s. 118.

¹¹⁹⁵ Küçükyağcı, s. 22.

yapmak için yeterli bir sebep değildir (Federal Yargıtay 22,289,294). Ret, ancak hakimin peşin hüküm içeren bir tavırla davranması durumunda kabul edilebilir. Ayrıca mevcut kanuna göre, dava dosyalarının, polis ve savcı raporlarının ya da şikayet dilekçelerinin içeriğinin medyaya verilmesi ve davayı etkilemesi engellenmelidir¹¹⁹⁶.

Basın organlarında, neredeyse her gün, yargı organlarını etkileyecek yayınlara rastlanmaktadır. Kamuoyuna doğrudan ulaşma ve onu etkileme gücüne sahip olan basında yer alan özensiz haberlerin, kişilerin masumiyet karinesini ihlal ettiği maalesef bilinen bir durumdur. İşte, hiçbir etki altında kalmadan ve hiçbir peşin fikre sahip olmadan yargılama yapıp karar vermekle yükümlü olan yargı yerlerinin, zaman zaman medyanın yanlı yayınlarından etkilendiği, bu nedenle, bir kısım kişilerin tutuklanabildiği, bu kişilerin daha sonra beraat ettikleri gözlenmektedir. Bu durum, yargı yerlerini ve onların verdikleri kararları tartışılır hale getirmekte, sonuçta adalete duyulan güveni ve toplumsal barışı bozmaktadır¹¹⁹⁷.

Adil yargılanma hakkı ve bunun doğal görünümü olan bağımsız yargı, demokratik hukuk devletleri ve toplum düzenleri için binlerce yıllık mücadele ve birikimin sonunda ulaşılmış olan çok kıymetli değerlerdir. Dolayısıyla bu değerler hiç kimse ve bu kapsamda medya tarafından örselenmemelidir. İktidarların görevi, yargı organına saygı duymak veya başkalarının saygı duymasını teşvik etmek olduğu kadar, bağımsızlığın korunması konusunda gerekli tedbirleri almaktır. Bu konuda, kimden gelirse gelsin, yargı bağımsızlığına yönelik saldırılara karşı gerekli önlemler alınmalıdır. Eğer medya organları, basın özgürlüğü düzleminde geniş bir korumaya sahip olan haber ve eleştiri sınırlarına dışına çıkarsa, bu durum korunmayacak, AİHS'nin 10. maddesinin verdiği yetki doğrultusunda yargının bağımsızlığı ve düzeninin korunması ve ayrıca başkalarının haklarının korunması için bu özgürlük sınırlandırılabilir¹¹⁹⁸.

Basın özgürlüğü anayasa ile düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Ancak bu özgürlük sınırsız olmayıp, anayasa ve yasaların öngördüğü şartların oluşması durumunda ve yasaların öngördüğü usulle sınırlandırılabilir. Bu

¹¹⁹⁶ Roxin/Schünemann, Strafverfahrens-recht, 29. Auflage, C.H.Beck Yayınevi, Sayfa 51.

¹¹⁹⁷ Başaran, s. 82.

¹¹⁹⁸ Yücel, s. 126.

kapsamda Anayasamızın 28/6. maddesinde bir sınır getirilmiş, yargı görevinin amacına uygun şekilde yürütülebilmesi için soruşturma ve kovuşturma konusu olaylar hakkında yayın yasağı konulabileceği belirtilmiştir. Anayasanın öngördüğü bu genel hüküm doğrultusunda, CMK'da, gizli duruşmaların yayınlanamayacağı, yasada öngörülen bazı gerekçelerin varlığı halinde açık duruşmaların da yayınlanmasının yasaklanabileceği (CMK.m.187/3), duruşma sırasında, adliyede ve adliye dışındaki adli işlemlerin icrası sırasında ses ve görüntü alıcı cihazların kullanılmayacağı (CMK'nın 183. maddesi) belirtilmiştir¹¹⁹⁹. Belirtmek gerekir ki, kameralar önünde yapılan duruşma ile kameraların olmadığı bir ortamda yapılan duruşmanın seyrinin farklı olabileceği ortadadır. Çünkü, kameraların açık olduğu ve fotoğraf makinesi flaşlarının patladığı bir ortamda yapılan duruşmanın doğallığı kuşkulu olacaktır. Hakim ya da savcı, böyle bir ortamda kendileri hakkında medyada çıkacak haberlerle ilgili beklentiye girmeye başlayacaklardır. Bu medyanın beklentisi doğrultusunda yargısal görev ifa etme gibi bir sonucu doğurabilir¹²⁰⁰. Nitekim “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”nin 2.4. maddesinde, “*Kararlarını; kişilerin, kurumların ya da kamuoyunun tepkisini çekeceği endişesi duymaksızın ve onları memnun etme kaygısı taşımaksızın bağımsız olarak verirler*”¹²⁰¹.” denilmek suretiyle hakimlerin toplumsal baskıdan ve medyadaki haberlerden etkilenmemeleri gerektiği belirtilmiştir.

Yargı bağımsızlığını sağlama konusunda değişik yasalarda bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesinde, soruşturma sırasında dosya içeriği ile ilgili yayın yapanların para cezasıyla cezalandırılacağı, aynı kuralın kovuşturma aşaması sonuçlanıncaya kadar yapılan yayınlarla ilgili olarak da uygulanacağı kabul edilmişti¹²⁰². Ancak bu hüküm, 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı kanunun 105. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır¹²⁰³. Bu durumda, gizliliğin ihlali sözkonusu olduğunda, medya mensupları için de TCK'nın 285. maddesinde düzenlenen hüküm uygulanacaktır.

¹¹⁹⁹ Özen, s. 49.

¹²⁰⁰ Yavuz, s. 110.

¹²⁰¹ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

¹²⁰² Dursun, s. 53.

¹²⁰³ Yavuz, s. 109.

5237 sayılı TCK'nın, “*adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs*” başlığını taşıyan 288. maddesinde, soruşturma veya davada, hukuka aykırı bir işlem yapılması veya karar verilmesi için yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek için yazılı veya sözlü beyanda bulunan kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Basın Kanunu ile getirilen yasaklar ve yaptırımlar esas itibariyle basın mensupları için geçerlidir. Oysa Türk Ceza Kanunu tarafından getirilen yasaklar ve yaptırımlar, basın mensubu olsun ya da olmasın herkes için geçerlidir¹²⁰⁴.

Sosyal ağ siteleri kişilerin hayatında büyük kolaylıklar getirmiştir. Kişilerin sosyalleşmelerine, başka kişilerle iletişime geçmelerine imkân sağladığı gibi kendilerini daha rahat ifade etme ve bilgi paylaşım kolaylığı sağladığı da bir gerçektir. Daha önce farklı yollarla yapılan ve kimsenin dikkatini çekmeyen ya da ortaya çıkmayan eğilimler de teknolojiye bağlı olarak görülmeye ve ifade edilmeye başlanmıştır. Bireyde kalması gereken kişisel hayat alanının, “*sosyal paylaşım*” adı altında sanal dünyada ifşa edilmesi, bunun bir sınırının olmaması çözülme zemini oluşturmuştur. Facebook ve Twitter gibi sosyal paylaşım siteleri insanların mahremiyet alanını genişletmektedir. Sosyal paylaşım siteleri, ortak ilgi ve hobileri olan kişileri biraya getirmekte, paylaşımlarını ve içsel zenginliklerini artırmalarına sebep olabilmektedir¹²⁰⁵.

Sosyal medya kullanımının yaygınlaşması, hakim tarafsızlığının sosyal medya ortamında da korunması sorununu gündeme getirmiştir. Suç işleme oranının ve suçların karmaşıklığının arttığı, teknoloji, internet ve sosyal medya kullanımının suç ortamlarında yaygın olarak kullanıldığı günümüzün bir gerçeğidir. İşte, ortaya çıkan uyuşmazlıkları hukuk içinde çözme görevini üstlenen hakimler, sadece fildişi kulesi olan adliye ve duruşma salonlarında değil, özel hayatları ve sanal ortamda da takip edilmekte ve tartışmalara konu edilmektedir¹²⁰⁶.

AİHM kararlarında, yargının bağımsız olması kadar, bağımsız olduğu yönünde davanın tarafları ve kamuoyu nezdinde verdiği görüntünün de önemli

¹²⁰⁴ Yavuz, s. 109.

¹²⁰⁵ Taneri/Gökhan, “Sosyal Medyada Paylaşım Sorumluluğu”, TAA Dergisi, Yıl:7, Sayı:24 (Ocak 2016), sayfa 436.

¹²⁰⁶ Şen/Mahmut, “Hakimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, sayfa 643.

olduğu, sanığın hakimın tarafsızlığından kuşulanmak için objektif olarak haklı görülebilecek gerekçelerinin bulunması durumunda tarafsızlık ilkesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olacağı belirtilmiştir. Ulusal ve uluslararası tüm metinlerde hakimın özel hayatında da tarafsızlık ilkesini zedeleyecek davranışlardan kaçınması gerektiği vurgulanmıştır. İşte, yargılamanın en temel süjesi olan hakimın, sosyal medyayı kullanırken bu gerçeği aklından çıkarmaması gerekir. Son yıllarda birçok ceza davasının gündemin üst sıralarında yer aldığı, bu davalarla ilgili olumlu veya olumsuz birçok yayın yapıldığı, bu yargılamayı yürüten hakimlerin de davalarla birlikte konuşulup tartışıldığı bilinen bir gerçektir. İşte, hakimın sosyal medya ortamındaki paylaşımları, arkadaş kabul ettiği kişiler, beğendikleri veya beğenmedikleri paylaşımlar didik didik edilmekte, buradan hareketle yargı organının eleştirildiği ve yıpratıldığı görülmektedir¹²⁰⁷. Bu husus, hakimlere ilişkin etik ilkelerin belirlendiği “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”nin 3.4. maddesinde, “*Sosyal medya başta olmak üzere, kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapacakları yorum, değerlendirme ve paylaşımların kolaylıkla amacını aşan sonuçlar doğurabileceğini ve tarafsızlıklarını sorgulanır hale getirebileceğini öngörerek hareket ederler*”¹²⁰⁸ şeklinde ifade edilmiştir.

Uluslararası Barolar Birliği tarafından, 2012 yılında bir anket yapılmış, katılımcılara sosyal medya kullanımının hakimlik ve avukatlık mesleklerine etkisi sorulmuştur. Katılımcıların %40’ı, hakimlerin sosyal medyadaki davranışlarının tarafsızlık konusunda kanaatini olumsuz etkilediğini söylerken, %15’i sosyal medya davranışlarının avukatlık mesleğinin itibarına zarar verdiğini ifade etmiştir. Bu durum, hakimlerin sosyal medyayı kullanırken diğer meslek mensuplarına göre çok daha dikkatli olmak zorunda oldukları gerçeğini ortaya koymaktadır¹²⁰⁹.

Geleneksel medyanın en baskın olduğu zamanlarda toplum içinde bireyler “*özel hayat*”larına belli sınırlar koyarken, sosyal medyayla birlikte artık kendi özel hayatımızı kendimiz paylaşır hale gelmiş bulunuyoruz. Bu “*look olma*” durumuna bizi getiren ise post-modern anlayışın gözdesi olan “*popülaristlik*” durumudur. Eskiden bireylerin sahip olduğu arabaların beygir gücü ya da sahip olunan evin havuzu gibi mevcut durumlarla popülarite belirlenirken, şu anki asosyal devir

¹²⁰⁷ Şen, s. 643.

¹²⁰⁸ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

¹²⁰⁹ Şen, s. 644.

içerisinde bireylerin popülaritesi sosyal ağlarda yapılan paylaşım ve arkadaş sayısıyla eşdeğer bir konuma sahip olmaktadır. Hâl böyle olunca insanların teknoloji içindeki bağımlılığı, dış çevreye olan duyarlılığı azaltmış ve insanlar sanal bir sosyalleşme yöntemiyle “ben-merkeziyetçi” hal almıştır...Hiç tanınmayan bir milletvekili, göz önünde olmayan bir belediye başkanı ya da bulunduğu şehirdeki insanlarla etkileşime geçemeyen bir vali için sosyal medya biçilmiş bir kaftan, yeniden oluşturulmuş kamusal alan olabilmektedir¹²¹⁰. İşte hakimlerin de sosyal medyanın bu büyüğü yönüne kendilerini kaptırmaları, zaman zaman popüler olma isteği kendilerinden ziyade yargı organını yıpratmakta, bu da tarafsızlık ve bağımsızlığa zarar vermektedir.

Gerek Bangalor Yargı Etiği ilkeleri ve gerekse diğer uluslararası ve ulusal metinlerde, hakimlerin sosyal medya kullanmaları konusunda bir yasaklama veya sınırlama bulunmamaktadır. Hakim de bir insandır ve toplum içinde yaşamaktadır. Dolayısıyla hakimden, kendisini diğer insanlar, toplum ve çağın gereklerinden dışlaması beklenemez. Ancak hakimler, millet adına yargılama görevini yapmakta, hakkı ihlal edilen kişilerle ilgili son kararı vermektedirler. Bu özelliği gereği hakimlerin en güvenilir kişiler olması gerekli ve hatta zorunludur. Hakimlere, diğer birçok meslek grubunda olmayan bağımsızlık hakkı tanınırken amaç onlara ayrıcalık yapılması değil, hakimlerin güvenilir olmasına duyulan toplumsal ihtiyaçtır. İşte hakimlerin de, bu güveni zedeleyecek davranışlardan meslek içinde, dışında, özel hayatta ve sanal ortamda kaçınmaları gerekir¹²¹¹. Nitekim Amerikan Barolar Birliği, 2013 yılında yayınladığı 462 sayılı görüşüyle, hakimlerin toplumdaki diğer fertler gibi sosyal medya kullanma haklarının bulunduğunu, ancak sanal ortamdaki davranışlarının hakim tarafsızlığına aykırı olmaması gerektiğini belirtmiştir¹²¹².

Anayasamızda öngörülen eşitlik ilkesinin yargılama faaliyetindeki yansımaları, hakim tarafsızlığı ile sağlanır. Her ne kadar yargılama faaliyeti ortaklaşa yürütülen bir faaliyet ise de, yargıç başkalarına karşı tarafsız

¹²¹⁰ Gürbüz/Gökhan, “Sosyal Medya ve Demokrasi İlişkisi:Türkiye’de Sosyal Medyanın Katılımcı Demokrasiye Etkisi Üzerine bir Alan Araştırması”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo, Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Sayfa 86.

¹²¹¹ Şen, s. 651.

¹²¹² Şen, s. 651.

olmalıdır¹²¹³. Başkaları karşısında yansız olması gereken yargıç, bu durumu adliye binalarına veya duruşma salonlarına özgülememeli, sosyal medya dahil olmak üzere hayatının tüm alanına yaymalıdır.

“*Hâkimler kararlarıyla konuşur*” özdeyişi çok eskiden beri kullanılan bir ifadedir. Bu ifade ile, hakimin önüne gelen veya gelme ihtimali bulunan bir dava ile ilgili görüş beyan etmemesi, yorumda bulunmaması, bu dava ile ilgili söz ve yorumlarını vereceği karar ile açığa vurması kastedilir¹²¹⁴.

Hakimlerin sosyal medya kullanımlarının sınırı, neleri paylaşıp neleri paylaşamayacakları konusu tartışmalı olup bu konuda bir görüş birliği yoktur. Kimileri, hakimin salt sosyal medya üyeliğinin etik ilkelere aykırı olmadığını ve yargı bağımsızlığına zarar vermeyeceğini, burada önemli olanın hakimin yaptığı paylaşımlar ile gerek kendisinin tarafsızlığına ve gerekse mensubu olduğu mesleğin kamuoyu nezdindeki saygınlığına zarar vermemesi olduğunu belirtmektedirler¹²¹⁵.

Bu görüş AİHM kararlarına uygundur. AİHM, sözleşmenin 10. maddesinde yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması için özel hayat ve ifade hürriyetine bazı sınırlamalar getirilebileceğini, ifade özgürlüğünün herkes için önemli olduğunu, yargı mensuplarının, herkesten daha fazla yargıya güveni sağlamak durumunda olduklarını, bu nedenle, hakimin ifade özgürlüğünü kullanırken çok dikkatli olması, tarafsızlığı ve mahkemenin saygınlığını tartışmaya açacak davranışlardan kaçınması gerektiğini, yargıya olan güven ve yargı makamlarının saygınlığının sağlanması için hakimin sosyal medya ortamında yapacağı paylaşımların diğer bireylere göre daha fazla kısıtlanabileceğini belirtmektedir¹²¹⁶.

Dönemin Adalet Bakanı ve HSK Başkanı, hakim ve savcılarının sosyal medya kullanımı ile ilgili yaptığı açıklamada şu hususlara işaret etmiştir: “*Sosyal medya, sanal dünya esasında yalan dünya. Ben kendi adıma söylüyorum; bu yalan dünyaya girdiğiniz de güvenilirliğinizi de yitiriyorsunuz. Bir hakimin,*

¹²¹³ Selçuk, s. 28.

¹²¹⁴ Dursun/Hasan (Çeviren), “Avrupa Yargı Kurulları Ağı: Yargı, Toplum ve Medya Raporu (2011-2012), Küresel Bakış Dergisi, Yıl 3, Sayı 8, Ocak 2013, Sayfa 31.

¹²¹⁵ Şen, s. 652.

¹²¹⁶ Şen, s. 653.

savcının sanal dünya üzerinden siyasal, ideolojik paylaşımları yaptığını gördüğümde fevkalade rahatsız oluyorum. Bir davam olsa, o hakime, o savcıya düşmesini asla istemem. Eğer siz çok başarılı hakim ve savcı olmak istiyorsanız, siyasal görüşlerinizle, fikirlerinizle, ideolojilerinizle sanal medyadaki yalan dünyanın peşinden koşmakla değil, adil, doğru kararlar vermekle ancak onu yapabilirsiniz. Ben sanal medyayı kullanmayın demiyorum. Ama lütfen sanal medyada siyasi paylaşım yapan hakim ve savcılarımız yapmasın. “Benim ifade hürriyetim var”. Amenna, herkesin ifade hürriyeti var. Ama yargıya güveni ayakta tutmak için bu şart. HSYK Başkanı, Adalet Bakanı olarak ben siyasi görüşünü medyada paylaşan hakimden de savcıdan da korkuyorum...Eğer insanlar, “bu hakim filan görüşten, bu savcı filan görüşten” diye davaları getirirken, şikayet yaparken veya soruşturmayı takip ederken düşünmeye başladıysa orada tuz kokmaya başlamış demektir. Buna bizim fırsat vermememiz, meydan vermememiz lazım...¹²¹⁷.

Yargıya duyulan güveni sağlama konusunda herkesten daha fazla özen göstermesi gereken hakimin, baktığı davanın tarafları hakkında sosyal medya ortamında paylaşım yapması doğru değildir. Hakimin, önündeki davanın sanığı, müştekisi, müdafisi veya hangi sıfatla olursa olsun davayla ilgili olan kişi hakkında, mahkeme dışında konuşması, sosyal medya ortamında bilgi, belge paylaşması, yorum yapması, hatta bu kişiler hakkında yapılan olumlu veya olumsuz yorumları beğenmesi hakimin tarafsızlığı konusunda kuşku doğmasına neden olacaktır¹²¹⁸.

Hakimlerin, kendileri veya yürüttükleri yargılama konusunda basına açıklama yapmaları veya bu konuda sosyal medya üzerinden kamuoyunu bilgilendirmeleri hoş karşılanmamaktadır. Bu konuda doğan bilgilendirme ihtiyacını karşılamak için bazı ülkelerde, yargı birimleri tarafından basın birimleri oluşturulmuş, yine sosyal medya araçları kullanılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda Danimarka, Norveç, Litvanya, İspanya gibi ülkelerde, hakimlerin bağlı olduğu yargı kurul ve birimleri sosyal medyayı kullanmakta ve yeri geldiğinde bilgilendirmeler yapmaktadırlar¹²¹⁹. Ülkemizde de, Hakimler ve Savcılar Kurulu,

¹²¹⁷ İHA internet sitesi, 08.11.2016 tarihi, erişim tarihi; 05.11.2017.

¹²¹⁸ Şen, s. 656.

¹²¹⁹ Dursun, Küresel Bakış, s. 49.

yargı organlarını ilgilendiren tartışmalı konular ülke gündemine geldiğinde, resmi site üzerinden bilgilendirme amaçlı yayınlar yapmaktadır.

Hakimler, ihsası reyde bulunduğu yönünde bir itiraz ile karşılaşmamak için de sosyal medya kullanımlarına dikkat etmelidirler. Verilen kararın davanın taraflarını ve kamuoyunu tatmin etmesi, bu yolla adalete ve hukuk sistemine olan güvenin sağlanması ve artırılması için verilen kararın bağımsız ve tarafsız hakimler tarafından yapıldığı yönündeki inanç çok önemlidir. İşte hakimlerin bu inancın sağlanması için azami gayret göstermesi, bu konuda bir kuşkunun bulunması durumunda davadan çekilmeleri gerekir. Kuşkunun oluşmaması için de hakimin, dava sürecinde veya dava açılmadan önce açıklamalarına, sosyal medyada yaptığı paylaşımlara dikkat etmesi gerekir. Bunun için sadece somut bir olayla ilgili değil, örneğin kürtaj, kadın hakları gibi temel konulardaki açıklamalara da dikkat edilmelidir¹²²⁰. Örneğin, umuma açık yerlerde (lokanta, kafe gibi) yerlerde alkol tüketiminin yasaklanması gerektiğini savunan, bu konudaki görüşlerini yoğun şekilde dile getiren, bu yönde sosyal medyada paylaşımlar yapan, makaleler yazan bir hakimin önüne bu konuyla ilgili bir uyuşmazlığın geldiğini düşünelim. Bu uyuşmazlığın tarafı olan kişinin, daha önce bu konudaki görüşleri kamuoyuna yansımış olan hakimin tarafsızlığından kuşku duyması doğaldır.

Dolayısıyla hakimin davadan çekilmesi yönünde taleplerle karşılaşmamak için sosyal medya paylaşımlarına dikkat etmesi gerekir. Yargıtay Başkanlığı tarafından hazırlanan etik ilkeler taslağının “*Dürüstlük*” başlıklı 2.6. maddesinde, hakimin önüne gelen veya gelme ihtimali olan bir dava hakkında, yargılama aşamasını ve sonucunu etkileyecek beyanlarda bulunamayacağı¹²²¹ belirtilmiştir. Yine “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”nin 5.3. maddesinde; “*Görevlerini yaparken kendilerine duyulan güvene hanel getirebilecek bir algı, kuşku veya tereddüt oluştuğunu fark ettiklerinde, görevden çekilmelerinin gerekip gerekmediğini azami dikkat ve özenle değerlendirirler.*” hükmüne, 5.4. maddesinde; “*Yargıya olan güveni tartışmalı hale getirebilecek veya zedeleyebilecek tutum ve davranışlardan her zaman ve her yerde titizlikle kaçınırlar.*” hükmüne, 5.5.

¹²²⁰ Şen, s. 657.

¹²²¹ Yargıtay Başkanlığı Etik İlkeler Taslağı, Sayfa 12, Yargıtay Resmi İnternet Sitesi, erişim tarihi 20.03.2018.

maddesinde; “*Özel hayatlarında, meslekî güvenilirliklerine gölge düşürebilecek davranışlarda bulunmamaya hassasiyet gösterirler.*” hükmüne ve 5.6. maddesinde; “*İfade özgürlüklerini, yargıya duyulan güveni sarsmayacak ve siyasi tarafgirliğe düşmeyecek biçimde kullanırlar*”¹²²² hükmüne yer verilmiştir.

Son zamanlarda bazı davaların ülke gündemini fazlasıyla meşgul ettiği, bu tür davalara bakan hakimlerin sosyal medya paylaşımlarının kamuoyunda tartışıldığı, bir hakimin Facebook profilinde bir siyasi kişilikle ilgili olarak bazı bilgi ve beğenilere yer verildiği, bu yüzden tartışma konusu olduğu, buna ilişkin tartışmaların TBMM kürsüsünde dile getirildiği görülmüştür¹²²³.

İngiltere’de tüm yargı çalışanlarını ilgilendiren ve sosyal medya kullanımına dair ilkeler içeren bir belge yayınlanmıştır. Belgede, yargıya olan güvenin korunmasının temel amaç olduğu, sosyal medya kullanımının yasak olmadığı, hakimlerin hem mahkemelerde, hem de özel hayatlarında uyması gereken kurallar bulunduğu, buna göre örneğin sosyal medya paylaşımlardan mesleklerini belirtemeyecekleri belirtilmiştir¹²²⁴.

Yukarıda belirtildiği üzere, birçok ülkede hakimlerin yaptıkları işle ilgili basına açıklama yapmaları yasak olup, bu konuda görevlendirilmiş basın sözcüleri vardır. Zira hakimler kararlarıyla konuşur. Örneğin, Avusturya’da hâkimlerin basına açıklama yapmaları yasa ile yasaklanmış, Belçika’da ise bazı sınırlara uyulmak koşuluyla izin verilmiştir¹²²⁵.

Sosyal medya kullanımı, hakimlerin disiplin cezası yaptırımıyla karşılaşmalarına neden olabilecektir. Örneğin Fransa’da, iki hakimin duruşma sırasında facebook üzerinden haberleştikleri ve tanığın beyanıyla alay ettikleri ortaya çıkmış, bu olay büyük tartışmalara neden olmuştur¹²²⁶. Ülkemizde, sosyal medya paylaşımlarının sonuçları konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile, hakimlerin mesleğinin saygınlık ve güven duygusunu sarsacak davranışlardan kaçınması, görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı, ayrıca hukuk kuralları dışında saiklerle görev yaptığı

¹²²² “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

¹²²³ Şen, s. 660.

¹²²⁴ Şen, s. 661.

¹²²⁵ Dursun, Küresel Bakış, s. 66.

¹²²⁶ Şen, s. 662.

yönünde düşünce oluşmasına izin vermemesi, bu kurallara özel yaşamında da dikkat etmesi, aksi durumun disiplin cezasını gerektirdiği kabul edilmiştir¹²²⁷. Dolayısıyla, hakimin sosyal medya paylaşımları bu hükümler kapsamında değerlendirilecektir. Bu husus, “*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”nin 5.5. maddesinde; “*Özel hayatlarında, meslekî güvenilirliklerine gölge düşürebilecek davranışlarda bulunmamaya hassasiyet gösterirler*”¹²²⁸.” şeklinde ifade edilmiştir.

5.5.Taraflara ve Kamuoyuna Karşı Bağımsızlık

Hakimlere yönelik baskı ve yönlendirmeler sadece siyasal organlardan gelmez. Zaman zaman sermaye grupları, sivil toplum örgütleri, yasal olan ve olmayan oluşumlar da hakim üzerinde etkili olmaya çalışırlar. Bu bazen tehdit, bazen de telkin şeklinde olabilmektedir. Dış çevreden gelen bu baskı ve telkinler, yargı bağımsızlığını zedeleyebilmektedir¹²²⁹.

Doğru ve adil karar için hakimin her türlü dış etkiden soyutlanmış olması, taraflar için öznel bir yaklaşım değil, herkes için geçerli olacak nesnel bir yaklaşım ve mantık içerisinde bulunması gerektir¹²³⁰. Her yargılamada bir hukuksal ihlal, dolayısıyla uyuşmazlık söz konusudur. Bu uyuşmazlığı ise, o uyuşmazlıkla doğrudan ya da dolaylı ilgili olanlar çözemezler; sadece başkaları çözebilirler. Buna öğretide “*yabancı/uzak ya da üçüncü olmaklık*” denilmekte, yargıcın yanlar üstü (super partes) olması istenmektedir¹²³¹. Bireyler, aralarında çıkan ve anlaşılmadıkları sorunu çözüme kavuşturması için, tarafsız olduğuna inanılan hakime başvururlar ve bu hakimin verdiği karara rıza gösterirler. Dolayısıyla hakimin verdiği kararının meşruiyetini sağlayan, onun tarafsız bir hakim tarafından verildiği konusundaki inançtır. Hakimin taraflı olması veya bu yönde bir algı bulunması durumunda, kişilerin mahkeme önünde hak aramalarının bir faydası bulunmamaktadır. Bu yönüyle hakimin tarafsızlığı hak arama özgürlüğü ile doğrudan bağlantılıdır¹²³².

Hakimin bilerek veya bilmeyerek yaptığı bazı davranışlar, onun tarafsızlığı konusunda taraflarda kuşku uyanmasına neden olabilir. İşte hukuk kuralları içinde

¹²²⁷ Şen, s. 664.

¹²²⁸ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

¹²²⁹ Kırmaz, s. 30.

¹²³⁰ Selçuk, s. 27.

¹²³¹ Selçuk, s. 28.

¹²³² Erol, s. 327.

bu kuşklar giderilmeli, dolayısıyla hakimın taraflara karşı da tarafsızlığı sağlanmalıdır¹²³³. Bunun için hakimın davaya bakmaktan yasaklı olması, çekilmesi ve reddi kurumlarına yer verilmiştir¹²³⁴. Cinayet davasında hakimın sanığa ölen eşinin kendisine görünmesini temenni etmesi, hakimın sanıkla tenis oynadıktan sonra yemeğe gitmesi ret sebebi olarak kabul edilmiştir¹²³⁵.

Yargıç, önüne gelen uyuşmazlıkları çözerken hukukun ne dediğini söyleyen kişidir. İşte yargıcın hukukun ne dediğini söyleyebilmesi için başkalarına ve kendisine yabancı olması, hukuk ve vicdanıyla baş başa kalması gerekir¹²³⁶.

Üçüncü kişi ve gruplara karşı hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını koruyabilmek için TCK'nın 277. maddesinde düzenlenen suç ihdas edilmiş, bu suç ile, hukuka aykırı karar verilmesini sağlamak için yargı görevi yapanlara emir veren, baskı yapan, nüfuz icra eden kişilerin cezalandırılacağı öngörülmüştür¹²³⁷.

5.6.Hakimin Kendisine Karşı Bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik tehditler sadece dış etkenlerden gelmez. Ayrıca yargılama yapan hakimın iç dünyasının da yargılamayı etkileme, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını tehdit etme ihtimali bulunmaktadır¹²³⁸.

Yargı bağımsızlığı konusunda yaşanan sıkıntıların en büyüğü, belki de, yargıcın kendisine karşı bağımsız olmasıdır. Çünkü dış etkenlerden gelecek müdahalelere karşı çeşitli tedbirler alınarak yargı bağımsızlığı korunabilir. Ancak, hakimın kendi duygu ve düşünce dünyasına, inançlarına, sempati ve antipatilerine karşı, yani kendisine karşı bağımsız kalabilmesi oldukça güçtür. Hakimın kendisine karşı bağımsızlığı, ancak onun tarafsız olması ve karar verirken kişiliğinden sıyrılması ile mümkündür. Hakimın tarafsızlığı, onun taraflar bakımından objektif olması, herhangi bir tarafa özne davranmaması demek olup, eğer *“davanın tarafları farklı olsa hakim aynı kararı verirdi”* diyebiliyorsak

¹²³³ Ünal, s. 17.

¹²³⁴ Uran Murphy, s. 121.

¹²³⁵ Beulke, s. 49.

¹²³⁶ Selçuk, s. 27.

¹²³⁷ Dursun, s. 54.

¹²³⁸ Yavuz, s. 117.

tarafsızlık sağlanmış demektir. Bu durum, anayasamızın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesinin bir sonucudur¹²³⁹.

Hakimin kişiliğinden sıyrılması ise, kendisine karşı tarafsız ve kayıtsız olması, kendi “ben” ini bütünüyle safdışı bırakması, önündeki somut olaya kendi gözüyle değil, hukuk gözüyle bakabilmesidir¹²⁴⁰.

Hakim, sorgulamadan emirleri yerine getiren bir bürokrat olmamalıdır. Bu nedenle bağımsız düşünce yapısına sahip olmayan kişilerin hukukçu olmaması gerekir¹²⁴¹. Kunter’in belirttiği gibi, nasıl ki gündelik hayatta terazi kimin elinde olursa olsun tartı değişmiyorsa, hakim de karar verirken kişisel görüş ve düşüncelerine göre değil, hukuka göre hareket etmeli, kendi yerinde başka bir hakim olsa nasıl karar verecek idiyse o şekilde karar vermelidir. Bu düşüncenin doğal sonucu, ortaya çıkan kararın hakimin kişisel malı değil, makamın ürünü olmasıdır¹²⁴².

Hakimin kişiliğini oluşturan duyguları, düşünceleri, değer yargıları, hayata dair maddi ve manevi beklentileri, inançları ve hukuk anlayışının da yargılamanın gidişatını etkileme ihtimali yüksektir¹²⁴³. Kuşkusuz, nesnelliğin olabildiğince arı duru gerçekleştirilmesi kolay değildir. Çünkü yargıç da bir canlıdır, insandır. Her insan gibi değer yargıları, duygu ve tutkuları vardır. Yargıyı (hükmü) hem mantık hem de psikolojik bir süreçte hazırlayan yargıcın, duygusuz bir makine olduğu ileri sürülemez. O hem yargılar, hem de duyumsar; “canlı yasa” dır. Ancak, bu gerçeğe karşın, yargıç, yargıçlık yeterliliğini kazanabilmek için, yargılama sırasında ortalama hüküm verme yeteneğini aşmalı, bütün duygularını ve kişisel görüşlerini, düşüncelerini, inançlarını kökten kazımalı, silmelidir¹²⁴⁴.

Burada hakimin ülkeyi veya ülkenin menfaatini koruma kollama görevi olup olmadığı, yasanın uygulanması durumunda ülke menfaatinin zarar görme ihtimalinin bulunduğu durumlarda nasıl davranması gerektiği gibi sorunlar karşımıza çıkmaktadır. Öteden beri toplumun bazı kesimlerince yargıya biçilen “kurtarıcılık rolü”, yargının giderek toplumun sınırlı bir kesiminin sözcüsü haline

¹²³⁹ Dursun, s. 51.

¹²⁴⁰ Selçuk, s. 28.

¹²⁴¹ Yavuz, s. 118.

¹²⁴² Dursun, s. 52.

¹²⁴³ Yavuz, s. 117.

¹²⁴⁴ Selçuk, s. 29.

gelmesine sebep olacaktır. Bu da yargının toplumdaki gerilimin sebebi ve tarafı olması, toplumsal barışı temin etmekten ziyade onu tehdit eden bir unsur haline gelmesi sonucunu doğuracaktır¹²⁴⁵. Yargının siyasallaşması kendisini çoğunlukla devleti koruma ve kollama görevini üstlenme ile kendini göstermektedir.

Sokrates, hakimin görevinin yasalara uyarak karar vermek ve herkese hakkını teslim etmek olduğunu belirtmektedir. Montaigne de, yasalara doğru olduğu için değil, yasa olduğu için itaat edildiğini söylemektedir. Ülkeyi ya da toplumun kimi zayıf katmanlarını kurtarma, kollama bahanesiyle ve yasaları yapay biçimde adil kılarak uygulama gibi kişisel kaygılarla, ideolojilerle, inançlarla yazılı hukuku dışlama girişimleri erkler ayrılığı ilkesinde temellenen özgürlükçü demokrasiye ters düşer. Çünkü yargıçlar, yasalara göre sadece hüküm kurarlar, ama asla hükümet etmezler, edemezler. Ederlerse; politik, kişisel kaygılarla, inançlarla hüküm kurarlarsa orada artık erkler ayrılığından, demokrasiden ve hukuka bağlı devletten değil, yargıçlar hükümetinden, yani dikastokrasiden söz edilir¹²⁴⁶.

6.TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIĞIN TEMİNATLARI

6.1.Genel Olarak

Teminatı olmayan bağımsızlığın pratikte bir anlam ifade etmediği, dolayısıyla hakim bağımsızlığının düzenlendiği yerlerde, bu kavramı tamamlayacak şekilde hakim teminatının da düzenlendiği, bu yönüyle bu iki kavramın birbirinden ayrılmasının olanaksız olduğu ifade edilmektedir¹²⁴⁷.

BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasamızın ilgili hükümlerinde, hakimlerin bağımsızlığı ve bu bağımsızlığın korunmasına yönelik güvencelere yer verilmiştir. Bağımsızlık ve teminat, hakimler için öngörülmuş bir ayrıcalık değil, aksine, yargılananların adil bir düzende yargılanmaları, yargılamanın ve yargılamayı yapan hakimin her türlü baskı ve tehditten uzak olmasını sağlayan koruma mekanizmalarıdır. Hakim teminatının olmaması veya

¹²⁴⁵ Yavuz, s. 119.

¹²⁴⁶ Selçuk, s. 33.

¹²⁴⁷ Kırmaz, s. 100.

zayıf olması hakimi bağımlı hale getirecek, bu da adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır¹²⁴⁸.

Yukarıdan beri incelendiği üzere, hakim/yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Dolayısıyla genelde ülkelerin anayasal ve yasal metinlerinde bağımsızlık ve tarafsızlıkla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Ama önemli olan yasal metinlerde yazılanlar değil, fiili durumda yaşananlardır. Eğer yasal metinlerde yer alan bağımsızlık ve tarafsızlığın sağlanmasına ilişkin işlevsel güvenceler öngörülmezse, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanamayacak ve hukuk devleti yara alacaktır. Hakim ve savcılarının bağımsızlığının anayasa ve kanunlarla güvence altına alınması, bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlamak için önemli, ancak tek başına yeterli değildir¹²⁴⁹. Hakimlerin özlük işlerine ilişkin yetkinin bağımsız yargı kurullarına değil de yürütme organına verilmesi, yargı kurumlarının kendi bütçelerinin olmaması durumunda hakimlerin bağımsızlığı sözde kalacaktır. Hakimlik teminatı, anayasal ve yasal metinlerde yer alan hakim bağımsızlığının sözde kalmaması için getirilmiş olan güvenceleri ifade etmektedir¹²⁵⁰.

Yargı görevinin niteliği gereği, yargıçlar, ortaya çıkan ihtilaflarda son sözü söyleyen kişilerdir. Hüküm adını alan bu son sözün tarafları ve kamuoyunu tatmin etmesi, dolayısıyla herkes tarafından kabul görmesi için, son sözü söyleyen yargıcın bağımsız ve tarafsız olması ve son sözün verilme süreci olan yargılama sürecinin hukuka uygun olarak yürütülmesi gerekir. Bu bağımsızlık ve tarafsızlığın korunması için, tarihin her döneminde yargıçlar, diğer kamu görevlilerine göre daha fazla haklara ve güvencelere sahip olmuşlardır. Bu hak ve güvenceler, yargıçlara sağlanan bir ayrıcalık olarak değil, onların kimseden etkilenmeden ve çekinmeden, hukuka ve hakkaniyete uygun karar vermelerini sağlamak için öngörülmüştür¹²⁵¹. Anayasa Mahkemesi bir kararında, hakimlik teminatının, hakime nitelikli görev yapma imkanı sunduğunu, dolayısıyla hakimlik teminatının yargı bağımsızlığının olmazsa olmaz koşulu olduğunu, yargı bağımsızlığının güvencelerle pekiştirilmemesi durumunda bir anlamının

¹²⁴⁸ Arslan/Osman, 2007-2008 adli yıl açılış konuşmasından (15-16. sayfalar), “yargıtay gov tr”, erişim tarihi 06.08.2017.

¹²⁴⁹ Yavuz, s. 142.

¹²⁵⁰ Gözler, Devletin Temel Teorisi, s. 348.

¹²⁵¹ Erol, s. 328.

kalmayacağını belirtmiştir¹²⁵². Bu yönüyle, teminatla pekiştirilmemiş olan bağımsızlığının total olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Yargının tarafsız ve bağımsız olmasını sağlayacak en önemli teminat aslında hakimin cesur, ahlaklı, vicdanlı ve yüksek karakterli olmasıdır. Hatta denilebilir ki bu yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı için ön şarttır¹²⁵³. Yargının kurumsal ve kişisel olarak bağımsız ve tarafsız olması yetmez. Aynı zamanda tüm yargı mensuplarının çeşitli araçlarla ve teminatlarla kendilerini bağımsız ve tarafsız hissetmeleri de gerekir. Eğer bütün anayasal ve yasal düzenlemelere ve teminatlara rağmen, bir yargı mensubu kendisini bağımsız hissetmiyorsa, orada tarafsız ve adil bir yargıdan bahsetmek olanaklı değildir. Bu kaygıyı ortadan kaldırmak ve yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı ve adilliğini sağlamak için, çeşitli araçlar ve yollar öngörülmüştür. Bu araçlarla bağımsızlık birbirinden ayrılmaz bir bütünlük oluşturur¹²⁵⁴.

Anayasa'da özel unsurlarıyla düzenlenen yargı bağımsızlığının genel bir anayasal güvenceye daha ihtiyacı vardır. Bu da yargı bağımsızlığına ilişkin yargı güvencesidir. O halde Anayasa Mahkemesi'nin kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi, yargı bağımsızlığının yasama organına karşı korunması açısından, idarenin her türlü işleminin yargı denetimine tabi olması da yargı bağımsızlığının yürütme organı karşısında korunması açısından önemlidir¹²⁵⁵. Bağımsızlık, tarafsızlığın ön şartı olsa da, tek başına bir anlam ifade etmez. Bağımsız ama taraflı bir yargı söz konusu olabilir. Bağımsız olmayan bir hakimin tarafsız davranması mümkün olduğu gibi, tarafsız olmayan bir hakimin de bağımsızlık niteliğine sahip olması mümkündür. Bağımsızlık, tarafsızlığın sağlanmasına çok büyük bir katkı sağlasa ve müsait ortamı hazırlasa da tek başına onu gerçekleştirmek için yeterli değildir. Hakim, mutlak surette bağımsızlığa kavuşturulmuş olsa dahi, ideolojik etkiler ya da menfaat ilişkilerine açık olduğu takdirde, tarafsızlığın sağlanması son derece zor olacaktır¹²⁵⁶.

6.2.Hakimlerin Sahip Olduğu Güvenceler

¹²⁵² Anayasa Mahkemesi'nin 28.02.1989 tarihli, 1988/32 esas, 1989/10 karar sayılı kararı, "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 08.09.2017.

¹²⁵³ Yavuz, s. 144.

¹²⁵⁴ Yanık, s.177.

¹²⁵⁵ Yılmaz, 37.

¹²⁵⁶ Yanık, s. 178.

Mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlerin yaptıkları yargılama ve verdikleri kararlardan dolayı başlarına bir şey gelmeyeceğine emin olmalarını sağlayacak güvencelerin öngörülmesi ile mümkün olabilir¹²⁵⁷. Hakimlik teminatı, hakimlerin atanma, terfi, nakil, disiplin cezaları ve meslekten çıkarılma gibi özlük işlerinin, siyasal organların yetkisinde olmamasını ifade eder¹²⁵⁸. Hâkimlerin, vazife başına geldikten sonra, tam bir istiklâle sahip olmaları lüzumu idrak edilince, bu istiklâli fiilen tahakkuk ettirmek için bazı tedbirlerin alınması ve kendilerine bir takım teminat tanınması zarureti de kendiliğinden anlaşılır¹²⁵⁹. Hakimler ve savcılara diğer kamu görevlilerine nazaran daha fazla teminat verilmesinin amacı onların kişisel güçlerini, saygınlıklarını yükseltip, kendi başına buyruk bir sınıf yaratmak değildir. Verilen teminatları amacı her türlü baskı ve etkiden uzak tarafsız ve adil yargılama yapılmasını sağlamak ve toplumun bu yöndeki kanaatini güçlendirmektir¹²⁶⁰.

“*Türk Yargı Etiği Bildirgesi*”nin 4.1. maddesinde; “*Dürüstlük ve doğruluğun, mesleğin gerektirdiği yüksek karakterin vazgeçilmez unsurları olduğunun bilinciyle, gerek meslekî yaşamlarında gerekse sosyal hayatlarında bu yönde bir duruş sergilerler.*” hükmüne, 4.2. maddesinde; “*Özü sözü bir kişilikleriyle oldukları gibi görünür ve göründükleri gibi olurlar*”¹²⁶¹.” hükmüne yer verilerek hakimlerin yüksek bir karaktere sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir.

Hâkimlerin en güçlü teminatının ahlaklı olmaları olduğu sıklıkla ifade edilir. Bu söz doğru olmakla birlikte, güçlü olan karşısında hakim bağımsızlığını sağlamak için yeterli değildir. Nihayetinde hakim de insandır. Siyasal organlara hakim üzerinde tasarruf yetkisinin verilmesi durumunda, o hakim bağımsızlığından söz edilmesine imkan yoktur. Dolayısıyla, hakim bağımsız olması için yeterli güvencelerin öngörülmesi gerekir¹²⁶². Hakim bağımsızlığı, hukuk devletinin temeli, adil yargılanma hakkının olmazsa olmazıdır. Bu kadar önemli ve hayati olan bir ilkeyi, ilgili kişilerin faziletli olmalarına bağlamak ve

¹²⁵⁷ Ünal, s. 21.

¹²⁵⁸ Özbudun, Anayasalcılık, s. 62.

¹²⁵⁹ Kapani/Münci, “İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1956, sayfa 83.

¹²⁶⁰ Yavuz, s. 145.

¹²⁶¹ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

¹²⁶² Kapani, s. 84.

bundan iyi sonuçlar beklemek çağdaş devlet anlayışıyla uyuzmaz. Bu nedenle, hakim bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvencelerin yasal metinlerle düzenlenmesi, bunun hayata geçmesi için fiili şartların hazırlanması gerekir¹²⁶³.

Hakimlik teminatı, dar anlamda, hâkimlerin azilden masun olmalarıdır. Geniş anlamda teminat ise, hâkimlerin azledilememelerinin yanı sıra, görevden alınamamaları, görev yerlerinin değiştirilememesi, anayasada öngörülen yaş haddinden önce emekliye sevkedilememeleri ve özlük hakların yoksun bırakılamamalarını kapsamaktadır. Teminatın özü, hakimin güçlü olarak yürütme organı karşısında kendisini güvende hissetmesi, hiçbir endişe ve korkuya kapılmadan kararını verebilmesidir¹²⁶⁴. Anayasa Mahkemesi değişik kararlarında¹²⁶⁵ hakimlik teminatının kapsamını ayrıntılı şekilde belirtmiştir¹²⁶⁶.

Hâkimlik teminatı, yazılı bir kanunla, ilk defa olarak, 1701 tarihinde İngiltere'de vazedilmiştir. Bu tarihe gelinceye kadar, İngiliz hâkimleri hiçbir teminata sahip değildirler. Hükümdar, kendilerini dilediği gibi nasb ve azledebiliyor ve kararlarına sık sık müdahale ediyordu. Hükümdarın istediği yolda hüküm vermeyen ve müstakil olarak hareket etme teşebbüsünde bulunan hâkimler mevkilerini uzun zaman muhafaza edemiyorlardı. Tudor ve Stuart hanedanlarının tarihi bu nevi müdahalelerle doludur¹²⁶⁷. 1701 yılında kabul edilen “*Act of Settlement*” ile birlikte, hakimlerin hareket tarzları şikayetlere sebebiyet vermediği sürece görevlerinde kalacakları hükmü getirilerek hakimlik teminatı yasal zemine kavuşturulmuştur¹²⁶⁸. Nitekim bu düzenleme, İngiltere’de anayasal devletin başlangıç tarihi olarak nitelendirilmektedir¹²⁶⁹.

¹²⁶³ Ünal, s. 22.

¹²⁶⁴ Kapani, s. 85.

¹²⁶⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 28.02.1989 tarihli, 1988/32 eass, 1989/10 karar sayılı kararı, “anayasa.gov.tr”, erişim tarihi 11.08.2017.

¹²⁶⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 28.02.1989 tarihli, 1988/32 eass, 1989/10 karar sayılı kararı; “Hâkimlik teminatı ise, hâkimlerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik kurumların en önemlisidir. Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin objektif bağımsızlığı olduğu halde, hâkimlik teminatı hâkimlerin kişisel bağımsızlığıdır. Hâkimlik teminatı, hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değil, toplum için kabul edilen ve hâkimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Burada sözkonusu olan, hâkimin kişisel yararı olmayıp, kamunun yararidir. Hâkimlik teminatının amacı, hâkimlerin kişisel nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından çok, hâkimlerin özgür ve tarafsız karar verebilmelerini sağlamak, dolayısıyla topluma, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermektir.”, “anayasa.gov.tr”, erişim tarihi 11.08.2017.

¹²⁶⁷ Kapani, s. 91.

¹²⁶⁸ Yanık, s. 181.

¹²⁶⁹ Özbudun, Anayasalcılık, s. 62.

1789 tarihinde mer'iyete giren Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, Yüksek Mahkeme ve diğer mahkemeler hâkimlerinin, "*iyi halleri devam ettiği müddetçe*" (during good behavior) vazifelerinde kalacaklarını ve vazifede buldukları müddetçe tazminatlarının azaltılmayacağını beyan etmektedir¹²⁷⁰. Fransa'da 1789 ihtilaline kadar hakimlik makamı, kral tarafından adeta bir yatırım aracı gibi alım-satıma konu olan bir makam olarak görülmüş, bu makama sahip olanlar, kral karşısında belli bir ölçüde bağımsızlığa sahip olmuş ve ancak nadir durumlarda azledilmişlerdir¹²⁷¹. Fransa'da, hâkimlik teminatı prensibi ilk defa olarak 1790 senesinde bir kanunla vazedilmiştir. 1791, III. yıl ve VIII. yıl Anayasaları aynı prensibi kabul ve ilân etmişler, fakat teminat hükümleri bu devirde hiçbir zaman tam olarak tatbik edilmemiştir¹²⁷².

Memleketimizde hâkimlik teminatı, ilk defa olarak, 1293 (1876) Kanunu Esasisi ile vazedilmiştir. Mutlakiyet devrinde hâkimler her türlü teminattan mahrumdular. Filhakika, Mecellenin tarifinden de anlaşılacağı üzere, hâkim, hükümdarın alelade bir vekili idi. Binaenaleyh, hükümdar, kendisini tayin ve azilde hiçbir kayıt ve şartla bağlı bulunmadığı gibi, hâkim, hükümdar tarafından mezuniyet verilmeyen bir hususu muhakeme etmeye de selâhiyetli değildi¹²⁷³.

Memleketimizde, hâkimlerin istiklâli prensibini ve bu istiklâlin başlıca mesnedi olarak hâkimlik teminatını en sarîh ve etraflı bir şekilde vazedен Cumhuriyet Anayasası olmuştur. Filhakika, Anayasamız, evveleminde, - daha önce de belirtmiş olduğumuz veçhile- teşri ve icra fonksiyonları hakkında "*vazife*" tâbirini kullandığı halde, kaza fonksiyonu hakkında "*kuvvet*" tâbirini kullanmak suretiyle mahkemelerin ve hâkimlerin istiklâlini bilhassa tebarüz ettirmek istemiştir. Bundan sonra "*kuvvei kazaiye*" faslı altında, açık ve kat'i hükümlerle bu istiklâlin esaslarını vazedilmiştir. 54 üncü madde, hakimlerin yargılama yaparken ve hüküm verirken her türlü müdahaleden azade olduklarını belirtmiş, ikinci fıkrasında, mahkemelerin kararlarını Büyük Millet Meclisinin ve İcra Vekilleri Heyetinin hiçbir suretle değiştiremeyeceklerini, tağyir ve tehir edemeyeceklerini ve hükümlerin yerine getirilmesine mâni olamayacaklarını beyan etmek suretiyle, hâkimleri, teşri ve icra organlarının müdahalesinden masun bulundurmuştur. 55

¹²⁷⁰ Kapani, s. 92.

¹²⁷¹ Yanık, s. 181.

¹²⁷² Kapani, s. 91-92.

¹²⁷³ Kapani, s. 93.

inci madde ise, hâkimlerin "*kanunen muayyen olan usul ve ahval haricinde*" azlolunamayacaklarını beyan etmekle, azilden masuniyet prensibini sarahaten vazetmiştir. Bundan başka, Anayasa, hâkimlerin istiklâl ve tarafsızlıklarını her türlü tesirden korumak gayesiyle, kendilerinin kanunen muayyen vazifelerden başka umumi ve hususi hiçbir vazife deruhte edemeyeceklerini de tasrih etmiştir¹²⁷⁴.

Bu kısımda hakimler için öngörülmüş olan teminatlar incelenecektir. Bu teminatların bir kısmı doğrudan sonuç doğuran ve mevzuatta düzenlenmiş olan teminatlar iken, bir kısmı demokrasi ve hukuk devleti ilkesinden doğan dolaylı teminatlardır.

6.2.1.Hakimlerin Azledilememesi

Azledilmezlik, hakimler için tanınmış en önemli teminattır¹²⁷⁵. Yargı bağımsızlığının gerçekleştirilebilmesi için hakimlerin azledilememesi ilkesinin kabul edilmesi şarttır¹²⁷⁶. Azletmek, "*Bir kişiyi görevinden almak, uzaklaştırmak*¹²⁷⁷" anlamına gelmektedir. İdare hukuku anlamında "*azil*" memurluktan çıkarma anlamına gelmektedir¹²⁷⁸. Yargı mensuplarının görevlerine belirlenen süreden önce son verilemeyeceği amir hükmü, hemen tüm demokratik devletlerin anayasalarında yer alır. 1982 Anayasası, önceki düzenlemelerden farklı olarak savcılarını da, bu güvencenin kapsamı içine almıştır. Zira, 1961 Anayasası'nın ilgili maddesinin kenar başlığı "*hakimlik teminatı*" iken, 1982 Anayasası'nın 139. maddesi, "*hakimlik ve savcılık*" teminatı başlığını taşımaktadır. Dolayısıyla, yeni anayasal düzenleme savcılarının da bağımsızlığa ihtiyacı olduğunu öngördüğü için onları da teminat kapsamı içine alma yoluna gitmiştir. 2802 Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 44. maddesinde de konu Anayasa'ya benzer şekilde düzenlenmiştir¹²⁷⁹.

Aslında azledilmezlik teminatı, yargı mensubunun görev süresi ile ilgili bir meseledir¹²⁸⁰. Yargı mensupları için kimi ülkelerin anayasalarında, kimi ülkelerin

¹²⁷⁴ Kapani, s. 94-95.

¹²⁷⁵ Yavuz, s. 148.

¹²⁷⁶ Kırmaz, s. 107.

¹²⁷⁷ "www.tdk.gov.tr", erişim tarihi 14.08.2017.

¹²⁷⁸ Özen, s. 42.

¹²⁷⁹ Yanık, s. 181.

¹²⁸⁰ Yavuz, s. 149.

ise yasalarında yaş sınırı öngörölmüş olup, bu yaş sınırı gelmeden hakimler görevlerinden azledilemez. Hakimin usulüne ve kanuna uygun bir şekilde verdiği karar nedeniyle azledilmesi demokratik ölkelerde mümkün değildir. Hakimlere tanınan bu imtiyaz onların karar verirken hiçbir şeyden çekinmeden korkusuzca hareket etmelerini sağlamaya yöneliktir. Şüphesiz bunda kamunun büyük menfaati vardır. Çünkü hakimler bu ortamda objektif, akli ve yasalara uygun davranarak adaletin gerçekleşmesini sağlarlar¹²⁸¹.

Çeşitli unsurlardan oluşan statü güvencelerinin en önemli unsuru hakimlerin azlolunmamasıdır. Bu nedenle Anayasa'nın 139/1. maddesinde, hakimlik teminatına ilişkin güvenceler sıralanırken ilk sırada azlolunamama sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki, azlolunamazlık teminatı, anayasada zikredilmekle tek başına anlam ifade etmez. Bu güvencenin tam manasıyla hayata geçirilmesini sağlayacak şartların da oluşturulması gerekir¹²⁸². Eğer yürütme ve yasama organları bir şekilde azil dışındaki yollardan hakimlerin statüsünü ilgilendiren diğer konularda etkili olma gücüne sahipse hakimlerin azlolunamayacağına yönelik hakimlik teminatı anlamını yitirir¹²⁸³.

Hakimin görev güvencesi, onun kendi isteği olmadan, belli yaştan önce görevinden alınamayacağına ilişkin sunulan bir teminattır. Hakim bağımsızlığının sağlanabilmesi için, atanmaları, meslekten çıkarılmaları ve tüm özlük haklarında yürütme organının etkisinden uzak olmaları gerekir. İşte görev güvencesi, hakimlerin atanması, görevden alınması gibi konularda yürütme organının yetkili olduğu ölkeler açısından daha önemli hale gelmektedir¹²⁸⁴.

Azilden masuniyet prensibinin bir mâna ve kıymet ifade edebilmesi için, hâkimlerin, ancak pek vahim hallerde, kanunla tespit edilmiş şekil ve usuller dahilinde azledilebilmeleri lâzımdır. Bu hususta icra organına herhangi bir takdir selâhiyeti tanınması, teminatın kıymetini sifira indirebilir. Binaenaleyh, hâkimlerin azline karar verecek makamın ve bu hususta takip edilecek usulün ehemmiyeti aşikârdır¹²⁸⁵. Bu teminat, yasal ve önceden tanımlanmış ve belirlenmiş geçerli nedenler olmadan yargı mensuplarının belirlenen süreden önce

¹²⁸¹ Özer, s. 24.

¹²⁸² Yavuz, s. 149.

¹²⁸³ Yılmaz, s. 55.

¹²⁸⁴ Özkorkurt, s. 228.

¹²⁸⁵ Kapani, s. 96.

görevlerinden uzaklaştırılmamalarını kapsar. Yani azledilme, hukuka uygun olmayan olağanüstü görevden uzaklaştırma anlamına gelir.

2802 sayılı yasanın 77. maddesinde görevden uzaklaştırma, 69. maddesinde ise meslekten çıkarmaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Hakimlerin azledilemeyeceğine ilişkin güvence, onlara istediği gibi davranmaları hakkını vermediği gibi, yetkili makamların kural dışı hareketlere göz yumacağı anlamına da gelmez. Hakimler de, anayasa ve ilgili yasalarda öngörülen kurallara aykırı davrandıklarında azledilmeleri mümkündür ve hatta gereklidir¹²⁸⁶. Azledilmezlik ile kastedilen, sebepsiz, usulsüz ve keyfi olarak görevden alınamama¹²⁸⁷ olup, diğer bütün kamu görevlerinde olduğu gibi, mutlak olması düşünülemez¹²⁸⁸. Hakimin hangi hallerde görevden alınabileceğine ilişkin hükümlere Anayasanın 139. maddesi¹²⁸⁹ ile, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 44. maddesinde yer verilmiştir¹²⁹⁰.

Venedik Komisyonu Raporunda, hakimlerin görev yerlerinin değiştirilmemesi konusunda gerekli düzenlemelerin yapılması, disiplin soruşturmalarında savunma hakkına özen gösterilmesi ve disiplin işlemlerinin bağımsız bir merci tarafından yürütülmesi, görev yeri değişikliği, disiplin işlemleri ve görevden almaya ilişkin konuların belli ilkelere bağlanması gerektiği belirtilmiştir¹²⁹¹.

İngiltere'de, Act of Settlement hükümlerine göre, yüksek hâkimler, Parlamento'nun her iki meclisi tarafından kabul olup krala arzedilecek bir karar üzerine azledilebilirler... Kayda şayan olan diğer bir nokta da, bu usulün, kabulü tarihinden, yani 1701'den beri hiç bir zaman tatbikine ihtiyaç hâsıl olmamış ve o günden bugüne kadar hiçbir yüksek hâkimin vazifesinden azledilmemiş olmasıdır¹²⁹². İngiltere'de yüksek mahkeme üyeleri ve diğer mahkeme hakimlerinin azilleri farklı düzenlenmiştir¹²⁹³.

¹²⁸⁶ Kırmaz, s. 108.

¹²⁸⁷ Ünal, s. 30.

¹²⁸⁸ Yavuz, s. 149.

¹²⁸⁹ Yanık, s. 191.

¹²⁹⁰ Yavuz, s. 153.

¹²⁹¹ Venedik Komisyonu Raporu, madde 41.

¹²⁹² Kapani, s. 98.

¹²⁹³ Yavuz, s. 155.

Amerika Birleşik Devletlerinde federal hâkimlerin azli, İngiliz hâkimlerinin azline nazaran belki de daha zordur. Filhakika, federal hâkimler, ancak, Devlet reisi ve diğer rical hakkında tatbik edilen "*itham*" (impeachment) usulü ile azledilebilirler. Bu usule göre, bir hâkimin, Temsilciler Meclisi tarafından itham olunup, Senato tarafından muhakeme ve mahkûm edilmesi lâzımdır. Senato, mahkûmiyet kararını, ancak üçte iki ekseriyetle verebilir¹²⁹⁴. ABD Anayasa'sının 3/1. bölümünde, hakimlerin iyi hallerini sürdürdükçe görevde kalacakları, yaptıkları iş karşılığında miktarı düşürülemeyecek bir maaş alacakları belirtilmiştir¹²⁹⁵. Anayasanın açıklama kısmında, maaşın düşürülemeyeceği şeklindeki kuralın, Kongre'nin maaşı istifaya neden olacak derecede indirme tehdidi ile yapacağı baskıdan yargıcı koruduğu belirtilmiştir¹²⁹⁶.

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi'nde üyeler 70 (yetmiş) yaş sınırına kadar görevde kalırlar. Bu, Mahkeme'nin bağımsızlığını ve tarafsızlığını güçlendiren bir husustur. Aynı şekilde, herhangi bir üyenin görevine 70 yaşından önce son verilebilmesi için Anayasa Mahkemesi üyelerinin kararı gerekir. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi üyelerinin görevine başka bir kişi veya makam değil, ancak kendi mevkidaşları son verebilir¹²⁹⁷.

Hakimlerin bağımsız oldukları, bu kapsamda öngörülen yaş sınırından önce azledilemeyeceklerine ilişkin kural sınırsız değildir. Fransa'da hakimler ağır bir suç işlemeleri halinde, ya da mesleğin şeref ve saygınlığıyla bağdaşmayacak davranışlarda bulunmaları durumunda Yüksek Hakimler Kurulu tarafından görevden azledilebilmektedir. Yine hastalık ve benzeri bir nedenle görev yapamaz hale gelmeleri durumunda emekliye sevkedilebilmektedirler. Fransız sisteminde azil sebepleri tek tek sayılmamış, kurulun takdirine bırakılmıştır¹²⁹⁸. Fransa'da azil işlemi, bakanlık emrinde görevlendirme, emeklilik hakkı zarar görmeksizin görevden uzaklaştırma veya emeklilik hakkı verilmeden görevden uzaklaştırma şeklinde gerçekleşmektedir¹²⁹⁹.

¹²⁹⁴ Kapani, s.99.

¹²⁹⁵ Yavuz, s. 153.

¹²⁹⁶ Palabıyık/Hakan, "Çeşitli Ülke Anayasalarında Hâkimlik Savcılık Mesleği ile Hâkimlik Savcılık Teminatının Düzenlenişi", TBMM Araştırma Merkezi, Kasım 2011, sayfa 3.

¹²⁹⁷ Palavriç/Seada, "Yargı Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu", Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı 27, Yıl 2010, Sayfa 27.

¹²⁹⁸ Yılmaz/Çelik, s. 20.

¹²⁹⁹ Ünal, s. 33.

Fransa ve İtalya'da hâkimlerin azli selâhiyeti, yeni Anayasalarla, Yüksek Hâkimlik Divanlarına verilmiştir. Fransa'da, Üçüncü Cumhuriyet zamanında, bu selâhiyet, Temyiz Mahkemesi umumi heyetine aitti. Keza Belçika'da, bugün, bir hâkimin herhangi bir suçtan dolayı mahkûm olması halinde azline karar verecek makam Temyiz Mahkemesidir¹³⁰⁰. İtalya Anayasası, hakimlik mesleğini, diğer güçlerden bağımsız ve özerk bir görev olarak tanımlamıştır¹³⁰¹.

Alman Anayasası'nın 97. maddesinde azledilmeme teminatı düzenlenmiş¹³⁰², hakimlerin, yaş haddinden önce, ancak yasaların belirttiği hallerin varlığında ve hakim kararı ile azledilebileceği veya işten el çektirilebileceği öngörülmüştür. Yine Anayasanın 98. maddesinde, federal hakimlerin, anayasanın temel ilkelerine ve bir eyaletin anasayal düzenine aykırı davranmaları halinde, Anayasa Mahkemesi kararı ile emekliye sevkedilebileceği düzenlenmiştir¹³⁰³. Alman Anayasası'nın amir hükmü gereğince hakimler görevlerini yaparken bağımsız olup, ancak kanunlara bağlı olarak hareket ederler¹³⁰⁴. Bir mahkemenin görevinin sona ermesi veya yargı çevresinin değişmesi durumunda hakimler, maaşları aynı şekilde verilmek koşuluyla başka bir mahkemeye atanabilirler¹³⁰⁵.

Kanada'da hakim bağımsızlığını sağlamak üzere çeşitli güvenceler öngörülmüştür. Öncelikle belirtilmelidir ki, bu ülkede hakimlerin cezai ve hukuki anlamda dokunulmazlığı olup, yargı görevinin yerine getirilmesi ile ilgili herhangi bir soruya cevap vermek durumunda değildir. Hakimler için yaş sınırı anayasada belirlenmiş olup, bu yaşa kadar hakimlerin azledilmeleri mümkün değildir. Kanada'da 1971 yılında kabul edilen Hakimler Kanunu ile, temyiz mahkemelerinin başkan ve yardımcılarında oluşan ve başkanlığını Anayasa Mahkemesi başkanının yaptığı bir yargı konseyi oluşturulmuş olup bu konsey federal hakimlerle ilgili iş ve işlemleri yürütmektedir. Eyalet bazında görev yapan hakimlerin iş ve işlemlerini yürüten konsey ise, hakimler, avukatlar ve halktan kişilerden oluşmaktadır. Bu konseyin en önemli görevi, hakimler için etik

¹³⁰⁰ Kapani, s. 98-99.

¹³⁰¹ Palabıyık, s. 9.

¹³⁰² Yavuz, s. 154.

¹³⁰³ Ünal, s. 34.

¹³⁰⁴ Palabıyık, s.2.

¹³⁰⁵ Palabıyık, s. 2.

davranış kurallarını belirleyen kılavuz hazırlamak ve yargılamaya uymayan davranışlarla ilgili yapılan şikayetleri incelemektir¹³⁰⁶.

Hakimlerin görevden azli ile ilgili olarak AIHM Büyük Dairesi'nin 26 Haziran 2016 tarihli Baka/Macaristan kararı önemlidir. Başvurucu AIHM'nde görev yapmış bir yargıçtır. Daha sonra, 6 yıllığına Macaristan Yüksek Mahkemesi Başkanlığı görevine seçilmiş olup görev süresi 2015 yılında bitecektir. Başvurucu, yüksek mahkeme başkanı olarak görev yaptığı dönemde, yargı sistemini ilgilendiren konularda görüşlerini ifade etmiştir. 2011 yılında Macaristan Anayasası'nın bazı hükümleri değiştirilmiş, yüksek mahkemenin adının Kuria olacağı, anayasanın yürürlüğe girmesiyle eski yüksek mahkeme başkanının görev süresinin sona ereceği öngörülmüştür. Bu hüküm doğrultusunda anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte başvurunun görevi 1 Ocak 2012 tarihinde sona ermiştir. Yeni yüksek mahkeme olan Kuria'ya başkan seçilebilmek için Macaristan'da en az beş yıl süreyle hakimlik yapma koşulu konulmuş, uluslararası mahkemelerde yapılan görevler bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Bu kriter nedeniyle başvuru Kuria Başkanlığına aday olamamıştır¹³⁰⁷.

Başvurucu, 6 yıl süreli olan yüksek mahkeme başkanlığı görevinin üçbuçuk yıl önce sonlandırıldığını, bu işleme karşı ülkesinde başvurabileceği bir yargı yolunun bulunmadığını, dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini, ayrıca, yüksek mahkeme başkanı olduğu dönemde, ülkesinde yapılan ve yargı kurumlarını ilgilendiren konularda görüş beyan ettiğini, görev süresinin bu yüzden erken sonlandırıldığını, dolayısıyla yapılan işlemin düşüncüyü açıklama özgürlüğünü ve dolayısıyla sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğini, ayrıca etkili başvuru hakkı ve ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğini ileri sürmüş, Macaristan hükümeti başvurunun reddini talep etmiştir. AIHM 2. Dairesi, başvurucuya ülke içinde bir yargı yerine başvuru imkanının tanınmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının, düşüncüyü açıklama özgürlüğüyle ilgili olarak da sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş, diğer iddiaları reddetmiştir¹³⁰⁸.

¹³⁰⁶ Erol, s. 330.

¹³⁰⁷ "hudoc.echr.coe.int/tur", Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, Sayı 174, Mayıs 2014, erişim tarihi 18.04.2018.

¹³⁰⁸ Tezcan/Durmuş, "Hakim Güvenceleri Açısından 26 Haziran 2016 Tarihli Baka-Macaristan Büyük Daire Kararı İle İlgili Bazı Gözlemler", Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları'na Armağan, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Cilt 65, Özel Sayı, 2016/4, Sayfa 3689.

AİHM 2. Dairesi, somut olayda Macar hukuk sisteminin, Yüksek Mahkeme hâkimleri ve başkanı için mahkemeye erişim hakkını açıkça kapatmadığını tespit etmiştir. Başvurucunun görev süresinin sona ermesi Temel Kanun'a konan bir hükümle gerçekleştiğinden ve bu işleme kaşı, anayasa şikâyeti de dâhil, yargı denetimi mümkün olmadığından, başvurucunun mahkemeye erişiminin engellenmiş olduğunu gözlemlemiştir. Zira iç hukuk tarafından bir görev (post) ya da memur kategorisi mahkemeye erişim hakkından açıkça mahrum bırakılmadığından, Eskelinen kriterlerinden ilkinin karşılanmadığı sonucuna varmıştır. Öte yandan birinci kriterin karşılandığı farz edilse bile, AİHM'e göre, Hükümet, başvurucunun görev süresinin erken sonlandırılmasıyla başvurucuyu madde 6'nın güvencelerinden hariç tutmayı haklı gösterecek biçimde argümanlarını ortaya koyamamıştır. Oysa kamu yararı nedeniyle adil yargılanma güvencelerinden hariç tutulmanın haklılığının objektif biçimde gerekçelendirilmesi gerekirdi. Buna göre AİHM, Sözleşme'nin 6/1 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir¹³⁰⁹.

AİHM 2. Dairesi, Bay Baka'nın görev süresinin sonlandırılmasına ve yeni Kuria'nın başkanlığına seçilemeyecek biçimde getirilen kriterlere ilişkin yasa değişikliği önerilerinin başvurucunun yargıyı etkileyen yasal reformlara dair görüşlerini kamuoyuna duyurduktan sonra parlamentoya sunulduğunu ve sunulduktan çok kısa süre sonra da kabul edildiklerini gözlemlemiştir. Bundan başka, Milli Yargı Başkanı'nın görevlerinin yeni Kuria Başkanı'nın görevlerinden ayrılmış olmasının tek başına Temel Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte Bay Baka'nın seçilmiş olduğu görevin fonksiyonlarının sona ermesi anlamına gelmediğini vurgulamıştır. Son olarak, ne başvurucunun görevlerini yerine getirebilme yeterliliğinin, ne de mesleki davranışlarının Macar makamları önünde hiçbir zaman incelenmediğini tespit etmiştir. Bu nedenle AİHM, olayların bütün olarak meydana geliş şeklinden, başvurucunun, görev süresinin erken sonlandırılmasının Yüksek Mahkemenin yeniden yapılandırılmasının bir sonucu olmayıp, Yüksek Mahkeme Başkanı iken yapmış olduğu eleştirilerin bir sonucu olduğu iddiasını kanıtladığı sonucuna varmıştır. Müdahalenin haklı olup olmadığını incelerken AİHM, öncelikle başvurucunun ifadelerinin kamuyu ilgilendiren konulara dair olduğunu (yargı sisteminin işleyişi, hâkimlerin

¹³⁰⁹ “hudoc.echr.coe.int/tur”, Baka/Macaristan kararı özeti, erişim tarihi 18.04.2018.

bağımsızlığı ve görevden alınamaması, hâkimlerin emeklilik yaşı), bunları ifade etmenin başvuruçunun yalnızca hakkı değil, aynı zamanda görevi olduğunu; başvuruçunun seçildiği zamanki düzenlemelere göre, bitimine üç buçuk yıl varken görevine son verilmesinin ciddi maddi sonuçları olduğunu; böyle bir yaptırımın, ifade hürriyeti üzerinde “soğuk etki” (chilling effect) yapabileceğini, bilhassa yargısal görevlerini kaybetme korkusuyla hâkimleri, kamu makamlarını ve politikaları eleştirmekten caydırma riski taşıyabileceğini; son olarak da başvuruçunun görev süresinin erken sonlandırılmasının Macar mahkemeleri tarafından etkili bir yargısal denetime tabi tutulmadığını tespit etmek suretiyle, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir¹³¹⁰.

Macaristan Hükümeti'nin temyizi üzerine dosya Büyük Daire'nin önüne götürülmüştür. Büyük Daire, bu davada Pellegrin-Fransa kararının değil, 2007 tarihli Vilho Eskelinen ve diğerleri kararının uygulanacağını, başvuruçunun ile Macaristan hükümeti arasındaki ilişkinin bir özel güven ve bağlılık ilişkisi değil, istihdam eden devlet ile istihdam edilen kamu görevlisi arasındaki ilişki olduğunu, dolayısıyla başvuruçunun görev süresinin erken sonlandırılmasının mahkemece incelenmesi gereken bir konu olduğunu, başvuruçuya iç hukukta bir yargı yerine başvuru imkanının tanınmamasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir¹³¹¹.

Büyük Daire, davalı devletin, başvuruçunun görevine erken son verilmesi yönündeki işlemin yargı reformu çerçevesinde alınan bir karar olduğunu ispatlayamadığını, başvuruçunun yaptığı açıklamalar nedeniyle görevine son verildiği kanaatinin oluştuğunu kabul etmiştir¹³¹². Mahkeme, yüksek mahkeme başkanı olan kişinin, pozisyonu gereği, yargı kurumunu ilgilendiren konularda açıklama yapmasının hakkı ve aynı zamanda görevi olduğunu, her hakimin yargı bağımsızlığını korumak ve geliştirmekle görevli olduğunu, davalı devletin, başvuruçunun görevinin daha çok idari olduğu, dolayısıyla yargıçlık

¹³¹⁰ “hudoc.echr.coe.int/tur”, Baka/Macaristan kararı özeti, erişim tarihi 18.04.2018.

¹³¹¹ Tezcan, makale, s. 3690.

¹³¹² Tezcan, makale, s. 3691.

güvencesinden yararlanamayacağı şeklindeki görüşüne itibar edilemeyeceğini kabul etmiştir (par.169)¹³¹³.

Kararda, başvurunun yüksek mahkeme başkanlığının, süresinden çok önce bitirilmesinin, taraf devletin yargı bağımsızlığını koruma göreviyle bağdaşmadığı, başvurunun maruz kaldığı bu uygulamanın, yargı bağımsızlığı ile ilgili reform çalışmalarına katılma ve katkıda bulunma anlamında, diğer hakimler üzerine caydırıcı bir etkisinin olacağı (par.173), dolayısıyla Macaristan hükümetinin, başvurunun düşünciyi açıklama özgürlüğü dışına çıktığı yönündeki savunmasının kabul edilemeyeceği, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu sayılacak bir müdahale olmadığı, bu haliyle de sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği belirtilmiştir (par.175-176)¹³¹⁴.

Karar bir bütün olarak değerlendirilirse, parlamento kararıyla da olsa, bir hakimin süresi dolmadan görevinden alınması hakimlik teminatıyla bağdaşmaz. Gerek uluslararası sözleşmeler ve gerekse birçok ülkenin iç hukukundaki düzenlemeler, adil yargılanmanın özünün hakimlerin bağımsızlığı olduğunu kabul eder. İşte, hakimlerin yasaların öngördüğü şartlar bulunmadan, hangi gerekçeyle olursa olsun görevlerinden alınmaları hakim bağımsızlığıyla ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı ile bağdaşmayacaktır. Baka kararı da bu düşünciyi doğrulamaktadır¹³¹⁵.

Bu karar ışığında ülkemizde yaşanan olayların değerlendirilmesi gerekmektedir. Maalesef ülkemizde 15 Temmuz 2016 tarihinde bir darbe girişimi yaşanmış, birçok kişi ölmüş ve yaralanmıştır. Bu olaydan sonra Bakanlar Kurulu kararı ile olağanüstü hal ilan edilmiş, bu çerçevede arka arkaya çok sayıda Kanun Hükmünde Kararname yayınlanmıştır. KHK'ler ve bu KHK'lerin verdiği yetki ile idari kurullar tarafından birçok kamu görevlisi, hakim ve yüksek mahkeme üyesinin görevine son verilmiştir. Yaşanan darbe girişiminin failleriyle ilgili olarak, devletin yasal güçlerinin bir mücadele yürütmesi kaçınılmazdır. Ancak bu mücadelenin, demokratik hukuk devletinde olması gerektiği gibi, hukuk kuralları içinde yürütülmesi, bu iş yapılırken iç hukukta geçerli mevzuatın yanı sıra, Anayasamızın 90. maddesi gereğince AİHS'nin dikkate alınması gerekmektedir.

¹³¹³ Tezcan, makale, s. 3691.

¹³¹⁴ Tezcan, makale, s. 3692.

¹³¹⁵ Tezcan, makale, s. 3694.

Bu başlık altında, hakimlerin bakanlık bünyesinde idari göreve atanmaları meselesi önem kazanmaktadır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 37/1. maddesinde, hakimlerin diğer şartların bulunması halinde ve muvafakatlari alınmak koşuluyla Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda görevlendirilebileceği, aynı yasanın 38. maddesinde ise, bakanlığın merkez kuruluşlarında çalışan hakimlerin HSK kararıyla uygun görülecek hakimlik görevine atanabileceği belirtilmiştir. Bu hükümler gereğince hakim ve savcının Adalet Bakanlığı nezdinde idari bir göreve ataması, ilgisinin muvafakati alınmak koşuluyla yürütme organınca yapılmakta, bilahere bu kişinin hakimlik ve savcılık görevine yeniden atanması ise HSK tarafından yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu hükümlerin iptali istemini, hakim güvencesinin yargısal görev statüsünden çıkışta gerekli olduğu, yasanın idari göreve atanma için muvafakat şartını öngörmekle bu şartı yerine getirdiği, yargısal göreve iade için muvafakate gerek olmadığı¹³¹⁶ gerekçesi ile reddetmiştir¹³¹⁷.

Öğretide bakanlık görevlendirmelerinde, HSK'nın yetkili olması veya en azından onayının alınması gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, bakanlık bünyesinde çeşitli kritik görevleri yine hakimlik ve savcılık mesleğinden gelenlerin üstlenmeleri, meslek açısından teminat olarak da görülebilir¹³¹⁸. Nitekim Venedik Komisyonu Raporu'nda, hakimlerin yer değiştirme meselesinin önemli olduğu, prensip olarak hakimin rızası olmadan, terfi ettirilerek bile olsa başka bir görev veya yere atanamayacağı, yargı hizmetlerinin gereği olarak geçici

¹³¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 27.04.1993 tarihli, 1992/37 esas, 1993/18 karar sayılı kararı;" Diğer yönden, hâkimlerin ve savcılarının görevlerinin ve görev yerlerinin değiştirilememesi, Anayasa'da öngörülen bir güvence değildir. Anayasa'nın 140. maddesinde hâkimlerin ve savcılarının görevlerinin ve görev yerlerinin geçici yada sürekli değiştirilebilmesi öngörülmüş; ancak, bu konunun yasa ile düzenlenmesi ve bu düzenlemede mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin gözönünde bulundurulması zorunlu kılınmıştır. Yargısal görev yapan hâkim ve savcılar bu koşullarla muvafakatlari alınmadan bir görevden diğerine atanabilirken idarî görevlerde bulunan hâkim ve savcılarda başka bir idarî göreve yeniden muvafakatlari alınmaksızın kuşkusuz atanabilirler. Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda görev yapan hâkim ve savcılar başka bir idarî göreve atanmalarında tekrar muvafakatlarının alınmasına gerek bulunmadığından, dava konusu kural bu yönden Anayasa'ya aykırı değildir.", www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 14.08.2017.

¹³¹⁷ Yılmaz, s. 59.

¹³¹⁸ Yanık, s. 183.

görevlendirmelerin yapılabileceği, bu durumda da bu geçici görevlendirmesinin süresinin kesin olarak belli olması gerektiği¹³¹⁹ belirtilmiştir.

2802 sayılı yasanın 35. maddesinde hakim ve savcıların naklen atanma işlemlerinin HSK tarafından yapılacağı belirtildikten sonra, yasanın 36. maddesinde, hizmetin gerekli kılması durumunda hakimlerin savcı olarak, savcılarının da hakim olarak atanabilecekleri belirtilmiştir. Bu atamalar Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından yapılacaktır. Ancak bunun için ilgisinin muvafakatine ihtiyaç yoktur. İlgisinin muvafakati alınmadan bu yönde bir görev değişikliği yapılmasının hakimlik teminatı açısından sıkıntılı olduğu muhakkaktır.

Bir hakimin, rızası olmadan, terfi suretiyle olsa bile başka yere atanamaması, yer teminatı veya coğrafi teminat olarak adlandırılmaktadır¹³²⁰. Anayasanın açık hükümleri gereğince azledilmesi, belli yaştan önce emekliye sevk edilmesi, özlük haklarından yoksun bırakılması mümkün olmayan bir hakimin, görevini kimseden çekinmeden ve özgürce yapabilmesi için görev yerinin değiştirilebileceği endişesinden azade olması gerekir. İyi bir yerde çalışan hakimin, rızası alınmadan, daha kötü bir yere atanma ihtimal ve imkanının bulunmasının, o hakim üzerinde baskı yaratacağı muhakkaktır. O nedenle coğrafi teminatın sağlanmasında fayda vardır¹³²¹.

Gerek anayasamızda ve gerekse ilgili yasalarda coğrafi teminata ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla HSK tarafından bir hakim, aynı bölge sıralamasında olmak koşuluyla, hiçbir gerekçe gösterilmeden, yer değişikliğine tabi tutulabilmektedir. Örneğin, Antalya ili de, Van ili de 1. bölge olan yerlerdendir. Dolayısıyla HSK, Antalya ilinde çalışan bir hakimi, hiçbir gerekçe göstermeden aynı bölge olan Van iline atayabilmektedir. Bu durum, özellikli bir davada görev yapan bir hakimin davadan el çektirilmesi, onun yerine istenen kararı verecek bir hakimin atanması sonucunu doğurabilmektedir. Bu ihtimalin varlığı bile karar verecek olan hakim üzerinde baskıya neden olmakta olup bunun hakim teminatı ile bağdaşması mümkün değildir. Ayrıca, bu yer değişikliklerinin uygulamada fiili disiplin cezalarına dönüştüğü, istenen kararları vermeyen hakimlerin bu yolla fiilen cezalandırıldığı durumlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır.

¹³¹⁹ Venedik Komisyonu raporu 41.madde.

¹³²⁰ Sancar/Atılğan, s. 78.

¹³²¹ Küçükyağcı, s. 28.

HSK'nın bu yöndeki kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması nedeniyle bu durum bağımsızlığını zedelemektedir.

Toparlamak gerekirse, gerek Anayasamızda ve gerekse yasalarımızda hakimlerin hangi hallerde azledilebileceğine ilişkin derli toplu bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasamızın 139. maddesinde hakimlik teminatı düzenlenmiş, maddenin devamında bu teminatın hangi hallerde kaldırılabilirliği düzenlenmiştir. 140. maddede ise hakimlerin atanmaları, denetimleri, terfileri ve diğer hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hükme dayalı olarak çıkarılan 2802 sayılı yasada hakimlerin idari görevlere atanması hususunda, rızaları alınmak koşuluyla, yürütme organına yetki verilmiş, idari görevden yeniden hakimlik görevine dönmeleri, meslek içinde yer değiştirmeleri, geçici olarak görevden uzaklaştırmaları ve disiplin cezası nedeniyle meslekten uzaklaştırılmaları konusunda HSK'ya yetki verilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere HSK'nın oluşum şekli dikkate alındığında, ülkemizdeki durumun çok tatmin edici olmadığı açıktır.

6.2.2.Hakimlerin Emekliye Sevk Edilememesi

Emekliye sevkedilememe teminatı, hakim ve savcılarının özellikle yasama ve yürütme tarafından resen emekli edilememesini kapsayan bir güvencedir¹³²². Hakimlerin belli bir yaştan önce emekliye sevkedilemeyecekleri yönündeki teminat, önceki dönem uygulamalarına bir tepki olarak ilk kez 1961 Anayasası'nda düzenlenmiştir¹³²³. Bir hâkimin müstakil olması için mutlaka hayatı boyunca mevkiini muhafaza etmesi icabetmez. Muayyen bir yaşa gelmedikçe vazifesinden uzaklaştırılmayacağından emin olan hâkim, kâfi derecede teminat ve istiklâl sahibi demektir¹³²⁴. Bu teminatla yargı mensupları normal görev sürelerinden ve emeklilik yaşından önce, yasama ve yürütmenin bir tasarrufuyla, istemleri dışında emekliye sevk edilme tehdidinden korunmak istenmiştir¹³²⁵. Belirli bir yaşa gelmedikçe görevinden uzaklaştırılmayacağından

¹³²² Yavuz, s. 160.

¹³²³ Ünal, s. 37.

¹³²⁴ Kapani, s. 101.

¹³²⁵ Yanık, s. 193.

emin olan hakimin, vazifesini yaparken kendisini daha teminatlı ve bağımsız hissedeceği de izahtan varestedir¹³²⁶.

1960 yılında yaşanan askeri darbeden sonra MBK yönetimi, yargı organında büyük çapta bir tasfiye gerçekleştirmiş, diğer bir deyimle yargıyı “*emin eller*”e emanet etmiştir. Yargıtay’ın 241 kişilik kadrosunda resen 66 yargıcın emekliye sevk edilmesi dolayısıyla yaklaşık $\frac{1}{4}$ ’ü, yine 3.123 kişilik yerel mahkeme hakim ve savcı kadrosundan doğrudan 520 yargıcın emekliye sevk edilmesi dolayısıyla $\frac{1}{6}$ ’sı tasfiye edilmiştir. Öte yandan Danıştay’ın 54 kişilik yargıç kadrosundan 28 yargıç emekliye sevk edilerek Danıştay’ın $\frac{1}{2}$ ’si tasfiye edilmiştir¹³²⁷. Yapılan bu uygulama, resen emekliye sevk edilmeme yönündeki teminatın ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Emekliye sevk edilmeme teminatı, azledilmeme teminatı kadar önemli olup¹³²⁸, anayasa tarafından güvence altına alınması yerinde olmuştur¹³²⁹. Hakimlerin emeklilik yaş sınırını gösteren ilk anayasal düzenleme 1961 Anayasası ile yapılmıştır. Daha önceki mevzuatta hakimler, diğer devlet memurları gibi, emeklilik bakımından Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tabi idiler. Anayasal güvence olmadığından yürütme organı, zaman zaman Emekli Sandığı Kanunu’nu değiştirerek bir kısım hakimleri emekliye sevk etmiş, bu durum yargı bağımsızlığı üzerinde ciddi tahribata neden olmuştur¹³³⁰.

Hem anayasamızın 140. maddesinde, hem de 2802 sayılı yasanın 44. maddesinde emeklilik yaşı 65 olarak öngörülmüş olup, yargı mensupları altmışbeş yaşını bitirmeden istemleri dışında, yasama veya yürütmenin bir işlemiyle emekli edilemezler. Dolayısıyla hakimlerin yaş sınırı anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Bu teminat, Almanya’da anayasa tarafından düzenlenmişken, Fransa’da ve İngiltere’de kanunla düzenlenmiştir¹³³¹. Hâkimlerin yaş haddine tâbi tutulmaları, esas itibarıyla teminat prensibine aykırı değildir. Ancak, emekliliğe sevki icabettiren yaşın muayyen ve sabit olması ve kanun tarafından kat’i olarak tespit edilmesi lâzımdır. Şayet böyle olmayıp da, yaş haddi, icra organı tarafından

¹³²⁶ Kırmaz, s. 109.

¹³²⁷ Özbudun/Ergun, “Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, Ekim 2016, sayfa 132.

¹³²⁸ Uran Murphy, s. 156.

¹³²⁹ Yavuz, s. 161.

¹³³⁰ Özen, s. 43.

¹³³¹ Yanık, s. 193.

serbestçe ayarlanabilecek bir surette elâstiki bırakılırsa, o zaman hâkimlik teminatı ağır bir şekilde zedelenmiş olur¹³³².

Emeklilik yaşı konusu ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Ülkemizde emeklilik yaş sınırı 65 iken, İngiltere’de görev yapılan mahkemenin derecesine göre 70 ila 75 yaş arası, Fransa’da görev yapılan mahkemenin derecesine göre 67 ila 70 yaş arası olarak değişiklik göstermektedir. ABD ve İngiltere’de yüksek hakimler ömür boyu görevde kalabilirler¹³³³. Kanada’da federal hakimlerin 75, eyalet hakimlerinin 70 yaşına kadar görev yapabilecekleri, yürütme organı tarafından görevlerine son verilemeyeceği, bağımsız bir soruşturma sonucunda hakimin suçlu olduğunun anlaşılması durumunda görevden alınabileceği düzenlenmiştir¹³³⁴. Almanyada ilk derece hakimleri 65, yüksek mahkeme hakimleri ise 68 yaşına kadar görev yapabilmekte, ancak yüksek mahkeme üyeleri 12 yıllık bir süre için seçilmektedir¹³³⁵.

Ülkemizde 2010 Anayasa Değişiklikleri öncesinde, Anayasa Mahkemesi üyeleri ömür boyu görev yaparken, bu değişiklikten sonra, oniki yıl için seçilecekleri ve bir kimsenin iki defa Anayasa Mahkemesi üyesi seçilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu değişiklik anayasa yargısının bağımsızlığı açısından yerinde olmuştur. Böylece hakimler 12 yıl çalışacak ve tekrar seçilme beklentisine girmeden görevden ayrılacaktır¹³³⁶. Yine 2016 yılında yapılan değişiklik ile Yargıtay ve Danıştay üyelerinin 12 yıllığına seçilecekleri, ikinci kez seçilme imkanlarının olmadığı belirtilmiştir.

6.2.3.Hakimlerin Mali Teminatı

Bu teminat sayesinde hakimler, verdikleri veya verecekleri kararlar sebebiyle maaş, aylık ve ödeneklerinden mahrum bırakılamaz¹³³⁷. Hakimlerin hiç kimseden çekinmeden görev yapabilmeleri, karar verirken sadece hukuk ve vicdanlarını esas almaları için gelecek endişesi taşımamaları ve maddi sıkıntılarından kurtulmaları gerekir¹³³⁸. Hakimlerin maddi anlamda kaygılardan

¹³³² Kapani, s. 102.

¹³³³ Özer, s. 24.

¹³³⁴ Erol, s. 331.

¹³³⁵ Ünal, s. 38.

¹³³⁶ Yanık, s. 194.

¹³³⁷ Yavuz, s. 163.

¹³³⁸ Kırmaz, s. 111.

uzak olmaları, maaşlarının mesleğin saygınlığı ve önemi ile uyumlu olması hakimin bağımsızlık ve tarafsızlığını sağlama konusunda önemli bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine, yargı kurumlarının mali açıdan özerk olmaları, kendi bütçelerinin yapımı konusunda söz söyleme yetkilerinin bulunması bağımsızlığı güçlendirici unsurlar olarak önem arz etmektedir¹³³⁹.

Adalet dağıtmakla görevli olan hakimin üstün özelliklere sahip olması gerekir. Adil olmanın temel taşı olgun olmaktan geçer. Maddi ve manevi ihtiyaçlarını karşılayamayan bir insanın olgun ve adil olması beklenemez. Bu yüzden, yargı görevini yapan kişilerin, belki diğer kamu görevlilerinden farklı ve fazla olmak üzere mali imkanlara sahip olması gerekli ve hatta zorunludur¹³⁴⁰. Hakimlerin mali haklarının tespitine ilişkin düzenleme yapma yetkisinin yasama ve yürütme organlarına tanınmış olması, bu yetkinin yargı organlarına karşı bir baskı aracı olarak kullanılmasına imkan vermektedir¹³⁴¹. Bu nedenle, diğer organların sahip oldukları yetkiyi kötüye kullanmamaları için önlemler alınmalıdır. Bu güvenceyi sağlamak için İngiltere’de yüksek mahkeme üyeleri ile istinaf mahkemesi hakimlerinin aylıklarının bütçe görüşmelerine konu olmaktan çıkarıldığı ifade edilmektedir. Hakimlerin ödenekleri bütün zamanlar için geçerli olmak üzere bir fondan karşılanmaktadır. ABD’de hakimlerin maaşları siyasi organ temsilcilerinininkine endekslenmiştir¹³⁴².

Hakimin davanın taraflarına karşı bağımsız olabilmesi, onlardan gelebilecek her türlü teklife uzak olması ve eğilim göstermemesi ile mümkündür. Bu da, hakimin maaşının tatmin edici olması ile sağlanır¹³⁴³. Hakimlerin azledilemeyeceğine ilişkin yasak layıkıyla uygulansa da, aylık ve ödeneklerinin kesilmesi, geç ödenmesi ve benzeri yollarla bu hakimin mali haklarına müdahale imkanı varsa, hakim istifaya zorlanabilecek, dolayısıyla azledilme yoluyla ulaşılmak istenen hedefe varılmış olacaktır¹³⁴⁴.

Bu nedenle Anayasamızın 139. maddesinde yargı mensuplarının aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağı düzenlenmiştir. 1982

¹³³⁹ Özkorkurt, s. 228.

¹³⁴⁰ Erol, s. 331.

¹³⁴¹ Ünal, s. 39.

¹³⁴² Yavuz, s. 163.

¹³⁴³ Dursun, s. 52.

¹³⁴⁴ Ünal, s. 40.

Anayasası, 1961 Anayasası'na ilave olarak, teminat kapsamını genişletmiş ve aylıklardan başka “*ödenek ve diğer özlük haklarını*” da kapsama dahil etmiştir¹³⁴⁵.

Yine Anayasamızın 140. maddesinde, hakimlerin aylık ve ödeneklerine ilişkin tüm düzenlemelerin hakimlik teminatı esasına göre kanunla düzenleneceği kabul edilerek, yürütme organının KHK ve benzer düzenlemelerle değişiklik yapması engellenmiştir. Venedik Komisyonu Raporunda, hakimlerin maaşlarının mesleğin saygınlığı ile uyumlu olması ve bu konuda yapılacak düzenlemelerin yasa ile yapılması gerektiği belirtilmiştir¹³⁴⁶.

Yukarıda incelendiği üzere, ülkemizde hakimlerin maaşları, diğer kamu görevlileri gibi, yürütme tarafından hazırlanan bütçe kanun tasarısı ile belirlenmekte ve yasama organında kabul edilmektedir. Bu konuda, yargı organlarının söz hakkı olmadığı gibi, görüş bildirme yetkileri dahi bulunmamaktadır. Bunun yargı bağımsızlığı yönünden sıkıntılı olduğu açıktır.

6.2.4.Hakimin Davaya Bakamaması, Reddi ve Çekinmesi

Bu hükümlerin getirilmesinin tek nedeni yargıçları iç etkilerden korumak değil, aynı zamanda, onların verecekleri kararlara duyulan güveni korumaktır. Bazı hallerde yargıcın verdiği karar mutlak gerçekliği tam olarak yansıtırsa da, bireyler yargıcın içinde bulunduğu bu durumda objektif olamayacağına öylesine inanmışlardır ki, verilen karara güven duymazlar. Bu da verilen kararın etkinliğini ve gücünü azaltır. Yargıcın davaya bakmaktan yasaklanmasına, reddine ve çekinmesine ilişkin hükümlerin iki açıdan önemi vardır: Birincisi, yargıcın hükme ulaşırken iç etkilerden kurtulması, ikincisi ise yargıcın verdiği hükme duyulan güvenin korunmasıdır¹³⁴⁷. İşte bu yönüyle bu müessese hakim bağımsızlığını sağlayan teminatlardan birisidir.

İrdelenen bu hususlar hakim bağımsızlığını sağlama amacı güden doğrudan araçlardır. Bunların dışında bir de, hakim teminatını ve dolayısıyla bağımsızlığını sağlayan dolaylı araçlar vardır ki bunlar aşağıda incelenmiştir.

6.2.5.Kuvvetler Ayrılığı

¹³⁴⁵ Yanık, s. 195.

¹³⁴⁶ Venedik Komisyonu Raporu, madde 44.

¹³⁴⁷ Ömeroğlu, s. 561 (makale).

ABD Federal Yüksek Mahkemesi 1880 yılında verdiği bir kararda, kuvvetler ayrılığı ilkesini şu şekilde açıklamaktadır: “ *Devlet idaresi alanlarından her birine giren bu görevler bağımsız bir memurlar heyetine bırakılmalıdır ve sistemin mükemmel hale gelmesi bu kuvvetleri ayırıp bölen çizgilerin açık olarak belirtilmesiyle mümkündür. Her biri kendine vücut veren kanun gereğince, yalnız kendi alanına giren yetkileri kullanmakla kayıtlı tutulmalıdır*”¹³⁴⁸.

Montesquieu, bireylerin özgürlük içinde yaşadıkları bir düzenin ancak ılımlı rejimlerde mümkün olduğunu, rejimin ılımlı, yani herkesin haklarına saygılı olması için güç kullananların sınırlanması gerektiğini, tarihsel sürecin, kendisine yetki verilen ve bu yetki doğrultusunda güç kullanan herkesin yetkisini kötüye kullanma eğiliminde olduğunu gösterdiğini, bunun olmaması için sistem içinde sınırlar barındıran bir yapının kurulmasının zorunlu olduğunu, bunun başarılabilmesi için devlet adına kullanılan üç temel yetki olan yasama, yürütme ve yargının farklı organlara verilmesi gerektiğini, böylece bir organının yetkisini aşması veya kötüye kullanması durumunda diğer organ tarafından sınırlandırılabilceğini belirtmektedir.¹³⁴⁹

Demokrasiler için vazgeçilmez nitelikte olan kuvvetler ayrılığı, aynı zamanda yargı bağımsızlığının ve dolayısıyla hakim güvencesinin dolaylı teminatlarından biridir. Anayasaların gerçek fonksiyonları, temel hak ve özgürlük alanlarını genişleterek devlet iktidarlarını sınırlamaktır. Bunun yolu da, iktidar gücünün devletin çeşitli organları arasında paylaşılması demek olan kuvvetler ayrılığından geçmektedir. Kuvvetlerin ayrılması sayesinde, devlet aygıtına ait olan yetki ve görevler değişik organlar tarafından yürütülecek, bu organlar kendi görevlerini yaparken diğer organın da denetlenmesi ve dengelenmesini sağlayacaklar, bu yolla iktidarın tek elde toplanması engellenecek ve hukuk devleti ortaya çıkacaktır.¹³⁵⁰

Çağdaş devletlerde yasama, yürütme ve yargı şeklinde üçe ayrılan devlet erklerinin birbirini boyunduruk altına almasına izin verilmediği¹³⁵¹ gibi, uyum

¹³⁴⁸ Kırmaz, s. 75.

¹³⁴⁹ Uygun/Oktay, “Demokrasi Teorisi”, Onikilevha Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2017, Sayfa 364.

¹³⁵⁰ Özkul, s. 206.

¹³⁵¹ Dursun, s. 31.

içinde çalışan bu erkler sayesinde temel haklar korunmuş olur¹³⁵². Genelde yasama organını elinde tutan irade yürütmeyi de elde etmektedir. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ile asıl kastedilen, diğer kuvvetler ile yargı organı arasındaki ayrılıktır¹³⁵³. Yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı kavramları genellikle bir arada kullanılan kavramlardır¹³⁵⁴.

Anayasa teorisi açısından, devletin üç temel hukuki işlevi bulunmaktadır; yasama, yürütme, yargı. İşte geleneksel kuvvetler ayrılığı teorisi bu işlevlerin her birinin yerine getirilmesinin ayrı birer kuvveti veya gücü gerektirdiği düşüncesinden hareketle, devletin örgütlenişini bu işlevlerin düzenlenme tarzı açısından değerlendirmektedir. Buna göre, işlevlerine göre farklılaşan her bir kuvvetin (daha doğrusu hukuki iktidarın) ayrı ve esas itibarıyla birbirinden bağımsız birer organ olarak örgütlenmesi önerilmektedir¹³⁵⁵.

1982 Anayasasının başlangıç bölümünde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin organlar arasındaki üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, devlet yetki ve görevlerinin uyum içinde yürütülmesini sağlayan medeni bir işbölümü olduğu, üstünlüğün ancak anayasa ve yasalarda olduğu¹³⁵⁶ belirtilmiştir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin teorik temellerini atan Montesquieu'ya göre; bireylerin hak ve özgürlükleri, devlet yetki ve görevlerinin farklı organlara verilmesi ile korunabilir. Aksi halde, tüm güçler bir kişi veya kurumda toplanır ve özgürlükler tehlikeye girer¹³⁵⁷. Yazar, Kanunların Ruhu adlı eserinde, açıkça kuvvetler ayrılığı deyimine yer vermez. Fakat “*İngiliz Anayasası*” başlığı altında, “*yargı kuvveti, yasama ve yürütme kuvvetinden ayrılmamışsa hürriyetten asla sözedilemez*” der¹³⁵⁸.

Kuvvetler ayrılığının ve yargının ayrı bir kuvvet olarak benimsendiği sistemlerde kuvvetler ayrılığı yargı bağımsızlığını sağlamaya dönük bir amacı bünyesinde taşır. Bugün kuvvetler ayrılığının anlamının yasama ve yürütme arasındaki ayrılıktan çok, yargı organının bu iki siyasal nitelikli organ karşısındaki

¹³⁵² Atay, s. 1136.

¹³⁵³ Odyakmaz, s. 161.

¹³⁵⁴ Yavuz, s. 12.

¹³⁵⁵ Erdoğan, s. 218.

¹³⁵⁶ “mevzuat.gov.tr”, erişim tarihi 11.08.2017.

¹³⁵⁷ Atay, s. 1137.

¹³⁵⁸ Teziç, s. 493.

bağımsızlığını sağlamaya dönük bir içeriğe sahip olduğu belirtilmektedir¹³⁵⁹. İnsanların hak ve hürriyetlerini güvence altına almayı hedefleyen kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yargının yürütme ve yasamayı sınırlandıran ya da frenleyen bir fonksiyon üstlenmesi doğaldır. Ancak bu fonksiyon ve kuvvetler ayrılığı ilkesi, devlet organları arasında hiçbir bağın olmayacağı anlamına gelmez¹³⁶⁰.

Bizim konumuz açısından kuvvetler ayrılığı ilkesi yasama ve yürütme organlarının yargı işlevini, yargı organının da yasama ve yürütme işlevini kural olarak üstlenemeyeceği anlamına gelir. Diğer bir deyişle, kural olarak, yasama ve yürütme yargı işlemi niteliğinde bir işlem yapamayacağı gibi, yargı organı da yasama ve yürütme işlemi niteliğinde bir işlem yapamaz. O halde, örneğin, yargısal usullere benzer usuller içinde yapılmış olsa bile idarenin işlemi idarenin işlemi olmaya devam eder ve bu haliyle de ayrıca yargı denetimine tabidir. Bu çerçevede Anayasa'da benimsenmiş olan kuvvetler ayrılığı ilkesi yargı işlevinin yasama ve yürütme tarafından üstlenilemeyeceği anlamında yargı bağımsızlığı açısından anayasal bir güvence teşkil eder¹³⁶¹.

Şu husus ifade edilmelidir ki, kuvvetler ayrılığı ilkesi son zamanlarda teorisindeki saf tanımlamaların dışına çıkmış, yasama ve yürütme organlarının birleştiği bir yapı halini almıştır. Bu nedenle, yasama ve yürütme erkleri karşısında dengeyi kurabilecek olan en etkili anayasal kuvvet olarak yargı erki kalmıştır. Bir de sivil toplum örgütleri, kamuoyu ve basın yayın kuruluşları gibi güç odakları yasama ve yürütmenin fiilen birleşen gücüne karşı denge işlevi görmektedir. Yargı erkinin diğer iki erke karşı denge ve denetim görevini etkin bir şekilde yapabilmesi, toplumların demokratik seviyesi ve hukukun üstünlüğü ilkesinin içselleştirilmesi ile doğrudan ilgilidir¹³⁶².

Hukuk devleti, vatandaşların hukuk düzeni içinde geleceklerinden emin oldukları, en güçlü olan devletin hukuk kurallarıyla bağlı olduğu ve hukuk önünde hesap verebildiği devletin adıdır¹³⁶³. Devlet otoritesi içinde egemenlikten kaynaklanan yetkilerin tek elde toplanmasının mutlakiyetçi bir sisteme yol açacağı ve böylece birey ve toplum özgürlüğünü ortadan kaldıracığı düşünülmüş, buna

¹³⁵⁹ Yılmaz, s. 41.

¹³⁶⁰ Yavuz, s. 14.

¹³⁶¹ Yılmaz, s. 41.

¹³⁶² Akgül, s. 97.

¹³⁶³ Özkul, s. 207.

çare olarak da kuvvetler ayrılığı teorisi geliştirilmiştir¹³⁶⁴. Şu gerçeği kabul etmekte yarar vardır ki, uzun yıllara dayanan tecrübe ve uygulamalar ve ayrıca pratik sebepler, devlet erkleri içinde yürütme organını ön plana çıkarmıştır. Devlet imkanlarına büyük ölçüde sahip olan, bu anlamda genelde yasama organını da kontrol edebilen yürütme organı kendisini denetlemek isteyen yargı organı ile çoğunlukla çatışmıştır. Bunun üstüne, yürütme organını elinde bulunduranların rejimle hesaplaşma, sistemi değiştirme, devlete egemen olma gibi bir amacı ve gizli ajandaları varsa, bu çatışmanın şiddeti artmıştır. Bu durum, yargı erkinin önemini artırmış, karşılaşılan sorunların aşılmasında bağımsız ve tarafsız bir yargı organı en güçlü enstrüman haline gelmiştir¹³⁶⁵.

Gerçekten de son yıllarda, giderek artan oranda yürütme gücü ön plana çıkmaktadır. Ülkelerin siyasal sistemleri genel olarak incelendiğinde, yürütme organına hakim olan gücün yasamayı da kontrol ettiği, dolayısıyla yasama organının etkin bir denetim ve denge görevi yapamadığı görülmektedir. Bu durumun farkında olan yürütme kuvveti, etki alanını genişletmekte, hukuki ve fiili olarak yetkileri elinde toplamaya çalışmakta ve giderek devletin ve sistemin sahibi rolüne bürünmektedir. Bu kadar güçlenen bir organın, zaman içinde keyfi uygulamalara girişmesi, hesap vermeye yanaşmaması ve hesap sormaya kalkışanlarla kavgaya tutuşması tarihsel bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Bu durumda, gittikçe güçlenen yürütme organını hukuk içinde kalarak sınırlayabilecek tek anayasal güç yargı organıdır. Yargı organı, bir yandan devletin asıl sahibinin kendisi olduğu ve yürütmenin her ne olursa olsun engellenmesi gerektiği ön kabulüne kapılmadan, diğer yandan yürütmenin dümen suyuna girmeden, anayasanın verdiği yetki ve görev doğrultusunda denge ve denetim görevini yapmalıdır. Yargının bu şekilde görev yapabilmesinin ilk ve önemli şartı bağımsız ve tarafsız olmasıdır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi ile ulaşılmak istenen hedeflerden biri de, “*check and balance*” yani “*denge ve fren*” sisteminin işletilmesidir¹³⁶⁶. Denge ve fren sisteminin işletilebilmesi için kuvvetlerin tek elde toplanmaması ve ayrı ellerde olması gerekir. Bu yapılabildiği takdirde gücün kötüye kullanılmasının önüne

¹³⁶⁴ Yavuz, s. 15.

¹³⁶⁵ Atay, s. 1136.

¹³⁶⁶ Yavuz, s. 16.

geçilecek ve bireyler otoriteye karşı korunacaktır. Bunun pratik yolu da yargının tarafsız ve bağımsız olması ve bu yolla, hukukun dışına çıkmak isteyenleri denetlemesidir¹³⁶⁷.

6.2.6.Yargılamayı Etkileme Yasağı

Yargı bağımsızlığının sağlanması için öngörülen araçlardan biri, anayasal atıf nedeniyle ceza hukukunda düzenlenen “*yargı görevi yapanı etkileme*” ve “*adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs*” suçlarıdır¹³⁶⁸.

Yargı görevi yapanı etkileme suçu TCK’nun 277. maddesinde düzenlenmiş olup, görülmekte olan bir davada, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek için yargı görevi yapan kişiyi, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olan etkilemeye teşebbüs eden kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Suçun oluşumu için failin amacının gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek olması, ayrıca yargı görevini yapan kişi, tanık veya bilirkişinin hukuka aykırı olarak etkilenmesi gerekir. Bu durumda, örneğin sanığın tanığa yazdığı bir mektupla gerçeği anlatmasını istemesi durumunda suç oluşmayacaktır. Çünkü burada hukuka aykırı bir talep veya yol bulunmamaktadır.

Bu suçu düzenleyen kanun koyucu, bununla Anayasa’nın amir hükmü nedeniyle yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına karşı yönelecek tehditleri bertaraf etmek istemiştir. Benzer suçlar değişik adlar altında birçok ülkenin ceza hukuklarında öngörülmüştür. Bu hüküm ile yasa koyucu, hukuka aykırı bir suretle yargı görevi yapanların etkilenmeye çalışılmasını cezalandırmaktadır¹³⁶⁹.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu ise TCK’nın 288. maddesinde düzenlenmiş olup, görülmekte olan bir davada, hukuka aykırı karar vermesi veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması için yargı görevi yapan kişiyi, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olan etkilemek amacıyla alenen sözlü ve yazılı beyanda bulunan kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Suçun oluşumu için failin amacının yargı görevi yapanın hukuka aykırı karar vermesi veya tanık veya bilirkişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunması saikiyle hareket etmesi gerekir. Bu

¹³⁶⁷ Özkorkurt, s. 227.

¹³⁶⁸ Yanık, s. 199.

¹³⁶⁹ Meran/Necati, “Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar”, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara 2006, Sayfa,303.

durumda, örneğin bir köşe yazarının, görülmekte olan bir dava ile ilgili bazı delillere değindikten sonra, bu davada AİHM kararları ve anayasanın ilgili hükümlerine göre bir karar verilmesi talebini içerir bir yazı yazması halinde suç oluşmayacaktır. Çünkü burada hukuka aykırı karar verilmesi yönünde bir talep yoktur.

Doktrinde, bu suçun koruduğu hukuksal değerın hukuk ve ceza yargılamasının adil bir biçimde yapılması ile adalete olan güvenin sürdürülmesini sağlamak ve dolayısıyla da adliyenin saygınlığı ve güvenilirliği olduğu görüşü savunulduğu gibi, bu suçla korunan hukuksal değerın birden fazla olduğu ve bunların ceza davalarında yargılamanın adil şekilde yapılmasının ve adalete olan güven duygusunun devamının sağlanması ve adliyenin her türlü dış müdahalelerden korunması olduğunu belirten yazarlar da vardır¹³⁷⁰.

Bu çerçevede yasak ve sınırlamaların yargıcın tavsiye ve telkin niteliğindeki "uygunsuz" etkilerden uzak olmasını kapsadığını kabul etmemiz gerektiğidir. Hiç şüphesiz davanın tarafları, hakimleri, mahkemeye sunulan sözlü ya da yazılı her türlü hukuksal araçla etkileyebilirler. Bu, "uygunsuz" etkileme değildir. Elbette iddia ve savunmanın sınırlarının ne olacağı konusu hakkında kitaplar yazılmış ve yazılacak bir başka derin konudur¹³⁷¹. Yine, ilk derece mahkemesinin kararı vermesinden sonra temyiz incelemesinin yapıp kararın bozulması, yargılamayı etkileme olarak değerlendirilemez¹³⁷².

6.2.7. Tabii Hakim İlkesi

Özellikle ceza yargılamasında çok önemli olan tabii hakim ilkesi, şüpheli, davalı ve sanıklar için olduğu kadar, yargı mensupları için de gerekli bir kurumdur. Hukuk devletinin en temel özelliklerinden birisi olan bu ilkeye göre, bir davaya hangi mahkemenin bakacağı, o davaya konu fiil işlenmeden veya dava konusu uyuşmazlık çıkmadan önce belli ise, bu davaya bakacak mahkemenin hakimine tabii hakim denilmektedir¹³⁷³. Dolayısıyla bu ilke yargı bağımsızlığının ve hakim güvencesinin sağlanmasında çok önemli bir yere sahiptir.

¹³⁷⁰ Ünver/Yener, "Adliyeye Karşı Suçlar", Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2012, Sayfa 263.

¹³⁷¹ Yılmaz, s. 49.

¹³⁷² Yavuz, s. 131.

¹³⁷³ Yanık, s. 203.

Doğal hakim ilkesi, mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmiş olmasının yanı sıra, bu kuralların önceden belirlenmiş olması kriterini de içermektedir¹³⁷⁴. Anayasa Mahkemesi bir kararında, tabii hakim ilkesinin yürütme ve yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini engellediğini, bu ilkeye göre, bir mahkemenin yargılamasını yapacağı olaydan sonra kurulamayacağını, bu zorunluluğun öncelikle yürütme organının mahkeme kurmasını engellediğini, yasama organının da bir olay ortaya çıktıktan sonra o olayı yargılamak için mahkeme kurarak yargılamaya müdahale etmesini engellediğini, bu engellemelerin mahkemelerde yargılanacak kişilere büyük bir güvence sağladığını, bu güvence sayesinde, somut olaylar ve kişiler için mahkeme kurulmasının önüne geçildiğini belirtmiştir¹³⁷⁵.

Bu ilke Anayasamızın 37. maddesinde düzenlenmiş, kimsenin kanunen tabii olduğu mahkeme dışında bir mahkemede yargılanamayacağı, bu sonucu doğuracak olağanüstü mahkemeler kurulamayacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesine göre, kanuni hakim tabiriyle mahkemelerin ve hakimlerin görevlerinin kanunla belirleneceğine işaret edilmiş, tabii hakim tabiriyle ise,

¹³⁷⁴ Yenidünya/İçer, s. 24.

¹³⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2013 tarihli, 2012/146 esas, 2013/93 karar sayılı kararı; "Anayasamızın Kanuni Hakim Güvencesi başlıklı 37 nci maddesinde "hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" denilmektedir. Bu bağlamda tabii mahkeme veya tabii hakim ilkelerinin incelenmesi gerekmektedir. "Tabii mahkeme" veya "olağan mahkeme" ilkesi, bir uyuşmazlığı çözümlenecek olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir. Yani, tabii mahkeme, yahut olağan mahkeme, çözümlenecek olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir. Kısacası, tabii mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluş bakımından ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hakimine de "tabii hâkim" denir. Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından çözümlenecektir. Böylece tabii hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yani kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır. "Tabii hâkim (doğal yargıç)" ilkesinin doğal sonucu, "olağanüstü (istisnai) mahkemeler" in kurulmasının yasaklanmasıdır. "Tabii hâkim (olağan hâkim)" ilkesi, yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zira, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, bir kere yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise mahkemelerde yargılanacak olan kişilere, büyük bir güvence sağlar. Çünkü onları yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hakimler sırf onlar için atanmamıştır. Burada ayrıca belirtelim ki, tabii hâkim ilkesi ve keza Anayasamızın 37 nci maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. "Kurulma"dan kastedilen şey, "bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir." Dolayısıyla hakimın olaydan sonra tayin edilmesi, mahkemenin sonradan kurulması demek değildir. Aksi takdirde, tek hakimli bir mahkemede yeni tayin edilen hakimın eski hakimın başladığı işlere devam etmesi mümkün olamazdı. Keza mahkemenin nakli de tabii hâkim ilkesine aykırı olarak görülmektedir.", "anayasa.gov.tr", erişim tarihi 15.08.2017.

yargılama konusu olay olmadan önce kurulmuş bulunan mahkeme ve hakim kastedilmiştir. Bu şekilde olay olmadan önce kurulmuş mahkemelere olağan mahkemeler denilmektedir. Bu ilkenin gereği olarak, ceza yargılamasına konu edilecek bir eylem işlendiği zaman, bu eylem işlendiği zamanda kurulu bulunan mahkemenin önüne götürülecek ve o mahkeme tarafından karara bağlanacaktır. Bu ilke ile, bir davanın, olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulmuş olan mahkemenin, yani olağanüstü mahkemenin önüne götürülmesi, bu yolla kişi veya olaya göre mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır. Dolayısıyla tabii hakim ilkesi, mahkemenin tarafsızlığının en büyük güvencelerinden birisidir. Bir ceza yargılamasının taraflarının, yargılamaya konu olay ortaya çıktıktan sonra ve bu olayı yargılamak için kurulmuş bir mahkemede yargılanmaları halinde, mahkemenin tarafsızlığı konusunda kuşkuya düşmeleri doğaldır¹³⁷⁶.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ceza yargılamasındaki görünümü olan doğal hakim ilkesi, vatandaşların ülkenin herhangi bir yerinde, herhangi bir mahkeme (hakim) tarafından yargılanması ihtimalini ve tehdidini bertaraf eden bir güvenceyi ihtiva etmektedir. Diğer bir ifadeyle, doğal hakim ilkesi, kişinin daha önceden (fiil öncesi) kanun tarafından belirlenen mahkeme önünde yargılanması konusunda bir teminat sağlamakta, bu yönüyle bireylerin hukuki güvenliğinin en önemli unsurunu oluşturmaktadır¹³⁷⁷.

Öğretide baskın görüş “*tabii yargı yolu*” ile “*kanunen tabi olunan mahkeme*” deyimleri arasında anlamsal bir farklılık olmadığı, bunların özde aynı değerleri korudukları yönündedir¹³⁷⁸. Anayasa Mahkemesi bir kararında yasal yargıç’ın doğal yargıç olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir¹³⁷⁹. Yine Anayasa

¹³⁷⁶ Ramazanoğlu/Yıldırım M., “Farklı Bir Bakışla Anayasa Gerçeği”, Nisan 2012, sayfa 236, “tbmm.gov.tr”, erişim tarihi 15.08.2017.

¹³⁷⁷ Yenedünya/İçer, s. 25.

¹³⁷⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 472.

¹³⁷⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 05.05.2004 tarihli, 2002/170 esas, 2004/54 karar sayılı kararı; “Anayasa’nın 37. maddesinde, yasal yargıç güvencesi şöyle belirtilmektedir: “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” Bu maddede düzenlenmiş olan yasal yargıç güvencesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. ve Anayasa’nın 36. maddelerinde ifade edilen adil yargılanma hakkının en önemli ögesi olan “kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma” hakkının temelini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde yasal yargıç, doğal yargıç (tabii hakim) olarak anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi’nin daha önceki kararlarında da belirtildiği gibi, doğal yargıç kavramı suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görececek yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla doğal yargıç ilkesi yargılama

Mahkemesi, kararlarında doğal hakim ilkesini hukuk devleti ilkesinin bir koşulu olarak değerlendirmiştir¹³⁸⁰. AİHM'nin kararlarına göre, tarafsızlık, bağımsızlık ve yasayla kurulmuş olma kriterleri, yalnızca mahkemeler bakımından geçerli kriterlerdir. Bu sebeple, soruşturma makamları olan savcılık ve polis teşkilatı gibi organların bu kriterleri haiz olması gerekmemektedir (Vera Hernandez/İspanya kararı)¹³⁸¹. Yasayla kurulmuş olma prensibi, yargı makamının idareye tabi olmaması, yasa koyucunun yasal düzenlemeleriyle bu mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin düzenlenmiş olması anlamına gelir (Zand/Avusturya kararı)¹³⁸².

Tabii hakim ilkesine göre, bir olayın veya uyuşmazlığın tarafları bu olay veya uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce nerede, ne şekilde ve kim tarafından yargılanacağını bilmekte, aynı zamanda bir yargı mensubu önceden nerede ve ne şekilde görev yapacağını bilmektedir...Buna karşılık, eğer bir mahkeme veya hakim bir olaydan veya uyuşmazlığın çıkmasından sonra ve sadece o olayı veya uyuşmazlığı yargılamak için kurulmuş veya yetkilendirilmişse, burada olağanüstü yargılamadan ve tabii hakim ilkesine aykırılıktan söz edilir. Ulusal hukukta, İstiklal Mahkemeleri ve Demokrat Parti üyelerini yargılayan Yassıada Yüksek Adalet Divanı buna örnek verilebilir¹³⁸³. Doğal hakim güvencesine Fransız, İngiliz, Amerika Birleşik Devletleri, İsveç, Danimarka ve Japon anayasalarında yer verilmemiştir. Buna karşılık ilke, Alman, Belçika, İtalya, Avusturya, İspanya, Hollanda, İsviçre ve Portekiz anayasalarında yer almaktadır¹³⁸⁴.

7.HAKİMİN REDDİ YARGILAMASI

7.1.Ret İsteminde Bulunabilecek Olanlar

Hakimin davaya bakmaması gereken veya tarafsızlığından şüpheye düşülecek hallerin varlığı halinde, hakim davanın taraflarınca reddedilebilir¹³⁸⁵.

makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına engel oluşturur; sanığın veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez.”, “anayasa.gov.tr”, erişim tarihi 15.08.2017.

¹³⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 01.07.1998 tarihli, 1996/74 esas, 1998/45 karar sayılı kararı.

¹³⁸¹ Yenedünya/İçer, s. 28.

¹³⁸² Yenedünya/İçer, s. 28.

¹³⁸³ Yanık, 203.

¹³⁸⁴ Centel/Zafer, s. 607.

¹³⁸⁵ Soyaslan, s. 232.

Hakimin reddi için talebe ihtiyaç vardır¹³⁸⁶. CMK'nın 24/2. maddesine göre ret istemini cumhuriyet savcısı¹³⁸⁷, şüpheli¹³⁸⁸, sanık¹³⁸⁹ veya bunların müdafii¹³⁹⁰, katılan¹³⁹¹ veya vekili¹³⁹² yapabilir. Kanunun düzenlemesine göre mağdur ve suçtan zarar gören katılan sıfatını almadıkça hakimi reddetme yetkisine sahip olamayacaktır¹³⁹³.

Hakimin reddi konusunda katılan ile vekili arasında çelişki olması durumunda katılanın iradesine üstünlük tanınacaktır. Bunun için vekilin katılanın seçtiği özel vekil olması ile, yasal şartlar nedeniyle zorunlu olarak görevlendirilmiş vekil olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, katılmanın şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunu, suçun mağdurunun temyiz kudretine sahip olması durumunda davaya katılma veya katılmama hususunda önemli olanın mağdurun beyanı olduğunu, dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip olan küçük ile vekilin beyanlarının çelişmesi durumunda küçüğün beyanlarına itibar edileceği kabul edilmiştir¹³⁹⁴.

¹³⁸⁶ Erem, s. 58.

¹³⁸⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 181.

¹³⁸⁸ Ünver/Hakeri, s. 193.

¹³⁸⁹ Şahin, s. 216.

¹³⁹⁰ Toroslu, s. 108.

¹³⁹¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 366.

¹³⁹² Öztürk/Erdem, s. 229.

¹³⁹³ Ömeroğlu, s. 58.

¹³⁹⁴ Yargıtay CGK'nun 02.12.2014 tarihli, 2014/3-28 esas, 2014/537 karar sayılı kararı; "Katılmanın niteliği itibariyle şahsa sıkı surette bağlı haklardan olması ve Türk Medeni Kanununun anılan hükümleri birlikte gözetildiğinde; suçun mağduru olan küçük veya kısıtlı, ayırt etme gücüne sahip ise davaya katılma veya katılmama noktasında iradesine bakılacak kişi mağdurun bizzat kendisi olup, gerek kanuni temsilcisinin gerek görevlendirilen vekilin bu konudaki beyanının bir önemi olmayacaktır. Ancak suçun mağduru olan küçük veya kısıtlı ayırt etme gücüne sahip değil ise, katılma ile ilgili kendisinin iradesinin önemi bulunmamaktadır. Böyle bir halde, katılma konusundaki haklarını onun yerine kanuni temsilcisi kullanabilecektir...Mağdura barodan görevlendirilen vekil, küçük ve malül ile onun kanuni temsilcisine ceza muhakemesinde yardımcı olacak kişidir. Başka bir anlatımla, bu hukuki yardım görevi, kanuni temsilcinin kanundan kaynaklanan yetkilerini bertaraf etmemektedir...Kanun, mağdur vekiline doğrudan küçük adına davaya katılma talep etme yetkisi vermemektedir...Bu nedenlerle, katılma konusunda ayırt etme gücü olmayan mağdur küçük veya malulün kanuni temsilcisi ile CMK'nun 234/2. maddesi ile görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi halinde kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınmalıdır...Tüm bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;Mağdurenin kanuni temsilcisi ile mağdure için 5271 sayılı CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi halinde, kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınması gerektiğinden, somut olayda 15 yaşından küçük olması nedeniyle ayırt etme gücü bulunmayan yaşı küçük mağdurenin, kanuni temsilcisi olan annesinin sanıktan şikâyetçi olmadığını ve kamu davasına katılmak istemediğini beyan etmiş olması karşısında, mağdureye 5271 sayılı CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen vekilin mağdure adına davaya katılmayı isteme hakkı olmadığı gibi mağdurenin katılan sıfatını almamış olması nedeniyle hükmü temyiz yetkisi de bulunmamaktadır.

Müdafinin ret isteminde bulunabilmesi için sanığın kendi seçtiği özel müdafii olması ile zorunlu müdafii olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Burada karşımıza ret istemi konusunda sanık ile müdafinin iradelerinin çelişmesi durumunda hangisine üstünlük tanınacağı, ya da müdafinin ret isteminde bulunabilmesi için sanığın onayını almasının gerekli olup olmadığı meselesi çıkmaktadır. Müdafii hakimin reddi yetkisini kullanırken şüpheli ya da sanığın onayını almak zorunda değildir, hatta müdafii, şüpheli veya sanığın görüşüne aykırı biçimde ret yetkisini kullanabilir. Yani, şüpheli ve sanıktan bağımsızdır, mutlak gerçekliğe ulaşabilmek için müdafii, şüpheli ya da sanığın emri altında değildir, hukuka bağlı olmak koşuluyla özgür hareket etmektedir¹³⁹⁵.

Bu konuya ilişkin CMK'da bir açıklık bulunmamaktadır. CMK'nın kanun yollarına başvurudan vazgeçilmesiyle ilgili 266/son fıkrasında, CMK'nın 150/2. maddesi gereğince (sanığın çocuk olması, kendisini savunamayacak derecede malül veya sağır ve dilsiz olması, alt sınırı beş yıldan fazla ceza gerektiren bir suç olması) atanan zorunlu müdafinin iradesi ile sanığın iradesi arasında kanun yoluna başvurudan vazgeçme konusunda çelişki olursa müdafinin iradesinin üstün tutulacağı belirtilmiştir.

Bu hükümlere göre, zorunlu müdafilik sistemine tabi suçlarda, kanun yollarına başvuru veya bu başvurudan vazgeçilmesi durumunda sanık ile müdafinin iradelerinin çelişmesi durumunda müdafinin iradesine üstünlük tanınacaktır. Örneğin, 17 yaşında olan bir suça sürüklenen çocuğun işlediği hırsızlık suçundan verilen hükmün kanun yoluna götürülüp götürülmemesi veya kanun yoluna başvurulmuş ise bu başvurudan vazgeçilip vazgeçilmemesi hususunda bu SŞÇ ile onun zorunlu müdafinin iradeleri arasında çelişme olursa müdafinin iradesine üstünlük tanınacaktır. Her ne kadar kanunda açıkça yazılmış olmasa da, eğer sanık ile özel müdafinin iradeleri arasında kanun yoluna başvurma veya bu başvurudan vazgeçme konusunda bir çelişme olursa müdafinin değil, sanığın iradesine üstünlük tanınacaktır.

Nitekim Ceza Genel kurulunun 20.05.2014 gün ve 287-273 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.”, ”uyap.gov.tr”, erişim tarihi 22.08.2017.

¹³⁹⁵ Ömeroğlu, s. 57.

Bilindiği üzere usul hukukunda kıyas caizdir. Dolayısıyla kanun yoluna başvuru veya başvurudan vazgeçilmesindeki usul, ret istemi hakkında da uygulanabilir. Buna göre, kanaatimizce, hakimin reddi konusunda sanık ile sanığın seçtiği özel müdafinin iradeleri arasında çelişme olması durumunda sanığın iradesine üstünlük tanınacaktır. Ancak, bu konuda sanık ile sanığa CMK'nın 150/2. maddesi uyarınca atanan zorunlu müdafinin iradeleri arasında çelişme olması durumunda, müdafinin iradesine üstünlük tanınacaktır.

CMK'nın 24/son maddesi gereğince, ret isteminde bulunma hakkı olanların istemesi halinde, karar veya hükme katılacak hakimlerin isimleri kendilerine bildirilecektir.

7.2.Ret İsteminin Süresi

7.2.1.Yasaklılık Nedenlerinin Varlığı Halinde Süre

Yasaklılık nedenine dayanan ret istemi için herhangi bir süre sınırı getirilmemiştir¹³⁹⁶. Ret isteği davaya bakmakta olan hakim için olacaktır¹³⁹⁷. Yargılama bitinceye kadar yasaklılık nedeni bulunan bir yargıç reddedilebilir¹³⁹⁸. Şu kadar ki, dava ret olunacak hakimin elinden çıkmamış olmalıdır¹³⁹⁹.

Yasaklılık halinde muhakemenin objektif olarak yapılmasının güçlüğü ve taraflarla kamuoyu açısından ortaya çıkacak kuşku ve şüphelerin giderilmesinin olanaksızlığını göz önünde tutan kanun koyucu yasaklılık hallerinin varlığında hakimin reddi istemini süreyle sınırlandırmamıştır.

Aslında CMK'da yasaklılık nedenlerinin varlığı halinde ret isteminin hangi sürede yapılacağı veya süresiz olarak yapılabileceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce böyle bir hüküm bulunmasına gerek yoktur. Yasaklı hakimin yargılamaya katılmasını kesin bir hukuka aykırılık hali olarak kabul eden kanun koyucunun bu konunun ret istemi halinde ileri sürülmesini süreye tabi tutması düşünülemez. Dolayısıyla zımnen, yasaklılık sebeplerinin varlığı halinde süresiz ret isteminde bulunulabileceği sonucu çıkmaktadır. Bihakkın memnuiyeti müstelzim olan sebeplerin davanın her hal ve derecesinde

¹³⁹⁶ Ünver/Hakeri, s. 193.

¹³⁹⁷ Tosun, s. 558.

¹³⁹⁸ Yurtcan, s. 108.

¹³⁹⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 366.

dermeyan edileceği zımnen kabul edilmiştir¹⁴⁰⁰. Yasaklılık nedenlerinden ötürü reddin zaman açısından sınırsız olmasının sebebi, yasanın yargıcın mutlaka tarafsızlığını bozacağını kabul etmesinden kaynaklanmaktadır¹⁴⁰¹.

7.2.2.Hakimin Tarafsızlığını Şüpheyeye Düşürecek Hallerde Süre

Tarafsızlığını şüpheyeye düşüren nedenlerin olması durumunda hakim reddedilebilecektir. Ancak bu istemin belli sürelerde yapılması gerekir. CMK'nın 25. maddesine göre, tarafsızlığını kuşkuya düşüren nedenlerin varlığı dolayısıyla bir hakim, ilk derece mahkemelerinde sorgusu başlamadan önce, bölge adliye mahkemelerinde, duruşmalı işlerde inceleme raporu okunmadan, duruşmasız işlerde inceleme başlamadan, Yargıtay'da duruşmalı işlerde ilgili üye veya tetkik hakimi tarafından yazılan rapor üyelere açıklanmadan önce, duruşmasız işlerde inceleme başlamadan reddedilebilecektir. Ret sebebi daha sonra ortaya çıkar veya öğrenilirse, duruşma ve inceleme bitinceye kadar ret isteminde bulunulabilecektir. Ancak, ret isteminin, sebebin öğrenilmesinden itibaren 7 gün içinde yapılması şarttır

Belirtelim ki, bu durumda reddi isteme bakımından yasada zaman sınırlaması vardır. Belirli zaman dilimlerinin geçirilmesinden sonra, yasa tarafların bu alanda bir istekte bulunmasını engellemiştir¹⁴⁰².

7.2.2.1.İlk Derece Mahkemelerinde

Hakimin davranışlarının tarafsızlığını tehlikeye düşürdüğüne inanan tarafın bu yöndeki istemini, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayıncaya kadar¹⁴⁰³ yapması gerekir. Bu işlem duruşmanın başında yapılan bir işlem olduğundan, yasa bu işlemlerin yapılmasından önce, tarafsızlık sorununun çözümünü istemiş, sonradan bununla zaman kaybına engel olmayı amaçlamıştır¹⁴⁰⁴. Sorgunun ne zaman başlayacağı CMK 191'de düzenlenmektedir¹⁴⁰⁵. Buna göre usulünce celse açılacak, davanın taraflarından kimlerin gelip gelmediği saptanacak, tanık yoklaması yapılacak, yoklama sonrası

¹⁴⁰⁰ Erem, s. 59.

¹⁴⁰¹ Yaşar, s. 409.

¹⁴⁰² Yurtcan, s. 108.

¹⁴⁰³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 241.

¹⁴⁰⁴ Yurtcan, s. 108.

¹⁴⁰⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 514.

tanıklar duruşma salonu dışına çıkarılacak, sanığın açık kimliği saptanacak, yasal hakları hatırlatılacak ve bu aşamadan sonra sorgusu yapılacaktır. İşte ret isteminin en geç sorgu başlayıncaya kadar yapılması gerekmektedir.

7.2.2.2.Kanun Yoluna Başvurulması Durumunda

Verilen hükümlerle ilgili olarak, kanun yolu incelemesi yapacak olan bölge mahkemesi ve Yargıtay hakimleri hakkında da ret isteminde bulunulabilecek olup bu istem de belli süre içinde yapılmalıdır. Buna göre, ret istemi, duruşmalı işlerde bölge adliye mahkemelerinde inceleme raporu ve Yargıtay'da görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanıncaya kadar yapılmalıdır¹⁴⁰⁶. Duruşmasız işlerde ise, inceleme başlayıncaya kadar hâkimin reddi istenebilir¹⁴⁰⁷.

7.2.2.3.Ret Sebebinin Sonradan Öğrenilmesi Durumunda

Ret isteminde bulunabilecek olan kişilerin hakim tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenleri sonradan öğrenmiş olabilecekleri gibi, hakim duruşma sırasındaki tavır ve davranışlarıyla tarafsızlığı konusunda şüphe oluşmasına neden olabilir. İşte bu durumda, duruşma veya inceleme bitinceye kadar da hâkimin reddi istenebilir¹⁴⁰⁸. Ancak ret sebebinin sonradan öğrenildiği hallerde, istemin öğrenme tarihinden itibaren yedi gün içinde yapılması gerekir¹⁴⁰⁹.

7.2.3.Soruşturma Aşamasında Hakim Reddi

Daha önce de incelendiği üzere, CMK'nın 162. maddesinde, soruşturma aşamasında hakim kararı gereken hallerde Cumhuriyet Savcısının sulh ceza hakiminden talepte bulunacağı ve bu konuda sulh ceza hakimince karar verileceği öngörülmüştür.

5235 sayılı yasada, 18.06.2014 tarihli, 6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile sulh ceza mahkemeleri kaldırılmış ve sulh ceza hakimlikleri kurulmuştur. Yasanın 10. maddesinde, sulh ceza hakimliklerinin görevi, soruşturma aşamasında hakim tarafından verilmesi gereken kararları vermek ve bu

¹⁴⁰⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 181.

¹⁴⁰⁷ Ünver/Hakeri, s. 194.

¹⁴⁰⁸ Yenidünya/İçer, s. 51.

¹⁴⁰⁹ Öztürk/Erdem, s. 229.

konudaki itirazları incelemek olarak tanımlanmıştır. Kanunda, sulh ceza hakimlerinin reddedilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum uygulamada tereddütlere neden olmuştur.

Ancak kanaatimizce soruşturma aşamasında görev yapan sulh ceza hakimleri reddedilebilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, her ne kadar CMK'nın 26. maddesinde, hakim reddi müessesesi sadece kovuşturma aşamasına ilişkin düzenlenmiş gibi gözüke de, madde metninin gerekçeyle birlikte ele alınması gerekir. CMK'nın 26. maddesinin gerekçesinde, hakim tarafsızlığının yargılamanın tüm aşamalarında korunmasında zorunluluk bulunduğu belirtilmiştir. Gerçekten hukuk devletinin özü adil yargılama, adil yargılamanın özü de tarafsız hakimlerdir. Dolayısıyla hakim tarafsız olmadığı yönündeki iddiaların sadece kovuşturma aşamasıyla ilgili olarak değil, soruşturma aşamasıyla ilgili olarak da ileri sürülmesi ve incelenmesi gerekir. Kaldı ki ceza muhakemesinde kural olarak kıyas mümkündür¹⁴¹⁰. Bu nedenle kovuşturma aşamasında hakim reddine yönelik olarak düzenlenen hususların kıyas yoluyla soruşturma aşamasında görev yapan sulh ceza hakimleri için de uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Yaşar da aynı görüştedir: “*Hakim, hem soruşturma aşamasında sorgu, arama vs. gibi soruşturma işlemleri nedeniyle, hem de kovuşturma aşamasında reddedilebilir. CMK'nın 22 ila 24. maddelerinde geçen “dava” ifadelerine göre, hakim reddi isteminin kovuşturma aşamasında ileri sürülebileceği iddia edilemez*”¹⁴¹¹.

7.3.Ret İsteminin Usülü

Ret isteminin nasıl yapılacağı CMK'nın 26. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, ret dilekçesi, reddi istenen hakim görev yaptığı mahkemeye verilecek, talep sahibi ret sebeplerinin tümünü ve buna dair delillerini dilekçesi ile birlikte sunacaktır. Reddi istenen hakim de talebe karşı görüşlerini yazılı olarak bildirecektir.

¹⁴¹⁰ Gökcen/Ahmet, Balcı/Murat, Alşahin/M.Emin, Çakır/Kerim, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, 2. Baskı, Cilt 2, Sayfa, 247.

¹⁴¹¹ Yaşar, s. 402.

CMK'nın 26. maddesinin açık hükmü gereğince, hakim reddi, görev yaptığı mahkemeye sunulacak dilekçe¹⁴¹² veya bu hususta zabıt katibine bir tutanak düzenlenmesi için başvurulması suretiyle yapılır¹⁴¹³. Maddenin bilim komisyonundaki görüşmeleri sırasında, uygulamada zabıt katibine başvurularak tutanak düzenletirilmesi sisteminin işlemediği, ayrıca herkesin artık avukat tutma, işlemlerini avukat vasıtasıyla takip etme alışkanlığına sahip olması gerektiği gerekçeleriyle bu hükmün kaldırılması önerilmişse de, mehzaz kanunda da bu hükmün bulunması ve bu hükmün kaldırılmasının kişilerin bir hakkının kısıtlanması anlamına geleceği düşünceleriyle bu görüş kabul görmemiştir¹⁴¹⁴. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 26/1. maddesinde, “*ret dilekçesi, hakim mensup olduğu mahkemeye verilir; talep sözle mahkeme kalemi önünde tutanağa geçirilmek suretiyle de açıklanabilir*¹⁴¹⁵” hükmüne yer verilmiştir. Reddin belli bir şekli yoktur, bu nedenle sözlü de yapılabilir. Önemli olan ret dilekçesinin verilme zamanıdır¹⁴¹⁶. Gerçekten de, her ne kadar yasada yer almakta ise de, uygulamada, zabıt katibine beyanda bulunularak tutanak tutturma şeklinde bir uygulama bulunmamaktadır.

Ret talebinde bulunan kişi, süresi içinde sunduğu dilekçesinde, o tarihe kadar öğrendiği ret sebeplerinin tümünü bildirmek ve ayrıca, iddiasını kanıtlayan olguları/delilleri sunmak durumundadır¹⁴¹⁷. Dolayısıyla bir kez ret isteminde bulunulduktan sonra, daha önceden bilinen sebeplere dayalı olarak yeniden ret isteminde bulunulamayacaktır. Ancak bir kez ret isteminde bulunulduktan sonra, ilerleyen aşamada, yeni ret sebeplerinin öğrenilmesi veya duruşma sırasında hakim tarafsızlığı konusunda şüphe oluşturacak davranış ve uygulamalarda bulunması durumunda, bu yeni hallere ilişkin olarak tekrar ret isteminde bulunulabilecektir.

Hakimin objektif davranmadığına ya da davranamayacağına ilişkin, olgulara dayanmayan düşünce ve değerlendirmelerle ret talebinde bulunulması

¹⁴¹² Yenidünya/İçer, s. 51.

¹⁴¹³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 181.

¹⁴¹⁴ Ünver/Hakeri, s. 194.

¹⁴¹⁵ Yenisey/Oktar, Alman CMK, s. 13.

¹⁴¹⁶ Kindhauser, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Nomos Kitabevi, Sayfa 180.

¹⁴¹⁷ Şahin, s. 216.

mümkün değildir¹⁴¹⁸. Bu nedenle soyut, gerekçe ve delilden yoksun ret talepleri kabul edilmeyecektir.

Ret talebinde, açıkça hakimin reddedildiğinin belirtilmesi zorunluluk değildir, bu amacı ortaya koyan bir ibarenin kullanılması yeterlidir¹⁴¹⁹. Bu kapsamda, hakimin tarafsız olmadığını iddia etmek, taraf tuttuğunu söylemek, davanın taraflarından birisiyle yakınlığı olduğunu iddia etmek ret talebi olarak değerlendirilmelidir.

Ret isteminde bulunma hakkı olanların bu istemde bulunmaları durumunda hakimin önünde iki yol vardır; ya istemi kabul etmek ya da etmemek. Kabul durumunda iş bitmiştir; yapacak bir işlem kalmamıştır (CMK m.27/4)¹⁴²⁰. Kabul etmeme durumunda ise, mahkeme reddi istenen hakimden ret sebebi hakkında açıklamada bulunmasını isteyebilir; hakim de bu yolla görüşünü yazılı olarak bildirir (CMK n. 26)¹⁴²¹.

7.4.Ret İsteminin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi

7.4.1.Ret İstemini Değerlendirecek Mahkeme

CMK'nın 27/1. maddesi gereğince, ret talebi, reddi istenen hakimin görev yaptığı mahkemeye verilecektir. Maddenin devamında, ret talebi konusunda karar verecek mahkemeler gösterilmiştir.

Bu hüküm gereğince, ret istemi konusundaki karar, hakimin görev yaptığı mahkeme tarafından verilecek¹⁴²², ancak hakkında talepte bulunulan hakim, ret istemi konusundaki görüşmelere ve karara katılamayacaktır¹⁴²³. Bunun için, reddi istenen hakimin katılmaması halinde o mahkemenin toplanabilmesi ve karar verebilmesi gerekir¹⁴²⁴. Örneğin, üç üyesi bulunan bir ağır ceza mahkemesinde, başkanın reddedilmesi durumunda, bu mahkemeler üç hakim tarafından oluşturulduğundan, başkanın katılmaması ile diğer üç üye tarafından heyet oluşturulacak ve ret istemi konusunda bir karar verilecektir. Ancak, reddi istenen

¹⁴¹⁸ Ömeroğlu, s. 61.

¹⁴¹⁹ Ömeroğlu, s. 61.

¹⁴²⁰ Tosun, s. 460.

¹⁴²¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 181.

¹⁴²² Yenidünya/İçer, s. 52.

¹⁴²³ Şahin, s. 216.

¹⁴²⁴ Ünver/Hakeri, s. 195.

hakimin katılmaması durumunda mahkeme teşekkül etmiyorsa farklı bir yol izlenecektir. Bu durumda, asliye ceza hakiminin reddi halinde, bu mahkemenin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi¹⁴²⁵, reddi istenen hakimin ağır ceza mahkemesine mensup olması halinde ve o yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi varsa, bir sonraki numaralı ağır ceza mahkemesi, tek ağır ceza mahkemesi olması durumunda, en yakın ağır ceza mahkemesi ret talebini inceleyecek ve bir karar verecektir¹⁴²⁶. Reddi istenen hakimin sulh ceza hakimi olması durumunda, talep yargı çevresinde bulunduğu asliye ceza hakimi tarafından incelenecek, sulh ceza hakiminin aynı zamanda asliye ceza mahkemesi hakimi olması durumunda, yargı çevresi içinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi tarafından incelenecek ve karar verilecektir¹⁴²⁷.

Kanunun açık hükmü gereğince bölge adliye mahkemesi başkan ve üyeleri de reddedilebilecektir. Bu yönde bir talep gelmesi durumunda, ret istemi, reddi istenen başkan veya üye katılmadan, aynı daire içinde oluşturulacak heyet tarafından karara bağlanacaktır¹⁴²⁸.

İnceleme merci tarafından ret isteminin kabul edilmesi halinde, aynı merci, davaya bakacak hakim veya mahkemeyi de görevlendirecektir¹⁴²⁹. Kanun koyucu dosya elinde olan merciye, davaya bakacak olan hakimi veya mahkemeyi görevlendirme yetkisini vererek, işlerin Yargıtay'a kadar giderek, uzamasını önlemiştir¹⁴³⁰.

Yargıtay daire ve kurullarının başkan ve üyelerinin de reddi mümkün¹⁴³¹ olup, Yargıtay Kanunu'nun 39/3. maddesinde, dairelerde görev yapan başkan veya üyelerin reddedilebileceği, bu yöndeki istemlerin, reddi istenen başkan veya üye katılmadan aynı daire veya genel kurullarca karara bağlanacağı, daire ve kurulların toplantılarını engellemeyi hedefleyen toplu ret istemlerin dinlenmeyeceği öngörülmüştür. Düzenlemenin amacı Yargıtay daire ve kurullarının çalışmasını engellemeye yönelik, kötü niyetli toplu ret taleplerinin

¹⁴²⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 182.

¹⁴²⁶ Yenidünya/İçer, s. 52.

¹⁴²⁷ Soyaslan, s. 233.

¹⁴²⁸ Ünver/Hakeri, s. 195.

¹⁴²⁹ Öztürk/Erdem, s. 230.

¹⁴³⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 369.

¹⁴³¹ Ömeroğlu, s. 63.

önüne geçmektir¹⁴³². Sanığa ait aynı nitelikte başka bir hükmün Yargıtay Dairesince incelenmiş olmasının, temyiz konusu ikinci işe aynı daire başkan ve üyeleri tarafından bakılmasına engel teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir¹⁴³³.

7.4.2.Ret İstemi Üzerine Verilecek Kararlar

Ret istemi üzerine yapılacak işlemler CMK'nın 28 ve devamı maddelerinde gösterilmiştir.

Hakimin birbiri ardınca reddi suretiyle hükmün verilmesine mani olmak isteklerini önleyici sarıh bir hüküm kanunumuzda mevcut değildir. Hakimin reddi müessesesi, esasında görev kavramı ile alakalıdır. Bu itibarla hakimin reddinin vazifenin gereği gibi görülmesini sağlamaya matuf bir müessese olarak kullanılması icap eder, aksi sonucu, yani hakime vazife gördürmemek sonucunu veren bir tatbikatın usul hukuku ile bir alakası yoktur. Hakimin reddi müessesesinin hakim seçmek manasına gelmeyeceği aşıkardır. Bu itibarla kaza görevinin yürümesini engelleyen, hakim seçmek gayesine ulaşmaya matuf talepler usul hukukuna yabancıdır. Bu çeşit hukuk dışı ısrarlar hakimi ret hakkının suistimalini¹⁴³⁴ teşkil eder¹⁴³⁵.

Mahkemeyi çalıştırmama ve hüküm verilmesine engel olma amacıyla sürekli ret isteminde bulunulması durumunda ne yapılacaktır? Uygulamada nadiren de olsa, sanığın mahkeme hakimine hakaret ettiği, hakimin bunu tutanak haline getirip ihbarda bulunduğu, sanığın da bu durumu gerekçe göstererek husumet olduğu gerekçesiyle ret isteminde bulunduğu, bu istemin kabul edilmesi üzerine yeni bir hakim görevlendirildiği, ancak sanığın bu hakime de hakaret ettiği, bu şekilde davanın çıkmaza girdiği durumlarla karşılaşılabilir. Bu durumda ne yapılmalıdır?

Reddeden kişi kendi davranışı yüzünden ret sebebi oluştuğunu iddia edemez, aksi takdirde sürekli kendi isteğine göre hakim değiştirmek elinde olur. Genel olarak hakime karşı yapılan provokasyonlar, haysiyete yönelik hakaretler

¹⁴³² Ömeroğlu, s. 64.

¹⁴³³ YCGK'nın 01.03.1971 tarihli, 29-62 sayılı kararı, Yaşar, s. 420.

¹⁴³⁴ Yargıtay CGK'nun 22.04.1965 tarihli, 384/411 esas ve karar sayılı kararı; "Sanığın kendisini yargılayan ağır ceza mahkemesinin tüm hakimlerini üç kez reddetmesinden sonra yeniden redde kalkışması tabii hakim önünde yargılanmak kuralına aykırı olup bu davranışı, reddi hakim yetkisinin kötüye kullanılması niteliğindedir.", Erem, s. 64.

¹⁴³⁵ Erem, s. 64.

ya da tehditler, gelecekte taraf tutacağı konusunda endişeye yer vermez. Taraf tutma somut olayda hakimin tepkilerinden anlaşılabilir. Ender durumlarda, hakimin mesleki mesafeyi koruyamayacağına yönelik bir kanıya varılabilir¹⁴³⁶.

Kanaatimizce kimse kendi kusuruna dayalı olarak bir hak ileri sürülemeyecektir. Hakimin reddi kurumunun öngörülmesinin amacı, yargılamanın adil bir şekilde yapılması, bu konuda davanın taraflarında veya kamuoyunda bir şüphenin oluşmasına fırsat verilmemesidir. AİHM de, adil yargılanma hakkını değerlendirirken, başvuruçunun davadaki tutumunun dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Kanaatimizce, ret kurumunun kötüye kullanılması durumunda, hakimin profesyonel davranması, sanığın sarfettiği, hakaret oluşturabilecek nitelikteki sözleri tutanağa yazmakla birlikte suç duyurusunda bulunmaması, bunun üzerine ret isteminde bulunulması durumunda CMK'nın 31/1-c maddesi hükmü dikkate alınarak ve ret isteminin duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığı kabul edilerek reddedilmesi doğru olacaktır.

7.4.2.1.Reddi İstenen Hakim Tarafından Verilecek Kararlar

CMK'nın 31. maddesinde reddi istenen hakimin, ret istemi konusunda hangi hallerde karar verebileceği gösterilmiştir. Buna göre, istem süresinde yapılmazsa, istemin gerekçesi ve delilleri gösterilmezse ve istemin duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa, reddi istenen hakim veya bu hakimin katılımıyla oluşturulan heyet tarafından istem geri çevrilecektir.

Kanun, 31. maddede sayılan halleri yersiz, zamansız ve kötüniyete dayalı olarak kabul etmiş, bu nedenle sonuçsuz bırakmayı amaçlamıştır¹⁴³⁷. Kanunun bu düzenlemesi bir ön inceleme ya da kabul edilebilirlik incelemesi yapılacağı anlamına gelmektedir¹⁴³⁸. Her davada önce kabul edilebilirlik sorunu çözülür¹⁴³⁹. Bu nedenle ret talebi üzerine dosya hemen talebi inceleyecek merciye gönderilmeyecek, tabir yerindeyse reddi istenen hakim tarafından bir ön incelemeye tabi tutulacaktır.

¹⁴³⁶ Scheuten, 24/3-aa maddesi.

¹⁴³⁷ Yurtcan, s. 118.

¹⁴³⁸ Ömeroğlu, s. 64.

¹⁴³⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 367.

Yapılacak bu ön inceleme sonucunda, talep süresinde yapılmamışsa¹⁴⁴⁰, istemin gerekçesi ve delilleri gösterilmemişse¹⁴⁴¹, talebin yargılamayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa¹⁴⁴² istem reddedilecektir¹⁴⁴³.

Kanun metninden de anlaşılacağı üzere bu hallerin varlığı halinde ret istemi “*geri çevirme*” kararı ile geri çevrilecektir. Ancak uygulamada bu tabir kullanılmamakta, ret isteminin reddine şeklinde kararlar verilmektedir. Ön inceleme ya da kabul edilebilirlik incelemesi, ret isteminin “*esastan incelenmesine yer olmadığına*” veya “*esastan incelenmesine*” şeklinde karara bağlanmalıdır¹⁴⁴⁴.

Bu yöndeki istem (kabul edilebilirlik incelemesi), heyetli mahkemelerde reddi istenen hakimin görüşmelere katılmasıyla¹⁴⁴⁵, tek hakimli mahkemelerde reddedilen hakimin kendisi tarafından geri çevrilir¹⁴⁴⁶. Bu incelemenin reddi istenen hakim tarafından yapılmasına bir sakınca yoktur. Unutulmamalıdır ki, hakimin reddi, muhakemenin objektifliğini ve adil yargılamayı sağlamaya yönelik bir kurum olup, hakimi bertaraf etme amacı taşımamaktadır. Ret isteminin süresi içinde yapılıp yapılmadığı, ret nedenlerini ve delilleri kapsayıp kapsamadığı, açıkça davayı uzatmaya yönelik olup olmadığı gibi yüzeysel araştırmayı gerektiren bir incelemeyi, verilecek karara karşı yasa yolu açık olduğu sürece, reddedilen hakimin yapması, muhakemenin objektifliğini zedelemeyecektir¹⁴⁴⁷.

Reddedilen hakim tarafından yapılan ön inceleme sonunda, yasanın aradığı bu şartların oluşmaması ve ret talebinin kabul edilmemesi durumunda, ret talebiyle ilgili karar verilmek üzere dosya ilgili mercie gönderilecektir.

7.4.2.2.Merci Tarafından Verilecek Kararlar

Yukarıda belirtildiği üzere, ret istemi, reddi istenen hakimin mensup olduğu mahkemeye verilecek, bu hakim tarafından bir ön inceleme yapılacaktır. Bu inceleme sonunda, hakim ret istemini kabul ederse, başkaca bir inceleme yapılmayacak ve davaya bakacak başkaca bir mahkeme veya hakim

¹⁴⁴⁰ Yenidünya/İçer, s. 52.

¹⁴⁴¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 183.

¹⁴⁴² Şahin, s. 217.

¹⁴⁴³ Soyaslan, s. 234.

¹⁴⁴⁴ Ömeroğlu, s. 64.

¹⁴⁴⁵ Şahin, s. 217.

¹⁴⁴⁶ Öztürk/Erdem, s. 231.

¹⁴⁴⁷ Ömeroğlu, s. 65.

görevlendirilecektir. Yapılan bir ön inceleme sonucunda istem kabul edilmezse, esastan incelenmek üzere yasanın tayin ettiği mercilere gönderilecektir. Bu süreçte, ret talebini inceleyecek olan merci, reddi istenen hakimden, istem konusunda görüşlerini soracak, bu hakim de görüşlerini yazılı olarak bildirecektir. Hakimin görüşü, ileri sürülen nedenlerin muhakemenin objektifliğine etkisinin değerlendirilebilmesi ve taraflarla kamuoyunun kuşkularının giderilebilmesi açısından faydalı olacaktır¹⁴⁴⁸.

Kanaatimizce hakimin görüş bildirmesinin zorunlu olması isabetli değildir. Çünkü yeri geldiğinde, özel yaşamı ilgilendiren gerekçelerle ret isteminde bulunulabilecek, hakim de buna karşı beyanda bulunmak durumunda kalacaktır. Bu nedenle, hakimin görüş bildirmesinin isteğe bırakılması uygun olacaktır.

Ret isteminde bulunan kişi, ileri sürdüğü hususlar ispatla yükümlü olacak mıdır? Yoksa ileri sürülen hususların sabit olup olmadığı resen araştırılacak mıdır? Önceki usul kanunumuz olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 25/2. fıkrasında, ret isteminde bulunan kişinin, iddiasını ispat etmek zorunda olduğu açıkça belirtilmişti¹⁴⁴⁹. CMK'nın 26/2. maddesinde, ret isteminde bulunanın, ret sebebini, süresi içinde olguları ile birlikte ortaya koymak durumunda olduğu belirtilmiş, ancak ret isteminde bulunanın kanıtlama yükümlülüğü olduğu konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ret davasını açan kişi, ret sebebini ispatla yükümlüdür¹⁴⁵⁰. Kanaatimizce ret isteminde bulunan kişi, bu istemini kanıtlamalıdır. Çünkü CMK'nın 31. maddesinde, ret sebebi ve delinin gösterilmemesi durumunda, ret isteminin, reddi istenen hakim tarafından geri çevrileceği kabul edilmiştir. Bu düzenleme gereğince, ret isteminde bulunan kişi, isteminin dayanağı olan sebepleri ve bu sebeplerinin delillerini sunmak durumundadır.

Ret istemini esastan inceleyen merci, istemde bulunanın ileri sürdüğü sebeplerle bağlı olacak mıdır? Yoksa, inceleme sırasında fark ettiği, ancak ileri sürülmeyen ret sebeplerini de gözönüne alabilecek midir? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap verilemez. Bu konuda da kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹⁴⁴⁸ Ömeroğlu, s. 66.

¹⁴⁴⁹ Ömeroğlu, s. 67.

¹⁴⁵⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 369.

Ancak CMK'nın 26/2. maddesinde, ret isteminde bulunanın ret sebeplerini olgularıyla birlikte ortaya koymak durumunda olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla ret isteminde bulunanın bildirmediği sebeplere ve ortaya koymadığı olgulara dayalı olarak inceleme yapılamayacaktır.

Ret istemini inceleyen merci, ileri sürülen sebepler ve ortaya konulan olguları inceledikten sonra, yargılamanın tarafsız bir şekilde yürütülemeyeceği konusunda makul bir şüphe olduğu kanaatine varırsa istemi kabul edecek, aksi halde istemi reddedecektir.

7.5.Ret İstemine İlişkin Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları

Ret talebinin inceleme merci tarafından kabul edilmesi halinde bu karar kesindir(CMK m.28/1)¹⁴⁵¹. Alman CMK'sının 28/1. maddesinde de, mahkemenin, ret isteğini yerinde bulan ara kararına karşı kanun yolu olmadığı belirtilmiştir¹⁴⁵². Kanunun düzenlemesinden anlaşıldığı gibi, ister ön inceleme, ister esastan inceleme sonucu verilsin, yani ret istemi, ister reddi istenen hakim tarafından, isterse inceleme merci tarafından kabul edilsin, bu yöndeki kararlar kesindir¹⁴⁵³. Ön inceleme sonunda, ret isteminin geri çevrilmesine yönelik karara karşı itiraz yolu açıktır¹⁴⁵⁴. Ancak, itiraz üzerine verilen karar kesin olup, bu karar ancak esas hükümlerle birlikte istinaf veya temyiz aşamasında inceleyilecektir¹⁴⁵⁵.

Kanaatimizce, ret isteminin reddine yönelik kararların esas hükümlerle birlikte bir kez de istinaf ya da temyiz başvurusu yoluyla denetlenmesi isabetlidir. Yargıtay, ret davasını kabul etmeyen kararı elbet denetleyecektir¹⁴⁵⁶. Nitekim Yargıtay bir kararında, ret isteminde bulunduktan sonra duruşma gününe kadar uzun bir süre olduğunu, bu süre içinde istemin incelenip karara bağlanabileceğini belirterek, duruşmanın uzatılması amacıyla ret isteminde bulunulduğu şeklindeki kabulü yerinde görmemiştir¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵¹ Yenidünya/İçer, s. 52.

¹⁴⁵² Yenisey, kanun, s. 16.

¹⁴⁵³ Ömeroğlu, s. 70.

¹⁴⁵⁴ Şahin, s. 217.

¹⁴⁵⁵ Öztürk/Erdem, s. 230.

¹⁴⁵⁶ Yenisey/Nuhoglu, s. 244.

¹⁴⁵⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.07.1984 tarihli, 1-250 esas, 267 karar sayılı kararı;" Ret dilekçesinde ileri sürülen, hakimin tarafsızlığından kuşkuya düşülebilecek nedenlerdir ve kanıt da gösterilmiştir. Ret isteminde bulunduktan sonra duruşma gününe kadar uzun bir süre olup bu süre içinde incelenerek bir karara bağlanması doğal olmakla, ret isteminin "duruşmanın uzatılmasını

CMK'nın 289. maddesinde bozma kararı verilmesini gerektirir hukuka kesin aykırılık halleri gösterilmiştir. 289/1-c maddesinde, ret istemi kabul edilmesine rağmen hakimin hükme katılması veya bu istem kanuna aykırı olarak reddedilip hakimin hükme katılması hukuka kesin aykırılık sebebi olarak görülmüş ve hükmün bozulacağı belirtilmiştir.

7.6.Reddi İstenen Hakimin Yaptığı İşlemlerin Geçerliliği

Reddi istenen hakimin, bu istem hakkında karar verinceye kadar hangi işlemleri yapabileceği, CMK'nın 29. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, hakim, ancak gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapacaktır. Hakimin celse sırasında reddedilmesi durumunda, celseye devam edilecek, ancak tarafların savunma ve beyanlarının alınması, delillerin tartışılması gibi esaslı işlemler yapılamayacak, ret istemi konusunda bir karar verilmeden sonraki oturuma başlanamayacaktır. Eğer ret istemi kabul edilirse, gecikmesinde sakınca olduğu için yapılan işlemler dışında kalan işlemler tekrarlanacaktır.

Kabul edileceği üzere, tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlerin olduğu iddiasıyla reddi istenen bir hakimin, bu istemle ilgili bir karar verinceye kadar yargılamaya devam etmesi doğru olmayacaktır. Bunu öngören yasa koyucu, reddi istenen hakimin yapabileceği işlemleri sınırlamıştır. Reddi istenen hakimin yapabileceği “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” kavramı yasada tanımlanmamıştır. Bir işlem sonra yapılamayacak veya yapılsa da umulan fayda sağlanamayacaksa, bu işlem gecikemeyecek işlemdir¹⁴⁵⁸. Sanığın tutukluluğu veya tahliyesi yönünde verilen kararlar bu kapsamda sayılabilir.

Ret isteği kabul edilirse, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında yapılmış olan işlemler geçersiz olacak ve tekrar edilecektir¹⁴⁵⁹. Ret davası reddolunursa, gecikebilecek işlemi yapmış olan hakimin yetkili olduğu anlaşılacağından bir sorun çıkmaz. Fakat gecikebilecek işlemi yapan hakimin reddi gerçekleşirse ve dava yeni hakim tarafından görülecekse, bu yeni hakim, istek üzerine veya resen o işlemi ortadan kaldırıp yeniden yapabilir. Örneğin,

sağlamak amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır” şeklindeki gerekçe yerinde değildir. Bu durumda iki üye hakkındaki ret istemi onlar katılmaksızın oluşturulacak bir heyetçe, bu şekilde heyet oluşturulmazsa en yakın ağır ceza mahkemesinde incelenip karar verilmelidir.”, Yurtcan, s. 118

¹⁴⁵⁸ Toroslu, s. 109.

¹⁴⁵⁹ Toroslu, s. 109.

reddi istendikten sonra hakimin tanık dinlemesi ve bilahere ret isteğinin kabul edilmesi halinde, bu tanık yeni görevlendirilen hakim tarafından tekrar dinlenilmelidir. Yargıtay da bir kararında bu hususu vurgulamıştır¹⁴⁶⁰.

7.7.İcra Ceza Mahkemesi Hakimlerinin Reddi

İcra ve İflas Kanununda düzenlenen suçların yargılaması sırasında, icra ceza hakimlerinin reddedilmesi durumunda ceza muhakemesi ya da hukuk muhakemesi kurallarından hangisi uygulanacaktır? İcra hakimlerinin İcra ve İflas Kanunu'nun düzenlediği suçlarla ilgili yaptıkları, bir ceza muhakemesi sürecini yürütmektir. Bir suçun işlenip işlenmediğinin irdelendiği bir sürecin, ceza muhakemesi süreci olduğunu kabul kaçınılmaz ve tartışılmazdır. İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen suçlarla ilgili muhakeme usulü, kısmen farklılıklar olsa da temelinde bir ceza muhakemesi süreci olarak cereyan etmektedir. Bu nedenle icra ceza hakimlerinin reddi ceza muhakemesi usulüne tabi olmalıdır¹⁴⁶¹. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹⁴⁶².

¹⁴⁶⁰ Yargıtay 5.CD'nin 02.10.1985 tarihli, 3632/3607 esas ve karar sayılı kararı; “ Sanık hakkındaki, birleştirilerek görülen 6136 sayılı yasaya muhalefet suçuyla ilgili görülen davaya bakmakta iken reddedilen ve istinkaf eden ve bu durumu merciince kabul edilen hakimin Salihli Ağır Ceza Mahkemesinin talimatı üzerine esasa ilişkin bilgileri olan tanıkları dinlemek suretiyle yargılamaya katılması bozmayı gerektirmiştir.”, Erem, s. 67.

¹⁴⁶¹ Ömeroğlu, s. 72.

¹⁴⁶² Yargıtay 3. CD'nin 04.11.1947 tarihli ve 8905/10103 esas ve karar sayılı kararı; “ icraen yedi nezedilen gayrimenkule tekrar müdahale ve tecavüz eden sanık kimse hakkında icra tetkik merciinde açılan davada yargıcın kendi kendini reddetmesi üzerine mercii tayini için evrakın (özel kanunda açıklık olmayan yerlerde genel kanunun hükümlerinin uygulanması gerektiğine ve davanın mahiyeti bakımından Ceza Muhakemeleri Kanununun uygulanmasının zorunlu bulunmasına göre), kendi kendini reddeden yargıcın mensup olduğu Ağır Ceza Mahkemesine tevdi icap eder”, Ömeroğlu, s. 72.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKİMİN ÇEKİNMESİ

1.GENEL OLARAK

Çekinme, “Bir görevin yapılmasından, bir hakkın kullanılmasından çekinme” anlamına gelmektedir¹⁴⁶³. Hakimin, objektif kalamayacağını belirterek, muhakemeden el çekmek istediğini bildirmesine muhakemeden çekinme adı verilmektedir¹⁴⁶⁴.

Yargılamanın objektif olarak yapılmasını sağlayan diğer bir çare, ret davasını hakimin kendisinin açması demek olan “çekinme” ile sağlanır¹⁴⁶⁵. Çekinme, yargıcın yasaklılık nedenlerinin bulunduğunu veya tarafsız kalamayacağını ileri sürerek, belli bir uyuşmazlıkla ilgili yargılama görevini yerine getirmekten kaçınması¹⁴⁶⁶, adeta ret davasını kendisinin açmasıdır¹⁴⁶⁷. Yargılamada tarafsızlığı sağlama yollarından üçüncüsüdür. Bir yargıcın kendisinde yasaklılık ya da ret nedeni görmesi ve görevi bırakmak istemesidir. Eski terim “*istinkaf*” idi¹⁴⁶⁸. Roma Hukukunda hakim, ihtilafı tetkik ettikten sonra, emin bir karara varabilecek kanaati edinmemişse, hadisenin kendisi için vazih olmadığına yemin ederek, karar vermektan imtina edebilirdi (*sibi non liquere*)¹⁴⁶⁹.

Bangolar Yargı Etiği İlkelerinde, “*Tarafsızlık*” başlığı altında, hakimin tarafsız olarak karar veremeyeceğine inanması durumunda yargılamaya katılmaktan çekinmesi gerektiği belirtilmiş ve örnekleme yoluyla hakimin çekinmesi gereken haller sayılmıştır. Buna göre, taraflardan birisiyle önyargı ve

¹⁴⁶³ www.tdk.gov.tr, erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁴⁶⁴ Ömeroğlu, s. 73.

¹⁴⁶⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 370.

¹⁴⁶⁶ Toroslu, s. 109.

¹⁴⁶⁷ Şahin, s. 217.

¹⁴⁶⁸ Yurtcan, s. 115.

¹⁴⁶⁹ Umur/Ziya, “Roma Hukuku Ders Notları”, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 1987, sayfa 228.

tarafgirlik içinde olması, davanın esası ile ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması, dava konusu olayla ilgili daha önce avukatlık veya tanıklık yapmış olması, kendisi veya aile üyelerinden birisinin dava sonucuya ilgili ekonomik anlamda menfaatinin bulunması durumunda hakimin davadan çekinmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁷⁰.

“Türk Yargı Etiği Bildirgesi”nin 5.3. maddesinde; “Görevlerini yaparken kendilerine duyulan güvene halel getirebilecek bir algı, kuşku veya tereddüt oluştuğunu fark ettiklerinde, görevden çekilmelerinin gerekip gerekmediğini azami dikkat ve özenle değerlendirirler¹⁴⁷¹.” hükmüne yer verilerek, hakimin yargıya duyulan güveni zedelememek için gerektiğinde görevden çekilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

2.ÇEKİNME NEDENLERİ

Hakimin çekinme nedenleri CMK’nın 30. maddesinde gösterilmiştir. Çekinme sebepleri, ret sebepleri ile aynıdır¹⁴⁷². Hakimin çekinmesinin üç nedeni vardır. Evvela hakimi beşeri baskılarla karşı karşıya bırakmamak, sonra da kamu vicdanında bir kuşkuya yer vermemek, nihayet üçüncüsü “diyalektik denge”yi bozacak unsurlardan kaçınmak¹⁴⁷³.

2.1.Yasaklılığı Gerektiren Nedenlere Dayalı Olarak Çekinme

CMK’nın 30/1. maddesinde hakimin yasaklılığını gerektiren nedenlere dayalı olarak davadan çekinebileceği belirtilmiştir. Hakimin hangi hallerde davaya bakmaktan yasaklı olduğu yukarıda incelenmiştir. Yasaklı olan bir hakimin yargılamaya devam etmesinin davanın taraflarında ve kamuoyunda kuşkulara neden olacağı, bunun da adalet duygusuna zarar vereceği muhakkaktır. İşte yasada belirtilen yasak nedenlerinin varlığı halinde, taraflar ileri sürmese bile, hakim bu yasaklılık nedenlerini belirterek davadan çekinecektir. Örneğin, hakim, sanığın eniştesi ise, taraflar bunu bilmese ve ileri sürmese bile hakim bu nedene dayalı olarak davadan çekinecektir. Çünkü bu neden CMK’nın 22/1-f maddesi gereğince yasaklılık nedenidir. Bu yasaklılığa rağmen hakimin davadan çekinmemesi

¹⁴⁷⁰ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 15.11.2017.

¹⁴⁷¹ “hsk.gov.tr”, erişim tarihi 10.04.2019.

¹⁴⁷² Şahin, s. 217.

¹⁴⁷³ Erem, s. 69.

durumunda, bu husus CMK'nın 289. maddesi gereğince hukuka kesin aykırılık sebebi olacaktır.

2.2.Tarafsızlığı Şüpheyeye Düşüren Nedenleri İleri Sürerek Çekinme

CMK'nın 30/2. maddesinde, hakimin, tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek sebeplerin olması durumunda çekinebileceği belirtilmiştir. Hakimin tarafsızlığının hangi hallerde şüpheyeye düşebileceği konusunda sınırlayıcı bir tespit ve düzenleme yapılmasına imkan bulunmamaktadır. Dolayısıyla her somut olayda bu husus değerlendirilecektir. Yargılamayı yürüten hakim, yürüttüğü dava ile ilgili olarak, herhangi bir gerekçeyle tarafsız kalamayacağını ileri sürerse, bu konuda tarafların ret isteminde bulunmasını beklemeksizin davadan çekinebilecektir. Ancak çekinme sebebinin ciddi olması, ret ve çekinme yoluyla adaletin gecikmesine ve tabii hakim ilkesinin ihlal edilmesine neden olunmaması gerekmektedir.

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi bir kararında, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını, millet adına yargılama yapan hakimin, önüne gelen uyuşmazlığı çözerken bağımsız ve tarafsız olması, vereceği hükümle tarafların ve kamuoyunun adaletle olan inancını güçlendireceğini düşünmesinin gerektiğini, hakimin davanın taraflarına ve tüm baskı gruplarına yabancı kalarak hukukun ne dediğini söyleme yetkisini kullanan kişi olduğunu¹⁴⁷⁴ belirtmiştir.

3.ÇEKİNME TALEBİNİN İNCELENMESİ

3.1.Çekinme Talebini İnceleyecek Mahkeme

CMK'nın 30. maddesinin başlığı "*hakimin çekinmesi ve inceleme mercii*" olmasına rağmen maddede inceleme mercii belirtilmemiş, çekinmeyi inceleyecek mahkeme "*mercii*" olarak vasıflandırılmıştır. Yargıç reddini gerektiren nedenlere dayanarak davaya bakmaktan çekinirse, bunun yerinde olup olmadığını araştırmak ve bu konuda bir karar vermek yetkisi, ret istemini incelemeye yetkili olan mercidedir¹⁴⁷⁵. Kanunun "*mercii*" tabiriyle ret istemini incelemeye yetkili mahkemeyi kastettiği hakimin çekinmesini düzenleyen maddenin gerekçesinden

¹⁴⁷⁴ Yargıtay 20.HD'nin 2016/7559 esas, 2016/10099 karar sayılı, 03.11.2016 tarihli kararı, "uyap.gov.tr", erişim tarihi 08.05.2018.

¹⁴⁷⁵ Toroslu, s. 109.

anlaşılmaktadır¹⁴⁷⁶. Madde gerekçesinde, ret istemi konusunda karar vermeye yetkili olan mercinin çekinme nedenlerinin yerinde olup olmadığına karar vereceği¹⁴⁷⁷ belirtilmiş olup, çekinmeyi inceleyecek merci, ret konusunda karar verecek olan merci ile aynıdır¹⁴⁷⁸. Bir Yargıtay Dairesinin toptan davadan çekinmesi durumunda, davaya bakacak mahkemeyi Yargıtay Ceza Genel Kurulu belirleyecektir¹⁴⁷⁹.

3.2.Çekinme Talebinin İncelenmesi

Hakimin herhangi bir gerekçeyle davadan çekinmesi durumunda nasıl bir uygulama yapılacağı konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir düşünceye göre, yürüttüğü davayla ilgili olarak tarafsız kalamayacağını düşünen hakimin bu kararına değer verilmeli, dolayısıyla bu karar başka bir merci tarafından incelenmeksizin, davaya bakmak üzere yeni bir hakim veya mahkeme görevlendirilmelidir. Diğer bir düşünceye göre ise, hakimin bu yöndeki kararının başka bir merci tarafından incelenmesi gerekir. Çünkü, başka bir merci tarafından karar incelenmezse, bu durum kötüye kullanılabilir, hakimin bakmak istemediği davada, basit nedenler ileri sürerek çekinmesine neden olabilecektir.

Kanaatimizce, yasaklılık halleri dışında, tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir neden olduğunu ileri sürerek davadan çekinmek isteyen hakimin bu kararı, başka merciler tarafından denetlenmelidir. Aksi durum, özellikle karışık, çok taraflı ve kamuoyu ilgisinin çok olduğu davalarda, hakimin davadan kurtulmak için kolaylıkla bu yola başvurmasına neden olabilecektir.

Ülkemizde, 1973 yılına kadar, bir yargıç çekindiğinde, bu konuda bir inceleme yapılmaz ve merci işi başka bir yargıç ya da mahkemeye aktarırdı¹⁴⁸⁰. 1973 yılında yapılan değişikliklerle çekinme talebinin yerinde olup olmadığı incelenmesi ve yerinde görülürse kabulü gerektiği yolunda değişiklik yapılmıştır¹⁴⁸¹.

3.2.1.Yasaklılık Sebepleriyle Çekinmede İnceleme Usulü

¹⁴⁷⁶ Ömeroğlu, s. 77.

¹⁴⁷⁷ “ceza-bb.adalet.gov.tr”, erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁴⁷⁸ Şahin, s. 217.

¹⁴⁷⁹ YCGK'nın 19.04.1971 tarihli ve 127-148 sayılı kararı, Yaşar, s. 438.

¹⁴⁸⁰ Yurtcan, s. 115.

¹⁴⁸¹ Ömeroğlu, s. 74.

Yukarıda değinildiği üzere hakim yasaklılığı gerektiren sebeplere dayanarak ya da tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlerin varlığını ileri sürerek davadan çekinebilecektir. CMK'nın 30. maddesi, çekinme sebebinin niteliğine göre farklı inceleme yapılacağını düzenlemiştir.

Yargılama yasağı gerektiren bir sebebe dayalı olarak hakim çekinmekte ise¹⁴⁸², bu husus araştırılmaz¹⁴⁸³, merci hakimın yasaklı olup olmadığına bakar, yasaklı olduğunu belirlediği takdirde, ayrıca çekinmenin uygun olup olmadığını değerlendirmeden¹⁴⁸⁴, davaya bakacak olan mahkeme veya hakimi görevlendirmekle yetinir¹⁴⁸⁵. Yargıtay da bir kararında, merciin yetkisinin sadece çekinme sebebinin yasal yasaklılığa uygun olup olmadığını belirlemekten ibaret olduğunu, bunun dışında uygunluk denetimi yapmadan hakim görevlendirmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁸⁶. Alman Hukuku'nda da hakimın davaya bakamayacağı haller ile yargılamaya katılamayacak hakime ilişkin hallerin mevcut olduğuna ilişkin tereddüt bulunmadığı hallerde herhangi bir karar verilmesine gerek kalmaksızın hakimın çekinebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁸⁷.

Buna göre, yasaklılığı gerektiren bir nedenin varlığı halinde, hakim bu hususu belirterek davadan çekinecek ve bir hakim görevlendirilmesi için dosyayı ilgili merciye gönderecektir. Mercii, çekinme nedeni olarak ileri sürülen nedene bakacak, bu nedenin yasaklılık nedeni olup olmadığını belirleyecek, böyle olması durumunda, çekinmenin kabul veya reddi konusunda bir karar vermeksizin, davaya bakmak üzere başka bir hakimi görevlendirecektir. Örneğin, hakim, yürüttüğü davanın soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısı olarak görev

¹⁴⁸² Şahin, s. 218.

¹⁴⁸³ Yurtcan, s. 115.

¹⁴⁸⁴ Yaşar, s. 437.

¹⁴⁸⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 370.

¹⁴⁸⁶ Yargıtay 4.CD'nin 14.10.2009 tarihli, 20717/16367 karar sayılı kararı; "Mercii kararının hukuka aykırı olup olmadığı konusuna gelince; C.Y.Y.'nin 30/1 maddesi uyarınca hakim, yasaklılığını gerektiren sebeplere dayanarak çekindiğinde; merci herhangi bir şekilde bu sebebin yerinde olup olmadığını incelemeyen bir başka hakimi veya mahkemeyi görevlendirecektir. Yasal yasaklılık nedeniyle çekinmenin uygun olup olmadığı konusunda yasa koyucu merciye herhangi bir takdir hakkı veya uygunluk denetimi yetkisi vermemiştir. Mercii sadece çekinme sebebine bakacak yasal yasaklılığa ilişkin olduğunu belirlediğinde uygunluk denetimi yapmadan başka bir hakimi görevlendirme kararı verecektir. Somut olayda asliye ceza hakiminin çekinme nedeninin yasal yasaklılığa ilişkin C.Y.Y.'nin 23/1 maddesine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Mercinin, yalnızca görevlendirme kararı vermesi gerekirken nedenin uygunluğunu denetleyerek verdiği çekinmenin yerinde bulunmadığına ilişkin kararın hukuka uygun olmadığı açıktır.", "uyap.gov.tr", erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁴⁸⁷ Ünver/Hakeri, s. 197.

yaptığını ileri sürerek çekinmişse, merci bu sebebin yasal yasaklılık nedeni olduğunu belirlemekle yetinecek, bunun dışında bir inceleme yapmadan yeni bir hakim görevlendirmesi yapacaktır.

Burada şöyle bir sorunla karşılaşılmaktadır. Hakimin yasaklılık nedeni olarak ileri sürdüğü hususun doğru olup olmadığı merci tarafından araştırılacak mıdır? Hakimin aslında tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olması nedeniyle çekinme sebebi olabilecek bir hususu yasaklılık nedeni olarak ileri sürerek çekinmesi durumunda, merci, ileri sürülen nedeninin doğru olup olmadığı denetleyebilecek midir? Örneğin, hakimin daha önce soruşturma sırasında tanık sıfatıyla çağrıldığını, ancak beyanı alınmadan dava açıldığını varsayalım. Bu durumda, hakim tanık olarak dinlendiğini ileri sürerek çekinirse, merci hakimin gerçekten tanık olarak dinlenip dinlenmediğini araştıracak mıdır? CMK'nın 22/1-h maddesi gereğince, daha önce tanık sıfatıyla dinlenmiş olmak yasaklılık nedenidir. Dinleme yapılmadan tanık sıfatıyla çağrılmak ise, yasaklılık nedeni değildir. Olsa olsa bu husus, tarafsızlığı şüpheye düşürecek sebep olduğu gerekçesiyle çekinme veya ret sebebi oluşturabilecektir.

Bu durumda, mercinin bir denetim yetkisinin olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Esasen şunu düşünmek gerekir. Çok daha ağır kararlar vermek durumunda olan ve bu konuda yetkilendirilmiş olan hakime bu konuda yetki vermemek düşünülemez. Bununla beraber, mercinin ortada tarafsızlığı şüpheye düşüren bir sebebin varlığını gördüğü hallerde, çekinmenin ikinci fıkra gereğince uygun olup olmadığına karar verme yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Böylece kanunumuz yasaklılığı gerektiren sebeplerin mevcudiyeti halinde merciyeye çekinmenin uygun olup olmadığına karar vermek yetkisini vermemiş ve fakat mercinin çekinme sebebinin hangi hususa dayandığını araştırma yetkisini tanımış olduğunu kabul etmek gerekecektir¹⁴⁸⁸.

Kanaatimizce, çekinmeyi inceleyecek olan mercinin, ileri sürülen yasaklılık nedeninin olup olmadığını denetlemesi doğru olacak, bu nedenin doğru olması durumunda ise, başka bir hakimi davaya bakmakla görevlendirecektir. Aksi düşüncenin kabulü halinde, hakimin yasaklılık nedeni olarak ileri sürdüğü husus denetim dışı kalacaktır.

¹⁴⁸⁸ Ünver/Hakeri, s. 198.

3.2.2.Tarafsızlığı Şüpheye Düşüren Sebeplere Dayalı Olarak Çekinmede İnceleme Usulü

Hakim, baktığı davada tarafsız kalamayacağını belirterek çekinirse, bu çekinme merci tarafından incelenecek ve çekinmenin uygun olup olmadığına karar verilecektir¹⁴⁸⁹. Bu merci ret talebini incelemeye yetkili olan mercidir.

Çekinme yargıcın takdirinde olmadığından, kendiliğinden sonuç doğurmaz. Reddi incelemeye yetkili mahkemenin, çekinme nedenlerinin yerinde olup olmadığına ilişkin karar vermesi gerekir¹⁴⁹⁰. Çekinme isteminin nasıl inceleneceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu incelemenin iki yönü mevcuttur. Mahkeme ilk olarak öne sürülen nedenin var olup olmadığını inceleyecek ve daha sonra da yerindelik denetimi yaparak var olduğu saptanan nedenin muhakemenin objektif biçimde yürütülüp sonuçlandırılmasına etkisi olup olmadığını değerlendirecektir¹⁴⁹¹. Madde gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir¹⁴⁹². Yargıtay da bu yönde uygulama yapmaktadır¹⁴⁹³.

3.3.Çekinme Talebinin İncelenmesi Sonucu Verilecek Kararlar

Yukarıda irdelendiği üzere yasaklılık nedenleri ileri sürülerek çekinilmesi halinde, merci, sebebin yasaklılık nedeni olup olmadığını belirleyecek, bunun dışında bir uygunluk denetimi yapamayacaktır. İleri sürülen nedenin yasaklılık nedeni olduğunun belirlenmesi durumunda, başkaca bir karar verilmeksizin, davaya bakacak başka bir hakim belirlenecektir.

¹⁴⁸⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 370.

¹⁴⁹⁰ Yaşar, s. 437.

¹⁴⁹¹ Ömeroğlu, s. 78.

¹⁴⁹² “Çekinme, hâkimin kişisel takdiri içinde olmadığından kendiliğinden sonuç doğurmaz. 28 inci maddede belirtilen reddi incelemeye yetkili mahkeme bildirilen nedenlerin yerinde olup olmadığına karar verecektir.”, “ceza-bb.adalet.gov.tr”, erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁴⁹³ Yargıtay 18.CD'nin 07.12.2015 tarihli, 2015/10441-12790 esas ve karar sayılı kararı; “Hakimin davaya bakamayacağı hallerin düzenlendiği CMK'nın 22. maddesinde sınırlı olarak sayılan hallerin bulunması nedeniyle, davaya bakan hakimin çekinmesi durumunda, CMK'nın 30/1. maddesi uyarınca merciin, bir başka hâkimi veya mahkemeyi davaya bakmakla görevlendirmesinin yasal bir zorunluluk olmasına karşın, CMK'nın 30/2. maddesine göre, hâkim, tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler ileri sürerek çekindiğinde, merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verecek ve çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkemeyi görevlendirecektir. Kanun koyucu CMK'nın 30/2. maddesindeki durumda, hakime çekinmesinin somut olaya uygun olup olmadığını değerlendirerek, karar vermesi için takdir hakkı tanımıştır...”, “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 10.11.2017.

Hakim, tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlerin olduğunu ileri sürerek çekinirse, bu çekinme kendiliğinden hüküm doğurmayacak ve merci tarafından incelenecektir. Bu merci, ret konusunda karar verecek merci ile aynıdır¹⁴⁹⁴.

Hakimin çekinme isteği, merci tarafından kabul edilmezse, bu hakim görevine devam edecek¹⁴⁹⁵, ancak çekinme talebi uygun görülürse, merci, davaya bakacak olan mahkeme veya hakimi tayin edecektir (m. 30/2)¹⁴⁹⁶.

Hakimin çekinmesi üzerine merci tarafından verilecek kararlara karşı kanun yolunun açık olup olmadığı yönünde yasada bir düzenleme yapılmamıştır. Yasada açık bir düzenleme olmadığından, bu kararlara karşı CMK'nın 267. maddesinde düzenlenen itiraz yolunun açık olduğunu kabul etmek gerekir.

3.4.Çekinen Hakimin İşlemlerinin Geçerliliği

Hakimin davadan çekinme isteğini belirtmesi durumunda yargılamayla ilgili bir işlem yapıp yapamayacağı CMK'nın 30/3. maddesinde gösterilmiş, çekinmek isteyen hakimin ancak gecikmesinde sakınca bulunan işlemleri yapabileceği, bu konuda yasanın 29. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, çekinme talebinde bulunan hakim ancak gecikmesinde sakınca bulunan işlemleri yapabilecektir. Hakim, oturum sırasında çekinme isteğinde bulunursa, bu nedenle oturuma ara verilmeyecek, ancak bu oturumda delillerin tartışılması gibi esaslı işlemler yapılamayacak, sadece gecikmesinde sakınca bulunan işlemler yapılacaktır. Çekinme isteği konusunda bir karar verilmeden, hakim sonraki oturuma katılamayacak, eğer çekinme isteği kabul edilir ve bu hakim gecikmesinde sakınca bulunan işlemle dışında bir işlem yapmış olursa bu işlemler tekrarlanacaktır.

Çekinme isteğinin kabulü halinde gecikmesinde sakınca bulunduğu için yapılan işlemler tekrarlanmayacak¹⁴⁹⁷, ancak, gecikmesinde sakınca olmadığı halde yapılan işlemler, örneğin tanık dinlemesi, yeniden yapılacaktır”.

¹⁴⁹⁴ Şahin, s. 217.

¹⁴⁹⁵ Toroslu, s. 110.

¹⁴⁹⁶ Şahin, s. 218.

¹⁴⁹⁷ Yargıtay 10.CD'nin 20.12.2007 tarihli, 11735/14529 esas ve karar sayılı ilamı;” davadan çekilen hakim tarafından yapılan işlem, gecikmesinde sakınca bulunan durum nedeniyle yapılmış işlemlerden sayılması ve aynı zamanda bir savunma delili niteliğinde olması nedeniyle, tekrarlanması gerekmemektedir.”, Ünver/Hakeri, s. 198.

4.ZABIT KATIPLERİNİN REDDİ

4.1.Kavram

Zabıt, “*tutanak*”, katip ise “*yazman*¹⁴⁹⁸” anlamlarına gelmektedir. Zabıt katibi, “*Zabıt katibi mahkemece tutulan tüm tutanakları hazırlayıp, tutanakları hakimler ile birlikte imzalayan ve mahkemenin kalem işlemlerini yürüten memurdur*¹⁴⁹⁹” şeklinde tanımlanmıştır.

Muhakemenin yürüyüşü için gerekli en önemli sùjelerden biri de, zabıt katibidir¹⁵⁰⁰. O kadar ki, CMK m. 32/1’de hakimın davaya bakamaması ve reddi başlığını taşıyan beşinci bölüm altındaki hükümlerin (CMK m. 22-31) zabıt katipleri hakkında da uygulanacağı düzenlemesi getirilmek suretiyle zabıt katipliğinin önemi dile getirilmiştir¹⁵⁰¹. Buna karşılık, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, açıkça zabıt katiplerini anmamakta; ilk derece mahkemeleri bakımından her mahkemede bir yazı işleri müdürlüğü kurulacağını ve her müdürlükte yeterli sayıda memur bulunacağını düzenlemektedir (5235 s.k. m.24)¹⁵⁰². Zabıt katibi yargıcın önde gelen yardımcısıdır. Mahkeme kalemi adını alan ve mahkemenin büro işlerinin yönetildiği teşkilatı meydana getiren personel arasında birinci derecede rol oynar. Özellikle dosyalama ve yazışmaların yürütülmesinde zabıt katibinin önemli hizmeti geçer. Öte yandan duruşmada yapılanların tutanağa geçirilmesinde yine zabıt katibi görevlidir. Duruşma sözlü olarak yapılsa bile, sonuçta bunlar tutanağa geçirileceğine göre, bunların gerçeğe uygun olması ve işlemleri tam olarak içermesi bakımından, yargılamanın sonucunu etkileyecek niteliktedir. Bu nedenle tutanakların iyi tutulması zabıt katibinin iyi çalışması ile mümkündür¹⁵⁰³.

Duruşmada zabıt katibinin de bulunması lazımdır. Duruşma hakkındaki hükümlere uyulup uyulmadığı ancak duruşma tutanağı ile ispat olunabileceğinden ve bu kısımlara karşı ancak sahtelik iddiası yapılabileceğinden (CMK 222), ceza

¹⁴⁹⁸ “tdk.gov.tr”, erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁴⁹⁹ Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Ankara, Mart 2007, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayını, sayfa 81.

¹⁵⁰⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 373.

¹⁵⁰¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 520.

¹⁵⁰² Ayvaz/Sema Taşpınar, “Zabıt Katiplerinin Reddi”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Özel S: 2009, Basım Yılı 2010, sayfa596.

¹⁵⁰³ Yurtcan, s. 119.

muhakemesinde ifade sahiplerinin imzaları alınmadığından, tutanağın ve dolayısıyla zabıt katibinin rolü büyüktür. Bunun içindir ki zabıt katibinin de hakim gibi tarafsız olması lazımdır ve yine bunun içindir ki zabıt katibinin de hakim için belirlenen hallerde görev yapamaması ve reddinin istenebilmesi kabul edilmiştir¹⁵⁰⁴.

Katip de yargıç gibi bir insandır. Onun da insan ilişkileri vardır. Onun da tarafsızlığını etkileyecek bir çok neden vardır. Kanun adalete gölge düşmemesi, hakimin huzur içinde görevini yapabilmesi için katibin reddini de kabul etmiştir¹⁵⁰⁵.

4.2.Zabıt Katibinin Yasaklılık, Ret ve Çekinme Nedenleri

Zabıt katipleri, hukukçu olmadıkları halde yargılama ve tahkikat faaliyetine neredeyse doğrudan doğruya katılan en önemli yargı görevlileridir¹⁵⁰⁶. Zabıt katibinin duruşma devresinde yerine getirecekleri görevler CMK'nın 188/1, 204, 219, 220 ve 222. maddelerinde gösterilmiştir¹⁵⁰⁷.

CMK'nın 32. maddesi zabıt katibinin reddi ve çekinmesi kurumunu düzenlemiştir. Maddede, çekinme ve redde ilişkin nedenler gösterilmemiş, hakimin yasaklılığı, çekinmesi ve reddine ilişkin bu bölümde (beşinci bölüm) yazılı olan hükümlerin zabıt katipleri hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

Bu nedenle, hakimin reddine ilişkin kanun hükümleri zabıt katipleri hakkında da uygulanır¹⁵⁰⁸. Hakim gibi katip de reddedilebilir ya da katibin kendisi çekilebilir (m. 32/2)¹⁵⁰⁹. Zabıt katibinin hakimle hısımlığı CMK'nın 22. maddesi uyarınca hakimin veya zabıt katibinin görev yapmasını engellemez¹⁵¹⁰.

4.3.Zabıt Katibinin Ret ve Çekinme Usulü

¹⁵⁰⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 244.

¹⁵⁰⁵ Soyaslan, s. 235.

¹⁵⁰⁶ Ayvaz, s. 602.

¹⁵⁰⁷ Parlar, s. 83.

¹⁵⁰⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 183.

¹⁵⁰⁹ Soyaslan, s. 235.

¹⁵¹⁰ Parlar, s. 83.

CMK'nın 32/2. maddesinde, zabıt katibinin reddedilmesi veya kendisinin çekinmesi halinde, bu yöndeki istemlerin yanında çalıştığı mahkeme başkanı veya hakim tarafından verileceği öngörülmüştür¹⁵¹¹.

Eğer, zabıt katibiyle beraber hakim de reddedilmiş ya da çekinmişse, hakimın çekinmesi ve reddi talebini inceleyecek mahkeme, zabıt katibine ilişkin istemi de değerlendirecektir¹⁵¹².

5.SAVCININ REDDİ VE ÇEKİNMESİ

5.1.Savcılık Kurumunun Niteliği

Geniş biçimiyle savcılık, suç işlenmesinden başlayarak, kesin hükme giden süreçte, soruşturmayı yapmak, ceza davası açmak, açtığı ceza davasının kovuşturma evresinde iddia makamını temsil etmek, kanunun gösterdiği hallerde hukuk mahkemesinde dava açmak, idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığını temsil etmek, ceza mahkemelerince verilen ve kesinleşen ilamların infazını sağlamak, noterleri, icra dairelerini ve vezneleri denetlemek gibi idari görevleri olan, yargı örgütü içinde yer alan kurum olarak tanımlanmakta ve bu kurum adına görev yapan kişiye de savcı adı verilmektedir¹⁵¹³.

Kamu adına soruşturma yürüten savcı, niteliği ve yaptığı görevin özellikleri nedeniyle hakimden farklıdır. Bir taraftan iddianame hazırlayarak sanık hakkında iddiada bulunabilmekte, diğer taraftan kovuşturmaya yer olmadığına karar vererek iddiaları bertaraf edebilmektedir. Yargılamanın temelini oluşturan tez-antitez-sentez üçlemesinde iddia eden pozisyonunda bulunan savcı yargılamanın bir tarafıdır. Bu nedenle hüküm verilmesi için yapılan müzakerelere katılamaz ve görüş beyan edemez¹⁵¹⁴.

Savcılık teşkilatı siyasal bir organ olan Adalet Bakanlığı'na bağlı ve yürütme organı içinde idari hiyerarşik bir ilişki içinde görev yapan makam

¹⁵¹¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 183.

¹⁵¹² Ömeroğlu, s. 86.

¹⁵¹³ Saldırım/Mustafa, "Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri", Ankara 2005, Turhan Kitabevi, s.25.

¹⁵¹⁴ Şen/Ersan, "Savcının Tarafsızlığı", "www.haber7.com", 16.01.2016, erişim tarihi 07.11.2017.

itibariyle bir süjedir¹⁵¹⁵. Öteden beri savcıların, yürütme karşısında tam bağımlı olmasa da hakimler gibi bağımsız olamayacağı ileri sürülmektedir¹⁵¹⁶.

Anayasamızda yargıçlık güvencesiyle savcılık güvencesi aynıdır (m.139). Ancak bu, savcıların her yönden yargıçlara benzediği anlamına gelmez. Nitekim Anayasa, yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarını (m.138/1), yargılama yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanıldığını (m.9) ve yargıçların mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre görev yaptıklarını (m.140/2) belirtmesine karşın, savcıların bağımsızlığından söz etmemiştir¹⁵¹⁷.

Anayasada, savcı bağımsızlığından söz edilmemiş olmasa da, savcı, başsavcıdan ve mahkemeden bağımsız olarak görev yapar. Hiçbir kişi veya kurum, savcıya emir veremez. Savcının başsavcılığa bağlı olarak görev ifa etmesi, savcılık makamının bir bütün olarak çalışması, başsavcının savcıların görevlerini değiştirebilme yetkisine sahip olması, her savcının başsavcılığı temsil ediyor olması, başsavcının dava açıp açmama konusunda soruşturmayı yürüten savcıya emir verebileceği anlamına gelmez. Her savcı kararlarını kanunlara ve kendi özgür iradesine göre verir¹⁵¹⁸. Ancak uygulamanın, maalesef, bu yönde olmadığını belirtmek gerekir.

Savcılık teşkilatının yürütme organı içinde yer aldığı konusunda görüşler var ise de, kanaatimizce savcılık teşkilatı yargı organı içinde yer alır. Çünkü, TCK'nın 6. maddesinde, yargı görevi yapanların kimler olduğu sayılırken cumhuriyet savcısı da sayılmıştır. Ayrıca Anayasamızın 139. maddesinin başlığı "*hakimlik ve savcılık*" teminatı olup, anayasamız, hakimler için öngörülen teminatları savcılar için de kabul etmiştir. Bu nedenle, savcıların yargı mensubu olduğu, savcılık teşkilatının da yargı organı içinde yer aldığı kabul edilmelidir.

Ceza muhakemesinde savcılar taraf değildir. Her ne kadar savcı, sanık hakkında dava açan ve iddia makamını temsil eden kişi olsa da, gerek soruşturma ve gerekse yargılama aşamasında, sanık lehine ve aleyhine olan delilleri toplamak, yeri geldiğinde sanık lehine yasa yollarına başvurmak savcının görevidir (CMK

¹⁵¹⁵ Ünver/Hakeri, s. 199.

¹⁵¹⁶ Yavuz, s. 32.

¹⁵¹⁷ Toroslu, s. 114.

¹⁵¹⁸ Eryılmaz/Mesut Bedri, "Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri", Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, 1. Baskı, Sayfa, 389.

m.162/2). Dolayısıyla savcı, aynı zamanda sanığın haklarını korumakla yükümlü olan kişidir¹⁵¹⁹.

Savcı iddia faaliyetini kamu adına yürütür ve bu nedenle savcının düzenlediği iddianamede davacı kısmında kamu hukuku (K.H.) ifadesi yazılır¹⁵²⁰.

5.2.Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları (Budapeşte İlkeleri)

Avrupa Savcıları Konferansı tarafından 31 Mayıs 2005 tarihinde kabul edilmiş bulunan Budapeşte İlkeleri, savcılar için etik kuralları belirlemiş, bu ilkeler Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından Bangolar Yargı Etiği İlkelerinden sonra 10.10.2006 gün ve 424 sayılı kararı ile benimsenmiştir¹⁵²¹:

Bu ilkeler genel olarak incelendiğinde, savcıların ulusal ve uluslararası hukuka uygun olarak, tarafsız ve adil bir şekilde görevlerini yapacakları, görevlerini yaparken insan haklarını koruyacakları, kamu adına ve toplum menfaatini dikkate alarak görev yapacakları, toplumun genel çıkarı ile bireylerin çıkarları arasında adil bir denge kurmaya çalışacakları belirtilmiştir¹⁵²².

Belgede savcılarının tarafsızlıklarına vurgu yapılmış olmakla, savcılarının taraf oldukları yönündeki klasik görüşün terk edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim, savcılarının toplum adına ve kamu yararına görev yaptıklarını dikkate alacakları, toplumun genel çıkarları ile bireylerin özel çıkarları arasında adil denge kurmaya çalışacakları belirtilmiş, bu tespitler ile savcılarının tarafsızlığı vurgulanmak istenmiştir¹⁵²³.

Budapeşte İlkeleri'nde, savcılarının mesleki anlamda davranış kuralları belirtilirken, görevlerini her türlü etkiden bağımsız olarak icra edecekleri, bu kapsamda adaletten ayrılmadan, kimseden korkmadan, kayırma ve önyargı olmaksızın çalışacakları, önündeki olayın tarafları, baskı grupları, basın veya kamuoyu baskısının etkisinde kalmayacakları, eşitlik ilkesine azami özen gösterip

¹⁵¹⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırtı/Özaydın/Akcan/Erden, s. 224.

¹⁵²⁰ Ünver/Hakeri, s. 200.

¹⁵²¹ İçel/Kayıhan, "Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları "Budapeşte İlkeleri" Işığında Savcıyı Ret Sorunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 7, Sayı 14, Güz 2008, sayfa 27.

¹⁵²² "www.hsk.gov.tr", erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁵²³ İçel, s. 28.

ayrımcılık yapmayacakları, kişisel ilişkileri veya mali çıkarlarının görevinin icrasına etki etmesine izin vermeyecekleri, kendisi ve yakınlarının menfaati bulunan olaylarda görev yapmaktan kaçınacakları¹⁵²⁴ ifade edilmiştir.

Görüleceği üzere, bu ilkelerde de doğrudan doğruya veya dolayısıyla savcıların tarafsızlığı vurgulanmaktadır.

İlkelerde, savcıların ceza yargılaması içinde görev yaparken, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkını gözönünde tutacakları, hukuk kurallarına uyarak adil ve tarafsız şekilde çalışacakları, yargılamanın hızlı işlemesi için çaba gösterecekleri, her aşamada masumiyet karinesine saygılı davranacakları, dava ile ilgili tüm delilleri ve sanığın lehine veya aleyhine olan tüm hususları dikkate alarak işlem yapacakları, ilgili kişi hakkındaki iddiaların temelsiz olduğunu görmeleri durumunda dava açmayacakları, açılan davayı adalete uygun şekilde takip edecekleri, kanıtların usule uygun elde edilip edilmediğini denetleyecekleri, yasak yöntemlerle elde edilmiş kanıt varsa bunu kullanmayacakları, bu şekilde delil elde eden kişilerle ilgili gerekli işlemleri yapacakları, silahların eşitliği ilkesini koruyarak davanın tarafları arasında eşit ve adil davranacakları, bu yönde mahkemeye yardımcı olacakları¹⁵²⁵ belirtilmiştir.

İlkelerin özel davranışları düzenleyen kısmında, savcıların üçüncü kişilerden hediye, ödül veya menfaat kabul etmemesi, dürüstlük, adillik ve tarafsızlığını tehlikeye düşürecek bir görevi üstlenmemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵²⁶.

Budapeşte İlkeleri Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından benimsenmiş, YCGK da 20.11.2007 tarih ve E.2007/5-83, K.2007/244 sayılı kararında¹⁵²⁷ bu ilkelere uyulması gerektiğini belirtmiştir¹⁵²⁸.

5.3.Savcılarının Reddi ve Çekinmesi

¹⁵²⁴ “www.hsk.gov.tr”, erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁵²⁵ “www.hsk.gov.tr”, erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁵²⁶ “www.hsk.gov.tr”, erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁵²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.11.2007 tarih ve E.2007/5-83, K.2007/244 sayılı kararı;” “Hakimler ve savcılar kendilerine verilen görev ve tanınan yetkileri, ulusal hukuk normları ile evrensel anlamda kendilerini bağladığında kuşku bulunmayan Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları ”Budapeşte İlkeleri” kurallarına tabi olarak yerine getirmelidirler.”, “uyap.gov.tr”, erişim tarihi 23.08.2017.

¹⁵²⁸ İçel, s. 30.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda savcıların çekinebileceklerine veya reddedilebileceklerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. 2802 sayılı yasada da bu yönde bir hüküm öngörülmemiş, ancak hakim ve savcılar arasında bir ayırım yapmaksızın bunların tarafsızlığını sağlamaya yönelik kurallar öngörülmüştür¹⁵²⁹. Bunun (savcıların reddi hususunun), (sınırlı ve katı ölçülere bağlı olsa da) düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü somut bir muhakemede bu tür bir nedenin söz konusu olması çok olağandır ve maddi gerçeğin hukuka uygun biçimde ortaya çıkarılması ve daha önemlisi de adil bir yargılanma için bu tür bir kurum düzenlenmek zorundadır¹⁵³⁰.

CMK'da, redde ve çekinmeye ilişkin kurallar, sadece hakimler, bilirkişiler ve zabıt katipleri için öngörülmüştür. Cumhuriyet Savcılarının tarafsızlığını güvence altına almaya yönelik bir düzenleme ise yoktur. Cumhuriyet Savcısının, suçtan zarar gördüğü varsayılan devleti temsil etmesi, onun objektif davranması gereğini (CMK 160/2) ortadan kaldırmaz. Cumhuriyet Savcılarının reddine ve çekinmesine ilişkin boşluğun, yasa koyucu tarafından bilerek bırakıldığı kabul edilmiş olması, hakim reddine veya çekinmesine ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Yasa koyucunun, anlayış değişikliği yaparak, bu konuyu açıkça düzenlemesi yerinde olacaktır¹⁵³¹.

Klasik görüş, ceza yargılamasında, yargılama görevi ile iddia görevinin farklı olduğunu, dolayısıyla iddia görevini yerine getiren savcı hakkında, yargılama görevini yerine getiren hakimlerle ilgili hükümlerin uygulanamayacağını, bu yönüyle hakim reddi ve çekinmesine ilişkin hükümlerin savcı hakkında uygulanamayacağını ileri sürer ve savcının taraf olduğu ön kabulünden hareket eder. Savcının taraf olduğunu kabul etmeyenler ise, hakim yasaklanmasını gerektiren nedenlerin bulunması durumunda, savcının da görevden yasaklanması gerektiğini, ancak tarafsızlığı kuşkuya düşüren nedenlerden dolayı savcının reddinin doğru olmadığını, çünkü bu gerekçenin savcının görevi ve temsil ettiği makamla uyuşmayacağını savunurlar¹⁵³².

¹⁵²⁹ Yiğit/Uğur, "Anayasal İlkeler ve Etik Kuralları Çerçevesinde Savcının Soruşturma ve Davadan Reddi İle Çekinmesi", TBB Dergisi, yıl 2009, sayı 85, sayfa 302.

¹⁵³⁰ Ünver/Hakeri, 12.Baskı, s. 194.

¹⁵³¹ Parlar, s. 57.

¹⁵³² İçel, s. 26.

Türk Ceza Yargılama Hukuku'nda, davaya bakmayı engelleyen yasaklılık halleri, ret ve çekinme sebepleri hakimler için öngörülmüş olup, savcılar için bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla, iddia görevini yürüten savcının görevini yapmasını yasaklayan, onun reddine imkan veren veya kendi isteğiyle çekinmesini öngören bir hüküm yoktur. Anayasanın 138. maddesinde de, mahkemelerin bağımsızlığı yönünde hükme yer verilmiştir¹⁵³³.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 42/7. maddesinde, savcıların tarafsızlıklarına ilişkin haklı olarak şüphe duyulmasını gerektirecek hiçbir işe bakamayacakları, yine açılan davanın herhangi bir aşamasında, herhangi bir sıfatla daha önce görev yapmışlarsa ise, bu davada savcılık yapamayacakları belirtilmiştir¹⁵³⁴.

Usul hukukumuz savcıların reddini düzenlememiştir. Bunun sebebi savcıların karar makamı olmayışıdır. Ancak şu da bir gerçektir ki cumhuriyet savcıları da bir insandır. İster hısmılık, ister başka nedenlerle olsun yakınlarının davalarıyla bir şekilde ilgilenecekler, hatta belki sanığın cezalandırılmasını daha çok isteyecekler, böylece objektif de olamayacaklardır¹⁵³⁵. Ancak, yine de yargılama sürecinde önemli rolü nedeniyle savcının tarafsızlığı konusunda çok ciddi şüpheler mevcutsa, Başsavcıdan denetim yapma ve gerekli gördüğü takdirde dosyaya bakan savcüyü değiştirmesinin istenebileceği ifade edilmektedir¹⁵³⁶.

Anayasa Mahkemesi de önüne gelen bir olayda, Türk Ceza Hukukunda Cumhuriyet Savcısının davaya bakamaması ve reddi müessesine yer verilmediğini belirtmiştir. Başvuruya konu olayda, başvuru hakkında, bir Cumhuriyet Savcısına hakaret ettiği iddiasıyla, o Cumhuriyet Savcısı tarafından (ilçedeki diğer Cumhuriyet Savcısı izinde olduğundan) soruşturma başlatılmış, aynı gün dava açılmış ve başvuru cezalandırılmıştır. Başvuru, Cumhuriyet Savcısını HSYK'ya şikayet etmiş, HSYK tarafından bir işlem yapılmamıştır. Bunun üzerine konu bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış, Anayasa Mahkemesi, Türk Hukuku'nda savcının reddine ilişkin hükümlere yer verilmediğini, dolayısıyla savcının mağduru olduğu bir olayla ilgili soruşturma

¹⁵³³ Şen, adı geçen makale.

¹⁵³⁴ Şen, adı geçen makale.

¹⁵³⁵ Soyaslan, s. 236.

¹⁵³⁶ Yavuz, s. 35.

yapması ve dava açmasının yasal açıdan mümkün olduğunu, ancak Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir durumu adil yargılanma hakkı boyutuyla inceleyebileceğini belirtmiştir¹⁵³⁷.

353 sayılı AMKYUK'nun 46. maddesinde askeri savcılarının reddedilemeyeceği, ancak hakimin davaya bakamayacağı haller veya ret sebeplerinden birisinin bulunması durumunda kendilerinin davadan çekinebilecekleri öngörülmüştür. Askeri Yargıtay 2. Dairesi'nin 2004/17 esas ve 2004/17 karar sayılı kararında, dava konusu olayın hazırlık soruşturmasını yürüten, soruşturma sonucunda kamu davasını açan ve yargılama sırasında aynı olayla ilgili tanık olarak beyanda bulunan askeri savcının, aynı davada iddia makamını temsil etmesinin 353 sayılı kanunu'nun 47 ve 37/e maddelerine aykırı olduğunu kabul etmiştir¹⁵³⁸. Bu yasa hükmü varlığını devam ettirmekte ise de, askeri mahkemeler kaldırıldığı için yasa hükmünün pratik bir değeri bulunmamaktadır.

Kanaatimizce yapılması gereken savcılık kurumunun yargı teşkilatı içinde mi, yoksa yürütme teşkilatı içinde mi olduğunu net olarak belirlemek, yargı teşkilatı içinde olduğunun kabul edilmesi durumunda savcılar yönünden de ret ve çekinme müesseselerini kabul etmektir. Cumhuriyet Savcısı sadece dava açan veya kovuşturmaya yer olmadığına karar veren bir kişi değildir. Çok önemli olan bu iki görevin yanı sıra, şartların oluşması durumunda kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar veren, uzlaşma hükümlerinin uygulanmasını yürüten, adli kolluk teşkilatını yöneten, kovuşturma aşamasında gerek delillerin toplanması, gerek koruma tedbirleri ve gerekse esas hüküm bakımından mütalaa veren, verilen hükümle ilgili yasa yoluna müracaat edebilen çok önemli bir sùjedir. Kendi eşi aleyhindeki soruşturmayı yürütüp kovuşturmaya yer olmadığına karar veren veya çocuğuna kötü davrandığını iddia ettiği sınıf öğretmenini tutuklama istemiyle sevkeden bir cumhuriyet savcısının yaptığı işlemler, her ne kadar yasaya ve hukuka uygun olsa da, soruşturmanın taraflarında kuşku uyandıracığı muhakkaktır. Dolayısıyla cumhuriyet savcısının tarafsızlığı çok önemlidir. Bugünkü hukuk açısından değerlendirilirse savcının reddi gibi bir

¹⁵³⁷ Anayasa Mahkemesinin 25.06.2015 tarihli, 2013/3178 sayılı Emin Aydın başvurusu kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 07.11.2017.

¹⁵³⁸ Şen, adı geçen makale.

müessesenin olmadığı açık olup, savcının tarafsız olmadığı konusunda bir düşünce varsa, savcı üzerinde denetim ve gözetim yetkisi olan başsavcıya müracaat edilerek sorun çözülebilecektir.



SONUÇ

Adalet; insan türünün en güzel icatlarından biridir. Bu yönüyle adalet, devletin, güvenliğin, huzurun, barışın temelidir. Bu nedendir ki duruşma salonlarında “*adalet mülkün temelidir*” yazar. Mülk, yani devlet, meşruiyetini adaletten aldığı gibi, devamlılığı da adalet üzerine olması ile mümkündür. Adaletin zıddı olan zulüm ile, yani hukuksuzluk ile, bir devletin varlığını sürdürmesi mümkün değildir.

Adaletin sağlanması, hukuk devletinin en büyük ideali ve amacıdır. Hukuk devleti, bireylerin özgürlük ve güvenlik içinde yaşadıkları, özgürlük için güvenlikten, güvenlik için de özgürlükten vazgeçemedikleri, kim olursa olsun “*egemen*” ve “*güçlü*” den korkmadıkları, gücün değil, hakkın ve hukukun egemen olduğu, en güçlü olan devletin bile hukukla bağlı olduğu sistemin adıdır. İşte bu nedenle, hukuk devletinde adaletin sağlanması en büyük amaçtır.

Adaletin sağlanması, ancak bağımsız yargı ile mümkündür. Bu nedenle, hukuk devletinin en temel özelliklerinden birisi, erkler ayrımıdır. Bu ayrım, erkler arasındaki bir güç mücadelesi için değil, devletin fonksiyonlarını dengeli ve adil bir şekilde yerine getirebilmesi içindir. Bu erklerden biri olan yargı erki de, bağımsız olduğu ölçüde kendisinden bekleneni yerine getirebilecektir. Yargı erkinin görevi, yasama ve yürütme erklerinin üstünde, “*demoklasin kılıcı*” gibi sallanmak olmadığı gibi, yasama ve yürütme erklerinin, evrensel hukuka ve hakkaniyete aykırı olan iş ve işlemlerini aklamak da değildir.

Hukuk devletinin temel özelliklerinden biri olan hukukun üstünlüğünün sağlanması ve adaletin tesisi için, kişilerin korkmadan haklarını arayabilmeleri gerekir. Bunun için hak arama yollarının açık olması gerekli ve zorunlu ise de, yeterli değildir; ayrıca adil yargılanma hakkının da tanınması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkının en önemli güvencesi, tarafsız ve bağımsız mahkemelerdir.

AİHS'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Ülkemiz sözleşmeye taraf olmuş ve sözleşme çerçevesinde kurulmuş olan AİHM'nin yargılama yetkisini kabul etmiştir. Dolayısıyla sözleşme, Anayasamızın 90. maddesi gereğince iç hukukumuzun bir parçası olmuştur. Bu nedenle, sözleşmede adil yargılanma hakkına yönelik düzenlemeler herkesi bağlamaktadır. Nitekim, sözleşme doğrultusunda Anayasamızın 36. maddesinde değişiklik yapılmış ve adil yargılanma hakkı anayasal bir korumaya kavuşmuştur.

Adil yargılanma hakkının en temel unsuru, bireylerin, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanmalarıdır. İşte devletler, adil yargılamayı gerçekleştirmek, mahkemelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak adına çeşitli tedbirler almışlardır. Çalışma konumuz olan hakimin davaya bakamaması ve reddi konusu da, bu kapsamda alınmış tedbirlerden birisidir.

Bireylerin yargılandıkları mahkemelerin bağımsız olduğu, haklarında karar verecek hakimlerin tarafsız olduğu konusunda sahip oldukları inanç çok önemlidir. Bu inanç, verilen kararların, gerek davanın tarafları ve gerekse toplum tarafından kabul edilip içselleştirilmesinde çok önemlidir. Dolayısıyla bağımsız ve tarafsız hakimlerin verdiği kararlar, en başta devletin meşruiyetini sağlamaktadır. Bu nedenle, hakimlerin tarafsız ve bağımsız olması gerekli ve zorunlu ise de, yeterli değildir. Ayrıca davanın tarafları ve kamuoyu nezdinde bu yönde bir izlenim bırakmaları da gerekmektedir. Eğer, bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda bazı şüpheler varsa, gerçekte hakimin ne kadar bağımsız hareket ettiği ve doğru karar verdiğinin bir önemi kalmamaktadır.

İşte bu hususları öngören kanun koyucu, ceza yargılaması için bazı hallerde hakimin davaya bakamayacağını öngörmüştür. Bu hallerin varlığı halinde, hakim davaya bakmaktan yasaklı olup, bunun gözardı edilmesi, esnetilmesi mümkün değildir. Çünkü buradaki kanunun koyucunun kabulü, aksi ispat edilemeyen yasal bir faraziyedir. Kanunda sayılan haller varsa, hakim davaya bakamayacaktır. Bu nedenle bu haller sınırlı olarak sayılmıştır.

Yine kanun koyucu, tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedenlerin varlığı halinde hakimin reddebilebilmesi imkanını sunmuştur. İşin doğası gereği, tarafsızlığın hangi hallerde şüpheye düşebileceği hususunun önceden belirlenmesi ve sayılması mümkün değildir. Bu nedenle, her somut olayda bu husus

değerlendirilecektir. Burada, tarafsızlığın şüpheye düştüğü şeklindeki soyut bir düşünce veya inanç yeterli değildir; aksine bunu kanıtlayacak delil ve olguların olması gerekmektedir. Tarafsızlık, salt hakimin iç dünyasına yönelik bir durum değildir. Tarafsızlık ve bağımsızlık, birbirine yakın içeriklere sahip olsa da ayrı kavramlar olup, bağımsızlık ile genel anlamda mahkemelerin kurumsal bağımsızlığı, tarafsızlık ile hakimin kişisel bağımsızlığı kastedilmektedir. Dolayısıyla tarafsızlığın sağlanması konusunda, hakimin davanın taraflarına eşit mesafede olması yetmemekte, mahkemelerin de kurum olarak bağımsızlığının bulunması gerekmektedir. Konunun asıl önemli ve sıkıntılı yanı da burasıdır. Bağımsızlık ve tarafsızlığın bulunup bulunmadığı incelenirken, hakimlerin atanması, terfisi, denetimi, mali hakları, görev güvencesi, mahkemelerin kurulması, giderlerinin karşılanması gibi hususlar önem kazanmaktadır. İşte, hakimlerin işe alınması, mali haklarının belirlenmesi, haklarında işlem yapmaya yetkili kurulların oluşumunda yürütme veya yasama organlarının yetkili ve etkili olması durumunda, yargının kurumsal olarak bağımsızlığı zora girecektir.

Kanun koyucu, tarafsız kalamayacağını düşündüğü durumlarda, hakime, kendi kendini reddetmesi, yani çekinmesi hakkı tanımıştır. Bu nedenler de sayılmamış, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.

Çalışmamızın kimi yerlerinde değinildiği gibi, tarafsızlık ve bağımsızlığın sağlanması konusundaki düzenlemelerin yasal metinlerde bulunması yeterli değildir. Asıl önemli olan, fiili durumdur. Fiili durum da, tarafsızlık ve bağımsızlığın sağlanmasında öngörülen güvencelerdir. Yeterli güvenceye sahip olmayan hakimin, bağımsız olması, tarafsız kalması düşünülemez.

Yukarıda belirtildiği üzere, adaletin sağlanması, hukuk devletinin en büyük amacıdır. Bu amacın gerçekleşmesi için anayasal ve yasal düzenlemelerin bulunması gerekli ve zorunlu ise de yeterli değildir. Aynı zamanda, hukuk devletinin varlığını isteyecek, hukukun üstünlüğünü savunacak, hukuku ve adalet idesini içselleştirecek demokratik olgunluğa sahip bireylerin ve toplumun da olması gerekmektedir. Adaletin sağlanmasının en önemli unsurlarından birisi olan tarafsızlık ve bağımsızlık için kişilerin demokrasi ve hukukun üstünlüğüne olan inançları, daha genel anlamda demokratik kültür düzeyleri önem kazanmaktadır.

Gerek karar verme durumunda olan hakimlerin, gerek bu kararın ilk muhatabı olan davanın taraflarının ve gerekse geniş anlamda kararın muhatabı olan tüm toplumun adalet idesine sahip olmaması, “*benim lehime veya egemen gücün isteğine uygunsuz her şey mübahtır*” anlayışında olması durumunda adalet yara alacaktır. Böyle bir durumda verilen kararlar, dar anlamda davanın taraflarını, geniş anlamda toplumu tatmin etmeyecek ve bundan devletin meşruiyeti zarar görecektir. İşte bu meşruiyetin zarar görmemesi için, tarafsızlığı ve bağımsızlığı zedeleyen, tartışılır hale getiren uygulamaların düzeltilmesi gerekmektedir.



KAYNAKÇA

-Adalet Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi, “adalet.gov.tr”.

-Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı Resmi İnternet Sitesi, “inhak.adalet.gov.tr”.

-Akcan/Recep, Kaya/Cemil, “Medeni ve İdari Yargıda Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi”, İÜHFD, C.LXVIII, sayı 1-2, yıl 2010.

-Akgül/Mehmet Emin, “ Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, Ankara BD, Yıl:68 Sayı: 2010/4.

-Akgündüz/Said Nuri, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, dergiabant (AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi), Güz 2016, Cilt:4, Sayı:8.

-Akıncı/Müslüm, “Yargı Erki ve Sorumluluğu”, TAAD, Cilt 1, Yıl 1, Sayı 3, Ekim 2010.

-Akil/Cenk, “Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü”, Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi, 2(1) 2012.

-Akkaş/Ahmet Hulusi, “Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi”, Adalet Yayınevi,1. Baskı, Ankara 2016.

-Akkaya/Hikmet Murat, “AİHM’İN Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İle İlgili Bir Kararı ve Olası Sorunlar”, TAAD, Yıl:7, Sayı:26, Nisan 2016.

-Akıllıoğlu/Tekin, “Temel Belgelerde İnsan Haklar, cilt I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri”, AÜ SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.

-Aliefendioğlu/Yılmaz, “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2001, Sayı 2.

-Aliefendioğlu/Yılmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Adil Yargılanma Hakkı”, Anayasa Yargısı Dergisi, “anayasa.gov.tr”.

-“Alman Anayasa Mahkemesi’nin Hakimin Reddine İlişkin 1 BvR 471/10 sayılı ve 26.02.2014 tarihli kararı”, Çevirenler İhsan Yılmaz Bayraktarlı ve Ahmet Hulusi Akkaş, Küresel Bakış Dergisi, Yıl 6, Sayı 20, Haziran 2016.

-Altıparmak/Cüneyt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, TBB Dergisi, Sayı 63, Yıl 2006.

-Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi “anayasa.gov.tr”.

-Ankara Barosu Resmi İnternet Sitesi.

-Aras/Bahattin, “Yasamanın Bilgi Edinme ve Denetimi Yollarının Yargı Bağımsızlığına Etkileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, cilt 1, yıl 2, sayı 7, Ekim 2011.

-Arslan/Osman, 2007-2008 adli yıl açılış konuşması, “yargıtay gov tr”.

-Aslan/Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, İlahiyat Yayınları, Ankara 2005.

-Aslan/Taner, “Osmanlı Devletinin Siyasi ve İdari Tarihinde Adalet ve Müsavat Meselesi”, Akademik Bakış Dergisi, sayı 21, temmuz-ağustos-eylül 2010.

-Atalay/İbrahim Orkun, “Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme”. EÜHFD, C. XI, sayı 3-4, yıl 2007.

-Atay/Ender Ethem, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XVII, Yıl 2013, Sa. 1-2.

-Avcı/Mustafa, “Mecelle’ye göre Hakimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl 7, sayı 27, temmuz 2016.

-Aydos/Oğuz Sadık, “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, Gazi Üniversitesi HFD.

-Ayvaz/Sema Taşpınar, “Zabıt Katiplerinin Reddi”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Özel S: 2009, Basım Yılı 2010.

-Azrak/Ülkü, “İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Teorik Bir Deneme”, İÜHFM, C. 34, S. 1-4, Yıl 1969.

-Bahriyeli/Kemal, Türk Ceza Kanunu’nda Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

-Başaran/Başar, “Adil Yargılanma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.

-Başbakanlık Resmi İnternet Sitesi, ”mevzuat.gov.tr”.

-Başbüyük/İsa, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan.

-Baygın/Cem, “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, AÜEHFD, cilt 6, sayı 1-4, yıl 2002.

-Bayraktarl/İhsan Yılmaz, “Alman Siyasal Sisteminde Erkler Ayrıllığı Bağlamında Yargı ve Siyasi Erkin Yakın İlişkisi”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

-Beccaria/Cesare, “Suçlar ve Cezalar Hakkında”, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Haziran 2016, sayfa 25. (İtalyanca aslından çeviren Sami Selçuk).

-Beder/Bülent, Altundiş/Mehmet, “Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi”, Yasama Dergisi, Yıl 2009, Sayı 13.

-Berki/Ali Himmet, “İslamda Kaza Tarihi”, AÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, yıl 1969, cilt 17, sayı 1.

-Berki/Şakir, “Medeni Kanunda Nesep Hısımlığı”, www.dergiler.ankara.edu.tr”.

-Beulke/Werner, Strafprozessrecht, 12. Aufleg, C.F.Müller Yayınevi, Sayfa 49.

-Bozatay/Şeniz Anbarlı, Demir/Konur Alp, “Osmanlı Adli ve İdari Sisteminde Kadılık: Kurumsal Bir Değerlendirme”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Haziran 2014, Cilt 6, Sayı 10.

-Centel/Nur, Zafer/Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

-Centel/Nur, “Hakimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, “nurcentel.com”.

-Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Ankara, Mart 2007, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayını.

-“ceza-bb.adalet.gov.tr” internet sitesi.

-Conen/Tsambikakis, Münchener Kommentar zur StPO, 1. Auflage 2014.

-Çağlayan/Muhtar, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, Olgaç Matbaası, Ankara 1980.

-Çakmak/Seyfullah, “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Bazı Avrupa Birliği Ülkelerinde Yargı Kurulları”, TAA Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 11 (Ekim 2012).

-Çayan/Gökhan, “Adil Yargılanma Hakkı”, Legal Yayınevi, 1. Basım, Şubat 2016.

-Çelik/Abdullah, “Adil Yargılanma Rehberi”, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı 3.

-Çırak/İsmail Çağlayan, “Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı”, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksel Lisans Tezi, Yıl 2010.

-Çoban/Ali Rıza, “Anayasa Mahkemesi: Anayasanın Yorumlayıcısı mı Yoksa Bireysel Hakların Koruyucusu mu?”, Anayasa Yargısı Dergisi,yıl 2014, sayı 31.

-Çon/Ömer, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi”, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

-Çulha/Rifat, Demirağ/Fahrettin, Nuhoglu/Ayşe, Oktar/Salih, Tezcan/Durmuş, “Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı”, Editör; Feridun Yenisey, Bilge Yayınları, Ankara 2017.

-Danıştay Resmi İnternet Sitesi, “daniştay.gov.tr”.

-Değirmenci/Olgun, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, Sayı 77, yıl 2008.

-Demirkol/Selami,”Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Adil Yargılanma Hakkı”, Danıştay Resmi İnternet Sitesi.

-Develioğlu/Ferit, “Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat”, Aydın Kitabevi Yayınları, 26. Baskı, Ankara 2010, sayfa 360.

-“dictionary.cambridge.org” internet sitesi.

-Dinler/Veyssel, “Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı”, Süleyman Demirel Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, Kasım 2013.

-Doğru/Osman, Nalbant/Atilla, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar”, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi Yayınları, yıl 2012.

-Donay/Süheyl, “Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku”, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2015.

-Dönmez/Burcu, “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007.

-Durhan/İbrahim, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Gelişmeler”, EÜHFD, C. XII, S. 3–4 (2008).

-Dursun/Hasan, “Erkler Ayrılığı ve Hakim Bağımsızlığı”, TBB Dergisi, Sayı 80, Yıl 2009.

-Dursun/Hasan (Çeviren), “Avrupa Yargı Kurulları Ağı: Yargı, Toplum ve Medya Raporu (2011-2012), Küresel Bakış Dergisi, Yıl 3, Sayı 8, Ocak 2013.

-Dursun/Suat, “Hakimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar”, Yaklaşım Yayıncılık, Temmuz 2007.

-Dutertre/Gilles, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003.

-www.echr.coe.int”.

-Erdal/Meryem, “Herkesin Yargısı Kendine, Demokratikleşme Sürecinde Basının Yargı Algısı”, Tesev Yayınları, Şubat 2010.

-Erdem/Fazıl Hüsnu, “Yargının Siyasi İktidar ve Devlet İktidarı Karşısında Bağımsızlığı Sorunu”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, yıl 3, sayı 6, eylül 2005.

-Erem/Faruk, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu-Şerh”, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1996.

-Erdoğan/Mustafa, “Anayasal Demokrasi”, Siyasal Kitabevi, 12. Baskı, Ankara 2015.

-Erdoğan/M.Zafer, “Hakimlerin Tarafsızlığı”, Adalet Dergisi, Yıl 2004, Sayı 18.

-Ergül/Ozan, “Anayasa Mahkemesi ve Hakim Tarafsızlığı”, TBB Dergisi, sayı 54, yıl 2004.

-Erol/Mesut, “Kanada’da Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı”, TBB Dergisi, Sayı 86, Yıl 2009.

-Eryılmaz/Mesut Bedri, “Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, 1. Baskı.

-Fendoğlu/Hasan Tahsin, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

-Fendoğlu/Hasan Tahsin, “Adli Kolluk Üzerine”, Yargıtay Dergisi, S. 1-2, C. 23, Ocak-Nisan, 1997.

-Fendoğlu/Hasan Tahsin, “İnsan Hakları Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

-Fukuyama/Francis, “Tarihin Sonu ve Son İnsan”, Çeviren; Zülfü Dicleli, Profil Yayınları, 6. Baskı, 2016.

-Fukuyama/Francis, “Siyasi Düzenin Kökleri”, Çeviren; Ezgi Başer, Profil Yayınları, 1. Baskı, Mart 2016.

-Genel/Fatma, “Adalet Teriminin Tekamülü ve Kazandığı Anlamlar”, Kelam Araştırmaları Dergisi, Yıl 2012, Sayı 10:2, Sayfa 122.

-Germeç/Mahir Ersin, “ Ülkemizde Yargı Bağımsız Mı? Yargıçlar Güvenceli Mi?”, Bursa Barosu Dergisi, Sayı 80.

-Gezgin/Suat, “Medyanın Toplumsal İşlevi ve Kamuoyu Oluşumu”, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, C.1, S.12, Yıl 1995.

-Gökçen/Ahmet, Balcı/Murat, Alşahin/M.Emin, Çakır/Kerim, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, 2. Baskı, Cilt 2.

-Göktürk/Neslihan, “Yalan Tanıklık Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016.

-Gözübüyük/A.Şeref, Gölcüklü/Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, Turhan Kitabevi, 11. Basım, Ankara 2016.

-Gölcüklü/Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama”, AÜSBF Dergisi, Yıl 1994, Cilt 49, Sayı 1-4.

-Gönenç/Levent, “Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, TEPAV Yayınları, Yıl 2011.

-Gören/Zafer, “Anayasa Hukuku”, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015.

-Gözler/Kemal, “Devletin Genel Teorisi”, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos 2016.

-Gözler/Kemal, “Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, *TODAİE İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, Cilt 21-22, 1999-2000.

-Gözler/Kemal, “Kurucu İktidar”, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Bursa, Mart 2016.

-Gözler/Kemal, “anayasa gen tr”, internet sitesi, erişim tarihi 08.09.2017.

-Gün/Mehmet, “Türkiye’nin Orta Demokrasi Sorunları ve Çözüm Yolu”, Gün +, Nisan 2018.

-Gürbüz/Gökhan, “Sosyal Medya ve Demokrasi İlişkisi:Türkiye’de Sosyal Medyanın Katılımcı Demokrasiye Etkisi Üzerine bir Alan Araştırması”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo, Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.

-Hakimler ve Savcılar Kurulu Resmi İnternet Sitesi, “hsk.gov.tr.”.

-Hannich/Rolf, *Karlsruher Kommentar Strafprozess-ordnung*, 6. Auflage, 2008, C.H. Beck München Yayınevi.

-“hudoc.echr.coe.int/tur”.

-Ianucenco/Alina, “Adli Sistemin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Mesuliyeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, yıl 2010, sayı 27.

-İçel/Kayıhan, “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri” Işığında Savcıyı Ret Sorunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 7, Sayı 14, Güz 2008.

-İhlas Haber Ajansı İnternet Sitesi.

-İlhan/Cengiz, “Günümüz Türkçe’siyle Mecelle”, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2014.

-İnceoğlu/ Sibel, “İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı”, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2013.

-İnceoğlu/Sibel, “Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri”, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2008.

-Kaboğlu/İbrahim Özden, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı”, Sempozyum sunumu, TBB Yayınları, Aralık 2004.

-Kalem/Seda, “Adalet Gözet, Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010.

-Kapani/Münci, “İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1956.

-Kapani/Münci, “ Kamu Hürriyetleri”, Ankara 1993, Yetkin Yayınları, 1993.

-Karabacak/Hakan, “Hukukun Üstünlüğü ve İyi Yönetişim”, “www.deu.edu.tr.”

-Karakehya/Hakan, Arabacı/Murat, ” Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”, “dergiler.ankara.edu.tr”.

-Karakehya/Hakan, Arabacı/Murat, “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Önemi, Hukuki Statüsü Ve Müdafiliğe İlişkin Problemler”, TAAD, Yıl:6, Sayı:22 (Temmuz 2015).

-Kardaş/H.Ümit, Çıngı/Mehmet, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Legal Yayınları, 1. Baskı, 2014.

-Kaşıkara/M.Serhat, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye”, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

-Kaşıkara/M.Serhat, “Makul Süre İçinde Yargılanma Hakkı”, TBB Dergisi, Sayı 84, 2009.

-Kaşıkara/M.Serhat, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medenî Hak ve Yükümlülük Kavramı” TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4 (20 Ocak 2011).

-Katoğlu/Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, 61 (2) 2012.

-Keyman/Selahattin, “Ceza Muhakemesinde Savcılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.

-Kırmaz/Birol, “Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı”, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, 1. Baskı.

-Kindhauser, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Nomos Kitabevi.

-Koç/Nevzat, “Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, özel sayı, cilt 7.

-Koç/Yunus, Tuğluca/Murat, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 2, 2006 (Güz).

-Konan/Belkıs, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sayı 4.

-Kumkumoğlu/Kemal, Kumkumoğlu/Ahmet Kemal, “HSYK’nın 1961 ve 1962 Anayasaları’ndaki Durumu”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

-Kunter/Nurullah, Yenisey/Feridun, Nuhoğlu/Ayşe, “ Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, Beta Yayınları, 16. Baskı.

-Kuran’ı Kerim Türkçe Meali, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.

-Küçükyağcı/Nazmi, “ Geçmişten Günümüze Türk Yargı Sistemi ve Yargı Bürokrasisi”, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Nisan 2012.

-Memiş/Emin, “Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011)-Anayasa Hukuku Notları”, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, 6. Baskı.

-Meran/Necati, “Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar”, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara 2006.

-Metin/Yüksel, Alp/Erhan, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Mahkemeler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.2, S.2, Yıl 2012.

-Meyer/GoBner/Schmitt, Strafprozess-ordnung, 60. Auflage 2017.

-Mızrak/Dilan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Kapsamında Mahkemelerin Objektif Açından Tarafsızlığı İlkesi”, Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2006.

-Mogoeng/Mogoeng, “Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü”(Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı), Anayasa Yargısı Dergisi, yıl 2014, sayı 31.

-Mole/Naula, Harby/Catharina,”Adil Yargılanma Hakkı”, İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3, Birinci Baskı, Ekim 2001.

-Odyakmaz/Zehra, “Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı 25, Yıl 2008.

-Oxford Dictionary,” www.dictionary.cambridge.org,”

-Ortaylı/İlber, “Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi”, A.Ü.SBF Dergisi, yıl 1975, cilt 30, sayı 1.

-Öden/Merih, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, Ankara Üniversitesi Dergiler Veri Tabanı, “www.dergiler.ankara.edu.tr.”

-Ömeroğlu/Ömer, “Ceza Yargılamasında Yargıcın Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 1994/4.

-Ömeroğlu/Ömer, “Ceza Muhakemesinde Hakim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi”, Ekin Yayınları, yıl 2012.

-Özar/Süleyman, “Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Adalet Bakanı’nın HSYK ve Cumhuriyet Savcısı İle Arasındaki İlişkinin Hukuki Esas ve Kapsamı”, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 17 (Nisan 2014).

-Özbek/Veli Özer, Doğan/Koray, Bacaksız/Pınar, Tepe/İlker, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2017.

-Özbudun/Ergun, “Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı.

-Özbudun/Ergun, “Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Mart 2014.

-Özbudun/Ergun, “Anayasalcılık ve Demokrasi”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Mart 2017.

-Özen/Muharrem, ”Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 2010/1.

-Özer/Atilla, “Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı”, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

-Özer/Atilla, “Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu”, Anayasa Yargısı Dergisi, “anayasa.gov.tr”.

-Özgül/Mecit, “6087 Sayılı HSYK Kanunu Uyarınca Yeni Denetim Modeli”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl 2012, sayı 43, sayfa 1-12.

-Özkan/İrem Burcu, “Uluslararası Yargı ve Savcı Etiği”, “umut.org.tr”.

-Özkan/Gürsel, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu”, TAA Dergisi, Nisan 2010, Sayı 1.

-Özkorkurt/Nevin Ünal, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, AÜHFD, Yıl 2008.

-Özkul/Fatih, “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2016, sayı 3.

-Özok/Özdemir, “Hukuk Devleti ve Yargı Bağımsızlığı”, TBB Dergisi, Sayı 84, yıl, 2009.

-Öztürk/Bahri, Tezcan/Durmuş, Erdem/Mustafa Ruhan, Sırma/Özge, Kırıt/Yasemin F. Saygılar, Özaydın/Özdem, Akcan/ Esra Alan, Erden/Efser, “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2015.

-Öztürk/Bahri, Erdem/Mustafa Ruhan, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara 2008.

-Öztürk/Yaşar Nuri, “Türkçe Kuran Meali”, Bakara Suresi, 188. Ayet.

-Palabıyık/Hakan, “Çeşitli Ülke Anayasalarında Hâkimlik Savcılık Mesleği ile Hâkimlik Savcılık Teminatının Düzenlenişi”, TBMM Araştırma Merkezi, Kasım 2011.

-Palavriç/Seada, “Yargı Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı 27, Yıl 2010.

-Parlar/Ali, “Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi”, Bilge Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2017.

-Pehlivan/Ali, “Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi”, “Prof.Dr.Nur Centel’e Armağan”, “www.dergipark.gov.tr.”

-Pfeiffer/Gerd, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage, C.H.Beck München Yayınevi.

-Pfeiffer, StrafprozeBordnung, 5. Auflage 2005.

-Polater/Yusuf Ziya, “Adli Kolluk-Savcı İlişkisi ve Soruşturmalara Etkisi”, TBB Dergisi, yıl 2015, sayı 120.

-Pınar/Atilla, “Türk Hukuku’nda Hakimin Vasıfları, Ahlak ve Adabı”. TBB Dergisi, sayı 104, Ankara 2013.

- Ramazanoğlu/Yıldırım M., “Farklı Bir Bakışla Anayasa Gerçeği”, Nisan 2012, “tbmm.gov.tr”.
- Resmi Gazete İnternet Sitesi.
- Roxin/Schünemann, Strafverfahrens-recht, 29. Auflage, C.H.Beck Yayınevi.
- Saldırım/Mustafa, “Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri”, Ankara 2005, Turhan Kitabevi.
- Sancar/Mithat, Atılgan/Eylem Ümit, “ Adalet Biraz Es Geçiliyor; Demokratikleşme Sürecinde Hakim ve Savcılar”, TESEV Yayınları, Mayıs 2009.
- Sarı/Cengiz, “Hakimlerin Hesap Verebilirliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl 5, sayı 17, nisan 2014.
- Scheuten, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessord-nung, 7. Auflage 2013.
- Selçuk/Sami, Suçun Sınırları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 1, Sayı 3.
- Selçuk/Sami, “Yargı Bağımsızlığı”, TBB Dergisi, Yıl, 1997, Sayı 2.
- Selçuk/Sami, “Bağımsız Yargı Özgür Düşünce”, İmge Kitabevi, Mart 2007.
- Selçuk/Sami, “Adalet ve Yaşayan Hukuk”, İmge Kitabevi, Ağustos 2009.
- Sever/Ömer, “Hakimlerin Yükümlülükleri”, www.bilka.org.tr, erişim tarihi 07.11.2017.
- Sezer/Yasin, Ermumcu/Osman, Bilgin/Hüseyin, “Yeni Düzenlemeler Işığında İdari Yargıda Hakimin Çekinmesi ve Reddi”, TAAD, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 5, 20 Nisan 2011.

-Sınar/Hasan, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Yönünden Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Hakkının Tarihsel Temelleri”, TAAD, Yıl:6, Sayı:21 ,Nisan 2015.

-Soyaslan/Doğan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2010.

-Soysal/Mümtaz, “Değişen Egemenlik ve Meşruluk”, Anayasa Yargısı Dergisi, “www.anayasa.gov.tr.”

-Sungurbey/İsmet, Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü, TDK Yayınları, 1966.

-Şahin/Cumhur, “Ceza Muhakemesi Hukuku I”, Seçkin Yayınları, 7. Bası.

-Şafak/Ali, “Kaza, Siham-ı Kazadan Nasıl Kurtarılabilir”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, sayı 7.

-Şahbaz/İbrahim, “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Anayasa Yargısı Dergisi, sayı 25, yıl 2008.

-Şen/Ersan, “Savcının Tarafsızlığı”, “www.haber7.com,” 16.01.2016, erişim tarihi 07.11.2017.

-Şentop/Mustafa, “Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik”, Klasik Yayınları, Birinci Basım, Haziran 2005.

-Şen/Mahmut, “Hakimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4.

-Şimşek/Mürşide, “1982 Anayasası’nda Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Tarafsızlığı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Anayasa Hukuku) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.

-Taneri/Gökhan, “Sosyal Medyada Paylaşım Sorumluluğu”, TAA Dergisi, Yıl:7, Sayı:24 (Ocak 2016).

-Tanör/Bülent, Yüzbaşıoğlu/Necmi, “1982 Anayasa’sına Göre Türk Anayasa Hukuku”, Beta Yayınları, 16. Bası, Ekim 2016.

-Tanör/Bülent, “Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri”, Yapı Kredi Yayınları, 28. Baskı, İstanbul, 2017.

-Taşdelen/Okan, “Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi.

-Tezcan/Durmuş, Erdem/Mustafa Ruhan,Önok/R.Murat, “Uluslar arası Ceza Hukuku”, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2015.

-Tezcan/Durmuş, Erdem/M.Ruhan, Sancakdar/Oğuz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

-Tezcan/Durmuş, ”Hakim Güvenceleri Açısından 26 Haziran 2016 Tarihli Baka-Macaristan Büyük Daire Kararı İle İlgili Bazı Gözlemler”, Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları’na Armağan, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Cilt 65, Özel Sayı, 2016/4.

-Teziç/Erdoğan, “Anayasa Hukuku”, Beta Yayınları, 20. Bası, Nisan 2016.

-Teziç/Erdoğan, Yayla/Yıldızhan, Bayraktar/Köksal, Yurtcan/Erdener, Öztekin/Selçuk, Batur/Süheyl, Yüzbaşıoğlu/Necmi, ”Yargılama Düzeninde Kalite”, TÜSİAD Yayınları, Kasım 1998.

-Toroslu/Nevzat, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 4. Baskı, Ankara 2003, Savaş Yayınevi.

-Toroslu/Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010.

-Tosun/Öztekin, “Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri”, Acar Matbaacılık, 4. Baskı, İstanbul 1984, Cilt 1.

-Turan/Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının Avrupa Sözleşmesindeki Yeri ve Önemi” , TBB Dergisi, sayı 84, yıl 2009.

-Turan/Hüseyin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11 (Ekim 2012).

-Turan/Hüseyin, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2016.

-Turhan/Mehmet, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, “anayasa.gov.tr”.

-Turhan/Mehmet, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 62-3.

-Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, sayfa 192-193.

-Tutumlu/Mehmet Akif, “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V” Sempozyum Bildirileri”, İstanbul Barosu Yayınları, Yıl 2012.

-Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sitesi.

-Türmen/Rıza, 10.08.2009 tarihli Milliyet Gazetesi.

-Türkeri/Ahmet, “Türk Medeni Hukukunda Evlat Edinmenin Hukuki Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

-Tüzüner/Özlem, “Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, yıl 2013, sayı 1.

-Uluslararası Af Örgütü, “Adil Yargılanma Hakkı”, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.

-Umur/Ziya, “Roma Hukuku Ders Notları”, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 1987.

-Uran Murphy/Peri, “Teorik Çerçeve de Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı”, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

-UYAP-Ulusal Yargı Ağı Projesi.

-Uygun/Oktay, “Demokrasi Teorisi”, Onikilevha Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2017.

-Ünal/Şeref, “Yargı Bağımsızlığı”, Amme İdaresi Dergisi, Yıl 2004, sayı 3, cilt 37.

-Ünal/Şeref, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı”, TBMM Kültür , Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları.

-Ünver/Yener, “Adliyeye Karşı Suçlar”, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2012.

-Ünver/Yener, Hakeri/Hakan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, 13. Baskı.

-Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu), Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Raporu, mart 2010, sayfa 3, “www.hsk.gov.tr.”

-Vitkauskas/Dovydas, Dikov/Grigory, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması”, Avrupa Konseyi Yayınları, 1. Baskı, 2012.

-“wikipedia.org.tr”.

-Yanık/Murat, “Yargının Yönetimi ve Denetimi”, Der Yayınları, İstanbul 2014.

-Yanık/Murat, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslar arası Standartlar Işığında HSYK’nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi”, Anayasa Yargısı Dergisi, yıl 2010, sayı 27.

-“Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslar arası Belgeler”, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, Eylül 2004.

-Yargıtay Resmi İnternet Sitesi, “yargitay.gov.tr”.

-Yaşar/Osman, Gökcan/Hasan Tahsin, Artuç/Mustafa, “Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

-Yaşar/Osman, “Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu”, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, Cilt 1.

-Yavuz/Bülent, “Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, Birinci Baskı.

-Yazıcı/Serap, “Yargısal Düğüm: Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler”, Tesev Yayınları, Mayıs 2010.

-Yazır/Elmalı Hamdi, “Kuran’ı Kerim ve Türkçe Meali”, Sefa Yayıncılık.

-Yenidünya/Caner, İçer/Zafer, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

-Yenisey/Feridun, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-Almanca/Türkçe Çeviri”, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2015.

-Yenisey/Feridun, Nuhoglu/Ayşe, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2016.

-Yeşilova/Bilgehan, “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, TBB Dergisi, Yıl 2009, Sayı 86.

-Yıldırım/Akif, “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)”, TAAD, Yıl:7, Sayı:26 (Nisan 2016).

-Yılmaz/M.A.Ejder, “Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri”, “dergiler.ankara.edu.tr”.

-Yılmaz/Halit, “Türkiye’nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009.

-Yiğit/Uğur, “Anayasal İlkeler ve Etik Kuralları Çerçevesinde Savcının Soruşturma ve Davadan Reddi İle Çekinmesi”, TBB Dergisi, yıl 2009, sayı 85.

-Yurtcan/Erdener, “Ceza Yargılaması Hukuku”, Adalet Yayınevi, 14. Bası, Ankara 2017.

-Yurtcan/Erdener, “CMK Şerhi”, 4. Bası, Beta Yayınları, Ekim 2005.

-Yurtcan/Erdener, “Cumhuriyet Savcısı ve Ceza Yargıcının El Kitabı”, TBB Yayınları, yıl 2002.

-Yücel/ Mustafa T., “Yargılamada Objektiflik ve Tarafsızlık”, TBB Dergisi, Yıl 2014, Sayı 111.

-Yüksel/Göksel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafî”, makale, “ankarabarusu.org.tr”.

-Yüksel/Hatice, “Uluslar arası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010.

-“zargan.com”, ingilizce sözlük.

