

Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri*

Doç. Dr. Muharrem Özen**

I. GİRİŞ

Devletin en temel görevlerinden biri de adalet dağıtmaktır. Adaletin dağıtımında devlete düşen en temel görev, tarafsızlığı ve eşitliği sağlamaktır. Bilindiği üzere, devletin üç temel erkenden biri yargı erkidir. Yargı erkinin yasama ve yürütme erkleri karşısında işlevini tam olarak yerine getirebilmesi için yargı erkini kullananların yani hâkimlerin bağımsız olması ve bazı güvencelerle donatılması gerekir. Aksi halde en küçük bir etki bile adaletin varlığına zarar verir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için varlığı zorunlu unsurlardan birinin yargı denetimi ve yargı bağımsızlığı olduğu konusunda düşünce birliği bulunmaktadır.¹ Gerçekten hukuk devleti ilkesi ile yargı bağımsızlığı arasında hem yapısal hem de tarihsel bir bağ bulunmaktadır. Bu bağlamda hukuk devletinin, kendini oluşturan yapıcı unsurlarla, insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması ve güvenliğin temin edilmesi şeklinde üç temel değeri gerçekleştirmeyi amaçladığı söylenebilir.²

Yargı bağımsızlığının tam sağlanabilmesi için, yargılama erkini kullanan hâkimin, yasama ve yürütme organı yanında muhakeme içi diğer tüm etki edi-

* Bu Makale Hakem İncelemesinden Geçmiştir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s. 105; ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 1998, s.90,91;

2 CENTEL, Nur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 45.

ci faktörlerin baskısından uzak karar vermesi zorunludur. Yargı erkinin etki ve müdahaleden uzak olarak gerçekleşmesini temin edecek husus ise, hâkimin ve dolayısıyla yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Yargının bağımsızlığı, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesini oluşturmaktadır. Aynı şekilde yargı erkinin bağımsızlığı ve buna bağlı olarak kabul edilen hâkim güvencesi, hak arama özgürlüğünün de odağını oluşturmaktadır.

Bu çalışmamızda demokratik hukuk devletinde vazgeçilmez olan yargı bağımsızlığının Türkiye'deki görünümü ve yansımaları ele alınacaktır. Bu bağlamda, yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesi amacıyla sağlanan güvencelerin nelerden ibaret olduğu ana hatlarıyla ortaya konulacaktır. Son olarak bu güvencelerin yeterli olup olmadığı eleştirel bir bakış açısından değerlendirilecek ve ülkemizde yargı bağımsızlığını zedeleyen düzenleme ve uygulamalara işaret edilecektir.

Yargı bağımsızlığı hem Anayasalarda hem de uluslar arası sözleşmelerde vurgulanmıştır. Bu bağlamda 1982 Anayasası 138 vd maddelerinde yargı bağımsızlığı ve bunu sağlamaya yönelik güvencelere yer vermiştir.

Aynı şekilde AİHS de 6/1.maddesinde herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede makul sürede hakkaniyete uygun ve aleni surette yargılanma hakkına adil yargılanma hakkının unsurları olarak vurgu yapmaktadır. AİHS ni uygulayan AİHM de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının anlam ve kapsam ve sınırlarını içtihatlarıyla ortaya koymaktadır. AİHM içtihatlarına göre, bağımsızlık, mahkemenin yasama ve yürütme organlarının etki ve baskısı altında kalmaksızın, taraflarla her hangi bir bağının bulunmamasını ve hakimlerin görevlerini yaparken emir ve talimat almamalarını zorunlu kılmaktadır. Bir başka anlatımla AİHM'nin içtihatlarına göre, mahkemelerin bağımsızlığından söz edebilmek için, başka bir kişiden, kuruluş veya organdan talimat almaması, özellikle yürütme organı ve uyuşmazlığın taraflarının etkisinde kalmaması gerekir.³

Yargı bağımsızlığı kuşkusuz kuvvetler ayrılığının ve hukuk devletinin de zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴ Gerçekten demokratik hukuk devletinin birincil koşulu kuvvetler ayrılığı ve denkliği ilkesi, yargının öncelikle yasama ve yürütme organına karşı bağımsızlığını içermektedir. Daha da önemlisi, demokratik bir hukuk devletinde, yasama ve yürütme organlarının yargı erki tarafından denetlenmesi, temel hak ve özgürlükler açısından en önemli güvenciyi oluşturmaktadır. Gerçekten bağımsız ve yansız bir yargısı olamayan bir ülkede, temel hak ve özgürlüklerin güvencede bulunduğu ve hukukun üstünlüğünden söz edilemez. Bir ülkenin demokratik hukuk devleti olup olmadığının en temel ölçütü adaleti sağlamaya çalışan yargı erkinin konumu yani yargı erkini kullanan

3 Bu konuda bkz. ÖZEN, Muharrem, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 48 vd.

4 Erkler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN, Hasan, "Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı", TBB Dergisi, Sayı 80, 2009, s. 31 vd.; ÖZEN, s. 64; MUMCUOĞLU, Maksut, Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye'de Gelişimi, ABD., S: 1989/2, Yıl: 46, s. 265.

hâkimlerin bağımsızlık düzeyidir. Bu gerçeğin bilincine ulaşan tüm hukuk devletleri hâkimin bağımsızlığını tartışmasız benimsemektedir.⁵ Ne var ki, tarihsel gerçeklik bu yaklaşımı çoğu kez desteklememektedir. Bu bağlamda tarihsel sürece bakıldığında, yasama ve özellikle yürütme organları yargının denetiminden hoşlanmamakta, yargıdan kurtulmak ve onu kendi denetimleri altına almak istemektedir. Bu hedefe ulaştıkları oranda yargı bağımsızlığı ve bunun doğal sonucu olarak da, hukuk, adalet ve temel hak ve özgürlükler büyük zarar görmektedir.⁶

Yargı bağımsızlığının anlatmak istediği hâkimin bağımsızlığıdır. Zira bağımsızlık makamın değil, tersine süjenin bir vasfıdır.⁷ Hâkimlerin bağımsızlığının anlam ve içeriği konusunda öğretilerde farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bu bağlamda, Kuru'ya göre, hâkimlerin bağımsızlığı; hâkimlerin gerek yürütme gerek yasama organına bağımlı olmaması, onlardan bağımsız olması, bu iki organın hâkimlere emir ve talimat vermemesi ve tavsiyelerde bulunamaması anlamına gelmektedir.⁸ Günday'a göre, yargı bağımsızlığı, hâkimlerin yasama ve özellikle yürütme organına ve idareye bağlı olmamaları, bu organlardan bağımsız olmaları ve bu organların hâkimlere emir, talimat verememeleri ve tavsiyelerde bulunamamaları olarak anlaşılmalıdır.⁹ Daha kapsayıcı yaklaşımı Kunter'in yaptığı söylenebilir. Yazar hâkimin bağımsızlığının çerçevesini tarafsızlığı da dikkate alarak yapmaktadır. Yazara göre, hâkim bağımsızlığı, hâkimin kararını verirken özgür olması, hiçbir baskı ve etki altında bulunmaması gerekir. Hâkime baskı yapılamaması yeterli değildir, ayrıca baskı yapılması olasılığı da bulunmamalıdır. Aksi takdirde hâkimin bağımsızlığı zedelenir.¹⁰ Belirtelim ki, yargı bağımsızlığının gerçekleşebilmesi için adalet dağıtımına hiçbir makam, organ ile dışarıdan baskı ve etkinin bulunmaması yeterli değildir. Ayrıca Devletin diğer erklerinin hâkimlere yargılama yetkisini kullanırken emir ve talimat verememeleri ya da tavsiyelerde bulunamamaları yanında dolaylı bile olsa etki ve baskı yapabilme olasılıklarının da bulunmaması şarttır. Adalet terazisinin ne eksik ne fazla tartması yani tam olarak tartabilmesi için hâkimin her türlü dış etkilerden uzak karar vermesi ikliminin ve ortamının sağlanması gerekir. Bu bağlamda çağımızda Devletin erklerine karşı olduğu kadar en az onun kadar hâkimin kamuoyuna ve medyaya karşı da bağımsızlığının güvence altına alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bağımsızlığı sağlamaya yönelik güvencelere işaret etmeden belirtmek gerekir ki, yargı erkinin bağımsız kullanılabilmesi için, talimat ve emir almama, karar vermede özgürlük, sorumsuzluk ve hukuka bağlılık unsurlarının birlikte gerçekleşebilmesi şarttır.¹¹

5 Bkz. KAPANİ, Münci, İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali, Ankara 1956, s. 1.

6 Bkz. ÖZEN, s.64.

7 KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B:9, İstanbul 1989, s. 348; DURSUN, s. 44.

8 KURU, Baki, Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, s. 53.

9 GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, B:9, Ankara 2004, s. 46.

10 KUNTER, s. 347. Aynı kanaat için bkz. DURSUN, s.44.

11 Bu konuda bkz. ÖZEN, 68 vd.

Yargı bağımsızlığının gerçekleştirilebilmesi için, öncelikle Devletin diğer erklerine yani yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığın güvence altına alınması gerekmektedir.

Yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvenceler, yukarıda işaret ettiğimiz üzere başta uluslararası sözleşmelerde ve Anayasada yer verilmiştir. Bu bağlamda, Anayasanın 9. maddesinde, yargı yetkisinin, Türk ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağına vurgu yapıldıktan sonra, 138/1. maddesinde, **“hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”** hükmüne yer vermiştir. Güvencelere ise aşağıda ele alacağımız üzere 138/2. maddesinde yer verilmiştir.

Devletin temel erklerinden olan yürütmeye karşı da bağımsızlığın sağlanması ve bunu sağlamaya yönelik güvencelerin kabul edilmesi zorunludur. Yürütme organına karşı bağımsızlık tartışmasız kabul edilen ancak uygulamada en zor gerçekleştirilen bağımsızlık biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira yargı bağımsızlığına karşı en büyük tehlike ve ihlaller genelde yürütme organından gelmektedir.¹² Hukuk devleti ilkesinin tam olarak gerçekleşmesi için yürütmenin etkin yargısal denetim altında bulunması gerekir, aksi halde yargı bağımsızlığı zedelenmiş olur.¹³

Yargı bağımsızlığının yargı organının kendisine karşı ve kamuoyu ile kitle iletişim araçlarına (medyaya) karşı da korunması amacıyla güvencelere gereksinim vardır. Çağımızda yargı bağımsızlığının güvence altına alınması yürütme organına karşı olduğu kadar kamuoyuna ve özellikle medyaya yani kitle iletişim araçlarına karşı korunması önem kazanmıştır. Bu konuda 2004 yılında yürürlüğe giren 5176 sayılı Basın Kanunda ve 5237 sayılı TCK'da bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Belirtelim ki, bu yaptırımların varlığından çok etkin olarak kullanılıp kullanılmadığı önem arz etmektedir.

Bu genel tespit ve açıklamalar ışığında, yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvenceleri;

1. Yasama organına karşı bağımsızlık,
2. Yürütme organına karşı bağımsızlık,
3. Yargı organına karşı bağımsızlık,
4. Kamuoyuna, çevreye ve kitle iletişim araçlarına (medyaya) karşı bağımsızlık,

Şeklinde dört başlık altında toplamak mümkündür.

12 ÖZEN, s.76; KAPANİ, Münci, İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali, Ankara 1956, s. 65.

13 DURSUN, s.31.

II. YARGI BAĞIMSIZLIĞINI GERÇEKLEŞTİRMEYE YÖNELİK GÜVENCELER

A. Genel Olarak

Yargı bağımsızlığı, önemi dolayısıyla Anayasada yer almakla birlikte, tek başına yeterli olmamaktadır. İşlevini tam olarak görebilmesi için bağımsızlığın gerçekleşmesine yarayacak güvencelerin de kabul edilmesi şarttır. Zira yargı bağımsızlığı, uygulamada geçerlik kazanması halinde gerçek işlevini yerine getirecektir.¹⁴ Türkiye’de yargı bağımsızlığını etkileyen ve zedeleyen etkenler farklı olduğundan çeşitli güvencelerin sağlanması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla hakimin yargılama erkini hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın vicdanı kanaatine ve hukuka uygun şekilde yerine getirebilmesi için, yasama organına, yürütme organına, yargılama organına ve çevre ile medyaya karşı yani diğer güçlere karşı bağımsızlığını temin eden güvencelerin fiilen tanınması zorunludur. Kabul edilen güvenceleri yargı bağımsızlığını etkileyebilecek nedenlerin kaynağına göre ayırma tabi tutarak inceleme yönteminin isabetli olduğunu düşünüyoruz.¹⁵

Bu çalışmada Türk hukuk sisteminde var olan bu güvenceler, yukarıda da işaret edildiği üzere yasama organına, yürütme organına karşı bağımsızlık ile yargı içinde bağımsızlık ve çevreye, kamuoyuna, baskı gruplarına ve özellikle kitle iletişim araçlarına (medyaya) karşı bağımsızlık şeklinde ele alınacaktır.

B. Yargı Bağımsızlığının Güvenceleri

1. Yasama Organına Karşı Bağımsızlığın Güvenceleri

Yargı bağımsızlığının gerçekleşebilmesi için öncelikli olarak Devletin diğer erklerine karşı bağımsızlığının güvence altına alınması gerekmektedir. Yargı erkini kullanan hâkimin diğer erklerle karşı bağımsız olması kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucudur. Hukuk devletinin bütün unsurlarıyla tam olarak gerçekleşebilmesi için yargının devletin diğer güçlerine karşı bağımsızlığının kabulü ve fiilen gerçekleştirilecek güvencelerin varlığı şarttır. Bu bağlamda ilk olarak hâkim, yasama organına karşı bazı güvencelere sahip kılınmalıdır.¹⁶

Anayasa 9. maddesinde, yargı yetkisinin, Türk ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını belirttiikten sonra 138/1. maddesinde, *“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani*

14 CENTEL, Hakimin Tarafsızlığı, s.14; TOROSLU, s.96.

15 FOSCHINI, Gaetano, Sistema del Diritto Processuale Penale I, Milano 1956, s. 275 vd; TRANCHINA, s.98 ; KUNTER/YENİSEY, s. 285 vd; CENTEL, Hakimin Tarafsızlığı, s.15 vd; TOROSLU, s. 96 vd; ÜNAL, Mahkemelerin Bağımsızlığı, s. 12 vd; YURTCAN, s. 164 vd.; TOSUN, I, s. 430 vd.

16 ÜNAL, s.;CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi, s.358 ; YURTCAN, Ceza Yargılaması, s.164; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s.212; ER, s. 46; YÜCE, s.18

kanaatlerine göre hüküm verirler” hükmüne yer vermiştir. Bu hükümlerin bir anlamda güvencelerini de aynı maddede görmek mümkündür. Anayasanın 138/2. maddesine göre, ***“hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemeler ve hakimlere talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye telkinde bulunamaz..”*** Anayasanın bu hükmündeki genel yasak yasama organını da hedeflemektedir.¹⁷ Gerçekten Anayasanın 138. maddesinde yer alan ve bağımsızlığın güvencesini oluşturan emir, talimat verme ve genelge gönderme yasağı ile tavsiye ve telkinde bulunamama kuşkusuz öncelikli olarak yasama organına hitap etmektedir. Öyle ise, yasama organı olan TBMM, kanun ve parlamento kararı ile veya siyasi denetim fonksiyonu aracılığıyla mahkeme ve hâkimlere yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olmak koşulu ile emir ve talimat veremez, genelge, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Bunun sonucu olarak hakimlerin kararlarına etki edemez ve verilen kararları değiştiremez ve hükümlerin infazına engel olmaz.¹⁸ Bu yasak kanunların emrediciliği ve mecburiliği ile çelişmemektedir. Zira kanunlar, somut olayı çözmeyen, soyut ve genel kurallar koymaktadır. Oysa hakim, somut olayda uyuşmazlığı çözerken yasama organının emir ve talimatına muhatap olamaz.¹⁹ Yasama organının genel veya özel af çıkarması bu yasağın istisnasını oluşturmaktadır. Böylece yasama organının af kanunları ile verilmiş veya verilecek yargı kararlarını dolaylı olarak etkilemesi mümkün olabilmektedir.²⁰

Anayasa, diğer kamusal makamlar gibi yasama organına da mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü getirmekle, mahkeme kararlarını değiştiremeyeceğini ve yerine getirilmesini geciktirecek tasarruflarda bulunamayacağına vurgu yapmıştır. Aynı şekilde hâkimlerin özlük işlerinin kanunla belirleneceği ile yetinmemiş, ayrıca 140. maddesinde, nelerin kanunla düzenleneceğini ve özellikle bu düzenlemenin ***“mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre”*** yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Böylece yasama organının bu esaslara aykırı kanun çıkaramayacağını kabul ederek yasama organına karşı yargı bağımsızlığı korunmak istenmiştir.²¹

Anayasa 138. maddesinde, ayrıca iki yasak daha bulunmaktadır. Bunlardan birincisi görülmekte olan dava ilgili olarak yargı yetkisinin kullanılmasına müdahale niteliğinde işlemlerin yasaklanmasıdır.²² Anayasanın 138/3. maddesine göre, ***“Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.”*** Bu hüküm, yasama organına yargı yetkisinin kullanıl-

17 KUNTER/YENİSEY, (2002/12)s. 286;YURTCAN, s.164;GÖZLER, s.84; ÜNAL, s.15..

18 TOROSLU, s. 96; YÜCE, s.18.

19 ÖZGEN, s.133; CENTEL, Hakimin Tarafsızlığı, s.15.

20 KURU, Hakim Bağımsızlığı, s.12; CENTEL, Hakimin Tarafsızlığı, s.15.

21 TOSUN, s.430; SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Ankara 2000, s.192.

22 KUNTER/YENİSEY, (2002/12) s. 286;YURTCAN, s.164.

masında etki edilmesi ve müdahalede bulunulması yolunu kapatmaktadır. Ancak bu hüküm TBMM'nin meclis soruşturması hazırlık komisyonu çalışmalarını durduracak şekilde yorumlanamaz.²³

Anayasanın 138/III. maddesinde yer alan yasağın parlamento üyelerinin veya Adalet Bakanının görülmekte olan bir dava bağlamında yargı sisteminin eleştirisini ve değerlendirmesini yapmalarına engel oluşturup oluşturmayacağı üzerinde de durmak gerekir. Tartışmalara girmeksizin²⁴ görülmekte olan bir davayı etkileme niteliğinde olmayan adalet hizmetlerinin işleyişine ve dolayısıyla yargının temel sorunlarına eleştiri ve buna cevap niteliğindeki beyanların meşru sayılması gerektiğini söyleyebiliriz. Bu bağlamda bir milletvekilinin soru önergesi üzerine Adalet Bakanının bu konuda düşünce ve kanaatlerini açıklaması, Anayasada yer alan yasağın ihlali anlamına gelmez. Zira adalet hizmetlerinin yerine getirilmesinde siyasal açıdan sorumluluğu bulunan bir bakanın yasama organında bu konudaki değerlendirme ve eleştirilere karşı düşüncelerini açıklaması gerekmektedir. Adalet Bakanının TBMM dışında bu nitelikte düşünce açıklaması amaca uygun düşmeyecektir.²⁵

23 AYM 18.6.1970 tarihli kararı (RG., 17.12.1970); ÜNAL, s.15.

24 Bu konuda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Örneğin Tosuna göre, "Yasama sorumsuzluğunun nedeni, hiç olmazsa en yüksek meclislerde her şeyin açıklanabilmesinden çekinilmesini önlemektir. Durum böyle olunca, hâkimlerin bakmakta oldukları davalarda verdikleri kararlar hakkında yasama meclislerinde fikir açıklama yasağı bu ilkeye aykırı düşmektedir. İstisnai hükümlerin de dar yorumlanması, istisnaların konuldukları yerlerle sınırlı olması biçimindeki yorum ilkesine uygundur. ...kanımızca, hâkimlerin bağımsızlığı güvence altına alınmamış olduğu zamanlarda bazı parlamento üyelerinin hâkimleri etkileyebilecek açıklamalar yapmış olmaları yüzünden böyle bir hükme anayasada yer verilmiştir. Bütün hâkimler bağımsız ve bu bağımsızlık da güvence altına alınınca, artık böyle bir hüküm gereksiz kalmıştır." Bkz. TOSUN, s.431.

25 CENTEL, Hakimin Tarafsızlığı, s. 15. Yasama organında üyelerin Adalet Bakanına siyasal anlamda soru yönelttiklerinde Bakanın cevap vermesi bu yasak içinde değerlendirilmemelidir. Zaman zaman Adalet Bakanı, yargıda görülmekte olan bazı uyuşmazlıklar ile ilgili TBMM'ne ve dolaylı olarak da kamu oyuna siyasal sorumluluk çerçevesinde veya yargının uğradığı bazı eleştirilere cevap olarak değerlendirmeler yapabilmektedir Ünal, bu durumu temsili demokrasinin gereği olarak görmektedir. Nitekim Ünal'a göre, "...ülkemizde yargıya ilişkin sorunlar TBMM'ce ancak yılda bir kez periyodik olarak Adalet Bakanlığı bütçesinin görüşülmesi sırasında ve çok yetersiz bir şekilde ve hiçbir sorunun ayrıntısına girilmeden yüzeysel olarak ele alınmakta ve sadece bazı temennilerde bulunmaktadır. Oysa ülkede uyuşmazlıkların ve dava sayısının süratle artması, davaların sürüncemede kalarak adaletin geç tecelli etmesi, mahkemelerin büyük bir iş yükü altında ezilmesi, mahkeme binalarının perişan hali gibi yargıya ilişkin bir yığın temel sorun acilen çözülmek üzere sıra beklemektedir. Bu gibi sorunların, vevlki görülmekte olan bir dava vesilesiyle olsun, zaman zaman TBMM gündemine alınarak müzakere edilmesi, nedenlerinin araştırılarak gereken yasal düzenlemelerin yapılması, hükümete telkin ve tavsiyelerde bulunulması, temsili demokrasinin bir gereğidir ve bunu yargı yetkisinin kullanılmasıyla herhangi bir ilişkisi yoktur." Bkz. ÜNAL, s.15-16.

Bu bağlamda görülmekte olan bir dava ya da yapılan kanun değişikliği nedeniyle kamuoyunda ve medyada dile getirilen eleştirilere zaman zaman yürütme organı olarak Adalet Bakanının yanıt verdiği görülmekte ve ülkemizde hukuk devletinin geçerli olduğu, hukuk devletinde yargının bağımsız olduğu, siyasal organların ve dolayısıyla hükümetin yargıya müdahalesinin mümkün olmadığı yolunda beyan ve açıklamalara rastlanmaktadır. Bu açıklamaların hakim bağımsızlığını zedelediğinden söz etmemek gerekir Buna karşılık siyasi nitelikte görülen bazı davalarda yargının karar ve işlemlerinin yasama organı ya da hükümet üyelerince eleştirilmesi ve yargının farklı karar vermesi yaklaşımı veya temennisi Anayasanın belirtilen hükmü örtüşmemektedir. Örneğin 1412 sayılı mülga CMUK'da 2002 yılında yapılan değişiklikler

Yasama organı bakımından ikinci yasak Anayasanın 37/2.maddesinde yer alan **“tabii hâkim”** ilkesinden kaynaklanmaktadır. Yargı bağımsızlığının ve taraf-sızlığının dayandığı temel kavramlardan biri de, **“tabii hâkim”** ilkesidir. Hu-kuk devleti ilkesinin egemen olduğu bütün ülkelerde doğal hâkim ilkesi anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.²⁶ Anayasanın 37/2. maddesine göre, **“bir kimseyi kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargılama yetkisine sahip olağanüstü mahkemeler kurulamaz.”** **“Tabii hâkim ilkesi”**nin tam olarak gerçekleştirilebilmesi için Anayasa gereği Devletin olağanüstü mahkemeler kurmaması gerekir. Yasama organının tabii hâkim önüne çıkarmama sonucunu doğuracak olağanüstü mahkemelerin kurma-sını yasaklamak suretiyle yasama organına hâkimin bağımsızlığını ihlal etmeme direktifi de verilmiş bulunmaktadır.²⁷

Doğal hâkim ilkesi, ceza hukukunun esaslarından **“kanunsuz suç ve ceza ol-maz”** ilkesinin (TCK.m.2) uygulamadaki görünümüdür ve bu yolla toplumda hu-kuki güvence sağlanmak amaçlanmaktadır.²⁸

Anayasada belirtilen bu güvenceler yanında ceza hukuku kurallarının geçmi-şe uygulanmazlığı ilkesi (Any. m.38;TCK. m.7) ve hukuk kurallarının genel ve soyut olması da hâkimin yasama organına karşı bağımsızlığını sağlayan kurumlardır.²⁹Gerçekten ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulan-masında temel ilke geçmişe uygulanmamadır. Suç ve ceza yaratan norm kural

çerçevesinde AHİM'nin vermiş olduğu adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle Sözleşme-nin 6. maddenin ihlaline ilişkin kararlarına dayanarak hukuk sistemimizde CMUK'nun 327. maddesine yeni bir yargılamanın yenilenmesi nedeni eklenmiştir. Buna bağlı olarak kamuoyunun da yakından izlediği kamuoyunca “DEP Davası” olarak bilinen hükümlüler Leyla Zana ve arkadaşları hakkında yapılan yargılama devamında yargıya yönelik değişik değerlendirme ve eleştiri yöneltilmiştir. Yargılamanın karar aşamasına geldiğinde hükümlülerin hala tahli-ye edilmemiş ve savcının önceki mahkumiyet kararın aynen geçerli olduğu yolunda beyanları ile yargılama makamının tutumu karşısında eleştirilere karşı Adalet Bakanı bu konuda bir değerlendirme yapmıştır. Aynı şekilde adı geçen davanın temyiz yargılamasında da hükümet üyelerince değerlendirme yapılmıştır. Hele hükümet üyelerinden birinin bundan sonra hü-kümlülerin tutuklanmasının ve cezaevine dönmesinin mümkün olmadığı yolundaki beyanları-na rastlanmıştır. Bu beyan ve tutumlar kesinlikle Anayasanın öngördüğü hakim bağımsızlığı ve onu sağlamaya yönelik güvenceleri ihlal eder niteliktedir.

26 Nitekim İtalyan Anayasasınının 25. maddesinde, hiç kimsenin kanunla daha önce gösterilmiş tabii hakimden başkası önüne çıkarılmayacağı hükmü yer almaktadır. Manzini, hakimlerin ceza veya hukuk hakimi olmasına göre tasnifler yapılmış olmasına rağmen, italyan hukuk sis-teminde yargılama yetkisinin teklifi ve bölünmezliğine işaret etmekte, tabii hakim, somut bir olay esas alınmadan kanunla olaydan önce kurulmuş mahkemenin hakimi olduğu anlamına geldiğini belirtmektedir. Bkz. MANZINI, Vincenzo, istituzioni di diritto processuale penale, nona edizione aggiornata, Padova 1946, s.96;aynı yazar, Trattatao di diritto processuale penale italiano,seconda il nuovo codice, Vol I, Torino 1931, s.184.

27 KUNTER/YENİSEY, 1998 s. 318. YURTCAN, s.164; CENTEL, Hakimın Tarafsızlığı, s.16; ER, s.47; GÖZLER, s.845; YURTCAN, Ceza Yargıcının El Kitabı, s.202; 1961 Anayasasının “tabii hakim” hükmü ve anlamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.EREM, Ceza Yargılaması, s.92 vd.

28 YURTCAN, Ceza Yargılaması, s.160; Anayasalarımızda doğal hakim kavramının gelişimi için bkz. KARDAŞ, Türkiye'nin Demokratikleşmesi, s.25 vd.

29 ÖZGEN, s.134.

olarak yürürlükte bulunduğu zaman diliminde işlenen suç fiilleri bakımından etkilidir. Böylece yasama organının fiilin işlenmesinden sonra çıkaracağı kanun ile o fiil için daha ağır ceza öngörerek sanıkların daha ağır ceza ile cezalandırılmasına neden olması hem Anayasanın 38. maddesi hem de TCK'nun 7. maddesi engel oluşturmaktadır.

Aynı şekilde hukuk kurallarının genel ve soyut nitelikte olması da hâkimin bağımsızlığını destekleyen bir husustur. Bu durum esasen yasama yetkisinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Yasama organına karşı bağımsızlığı güvence altına alan 1982 Anayasasının 138/III. maddesinin istisnasını, TBMM'nin genel ve özel af çıkarması ile 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki dönemde mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine veya getirilmemesine TBMM'nin karar vermesi oluşturmaktadır. Aynı şekilde yürütme organı olarak Cumhurbaşkanının sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak (Ay. m.104) yetkisi de hâkim bağımsızlığını ihlal eden bir durum olarak nitelendirilemez.³⁰

Hâkimin yasama organına karşı bağımsızlığını sağlayan güvenceler arasında ceza hukuku kurallarının geriye yürümemesi ve hukuk kurallarının soyutluğu ve genelliği yer almaktadır. Nitekim ceza hukuku kurallarının geçmişe uygulanmayacağı kuralı 5237 sayılı TCK'nun 7. maddesinde Anayasanın 38. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Anayasaya göre, “kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır ceza verilemez”. Böylece yasama organının olaydan sonra belirli suçların sanıklarının daha ağır cezalandırılmalarını sağlamaya yönelik tasarruflarda bulunması yasaklanmak suretiyle hâkimin ve yargının araç olarak kullanılması önlenmiş bulunmaktadır.

2. Yürütme Organına Karşı Bağımsızlığının Güvenceleri

Hâkimin bağımsızlığının sağlanması gereken en önemli erk kuşkusuz yürütme organıdır. Hâkimlerin yürütme organına karşı bağımsızlığı hukuk devletinin en önemli sorunudur. Hâkimlerin bağımsızlığına karşı en büyük tehlike daima yürütme organından gelmiştir.³¹ Hâkimin yürütme organına karşı bağımsızlığının korunması tartışmasız kabul edilen bir husus olmasına karşılık bağımsızlığın en zor gerçekleştirildiği erk yürütme erki olmaktadır. Bu nedenle Anayasalar hâkimin yürütme organına karşı bağımsızlığını güvence altına almak için gerekli olan düzenlemelere yer vermiştir. Anayasanın 138/II. maddesinde yer alan yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere emir ve talimat verilemez, genelge gönderilemez, tavsiye ve telkinde bulunulamaz, şeklindeki yasak yasama ve diğer organlar yanında kuşkusuz yürütme organına da yöneliktir. Bu yasağı ihlal

30 KURU, Hakim Bağımsızlığı, s.12.

31 KAPANİ, Münci, İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali, Ankara 1956, s.65; YÜCE, s.18.

edebilecek organların başında yürütme erki gelmektedir. Hâkim bağımsızlığının zedeleyebilen hususların hukuk sistemimizde ağırlıklı olarak yürütmeden kaynaklandığı dikkate alındığında bu kuralın önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Yürütme organı, mahkeme organlarına uymak zorunda olup, yargı kararlarının değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez(Any. m. 138/IV). Bu kuralın yaptırımını 765 sayılı mülga TCK'nun 228. maddesinde, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun ise 257. maddesinde yer almaktadır.³² Hâkimlerin kararlarının başka bir makamın onayına gerek olmaksızın hüküm ve sonuç doğurur olması da hâkimin diğer organlara karşı bağımsızlığının bir başka göstergesidir. Bu itibarla hâkimin kararlarının yürütme organının onayına bağlı tutulması ya da karar aşamasında yürütmenin katılımı mümkün değildir. Aksi düzenlemeler Anayasaya aykırı olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde şartla salıvermeyi Adalet Bakanının onayına bağlayan hükmü³³ ve Yargıtay daire başkanlarının Yargıtay Birinci Başkanının görüşü alınarak Adalet Bakanı tarafından görevlendirmelerine dair hükmü³⁴ hâkim bağımsızlığını zedelediği düşüncesi ile iptal etmiştir.

Bugün genelde yürütme erki, hâkimlerin özlük işlerini düzenlemeyi yapmak suretiyle doğrudan veya dolaylı şekilde yargı erkini etkilemekte ve sonuçta baskı uygulamaktadır. Bu itibarla hâkimin bağımsızlığına yönelik asıl tehlikenin yürütme organından geldiği bilinmektedir.³⁵ Bu tehlikeleri ve sakıncaları ortadan

32 Anayasanın 138/son maddesinde yer alan hüküm, memurlara mahkeme kararlarına uymayı ve bunları yerine getirmeyi emretmektedir. Öğreti ve uygulama, memurların mahkeme kararlarına uymama ve onların gereklerini yerine getirmemeye şeklindeki fiillerinin 765 sayılı mülga TCK'nun 228/I. maddesindeki suça vücut verdiği kanaatindedir. 5237 sayılı TCK'nun 257. maddesi, 765 sayılı TCK'nun 228. maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Böyle olunca mahkeme kararlarına uymama ve gereklerini yerine getirmeme TCK'nun 257. maddesinin ihlaline neden olacaktır. 765 sayılı TCK döneminde bu konuda istikrar kazanmış bir içtihat oluşmuştur. Örneğin 4. C.D. 17.01.1996, E.1996/7957, K.1996/234 sayılı kararında buna işaret edilmektedir: "sanık belediye başkanının görevden çıkarma kararının idare mahkemesince iptali üzerine yakıncıyı tekrar işe almama biçiminde gerçekleşen eyleminin TCY'nin 228. maddesine uyduğunun gözetilmemesi yasaya aykırıdır." (ÇETİN, Erol, Açıklamalı- içtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur ve Memur suçları, B.,2, Ankara 2003, s.930). Aynı yönde 4. C.D. 14.5.1991, 1980/2891: " Sanık Belediye Başkanının görevden çıkarma kararının İdare Mahkemesince iptali üzerine mağduru tekrar işe almamak biçiminde oluşan eyleminin, T.C.Yasasının 228. maddesine uyduğu gözetilmeden yazılı maddeyle (T.C.K.'nun 240/2-son maddesiyle) hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir" (ERDURAK, Yılmaz Güngör, Türk Ceza Kanunu Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 1994, s.390)

33 Gerçekten Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanununun 5. maddesi, şartla salıvermeyi Adalet Bakanının onayına tabi tutmakta idi. AYM, bu hükmü 1964 yılında verdiği kararla hakim bağımsızlığını zedelediği düşüncesiyle Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Karar için bkz. AYM., 13.5.1964, 1963/99-38 sayılı kararı aktaran: CENTEL, Hakimin Tarafsızlığı, s. 16).

34 14.11.1927 tarihli ve 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun, Yargıtay daire başkanlarının Yargıtay Birinci Başkanının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanının göreve getirmesi hükmünü içermekte idi. AYM., 1966 yılında verdiği kararla hakimlerin bağımsızlığı ile bağdaşmaz bulunarak iptal edilmiştir. Karar için bkz. AYM., 29.3.1966, 1963/109-171(Aktaran: CENTEL, Hakimin Tarafsızlığı, s. 16).

35 CENTEL, Hakimin Tarafsızlığı, s. 16; KARDAŞ, Ümit, Türkiye'nin Demokratikleşmesinde Öncelikler, İstanbul 2004, s.50; KAPANI, s. 4 .

kaldırmak için hâkimlerin yürütme organına karşı bağımsızlığının en önemli güvencesi hâkimlik güvencesidir.³⁶

Hâkimlik güvencesi, hâkimlerin bağımsızlığını yürütme organına karşı sağlamaya yönelik çarelerden biridir. Hâkimlik güvencesi, genelde hâkimlerin bağımsızlığını, özeldense yürütme organına karşı yargı erkinin etki ve baskıdan uzak faaliyette bulunmasını güvence altına almaya yönelik kurumlardan biridir. Bu kurum sayesinde hâkimin siyasal iktidar karşısında kendini tam olarak güvende hissetmesi ve karar ve hükümlerini her türlü endişe ve korkudan uzak vermesi mümkün olabilmektedir. Hukuki niteliğinin ise, hâkimlere tanınan bir dokunulmazlık, ayrıcalık olmadığı, tersine toplum için kabul edilmiş bir güvence olduğudur.³⁷ Bağımsızlığın fiilen sağlanmasında vazgeçilmez yeri bulunan bu kurumun uzun mücadeleler sonucu kabul edildiğini görüyoruz.³⁸ Bu kurumun anlamı kısaca “hâkimin kendi istemedikçe emekliye ayrılmaması ve mali güvencenin bulunmasıdır.”³⁹ Belirtelim ki, esasen hâkimlik güvencesi, dar ve geniş olmak üzere anlam taşımaktadır. Buna göre, dar anlamda hâkimlik güvencesi, hâkimlerin azledilmemesini, yani görevden alınmamasını ifade etmektedir. Geniş anlamda ise, hâkimlerin görevden alınmaması yanında, kanunda belirtilen nedenler ve usuller dışında görevlerinden geçici de olsa uzaklaştırılmamalarını, onayları olmaksızın görev yerlerinin değiştirilmemesini, emekliye ayrılmamalarını ve maaşlarından ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmamalarını içermektedir.⁴⁰

1982 Anayasası, hâkimlik güvencesinin 139/I.maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, **“hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve özlük haklarından yoksun kılınamaz.”** Bu hükümden anlaşılacağı üzere, 1982 Anayasası bu güvenceyi savcılara da genişletme suretiyle hâkim ve savcılık güvencesine dönüştürmüştür. Belirtelim ki, hâkimlik güvencesinden savcılarının aynen yararlanması ve hâkimlerin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesine göre görev yapacaklarının hükme bağlanması sonucunda hakim bağımsızlığı ile hakim güvencesi arasındaki bağ zayıflatılmıştır. Anayasa bağımsızlığı savcılar için değil sadece hâkimler bakımından kabul ettiğine göre işlevleri ve kullandıkları yetkiler farklı olan bu iki mesleğin güvencelerinin farklı olması beklenirdi.⁴¹

36 KUNTER/YENİSEY, (2002/12) s. 286; CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi, s. 359; ÖZGEN, s.135; TOSUN, s.432.

37 KAPANI, s.85; KARDAŞ, Türkiye'nin Demokratikleşmesi, s.51; ÜNAL, s.7.

38 Hakimlik güvencesinin yazılı olarak ilk defa 1701 tarihinde “Act of Settlement” ile İngiltere’de kabul edildiği görülmektedir. Her ülkenin siyasal koşullara göre farklı tarihsel süreç izlediği ve günümüzde anayasaların en emel kuralı haline geldiği görülmektedir. Hakimlik teminatının karşılaştırmalı hukukta ve ülkemizde tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz KAPANI, s. 86 vd.

39 CENTEL, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 17.

40 ÖZEN, s. 76 vd.; KAPANI, s. 84-85; CENTEL, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 17; KARDAŞ, Türkiye'nin Demokratikleşmesi, s. 51

41 KUNTER/YENİSEY,(2002/12) s. 287; TOSUN, s.433.

Anayasanın 139. ve HSK'nun 44. maddelerinde yer alan bu güvenceler şunlardan ibarettir: a. Azledilememe, b. 65 yaşından önce emekliye ayrılmama, c. Özlük haklardan yoksun bırakılmama, c. Coğrafi güvence ve d. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşturulması.

a. Azledilememe

Anayasanın 139. maddesine göre, hakimler azlolunamaz.⁴²Bu hükme rağmen memurluktan çıkarma konusunda hem Anayasanın 139/2. maddesinde hem de HSK'nun 53. maddesinde düzenlemeler karşısında azledilememenin güvence işlevinin varlığını sürdürüp sürdürmediği tartışılabilir. Gerçekten idare hukuku anlamında “azil” memurluktan çıkarma anlamına gelmektedir.⁴³ Anayasa 139/2. maddesinde, azledilmemenin istisnaları olarak, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olma, görevin sağlık nedeniyle yerine getirilememesi ve meslekte kalmalarının uygun olmaması halleri hakimlerin hâkimlik görevinden çıkarılma nedenleri olarak gösterilmiştir. Buna paralel hüküm HSK'nun 53. maddesinde yer almaktadır.⁴⁴ İstisnai durumların varlığı halinde hakim Anayasanın 139. maddesindeki güvenceleri kaybedecektir. Bu hükümler dikkate alındığında hakim azlolunamayacağı güvencesi işlevini kaybetmiştir.

Burada hâkimlerin Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda geçici veya sürekli çalıştırılmasının hâkimlik güvencesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı üzerinde de durmak gerekir. Anayasanın 159/son maddesine göre, “Adalet Bakanı Hâkimler ve savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hâkim ve savcılar geçici yetki ile görevlendirilebilir(HSK. m. 37). Bu düzenlemeyi bir tür zımni azil olarak nitelendiren ve hâkimlerin Adalet Bakanlığında görevlendirilmelerinde sadece ilgili hâkimin onayının değil aynı zamanda HSYK'nun da onayının aranması gerektiği yönündeki eleştiri ve düşünceye katıldığımızı belirtmek isteriz.⁴⁵

42 Hakimlerin azledilemeyeceği kuralı ilk defa 1876 Tarihli Kanun-u Esasi'de yer almış ancak uygulamada fiilen etkisi olmadığı ve yürütmenin ellerinde berat olmamasını bahane ederek hakimleri istediği gibi azletmiştir. Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra yürürlüğe giren 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında hakimlerin azledilemeyeceği yer almıştır.1924 Anayasası döneminde de hakimlerin bağımsızlığının yürütme organı tarafından ihlal edildiği ve dolayısıyla etkin hukuksal korumanın ve tüm hakimleri içeren azlolunmama güvencesinin gerçekleştirilemediği dile getirilmiştir. Bu alanda 1961 Anayasasının getirdiği düzenlemelerin Türk hukukunda hakimlerin bağımsızlığı ve onu sağlayan güvenceler bakımından en olumlu dönem olduğu konusunda düşünce birliği olduğu söylenebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAPANİ, s. 92 vd.; CENTEL, Hakim Tarafsızlığı, s.18; MUMUCUOĞLU, S.267; YURTCAN, Ceza Yargılaması, s.165; KURU, Hakim Bağımsızlığı, s.30; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s.211;GÖZLER, s.852.

43 KUNTER/YENİSEY,(2002/12) s. 287; TOROSLU, s. 98.

44 Anayasanın 139/2. maddesi ve HSK'nun 52. maddesi hükümleri uyarınca, a)meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı mahkûm olma, b) görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması ve c) meslekte kalmanın uygun olmadığına karar verilmesi durumları azledilmeme güvencesinin istisnalarını oluşturmaktadır. Bkz. CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi, 359; ÜNAL, s.30.

45 CENTEL, Hâkimin Tarafsızlığı, s.18.

b. Anayasada Belirtilen Yaştan Önce Emekliye Ayrılmama

Anayasanın yürütme organına karşı hâkime tanıdığı güvencelerden biri de hâkimlerin kendileri istemedikçe 65 yaşını bitirmeden önce emekliye ayrılmalarıdır (Any. m.139,140). Hâkimlik güvencesi, hâkimlerin ömür boyunca bu mesleği icra etmesi anlamına gelmemektedir. Bu itibarla bütün hâkimler için eşit olarak belli yaşta emekliliğin kabul edilmesi, hâkimin bağımsızlığını zedelemektedir. Zira hâkimlerin emekliye ayrılamaması, yaşamları boyunca görevde kalması değil, belli bir yaşa gelmedikçe emekli olunmayacağı anlamındadır.⁴⁶

Hukukumuzda hâkimlerin emeklilik yaşı ilk kez 1961 Anayasası ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. 1961 Anayasası dönemine kadar emeklilik bakımından devlet memuru olarak Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tabi idiler. Bu itibarla yürütme dönem dönem bu Kanunda yaptığı değişikliklerle hâkimlerin emekliliği üzerinde bazı tasarruflarda bulunmuştur. Bu durumun yürütme organının hâkimler üzerinde etki ve baskı yapmak suretiyle bağımsızlıklarını zedelediği açıktır.⁴⁷

1961 Anayasası, emeklilik bakımından 65 yaş sınırını getirmekle birlikte hala kanun hükümlerinin yürürlükte olması nedeniyle anayasal güvencenin fiili olarak gerçekleşmediği eleştirisine yol açmıştır.⁴⁸ Ancak Anayasa Mahkemesi, 1963 yılında verdiği kararda Emekli Sandığı Kanununun 39/b-II hükmünün Anayasanın bu açık hükmü karşısında uygulanma olanağının kalmadığına işaret ederek Anayasanın bu hükmü zımni ilga ettiğine karar vermiştir.⁴⁹

1982 Anayasası da hâkimlerin görevde kalabilecekleri yaşı 65 olarak belirlemiştir. Gerçekten 1982 Anayasasına göre, hâkimler, altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler (Any. m.140/IV). Askeri hâkimler bakımından ise askeri hizmetlerin niteliğini esas alarak belli bir yaş öngörülmemiş, kanunla belirlenmesi kabul edilmiştir. Hâkimlerin belli bir yaştan önce emekliye sevk edilememeleri HSK'da da güvence altına alınmıştır. HSK'nun 44. maddesinde, kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk olunamayacakları hükme bağlandıktan sonra, Anayasanın 139/son maddesinde yer alan üç durum tekrar edilerek bu durumların saklı olduğu belirtilmektedir.⁵⁰ Özellikle hâkimin rızası dışında görevden alınma halinde bunun ismi değiştirilmiş, bir örtülü idari azil olduğu kabul edilmelidir.⁵¹

46 Bu konuda bkz. ÖZEN, s. 80; CENTEL, Hâkimin Tarafsızlığı, s.18; YURTCAN, Ceza Yargılaması, s.165; TOSUN, s.433, ÜNAL, s.37; GÖZLER, s.852.

47 1924 Anayasası döneminde bu konuda bir çok bağımsızlığı zedeleyen uygulama olmuştur. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. KAPANİ, s. 104 vd.; CENTEL, Hakimin Tarafsızlığı, s.19; MUMCUOĞLU, s. 271; KUNTER, Nurullah, Türkiye'de Kaza Kuvveti, İHFM XXV,1-4, (1960), s.53.

48 KURU, s.31.

49 CENTEL, Hâkimin Tarafsızlığı, s.19.

50 Anayasada ve HSK'da belirtilen üç durum, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olma, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması ve meslekte kalmalarının uygun olmamasıdır (Any. m.139/son; HSK. m. 44).

51 Aynı yönde yaklaşım ve 1961 Anayasası döneminin değerlendirmesi için bkz. KURU, Hâkim Bağımsızlığı, s.31.

c. Özlük Haklarından Yoksun Bırakılmama

Yargı erkinin yürütme organı karşısında bağımsızlığını güvence altına alacak çarelerden biri de mali güvencenin benimsenmesidir. Gerçekten bütçeyi yapan yürütme ülkenin kamusal kaynaklarının nereye, nasıl ve ne kadar aktarılacağına de karar vermek suretiyle diğer organların mali özerkliklerini belirlemektedir. Bu itibarla hakimlerin diğer güvencelerinin anlam ifade edebilmesi için yürütme erkinin tasarruflarına kalan bir mali durumlarının bulunmaması şarttır. Bu alandaki etki ve baskıları ortadan kaldırmayı amaçlayan Anayasa ve HSK mali güvencelere işaret etmiştir.⁵² Buna göre, hâkimler, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmaz (Any. m.139/I; HSK. m.44).

Sadece bu hükümlerin varlığı yargı erkini kullanan hâkimlerin ekonomik sorunlarını çözmekte yetersiz kalmaktadır. Hâkimlerin ülkenin ekonomik koşulları ileri sürülerek geçim sıkıntısı içinde bırakılmaları kabul edilemez.⁵³

d. Özlük İşlerinin Bağımsız Bir Kurul Tarafından Gerçekleştirilmesi

Hâkimlerin bağımsızlığını güvence altına alacak ve dolayısıyla yürütme organının etkisini ortadan kaldıracak yollardan biri de hâkimlerin özlük haklarının yürütme organı tarafından değil de, bağımsız bir kurula bırakılmasıdır.⁵⁴ Bu konuda karşılaştırmalı hukukta farklı sistemlerin ve düzenlemelerin benimsendiğini görüyoruz. Hâkimlerin mesleğe atanması ile özlük işlerinin düzenlenmesinin kim veya hangi organ tarafından yapılması gerektiğini o ülkenin siyasal ve tarihsel süreci de belirlemektedir. Hâkimlerin seçilmesinde, halk tarafından seçilme, yasama organı tarafından seçilme, yürütme organı ve hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi şeklinde dört sistemin bulunduğunu görüyoruz.⁵⁵

Ülkemizde 1961 Anayasasından önce hâkimlerin atama ve özlük işlerinin yürütme organınca gerçekleştirildiğinden gerçek anlamda bağımsızlıktan söz etmek

52 ÜNAL, s.39.

53 Bu konu dönem dönem gündeme gelmekle birlikte hükümetlerin konuya diğer kamu görevlilerinin durumunu ya da uygulanan ekonomik programları gerçek göstererek kalıcı çözümler bulmadıklarını söyleyebiliriz. Nitekim adli yılların açılışında Yargıtay Birinci Başkanları yargının temel sorunları arasında hakim ve savcılarının mali ve özlük sorunlarına ciddi şekilde vurgu yapmaktadırlar. 1961 anayasası döneminde YHK'nun mali bağımsızlığının olmamasının yarattığı sakıncalar hakkında bkz. KURU, Hakim Bağımsızlığı, s.16 vd.; ÖZEN, s. 81; GÖZLER, s.853.

54 CENTEL, Hakim Tarafsızlığı, s.22; ÜNVER, Yener, s.; CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi, s. 362;TOSUN, s.436 vd.; ÖZGEN, s.135.

55 Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sisteminin uygulandığı ülkelere ABD ve İsviçre örnek gösterilebilir. Yasama organı tarafından seçilmesine İsviçre, ABD, Almanya örnek verilebilir. Yürütme organı tarafından seçilme sistemini uygulayan ülkeler arasında Almanya, kısmen ABD, İngiltere, İsveç, Norveç ve Finlandiya bulunmaktadır. Bu sistemler ve ülkelerin uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, s.46 vd.; ÜNVER, Yener, Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, İÜHFM, 1988-1990, S.1-4, s. 160 vd.; KARDAŞ, Ümit, Türkiye'nin Demokratikleşmesinde Öncelikler, İstanbul 2004, s. 23 vd.

mümkün değildi.⁵⁶ Zira 2556 sayılı Kanun hükümlerine bakıldığında hâkimlerin atama ve yükseltilmesinde Adalet Bakanının yetkili kılındığı, hâkimlerin yükseltilmesi bakımından Adalet Bakanlığı üst düzey bürokratları ile Yargıtay başkan ve üyelerinden oluşan bir kurul ayırma görevini yapmakta idi.

Hâkimlerin özlük işlerine yürütme yerine bağımsız bir kurulun bakması ilk kez 1961 Anayasası ile kabul edilmiştir. Bu kurul Yüksek Hâkimler Kurulu'dur. YHK, 1961 Anayasasının 143. maddesi uyarınca 1962 tarihli ve 45 sayılı Kanunla kurulmuştur. Kurul, 23 asıl ve yedek üyeden oluşmakta idi. Üyelerin sekizinin Yargıtay, yedisinin birinci sınıfa ayrılmış hâkimler ve sekizinin de parlamento tarafından seçilmesi hükme bağlanmıştı. Adalet Bakanı kurul toplantılarına katılabilmekte ve fakat oy verme hakkına sahip değildi. Adalet Bakanına disiplin işlemlerinin yapılması için YHK'ne başvurma olanağına da verilmişti.⁵⁷ Gerek anayasa gerekse kanun hükümleri değerlendirildiğinde hakimlerin özlük işleri konusunda yürütme organının etki ve baskısını ortadan kaldırmış ve bu konularda karar verme yetkisini, YHK'na bırakmıştır. Kurulun kararları onaylanması gerekmeyen ve kendiliğinde hukuksal sonuç doğuran kararlardı.⁵⁸

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak hâkimlerin özlük işlerini yürüyecek özel kurulun savcılar da kapsamaması nedeniyle "Yüksek Hâkimler Kurulu" yerine "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu"nu öngörmüştür. 1982 Anayasasının belirlediği bu kurul 1961 Anayasasının öngördüğü yapıdan farklıdır. HSYK, yedi asıl ve beş yedek üyeden oluşmaktadır. Kurulun başkanı Adalet Bakanı olup Adalet Bakanlığı Müsteşarı doğal üyesidir. Geriye kalan beş asıl ve yedek üyeden üçü Yargıtay Genel Kurulunun diğer iki asıl ve iki yedek üye ise Danıştay Genel Kurulunun belirlediği adaylar arasından Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenmektedir (Any. m. 159/I; HSYK. m.5). Bu oluşum şeklinden anlaşılacağı üzere Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı müsteşarı HSYK'nun doğal üyesi olduğu gibi Yargıtay ve Danıştay Genel Kurulun belirlediği asıl ve yedek üyeler yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanlığı tarafından seçilmektedir. Ayrıca HSYK, sadece hâkimlerin değil savcılarının da özlük işlerini yürütmektedir. Bu itibarla bağımsız olması gerekmeyen savcılar ile bağımsızlıkları vazgeçilmez olan hâkimlere aynı güvenceleri sağlamaktadır.

56 Nitekim dönemin Yargıtay Başkanı olan M. Fevzi Bozer 1950-1951 adli yılı açılış konuşmasında, " Gerçi hâkimler, Kanunu hükümleriyle zahirde yargıçlara teminat verilmiş ve fakat hakikatte umumiyetle yargıçlar ve Yargıtay üyeleri, hatta Yargıtay başkanları icra kuvvetinin bir rüknü olan Adalet Bakanlığı tarafından tayin olunmakta bulunmuştur. Yargıçlık istiklal ile telifi kabil olmayan bu tayin usulüne artık son vermek gerekir." (Aktaran: ÜNAL, s. 73);CENTEL, Hâkimin Tarafsızlığı, s.22.

57 YHK'nun oluşumu, görev ve yetkileri ile yürütme organının konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, s. 24 vd.; ÜNAL, s. 74 vd.;MUMCUOĞLU, s. 286 vd.

58 YHK'nun oluşumu ve özellikle yasamanın bu Kurula üye seçmesine ve daha sonra yapılan anayasa ile kanun değişikliklerinin eleştir ve değerlendirmesi için bkz KURU, s. 30; MUMCUOĞLU, s.295; ÜNAL, s. 75 vd.

Böyle bir yapının hakimnin bağımsızlığını yürütme organına karşı sağlamaktan uzak olduğu ve hakimnin bağımsızlığını önemli ölçüde zedelediği genel kabul görmektedir.⁵⁹

HSYK'nun oluşum şekli hâkim bağımsızlığının gerekli güvenceden yoksun olduğunun göstergesidir. Şöyle ki, üyelerden ikisinin yürütme organından olması, Adalet Bakanının başkanlığını yapması, Kurulun kendine ait bir sekreteryasının bulunmaması yani kendine ait bir yerinin yokluğu, personelinin bulunmaması, ayrı bir bütçesinin yokluğu ve hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelen Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması bağımsızlığı zedeleyen hususlardan bazılarıdır. Belirtelim ki, hakimnin bağımsızlığını zedeleyen ve dolayısıyla yargı erkinin kullanılmasında yürütme organının baskı ve etkisine neden olan yapılar arasında hakimlerin savcılar gibi idari bakımından Adalet Bakanlığına bağlanması, denetimlerinin HSYK tarafından değil, fakat Adalet Bakanlığı'nı adalet müfettişleri tarafından yapılması ve hakim ve savcı kararlarının taslaklarının Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünce hazırlanması ve özellikle HSYK'nun gündeminin Adalet Bakanlığı'na hazırlanması yer almaktadır.⁶⁰ Hukuk devleti ilkesi ile örtüşmeyen hususlardan biri de HSYK'nun kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasıdır.⁶¹

Daha önce Kurul üyelerinin asıl görevleri devam etmekte ve bu asıl görevle birlikte Kuruldaki görevlerini yerine getirmekte idiler. Üyenin bütün mesaisini tamamen HSYK'da yapamaması ciddi bir eksiklikti. Kurulun amaçlanan işlevini yerine getirmesine engel oluşturan haklı olarak bu düzenleme yoğun eleştirilere konu olmuştu.⁶² Bu durum Yargıtay ve Danıştay'dan seçilen üyelerin görev sürelerince izinli sayılmaları şeklinde olumlu bir çözüme kavuşturulmuştur.

Hâkimlerin yürütme organına karşı bağımsızlığını zedeleyen düzenlemelerden biri de hâkimlerin denetiminin yürütmenin bir organı olan Adalet Bakanlığı müfettişleri tarafından yapılmasıdır(HSK. m.82,99,100). Ayrıca hakimlerin Adalet Bakanlığı emrine alınmasında, artık Kurulun devre dışı bırakılması ve geçici yetki ile görevlendirmede Adalet Bakanlığının yetkili hale getirilmesi(Ay. m.159/VI,VII; HSK. m. 47) hakim bağımsızlığının 1961 anayasası dönemine nazaran zayıflatıldığına göstergesi durumundadır.⁶³

59 ÖZGEN, s.135; CENTEL, Hakimnin Tarafsızlığı, s. 23-24; KUNTER/YENİSEY, Öğrenme Kitabı I, s. 289 vd.; YURTCAN, Ceza Yargılaması, s. 165; TOROSLU, Ceza Muhakemesi (2003), 97; TOSUN, s.439.

60 CENTEL, Hakimnin Tarafsızlığı, s. 23-24; MUMCUOĞLU, s. 298; KUNTER/YENİSEY, Öğrenme Kitabı I, s. 289 .

61 YURTCAN,Ceza Yargıcının el Kitabı, s.204; CENTEL, Hakimnin Tarafsızlığı, s. 24.

62 CENTEL, Hakimnin Tarafsızlığı, s. 23; EREM, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, B.,6, Ankara 1986, s.91; TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, s.395.

63 CENTEL, Hakimnin Tarafsızlığı, s. 24.

e. Coğrafi Güvence

Bu güvence, ülkemizde 1972 yılında 2556 sayılı Hâkimler Kanununda değişiklik yapıncaya kadar uygulama alanı bulmuştur. Yer güvencesi⁶⁴ de denilen coğrafi güvence, hâkimin muvafakati olmaksızın, terfi suretiyle de olsa, mevki ve memuriyetinin değiştirilememesi anlamına gelmekte idi⁶⁵. 1961 Anayasası döneminde 1972 yılında Hâkimler Kanunu değiştirilmiş coğrafi güvence kaldırılarak yerine Yüksek Hakimler Kurulunun belirleyeceği bölgeler tespit edilmesi ve münavabe ile belli sürelerde yer değiştirilmesi benimsenmiştir. 1982 Anayasası da coğrafi güvenceye yer vermemiştir.⁶⁶ Buna paralel olarak 2802 sayılı HSK da uygulanan bölge sistemini tercih ederek, HSYK'nun çıkaracağı atama ve nakil yönetmeliğine uygun olarak yer değiştirme yoluyla atamaların gerçekleştirilmesini kabul etmiştir.⁶⁷ Coğrafi güvenceden bölge sistemine geçilmesi öğretilde yoğun eleştirilere konu olmuş ve hâkimin bağımsızlığını zedeleyen hususlardan biri olarak görülmüştür.⁶⁸

3. Diğer Yargılama Makamlarına Karşı Bağımsızlığının Güvenceleri

Hâkimin bağımsızlığının sadece diğer devlet organlarına karşı sağlanması yeterli değildir, ayrıca diğer yargılama makamlarına karşı da bağımsızlığın güvence altına alınması gerekmektedir. Hâkimler, Türk ulusu adına yargı erkini kullanmaktadırlar. Bu itibarla hâkimler ve mahkemeler arasında üst- alt ilişkisi doğuran bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Mahkemelerin veya hâkimlerin ya da Yüksek Mahkemelerin ilk derece mahkemelerine emir ve talimat vermesi mümkün değildir.⁶⁹ Nitekim ilk derece mahkemesi, Yüksek Mahkemenin bozma kararına uymak zorunda değildir, bu kararlara karşı direnme yetkisi mevcuttur. Örneğin adli yargıda ceza mahkemesi, Yargıtay ilgili ceza dairesi tarafından verilen bozma kararlarına karşı ısrar(direnme) hakkına sahiptir (CMUK. m.326/3). Aynı şekilde hukuk mahkemesinin Yargıtay ilgili hukuk dairesinin bozma kararına ısrar (direnme) hakkı (HUMK. m.429/II) olduğu gibi, İdari yargıda da ilk derece mahkemesi olan idare ve vergi mahkemelerine Danıştay'ın ilgili dairesinin boz-

64 Bkz. ÖZEN, s. 84; CENTEL, Hakim Tarafsızlığı, s. 20.

65 KUNTER/YENİSEY, (2002/12) s. 287; CENTEL, Hakim Tarafsızlığı, s. 20; TOROSLU, s.99.1961 Anayasası döneminde coğrafi güvenceye ilişkin hükümler ve uygulamadaki sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, Hakim Bağımsızlığı, s.40 vd.

66 1982 Anayasası açıkça yer güvencesini kabul etmemekle birlikte 140/III. maddesinde, hakimlerin görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi hükmünü getirmiştir. Kanun koyucunun Anayasasının bu açık kuralına uygun kanuni düzenlemeyi bugüne kadar gerçekleştirmediği görülmektedir.

67 KUNTER/YENİSEY, (2002/12) s. 287.

68 Bu eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. KURU, s. 54 vd; TANÖR, s.393; CENTEL, Hakim Tarafsızlığı, s.21; KUNTER/YENİSEY, s. ; TOROSLU, 99.

69 ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s.212; CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi, s.362; YURTCAN, Ceza Yargılaması, s. 167.İçtihatların bağlayıcılığı ile yargı bağımsızlığı ilişkisi hakkında bkz. DEMİRKOL, Ferman, Bağımsız Yargının Fonksiyonları, İstanbul 1992, s.58.;TOSUN, s.440; YURTCAN, s.205.

ma kararına karşı direnme hakkı tanınmıştır(İYUK. m.49/4). Bunun tek istisnası ise direnme kararı üzerine uyuşmazlığa bakacak Yargıtay ve Danıştay Genel Kurul Kararlarına uyma zorunluluğunun bulunmasıdır(CMUK.m.326/3 HUMK. m.429/son İYUK. m. 49/4. Bu Genel Kurulların kararlarının hem olay mahkemesini hem de ilgili daireyi bağlaması bir zorunluluğun sonucudur. Zira uyuşmazlıkların sürüncemede kalmadan çözülmesi, toplumsal barış, kamu düzeni ve güvenin sağlanması için zorunludur. Bu durum Anayasada ifadesini bulan hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere emir ve talimat veremez, şeklindeki kuralının yargı organları bakımından bir istisnasını oluşturmaktadır.⁷⁰

Bilindiği üzere Türk hukukunda kural olarak mahkeme kararları bağlayıcı değildir, olay mahkemesi başta yüksek mahkeme olmak üzere diğer mahkemelerin verdiği kararlarla bağlı olmadığı gibi kendi verdiği kararlarla bağlı değildir. Ancak bunun istisnası içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olmasıdır.⁷¹Gerçekten YK'nun 45/5. maddesine göre, içtihadı birleştirme kararları, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. İçtihadı birleştirme kararlarının hâkimi bağlayıcı olmasının hâkim bağımsızlığını zedelediği ve hâkimin özgür karar vermesine engel olduğu da savunulmuştur.⁷² Aynı şekilde işi niteliği gereği Anayasa Mahkemesinin kararları ile Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarına ilk derece mahkemeleri uymak zorundadır. Mahkemelerin kesin hükümle bağlı olması, kesin hüküm otoritesinin bir sonucudur. Böylece bu durumlarda yargı içi hakim bağımsızlığının zedelendiğinden söz etmek mümkün değildir.⁷³

4. Kamuoyuna, Çevreye ve Kitle İletişim Araçlarına (Medyaya) Karşı Bağımsızlığının Güvenceleri

Bilindiği üzere düşünceyi açıklama özgürlüğü anayasal güvence altına alınmış ve bunun sınırlanabileceği haller yine anayasada belirtilmiştir. Bu bağlamda düşün-

70 KURU, Hakim Bağımsızlığı, s.9.

71 ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s.; TOROSLU, s. , CENTEL/ZAFER, s.; KURU, Hakim Bağımsızlığı, s.10.

72 Yurtcan'a göre, "...Anayasa yargıcın hukuk kuralları çerçevesinde karar vereceğini belirtirken, verilecek kararın yasal temelini olmasını, yasalara aykırı kararların önlenmesi amacı ile düzenlemiştir. Oysa İBK'ler yargıcın bu alandaki değerlendirme yetkisini elinden almaktadır. Bir İBK ortada durduğu sürece, yargıcın kendi kişisel değerlendirmesi yapması mümkün değildir. Bugün İBK'lerin bağlayıcılığı olarak adlandırılan sonuç, kanımca yargıç bağımsızlığına ve Anayasanın 138 inci maddesine aykırıdır.

Öte yandan bu sonuç hukukun dinamizmine de aykırıdır. Bu kavram temelde, hukuk normlarının donmuş birer kalıp olmadıklarını, zaman içinde olayların akışına göre değişip farklı yorumlara tabi tutulabileceğini gösterir. Hukuku yorumlayanların başında da önlerine getirilen uyuşmazlıkları çözen yargıçlar gelir. Yargıç her olayda, bu olayın özelliklerini göz önünde bulundurmak suretiyle, olaya en uygun çözümü bulmak için çaba harcamaktadır. Oysa İBK biçiminde bir kararın ortada olduğu bir durumda, bu kararın mahkemeleri bağladığı kabul edildiğinde, yargıcın hukuka katkısından söz etmek mümkün değildir." Bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması, s.768-769.

73 KURU, Hâkim Bağımsızlığı, s.10,11.

ceyi açıklama özgürlüğünün bir tür türevi olanı geniş anlamda iletişim dar anlamda basın özgürlüğü de anayasal güvence altına alınmıştır. Bu özgürlüğün de her özgürlük gibi sınırsız olmadığı anayasal sınırlamalara tabi tutulduğu bilinen bir gerçektir. Bu nedenle basın özgürlüğü, korunan hukuki değer esas alınarak çeşitli açılardan sınırlandırılmıştır. Basın özgürlüğünün, kişilik haklarının korunması yönünden, kamu düzenin korunması yönünden, adli görevlerin yerine getirilmesi yönünden, devletin korunması yönünden ve basın araçlarının korunması yönünden bazı sınırlamalara tabi tutulduğu görülmektedir.⁷⁴ Konumuzu ilgilendiren basın özgürlüğünün adli görevlerin yerine getirilmesi yönünden hukuki sınırlamalardır. Gerçekten 1982 anayasasının 28/6. maddesinde, yargı erkinin amacına uygun getirilebilmesi için anayasada belirtilen nedenlerle dayanarak ve kanunla olaylar hakkında yayın yasağı konulabileceği hükme bağlanmıştır. Almanya’da adliye içinde film ve fotoğraf çekilmesi yasaklanmak suretiyle hâkimlerin basına karşı korunması amaçlanmıştır.⁷⁵

Anayasanın belirttiği sınırlar çerçevesinde, 5271 sayılı CMK’da, gizli yapılmasına karar verilen duruşmaların yayını yasaklandığı gibi, açık yargılamaya konu uyuşmazlıklara ilişkin duruşmaların milli güvenlik, genel ahlak ya da kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına dokunacak veya suç işlemeğe kışkırtma niteliğinde olması durumunda, mahkemenin, bunları önlemek amacı ile ve bu amacın gerektirdiği ölçüde yayınlanmasını yasaklaması hükme bağlanmıştır (CMK.m.187/3). Ayrıca CMK’nun 183. maddesinde ilk kez ses ve görüntü alıcı aletlerin duruşmada, adliyede ve adliye dışındaki adli işlemlerin icrasında yasaklanmıştır.

Aynı şekilde Anayasanın öngördüğü sınırlara içinde eski 5680 sayılı Basın Kanununun 30. maddesinde ve yürürlükteki 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 19/2. maddesinde yargı erkini kullanan hakimlerin etki altında bırakılmaması amacıyla mütalaa yayınlama yasağı getirilmiştir. Bu hükümle hakimin bağımsızlığının basına yani medyaya karşı da korunması amaçlanmıştır.⁷⁶

74 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, İstanbul 1998, s. 60-61; TOROSLU, Nevzat, Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları, Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar (Derleyen; Korkmaz ALEM-DAR), İstanbul 1999, s. 73-74; ÖZEK, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978, s. 380 vd; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s.212; TOSUN, s.445-446.

75 KUNTER/YENİSEY, Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri, s.291; DÖNMEZER, Sulhi, Basın ve Hukuku, 4. B., İstanbul 1976, 310-311.

76 Hükümet Tasarısında, bu maddenin gerekçesi şöyledir: “Maddenin birinci fıkrasında cezaî uyuşmazlıklarla ilgili hazırlık soruşturmalarının gereği gibi yapılabilmesini sağlamak amacıyla bu soruşturmaların takipsizlik kararı verilmesi veya kamu davası açılması suretiyle sona ermesine kadar Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemenin soruşturma ile ilgili işlemlerinin veya yine soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğinin yayımlanması suç sayılmıştır. Yayımlama yasağı, Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemenin soruşturma ile ilgili işlemlerinin ve yine soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriği ile ilgilidir. Dolayısıyla işlemin yapıldığına veya belgenin bulunduğuna ilişkin yayımlar haber niteliğinde olduğundan bu suç oluşturmayacaktır.

İkinci fıkrada, mütalaa yayımlama, 5680 sayılı Kanunun aksine, sadece ceza davaları yönünden değil, her türlü dava yönünden suç haline getirilmiştir. Aynı şekilde sadece hâkim veya mahkeme işlemleri değil, Cumhuriyet savcısının görülmekte olan dava ile ilgili işlemleri de bu yasağa

Yukarıda işaret ettiğimiz üzere yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Kanunu'nun 30. maddesinde ve 26.06.2004 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesinde, Yargılaya ait belgelerin belli bir zaman dilimi içinde yayınlanması yasağı ile mütalaa yayınlama yasağı hükme bağlanmıştır. Yargıyı medyanın etkilememesi için öngörülmüş bulunan belgelerin belli bir süre yayınlanması yasağı ile mütalaa yayınlama yasağının anlamını ortaya koymak gerekir. Yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 30/2. maddesine göre, “ ceza kovuşturmasının başlamasıyla hüküm kesinleşinceye kadar hakim ve mahkemenin hüküm, karar ve işlemleri hakkında mütalaa yayınlamak yasaktır” Yürürlükteki 5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nun 19/2. maddesinde “**Yargıyı etkileme**” madde başlığı altında düzenlenen hükme göre ise, “ *Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, ikimilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla⁷⁷ cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda onmilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmimilyar liradan az olamaz.*

Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır.”

Her iki kanunda da bu yasağın ihlali suç olarak öngörülmüştür. Bu iki hüküm arasında yaptırımın türü bakımından farklılık bulunmamaktadır.⁷⁸ Gerçekten her iki düzenlemede de ağır para cezası öngörülmüştür. Ancak 5187 sayılı Kanunun bu ihlal için öngördüğü ceza, TCK'nun 119. madde kapsamında kalmaktadır. Bu

dahil edilmiştir. Burada yasak olan mütalaa yayımıdır. Bunun leh veya aleyhte olması önemli değildir. Mütalaa niteliğinde olmayan, yani söz konusu işlemleri olumlu veya olumsuz, doğru veya yanlış olarak nitelendirmeyen, sadece işlemin yapıldığını ifade eden haberler bu yasağa dahil değildir. Dava kesin bir kararla sonuçlandıktan sonra her türlü mütalaa yayımlanabilir.”

77 Bu Kanunda ve diğer özel kanunlarda öngörülen “ağır para cezaları” 5252 sayılı Kanunun 5/1. Maddesi uyarınca “adli para” cezasına dönüştürülmüştür.

78 5680 sayılı kanunun 2002 yılında 4771 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki hükmünde hem hürriyeti bağlayıcı ceza hem de ağır para cezası kabul edilmişti. Basın özgürlüğünün ve dolayısıyla düşüncüyü açıklama özgürlüğünün daha az sınırlandırılması amacıyla 4771 sayılı kanunla hürriyeti bağlayıcı ceza kaldırılmış yerine sadece ağır para cezası öngörülmüştü. Bu iyileştirmenin beklenen amaçtan uzakta olduğu eleştirisi getirildi. Zira hürriyeti bağlayıcı cezanın kaldırılması isabetli olmuşsa da kabul edilen yüksek para cezasının basın özgürlüğünü ciddi tehdit eder nitelikte olduğu açıktı. 2004 yılının haziran ayında kabul edilerek yürürlüğe giren 5187 sayılı yeni Basın Kanunu ise para cezası yaptırımını benimsemiştir Gerçekten 5187 sayılı BsK zorunlu bilgileri göstermeme halinde, kanunda gösterilen failere “beşyüz milyon liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezası” öngörmekte; bu cezanın “bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda beşmilyar liradan az” olmayacağı hükme bağlamıştır (BsK. m.15).Durdurulan yayının yayımına devam etmenin yaptırımını 16. maddede, teslim yükümlülüğüne uymamanın yaptırımına 17. maddede, düzeltme ve cevabın yayınlanmamasının yaptırımını 18.maddede, yargıyı etkileme 19. maddede, cinsel saldırı,cinayet ve intihara özendirme 20. maddede, kimliğin açıklanmaması 21. maddede ve basılmış eserleri engelleme,tahrip ve bozma 22. maddede, süreli yayınlarda dağıtımının ihlalini 23. maddede ve yeniden yayım fiilini 24. maddesinde ağır para cezasıyla cezalandırmaktadır.

düzenlemeler nedeniyle ceza kovuşturmasının başlamasıyla hükmün kesinleşmesine kadar hakim ve mahkemenin hüküm, karar ve işlemlerinde mütalaa yayınlamak suç oluşturmaktadır. 5680 sayılı eski Bsk'nun 30/II. maddesinden anlaşılacağı üzere bu yasak sadece ceza davalarında kabul edilmiştir.⁷⁹

III. YARGI (HAKİM) BAĞIMSIZLIĞINI ZEDELEYEN DÜZDENLEMELER VE UYGULAMALAR VE YARGI BAĞIMSIZLIĞINI VE YARGIÇ GÜVENCESİNİN SAĞLANMASINA YÖNELİK ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. YARGI (HAKİM) BAĞIMSIZLIĞINI ZEDELEYEN DÜZDENLEMELER VE UYGULAMALAR

Yukarıda kısaca açıklanan yargı bağımsızlığı ve onu sağlamaya yönelik güvence- lere rağmen gerek ülkemizde gerek diğer ülkelerde yargı bağımsızlığını zedeleyen düzenlemeler ve uygulamalar varlığını sürdürmektedir. Biz bu çalışmamızda yargı bağımsızlığını zedeleyen düzenleme ve uygulamaları tek tek incelenmeksi- zin önemli gördüklerimize kısaca işaret edeceğiz.⁸⁰

1. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Yapısı

Yargı bağımsızlığını zedeleyen düzenlemelerin başında HSYK nun oluşum biçimi ve işleyişi gelmektedir. Bilindiği gibi 1982 Anayasası 1961 anayasasının ter- sine HSYK' nun yapısını ve oluşumunu farklı düzenlemiştir. Yedi asıl üyeden oluşan Kurulun başkanın Adalet Bakanı olması ve Adalet Bakanı Müsteşarın da tabii üye olması ve dolayısıyla iki üyenin yürütme organından olması yargı ba- ğımsızlığını ciddi şekilde etkilemektedir. Yargıtay ve Danıştay tarafından belirlenen üye adaylarının yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi de yargı bağımsızlığını zedeleyen unsurlarından biridir. HSYK nun ayrı bir büt- çesinin ve sekretaryasının olmaması da, bağımsızlığını etkilemektedir. Son ola- rak belirtelim ki, HSYK karar ve işlemlerine karşı yargı yolunun kapalı olması ve kararlarının kesin olması da hâkim bağımsızlığını zedeleyen hükümlerin başında gelmektedir(Any. m.159/4 ; HSYKK m. 12/son).

2. Mesleğe Alınmada Yürütmenin Etkili olması

Yargı bağımsızlığını zedeleyen düzenleme ve uygulamalardan biri de hâkimlerin mesleği alınma ve staja başlatılma yöntemidir. Hâkim adaylarının mesleğe kabul-

79 Yrg. 7.C.D. 01.07.2004 T., 2003/9653 E., 2004/9076 K. sayılı kararı: “5680 sayılı kanunun 30/2. maddesinde ceza kovuşturmasının başlamasıyla hükmün kesinleşinceye kadar hakim ve mahkemenin hüküm, karar ve işlemleri hakkında mütalaa yayınlamak yasaklanmış olup, CMUK. nun 372. maddesi uyarınca gizlilik kararı alınan dava hakkında sanığın sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürü olduğu gazetede gizlilik kararına yönelik olarak mütalaa bulunduğu gözetilmeden yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırı.” (yayınlanmamıştır). Bu hüküm Anglo amerikan hukukundaki “mahkemeye saygısızlık “ suçunu karşılamaktadır. Bkz. DÖN- MÉZER, Basın, s.313.Mütalaa yayınlama suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, s. 94 vd.

80 Bu konudaki değerlendirme için bkz. ÖZEN, s. 117 vd.

lerinin HSYK tarafından gerçekleştirilmesi bağımsızlığı sağlamada yeterli olamamaktadır. Bu konudaki en önemli sorun yürütme organı olan Adalet Bakanlığının yazılı sınav sonrası mülakat yapması ve objektif olmayan bazı elemelerin uygulamada ortaya çıkmasıdır. Bugün mesleğe alınmayan adaylarda ve kamuoyunda, mülakatın sağlıklı olmadığı ve siyasi tercihlerin etkili olduğu ve yürütmenin ve özellikle iktidarın baskın olduğu yaklaşımı egemendir. Bu durum yargı bağımsızlığını olumsuz etkileyen etmenlerin başında gelmektedir. Gerçekten yürütme organı olan Adalet Bakanlığı dışında merkezi bir yazılı sınav yapılması isabetlidir. Bu sınavın yapılan değişiklikler sonucu ÖSYM tarafından yapılması objektif bir değerlendirmedir. Bu sınavdan sonra yapılan mülakattan vazgeçilmesi, mutlaka yapılması isteniyorsa, bunun HSYK tarafından gerçekleştirilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca yazılı sınavdan sonra gerçekleştirilecek bir eleme daha ziyade hâkimlik mesleğinin niteliklerine uygun aday belirlemeye yönelik olması gerekir. Bu bağlamda istisnai bir kamu görevlisi olan hâkimin niteliklerinin ve karakterinin esas alınan bir değerlendirme olması yargı bağımsızlığı bakımından önem arz edecektir. Kısaca mesleğe kabule kadar geçen adaylık sürecinin yürütme dışında bir bağımsız kurulca gerçekleştirilmesi gerekir. Belirtelim ki, HSYK'nın da oluşum şekli aşağıda belirteceğimiz değişiklikleri içermesi kaydıyla bu sürecin Kurul tarafından gerçekleştirilmesi yargı bağımsızlığını güvenceli hale getirecektir.

3. Hâkimlerin Denetimi

Anayasanın 144. maddesinde hâkim ve savcıların denetim görev ve yetkisinin Adalet Bakanına bağlı olan adalet müfettişler verilmesi de yargı bağımsızlığını zedeleyen düzenleme ve uygulamaların başında gelmektedir. Gerçekten Anayasanın 144. maddesine göre, “ *hâkim (...)'ın, görevlerini kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme, ... Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır.*” Adalet müfettişleri, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa göre Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda ve tamamen Adalet Bakanına bağlı ve onun emrini yerine getiren memur konumundadır. Anayasanın bu hükmü, HSK'nun 82. maddesi ile bunlara dayanarak çıkarılan Teftiş Kurulu Tüzüğü ve Yönetmeliği hükümleri ve uygulama birlikte değerlendirildiğinde, hakimlerin meslekte ilerlemeleri, yükselmeleri, atama ve hatta disiplin cezası almaları haklarında düzenlenen müfettiş raporlarına ve hal kağıtlarına dayandırıldığı için yürütmenin emrinde olan bir teftiş kurulunun varlığı yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi karşısında ciddi bir tehdit oluşturmaktadır.⁸¹

4. Soruşturma ve kovuşturma izni verme yetkisinin Adalet Bakanlığına ait olması

Anayasanın 144. Maddesi ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 82. vd maddelerinde hâkimlerin denetlenmesinde olduğu gibi soruşturma ve kovuştur-

81 ÖZEN, s. 120; ÖZKAYA, Eraslan, Adli Yıl Açılış Konuşması (2003-2004), Yargıtay Başkanlığı, Eylül 2003, s.15.

ma iznini verme yetkisinin Adalet Bakanına verilmiş olması yargı bağımsızlığını zedeleyen düzenlemelerin başında gelmektedir. Gerçekten Anayasanın 144. maddesine göre, *“hakim ve savcılarının,... görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır.”* Yürütme organının yargı erkini kullanan hâkimler hakkında inceleme ve soruşturma yapılmasına izin verilmesi hususunda tam yetkili olması, duruma göre inceleme veya soruşturma izni vermesi ya da vermemesi ve yapılacak inceleme veya soruşturmayı da kendi emrinde çalışan adalet müfettişlerine yaptırması yargı bağımsızlığını ciddi zedeleyen düzenleme ve dolayısıyla uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸²

5. Hâkimlerin idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olması

Anayasa hâkimlerin görevlerini yargısal ve idari olarak ikiye ayırmakta ve idari görevleri bakımından yürütmeye bağlı kılmaktadır. Gerçekten Anayasanın 140/4. maddesine göre, *“hâkimler (...), idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır.”* Bu hüküm hâkimlerin bağımsızlığından değil tersine bağımlı olmasından söz etmek suretiyle yargı bağımsızlığını zedelemektedir. Kaldı ki, yargı erkini kullanan hâkimlerin görevlerini yargısal ve idari olarak ikiye ayırmak çoğu kez mümkün olmadığından isabetli değildir.

6. Hâkimlerin Adalet Bakanınca geçici olarak bakanlıkta görevlendirilmesi ve geçici yetkilendirme

Anayasanın 159.maddenin son fıkrasında yer alan Adalet Bakanına hâkimleri geçici yetki ile bakanlıkta görevlendirme yetkisi veren düzenleme ve buna bağlı olarak gerçekleştirilen uygulama da yargı bağımsızlığını zedeler niteliktedir.⁸³ Ayrıca Adalet bakanlığının sahip olduğu ve sık başvurduğu geçici yetkilendirme de yargı bağımsızlığını sınırlayan uygulamalardan biridir.

7. Diğer hususlar

Son olarak belirtelim ki, Adalet Bakanlığının hazırlanan ve hakim ve savcılara gönderilen genelgelerin varlığı ve adli kolluğun gerçek anlamda kurulmamış olması da yargı bağımsızlığının tam olarak gerçekleşmesini engelleyen hususlardır. Gerçekten uygulamada idari genelgeler olduğu iddia edilse de, içerik ve konu itibariyle yargı yetkisinin veya yargısal takdirin kullanılmasını doğrudan veya dolaylı etkileyen genelgeler olması nedeniyle yargı bağımsızlığı zedelenmektedir. Aynı şekilde 5271 sayılı CMK'da adli kollukla ilgili düzenleme ile tam anlamıyla adli kolluk kurulamamış ve dolayısıyla yürütmenin soruşturmalarda etkin olması

82 Hâkimlerin görev suçları nedeniyle tabi oldukları soruşturma ve kovuşturma usulü ve işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, s. 255 vd.

83 ÖZEN, s.121.

şeklindeki uygulamanın varlığı karşısında yargı bağımsızlığının ve onu sağlamaya yönelik güvencelerin tam sağlanamadığı söylenebilir.⁸⁴

B. YARGI BAĞIMSIZLIĞINI VE YARGIÇ GÜVENCESİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvencelerin nelerden ibaret olduğu ortaya konulur iken, kuşkusuz, AİHM'nin bu konuda vermiş olduğu kararlar ile Avrupa Birliği sürecinde Türkiye'den beklenen ve Ülkemizin taahhüt ettiği hedefler ve yargı bağımsızlığını ve bunu gerçekleştirecek güvenceleri öngören uluslararası sözleşmelerin mutlaka dikkate alınması gerekir. Yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvencelerin önemli bir kısmı mevzuatta köklü değişiklik yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Öncelikle yapılacak düzenleme ve değişikliklerde esas çerçevenin Anayasa'nın 140. maddesinin 3. fıkrasında vurgulanan” *mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasları*” olmalıdır. Bu bağlamda aşağıda sırlayacağımız bazı önerilerin hayata geçebilmesi için başta Anayasa olmak üzere birçok kanunda değişiklik yapılması gerekmektedir. Ancak bu değişikliklerin yapılması da tek başına yeterli olamayacağı kanaatindeyiz. Önemli olan o toplumda hukuk devleti, erkler ayrılığı ilkesinin ve demokrasi kültürünün kökleşmiş olup olmadığıdır. Bu itibarla istenilen bağımsızlık ve onu sağlamaya yönelik güvencelerin yargı erkini kullanan hâkimler için bir ayrıcalık olmadığı tersine, hukuk devletini, bireylerin temel hak ve özgürlükleri, kamunun yararı ve kamu barış huzurunu güvenceye almak olduğuna dair inancın toplumda benimsenmesi ve yerleşmesidir. Biz aşağıda ülkemizde birçok kesimin olmasını da talep ettiği düzenleme ve uygulamayı içeren çözüm önerilerimizi belli başlıklar altında ele alacağız.

1. HSYK'nın Oluşumu ile Görev ve Yetkilerine İlişkin Çözüm Önerileri

Öncelikle HSYK'nun oluşumu ve yapısı değiştirilmelidir. En doğru çözümün 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi Hâkimler Yüksek Kurulu ve Savcılar Yüksek Kurulu şeklinde ayrı iki farklı kurulun oluşturulmasıdır. Bu mümkün olmadığı takdirde HSYK'nun oluşumu, üyelerinin seçimi ve temsil yeniden belirlenmelidir. Başta Anayasa olmak üzere buna bağlı olarak kanunlarda yapılacak değişiklikler ile Kurulun oluşumunda yürütme organının etkisi ortadan kaldırılmalı veya en aza indirilmelidir. Bu bağlamda öncelikle Kurulda yer alan Adalet Bakanı ve Müsteşarın Kurulda yer almaması gerekir. Adalet hizmetleri nedeniyle yasama organına karşı sorumluluğu olan Adalet Bakanının Kurulda bulunmasında gereksinim duyulması halinde en fazla Adalet Bakanının oy hakkı olmasının bulunması düşünülebilir. Bazı ülkelerde olduğu gibi Kurulun başkanlığını Cumhurbaşkanı da yapabilir.⁸⁵

⁸⁴ Bu konuda bkz. ÖZEN, s.122 vd.

⁸⁵ Bu konuda farklı çözüm önerileri için krş. DR SUN, s. 58 vd.

HSYK'nın seçiminde de yürütme organının etkisi ortadan kaldırılmalıdır. Bu bağlamda Yargıtay ve Danıştay tarafından seçilen üyelerin belirlenmesinde Cumhurbaşkanının seçme yetkisi kaldırılmalıdır.⁸⁶ Bu üyelerin yeniden belirlenecek seçim yöntemi sonucunda doğrudan ilgili yüksek mahkemenin genel kurulunca seçimi kabul edilmelidir. Bu konuda örneğin Yargıtay ve Danıştay Başkanlarının seçiminde uygulanan yöntem benimsenebilir.

HSYK'nın üyelerinin yasama organı tarafından seçimi de yargı bağımsızlığı ilkesi ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile örtüşmeyeceği için bu yolda bir tercih var olan tehlikelerin ve sorunların varlığını sürdürmesine neden olacaktır.⁸⁷ Zira yasama organının bu kurul yoluyla yargı üzerinde etkili olabilme tehlikesini göz ardı etmemek gerekir.

HSYK'nın temsil durumu ve sayısı da değiştirilmelidir. Şöyle ki, bugünkü yapıda asıl üye sayısı yedidir. Bu sayı artırılmalı ve örneğin onbir veya onbeş üye olarak yeniden şekillendirilmelidir. Buna bağlı olarak Kurulda sadece Yargıtay ve Danıştay üyelerinin temsili değil, ayrıca adli ve idari yargıda görev yapan birinci sınıf olan hâkim ve savcılar arasından kendilerinin yapacağı seçimle dört üye seçilmelidir. Bu şekilde üye belirlenmesi en az adli yargıdan iki, idari yargıdan bir üye olmalıdır. Yeni yapı belirlenirken Kurul'a meslek dışı üye seçimini uygun bulmadığımızı belirtmek isteriz. Örneğin avukat veya hukuk alanında çalışan öğretim üyelerinin de çoğulculuk ve salt meslekten kişilerden oluşmaması gerekçeleriyle HSYK'nın yapısının ve kompozisyonun değiştirilmesinin yarardan çok sistemi çalıştırmaz hale getireceği kannatindeyiz. Aynı şekilde örneğin Sayıştay ya da Anayasa Mahkemesinden de temsilci bulundurulması yaklaşımının hiçbir mantıksal açıklaması bulunmamaktadır. Sonuçta birinci sınıf hâkim ve savcılarının temsili yoluyla hâkim ve savcılarının hem örgütlenme özgürlüğü yaşama tam olarak geçirilmiş olacak hem de kendi özlük hakları ile atama ve yükseltmelerde, disiplin ve soruşturma işlemlerindeki kararlarda etkili olacaklardır.

Eğer HSYK'nun yapısı ve kompozisyonu yargı bağımsızlığını yürütme karşısında güçlendirmek için değiştirilmek isteniyorsa, İtalya'da olduğu gibi Yargıtay Başkanı ve Yargıtay Başsavcısı ile Danıştay Başkanı da Kurulun doğal üyesi olarak kabul edilebilir.

Aynı şekilde Anayasa ve ilgili mevzuat değiştirilerek HSYK'nın işlemlerine karşı yargı yolu açılmalıdır. Bu yolun özellikle disiplin işlemleri bakımından kapalı olması hukuk devleti ilkesi bağdaşmamaktadır. Yargısal denetim bakımından Kurulun niteliği de dikkate alınarak ilk derece mahkemesi Danıştay'ın ilgili dairesi ilk derece mahkemesi olarak görev yapması ve Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun da temyiz incelemesi yapması isabetli olacaktır. Nitekim görev suçları bakımından birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve savcılar bakımından ilk derece mahkemesi olarak Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi görev yapmaktadır.

86 Aynı yönde bkz. DURSUN, s.59.

87 Karşı düşünce için bkz. DURSUN, s. 63, 64.

HSYK'nın mali ve idari özerkliği sağlanmalıdır. Bu bağlamda Kurulun ayrı bir sekreteryası ve bütçesi olmalıdır. Adalet Bakanlığının bu konudaki üstünlüğü ortadan kaldırılmalıdır.

2. Hâkimlerin Denetimine İlişkin Çözüm Önerileri

Bu konuda yapılacak en önemli değişiklik, Teftiş Kurulunun doğrudan HSYK'na bağlanmasıdır. Teftiş Kurulu Adalet Bakanının emriyle değil, tersine Kurulun emri ile Kurula bağlı olarak çalışmasıdır. Aynı şekilde Teftiş Kurulu Başkan, Başkan Yardımcıları ile denetimi yapacak adalet müfettişlerinin yürütmenin bir müdahalesi olmaksızın doğrudan HSYK tarafından seçilmesi gerekir.

3. Hakimler Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma İzni Verilmesine İlişkin Çözüm Önerileri

Yukarıda belirtildiği üzere HSYK'nın hakim ve savcılar hakkında yapılacak inceleme ve soruşturma izinlerinin adalet müfettişlerinin raporları doğrultusunda doğrudan HSYK tarafından verilmesi isabetli olacaktır.

4. Teftiş Kurulunun HSYK'na Bağlı Kurul Haline Dönüştürülmesi

Yukarıda işaret ettiğimiz üzere, yargı bağımsızlığının sağlanmasında yürütmenin yargı üzerindeki etkisinin ortadan kaldırılması büyük önem taşımaktadır. Yürütme yargı üzerindeki etkisini daha çok denetim ve teftiş yoluyla gerçekleştirmektedir. Bu itibarla yargı organını denetleyen teftiş kurulunun yürütme ile organik bir bağının bulunmaması gerekir. Teftiş Kurulu'nun şu an için bağlanabileceği en uygun organ yukarıda belirttiğimiz değişiklikler yapılmak kaydıyla HSYK'na bağlanmasıdır.⁸⁸ Böylece yargı erki kendi denetimini yasama ve özellikle yürütme organının etkisinden uzak yapmak suretiyle hukuk devletinin tam olarak gerçekleşmesine hizmet edecektir.

5. Adli Kolluğun kurulması

Yargı bağımsızlığını zedeleyen hususlardan biri de adli kolluğun yokluğudur. Bu itibarla gerçek anlamda adli kolluk kurularak yürütmenin özellikle soruşturma evresindeki etkinliğinin ortadan kaldırılması gerekmektedir

6. Diğer Çözüm Önerileri

Hâkimlerin görevlerini yargısal ve idari görevler olarak ikiye ayırmaktan vazgeçilmelidir. Bu itibarla Anayasa da ilgili mevzuatta yer alan hâkimlerin idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığına bağlı olduklarına ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmalıdır.⁸⁹ Ayrıca hukuk fakültesi mezunu olmayan kişilerin idari yargıda hâkim olarak kabul edilmesi de tümenden kaldırılmalıdır. Türkiye Adalet

⁸⁸ Aynı yönde bkz. DURSUN, s.78.

⁸⁹ Bkz. DURSUN, s.67.

Akademisinin Adalet Bakanlığı ile idari ve organik bağı kesilmeli ve bu birim doğrudan HSYK'na bağlanmalıdır.

C. ANAYASANIN BAZI MADDELERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN TEKLİFİNE GENEL BİR BAKIŞ

1. Genel Olarak

1982 Anayasasında bugüne kadar bir çok değişiklik yapılmasına rağmen demokratik ve özgürlükçü bir Anayasa yapısına ulaşamadığı ve 12 Eylül Askeri Yönetiminin oluşturduğu otoriter bir Anayasa yapısının varlığını sürdürdüğü ve sonuçta daha kısa, temel hak ve özgürlükleri geliştiren, hukuk devleti ilkesini ve yargı bağımsızlığını güçlendiren yeni bir Anayasanın varlığına gereksinim bulunduğu geniş çevrelerce dile getirilmektedir. Buna bağlı olarak iktidar partisi, seçimlerden sonra kendisine yakın bazı bilim adamlarınca yeni bir Anayasa hazırlanmasını gündeme getirmiştir. Oluşturulan bir heyet tarafından yeni Anayasa Taslağı hazırlanmıştı, kamuoyundan gelen ciddi eleştiriler ve itirazlar karşısında, söz konusu Anayasa Taslağı ve Anayasa yapma talebi gündemden düşmüştü.

Aslında gündemden düşen ve artık bu parlamentonun Anayasayı değiştirme şansını ve fırsatını kaçırdığının genel kabul gördüğü bir ortamda, bir anda iktidar partisi, siyasi partilerin kapatılmasını adeta olanaksız hale getiren, yargı bağımsızlığını ortadan kaldıracak şekilde, Anayasa Mahkemesinin ve HSYK'nın oluşumunu, yapısını, üye sayısını ve seçim yöntemini temelden değiştiren ve askeri yargıyı cılızlaştıran düzenlemeleri ve bunun yanında çocuk, yaşlı, engelli ve kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık yapılmasını, memurların ve kamu görevlilerinin toplu sözleşme yapma haklarını tanıyan, kişisel verilerin korunmasını, kamu denetçiliğini içeren bazı hükümleri de içeren bir mini Anayasa değişiklik paketini ortaya koymuş bulunmaktadır.

Esas itibarıyla yargı bağımsızlığını tümünden ortadan kaldırmayı hedefleyen bu Anayasa Değişiklik Teklifinin hazırlanma nedenini ve bu değişiklikte ısrar etme yaklaşımının doğru analiz edilebilmesi için yakın tarihimizde Anayasa Mahkemesinin, Danıştay ve Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı önemli kararlar ile HSYK'nın yargıç kökenli üyelerinin yargı bağımsızlığı adına tavır ve kararlarının ve buna karşı iktidarı kullanan yürütmenin aldığı tavır ve uygulamaların göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz. Gerçekten Danıştay'ın yürütmenin işlem ve eylemlerine karşı aldığı bazı kararlar (Örneğin YÖK'nun türban serbestisine ve Yükseköğretim kurumlarına giriş sınavında uygulanan katsayıya ilişkin kararlarında vs olduğu gibi) ve Yargıtay'ın verdiği bazı kararlar sonrasında ve özellikle iktidar partisine karşı açılan kapatma davasında, Cumhurbaşkanının seçiminde toplantı sayısına ilişkin ve Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliğin Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesince verilen kararlar sonrasında bir anda özünde yargıyı hedefleyen değişiklik kamuoyunun gündemine yerleşmiş bulunmaktadır.

TBMM'ne sunulmuş bulunan Anayasa Değişiklik Teklifinin içeriğinde, genel kabul gören bazı düzenlemeler bulunmakla birlikte bu değişikliğin esas itibariyle üç temel değişikliği hedeflediğini söylemek mümkündür Bunlar, siyasi partilerin kapatılmasının daha da zorlaştırılması, Askeri yargının Anayasal dayanağının zayıflatılması, Anayasa Mahkemesinin ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısının ve oluşumunun, üye sayısının ve seçilme şeklinin yeniden şekillendirilmesidir. Bu itibarla Anayasa Değişiklik Teklifinin özü yargıda yeni bir düzen kurmak ve yargı bağımsızlığını ortadan kaldırmaktır. Bu bağlamda kuşkusuz Anayasa Teklifindeki yargı bağımsızlığını zedeleyen veya olumsuz tüm düzenlemelerin değerlendirilmesi düşünülebilir. Ancak biz bu çalışmayı söz konusu Anayasa Değişiklik Teklifi olmadan önce tamamlamış ve mevcut düzenlemeler ve uygulamalar ışığında düşüncelerimizi ortaya koymuştuk. Bu itibarla burada Teklifi bütüncül olarak değerlendirmeyeceğiz, yargıya ilişkin her düzenlemeyi değil, sadece konumuzla sıkı bağlantı içinde gördüğümüz HSYK'nın yapısına ilişkin değişikliğin genel değerlendirmesini yapmakla yetineceğiz. Bu değişiklik teklifinin TBMM'de ne tür değişikliklere uğrayacağı, geçerli oyu alıp alamayacağı, Cumhurbaşkanının bu konudaki takdirini ne yönde kullanacağı ve eğer yasalara halk oylamasına sunulursa halk oylamasının hukuksal sonuçlarının ne yönde olacağı ve son olarak Anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi durumunda nasıl bir karar verileceği gibi bir çok bilinmeyen söz konusudur. Bu kadar bilinmeyenleri içeren Teklifin bütüncül olarak yargı bağımsızlığına olumlu veya olumsuz etkileri üzerinde bu aşamada durulmamıştır.

Anayasa Değişiklik Teklifinin hazırlanması, tartışılması yasama organına sunulması süreci normlar hiyerarşisinin en üstünde olan ve Devletin temel yapısını düzenleyen Anayasa değişikliğinde istenilen ve bilinen yöntemlere ve ilkelerle örtüşmediği açıktır. Gerçekten Anayasa Değişiklik Teklifinin, Anayasa değişikliği sürecinde beklenen uzlaşma ve işbirliği sürecinden uzak hazırlandığı, özellikle üç temel erkten biri olan yargının ve doğal olarak Yüksek Mahkemelerin yargı erkinin yapısını ve işleyişini esastan değiştirecek bir değişiklikte muhatap alınmadıkları, Yargının, yargı bağımsızlığını zedelediğini düşündüğü hususlara ilişkin yaklaşımlarının “*siyaset yapma*” olarak değerlendirildiği bir iklimde hazırlandığı görülmektedir. Aynı şekilde, Meclisteki muhalefet partileri ile uzlaşma ve ortak çalışma zemininin oluşturulmaması sonucunda bu Teklifin, sadece iktidar partisi olan “AKP'nin Anayasa Değişiklik Teklifi” olduğu söylenebilir. Bu durumda kanun yapmak mantığı ve yaklaşımı ile Anayasa yapma tekniği ve süreci daha başta karışmış bulunmaktadır.

Teklifin halk oylamasına sunuş biçiminin de halkın gerçek iradesini ortaya koymaktan uzak olduğu da açıktır. Zira tamamen farklı konuların, birbiri ile hiç benzerliği olmayan hususların sadece evet veya hayır şeklinde halkın oyuna sunulması bile bu değişikliğin asıl hedefinin olumlu bazı değişikliklerin kabulünden çok yargıya ve siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin değişikliklerin hayata geçirilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Acele ile hazırlandığı görülen ve yargı bağımsızlığını zedeleyecek hükümler içeren, hukuk devleti ilkesi ile kuvvetler ayrılığı ilkesini aykırı, üstelik kendi aralarında çelişkili ve tutarsız hükümler içeren söz konusu Teklifin kanunlaşması sürecinden vazgeçilmesinin en doğru yöntem olduğu açıktır. Ancak bu değişiklik sürecinin halk oylamasına kadar geçecek bir aşamayı da kapsayacağı değerlendirilmesi rahatlıkla yapılabilir. Bu itibarla yargı bağımsızlığı ve güvenceleri halk oylamasını içerebilecek sancılı ve çatışmalı bir dönemde ciddi bir tehdit altındadır.

Öncelikle, yeni bir anayasa hazırlanması gerektiği, bu Anayasanın tüm kesimlerin uzlaşma ürünü olması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda şekillenmesi, özgürlük-otorite ikileminde özgürlük temelinde olması, hukuk devleti ilkesini, kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerini güçlendirmesi, Anayasanın 2. maddesinde yer alan cumhuriyet değerlerini etkisizleştirmeyecek ve tersine güçlendirecek, parti içi demokrasileri güçlendirmesi ve temsilde adalet ilkesini yaşama geçirecek Anayasal bir çatının oluşturulmasında zorunluluk bulunduğu yolundaki kanaatimi belirtmek isterim.

Vurgulamak gerekir ki, biz, aşağıda HSYK ile ilgili düzenleme ile ilgili olarak yapacağımız değerlendirme ve eleştiri ile bu değişikliğin eksiklerinin giderildiği takdirde yargı bağımsızlığına ilişkin sorunun ortadan kalkacağı kanaatinde değiliz. Ayrıca yapılmak istenen değişikliğe hukuk temelinde karşı çıkmak 12 Eylül Askeri Darbesinin ürünü olan otorite temelli mevcut Anayasayı meşrulaştırmak olarak da değerlendirilmemelidir.

Anayasa Teklifinde tek başına değerlendirildiğinde, bazı olumlu düzenlemeler de mevcuttur. Ancak bu olumlu düzenlemelerin gerçekleşmesinin istenildiği ve en azından bu değişikliklerin hayata geçirilmesinin hedeflendiğini söylemek fazla iyimserlik olur. Kamuoyunda ve yargı camiasında oluşan ve muhalefetine sıkça dillendirdiği üzere, Anayasa değişiklik teklifinin esas itibariye siyasi partilerin kapatılmasının güçleştirilmesi ve yargının yeniden şekillendirilmesi olduğu yolundaki yaklaşıma katılmamak mümkün değildir.

Bu değişikliğin asıl amacının yürütme ile yargı arasında ortaya çıkan yargı bağımsızlığına ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine ilişkin farklılığı yürütmenin bakışı ile yeniden şekillenmesi ve yargının hukuk devletine ilişkin ortaya koyduğu dirençlerinin ve cumhuriyetin temel niteliklerine ilişkin tutarlı duruşunun ortadan kaldırılması olduğu söylenebilir. Bu durum kuşkusuz iktidarın kısa ve orta vadeli politikaları paralelinde yargının siyalaşmasına neden olacaktır.

Bütüncül bir anayasal değişiklik yapılamadığı veya yapılamıyor bahanesiyle zamanlaması yanlış, uzlaşmadan uzak olarak ve Anayasalarda bulunan temel ilkeler göz ardı edilerek kısmi ve iktidarın kendine göre belirlediği ihtiyaçları esas alan bir değişiklik kanımızca daha başta ölü doğmaktadır. Bunda inat Anayasal sistemin temel dokusunu, omurgasını ve Devletin temel yapısını tehdit eder ni-

teliktedir. Özellikle yargı konusunda yapılacak köklü değişikliklerin temel bir uzlaşma olmadan ve tek bir bakış açısından gerçekleştirme ısrarı ve iradesi ileride siyasal sistemin işleyişinde ciddi ve geri dönüşü olmayan hukuki sorunlar üretecek niteliktedir.

2. Anayasa Değişiklik Teklifinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Düzenleme

Anayasanın 159. maddesini değiştiren Teklifin 20. maddesine göre, “ **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yirmibir asıl ve on yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır.**

- **Kurulun başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir.**
- **Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yüksek öğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca,**
- **Bir asıl ve bir yedek üyesi Anayasa mahkemesi raportörleri arasından Anayasa Mahkemesince,**
- **Üç asıl ve iki yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca,**
- **Bir asıl ve bir yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca,**
- **yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hakim ve savcılarını arasından adli yargı hakim ve savcılarınca,**
- **üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hakim ve savcılarını arasından idari yargı hakim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.**

Kurulun görevleri, Kanun Teklifinin 20. maddesinin 8. fıkrasında belirtilmiş bulunmaktadır. Buna göre, “ **Kurul, adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki teklifini karara bağlar; ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.”**

Başkan vekili ve daire başkanlarının belirlenmesi ve konumları 7. fıkrada düzen-

lenmiştir. Buna göre, “**Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını seçer. Başkan yetkilerinden bir kısmını başkanvekili olarak belirlediği daire başkanına devredebilir.**”

Denetleme, inceleme ve soruşturma şekli ise 8. fıkrada hükme bağlanmıştır. Buna göre, “**Hakim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.**”

Kurul işlemlerinin yargısal denetimine ilişkin düzenleme 10. fıkrada yer almaktadır. Buna göre, “**Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.**”

Kurulun Genel Sekreterliği ise 11. fıkrada düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “**Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulur. Genel Sekreter, birinci sınıf hakim ve hakimlerden Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli çalıştırılacak hakim ve savcılar, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir.**”

3. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Oluşumuna İlişkin Değişikliğin Genel Bir Değerlendirmesi

Anayasa Değişiklik Teklifinin 20. maddesinde yer alan HSYK'nın yapısı, oluşumu, üye sayısı ve seçimi, görev ve yetkileri ve işlemlerine ilişkin yargısal denetim hususlarındaki genel değerlendirmelerimizi aşağıda maddeler halinde sıralamış bulunmaktayız. Buna göre;

- a. Öncelikle belirtelim ki, hakim ve savcıların aday olarak atanmaları HSYK'nin görevleri arasında yer almamaktadır. Yine kadro dağıtma yetkisi de yetki ve görevleri arasından çıkarıldığı görülmektedir. Bu durumda hakimlik ve savcılık mesleğinin temelini oluşturacak hakim ve savcı adaylarının atanmasında ve kadro dağıtımında tek yetkili organ Adalet Bakanlığı olacaktır. Hakim bağımsızlığı daha başlangıçta yürütmenin bakış açısına ve insafına bırakılmıştır
- b. Anayasa değişikliği gerçekleşirse Anayasanın değişmez maddeleri arasında yer alan ve cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olan hukuk devleti ilkesi bütünüyle etkisizleşecektir. Bu nedenle bu değişiklik Anayasanın değiştirilmesi dahi teklif edilemeyen 2. maddesine aykırı olup, kurulmuş iktidarın kurucu iktidar tasarrufunda bulunması mümkün değildir.

- c. Kurulun işlemlerinden sadece meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanların yargı denetimine tabi olması diğer işlemlerine karşı ise şimdiki gibi yargısal denetimin kapalı olması hukuk devleti ilkesi bağdaşmaz. Doğru olan ve hukuk devletinin gereği olan Kurulun tüm işlem ve eylemlerine karşı yargısal denetimin kabul edilmesidir. Örneğin yer değişikliği cezası, kademe ilerlemenin durdurulması, birinci sınıfa ayrılmama şeklinde işlemler de meslekten çıkarma cezası kadar sonuçlar doğuracak nitelikte olduğu halde bu işlemlere karşı yargısal denetimin kapalı olması hukuk devletine aykırıdır.
- d. Bu değişiklik hayata geçtiği takdirde, Hukuk devleti ilkesinin de zorunlu sonucu olan kuvvetler-erkler ayrılığı ilkesi erkler birliğine dönüşme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Zira şu anda yürütme yasama üzerinde tam egemen durumda, sadece erkler ayrılığını dengeleyen yargısal denetim yapan yargının siyallaşması ile birlikte kuvvetler ayrılığı, üzümlere ifadelim ki, artık kuvvetler-erkler birliğine dönüşecektir. Bu nitelikteki bir Devletin demokratik ve hukuk devleti olduğunu iddia etmek olanaksız hale gelebilir.
- e. En çok eleştirilen ve yargı bağımsızlığını yürütme organına karşı zedeleyen ya da zayıflatan Bakanın ve Müsteşarının Kurulda başkan ve doğal üye olarak bulunması kuralı varlığını sürdürmektedir. Bu uygulamanın Batıda örneklerinin çok olduğu düşüncesi de doğru değildir. Örneğin İtalya'da Kurulun başkanı sembolik olarak Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı ve Müsteşarı Kurulda yer almamaktadır. Tersine Yargıtay Başkanı ve Yargıtay Başsavcısı Kurulun doğal üyesidir. Bizce yürütmenin yargı üzerindeki etkisinin azaltılması yaklaşımı yerine etkisinin artırılması tercih edilmiştir. Bunun yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çeliştiği açıktır.
- f. Bakanın konumu yürürlükteki düzenlemeye nazaran, daha da güçlendirilmiştir. Gerçekten;
- Bakan Kurulun başkanıdır,
 - Kurulun yönetimi ve temsili Bakana aittir.
 - Her ne kadar Bakanın dairelerin çalışmasına katılmaması ve Daireler kendi aralarında Daire Başkanını seçmesi öngörülmüş ise de, Bakan yetkilerinden bir kısmını başkan vekili olarak belirlediği daire başkanına devredebileceği hükme bağlanmıştır. Böylece şimdiki düzenlemede seçilmiş üyeler kendi aralarından Başkan vekilini seçebilmekte iken, bu durum da fazla görülmüştür. Başkanvekilinin belirlenmesine ilişkin düzenlemenin, yargıya bakışı ve amaçları açısından genel bir fikir vermektedir. Sonuçta yargı bağımsızlığının kurumsal simgesi olan Kurulun kendi başkan vekilini seçme yetkisinin bile alınması yargı bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır.
 - Hakimler ve savcılar ile ilgili denetim, inceleme ve soruşturma işlemleri ilgili Dairenin teklifi üzerine Kurulun başkanı olan Adalet Bakanının olu-

runa bağlanmıştır. Denetim, inceleme ve soruşturma işlemlerinde Adalet Bakanının olurunun kabulü bu konudaki sorunlarda hiçbir düzeltme arzusunun olmadığını göstermektedir. Korunmak ve soruşturulması istenen bir hakim veya savcının mesleki kaderi, demoklasinin kılıcı gibi yürütmenin elinde durmaya devam etmektedir. Gerçekten bu konudaki teklifin HSYK nin ilgili dairesinden gelmesi tek başına hukuksal olarak sonuca etkili olmayacaktır. Bakan korumak istediği bir hakim veya savcı hakkında soruşturma izni vermeyecek ya da tersine verdiği kararlarla yürütmeye sorun çıkardığı düşünülen hakim veya savcı hakkında da soruşturma sürecini başlatabilecektir. Bu durumda eleştiri konusu olan ve halen yürürlükteki düzenleme ve uygulamada hiçbir değişiklik söz konusu olmayacak ve yargı bağımsızlığı yine sağlanamayacaktır.

- Sonuçta Adalet Bakanı Kurulun başkanı olarak gündemi belirleme yetkisini elinde tutmaktadır. Bu yetkisini kullanarak örneğin yakın geçmişimizde olduğu gibi Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçimini gündeme almama suretiyle geciktirmesi ihtimal dahilindedir. Böylece Yargıtay ve Danıştay'a üye seçiminde Bakan adeta pazarlık sonucuna göre gündemi oluşturma yetkisini kullanabilecek olması yargı bağımsızlığının en önemli ihlallerinden biridir.
- Adalet Bakanının dairelerin çalışmalarına katılmaması olumlu bir düzenlemedir. Ancak bu ayrıntı ya da teferruattır. Zira Bakan, görevleri Kanunla belirlenecek Kurul toplantılarına katılabilecek ve bu bağlamda, örneğin Anayasanın 154. ve 155. maddeleri uyarınca HSYK'da Yargıtay ve Danıştay üyelerinin belirlenmesinde oy hakkına sahip olmaktadır. Görülmektedir ki, Kurulun, asıl hukuksal sonuç doğuran ve yargı bağımsızlığını ve güvencesini oluşturan işlemleri ağırlıklı olarak Kurulun daire olarak yapacağı işlemlerde değil, tersine Kurulun ortak yapacağı toplantı ve işlemlerdir.
- g. Kurulun görevleri dikkate alındığında, çeşitlilik adına yargı dışından kişilerin Kurula dahil edilmesi isabetli olmadığı gibi, yargı bağımsızlığı açısından da tehlikelidir. Kurulun 21 üyeden oluşma biçimi de isabetli değildir. Bu sayının onbir (11) veya en fazla onüç (13) olarak düzenlenmesi yeterli olacaktır. Kurul idari ve adli alt kurullara ayrılabilir. Anayasa Mahkemesi raportörlerinden Kurula üye seçilmesi de isabetli değildir. Böyle bir yapıdaki Kurulun verimli ve uyumlu olarak çalışması mümkün değildir. Danıştay gibi Yüksek bir Mahkeme ile Anayasa Mahkemesi raportörlerinin aynı kota içinde değerlendirilmesini mantıksal olarak açıklamak mümkün değildir. Bu yapı sanki birilerine verilen sözün yerine getirilmesi amacına hizmet etmeye yönelik gibi gelmektedir.
- h. Belirtelim ki, Dairelerin görevleri konusunda da bir açıklık yoktur. Özellikle karmaşık bir şekilde seçilen HSYK üyelerinin dairelere hangi esaslara göre dağıtılacağı hususunda Teklifte bir netlik ve açıklık bulunmamaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi raportörlerine de Danıştay'a da bir asıl üyelik

öngörülmesinin mantıksal hiçbir temeli olmadığı bazıların iddia ettiği gibi yargının kuşatılması, ele geçirilmesi ya da terbiye edilmesi anlamına gelmesi bir yana, bu üyelerin hangi dairede çalıştırılacağı hususunda hiçbir temel ilke ve esasın getirilmemesi de sakıncalıdır.

- i. Teklifte, hakim ve savcıların özlük işlerinde hazırlık işlemlerini yapacak, Kurulun sekretarya hizmetlerini yürütecek bir birimin kurulması konusunda bir düzenlemeye yer verilmemesi de ciddi bir eksiklik. Denilebilir ki, Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulacak ve bu işlemleri yapma yetkisi bu Sekreterliğe verilecektir. Ancak bu Sekreterliğin görev ve yetkileri Kanunla düzenleneceğinden, Yasama organında bu yetkinin yine Bakanlıkta kalması şeklinde bir tercihin ortaya çıkması da mümkündür. Kısacası güvence yönünden Teklif eksiktir. Teklife egemen olan bu yaklaşım kanımızca halen devam eden Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün bu sekretarya işlemlerinin sürdürmesinin tercih edildiğini göstermektedir.
- j. Toplumsal sözleşme niteliği taşıyan Anayasa'da temelinde siyasi partilerin kapatılmasının güçleştirilmesi, Anayasa Mahkemesi ve HSYK'na ilişkin düzenlemeler, yargı reformu niteliğinde nitelendirilemez. Bu değişiklik teklif, arzu edile uzlaşma kültüründen uzak olarak muhalefet, sivil toplum kuruluşları ve özellikle üç temel erkten biri olan yargı erki ile çatışarak ve kavga ederek değişikliklerin yapılması yargı bağımsızlığını gittikçe zayıflatacağı açıktır.
- k. Halk oylamasına gidebileceği kuvvetle muhtemel gözükürken bu Teklifin hazırlanma süreci halk oylaması mantığına ve iklimine uygun düşmemektedir. Üç temel erkten biri olan yargının omurgası ve iskeleti değiştirilirken Yüksek Mahkemelerin yaklaşımının gözardı edilmesi, toplumsal ve siyasal uzlaşmanın en çok gerektiği Anayasa değişikliğinde muhalefet partileri ile uzlaşmama ve dayatma yaklaşımı içinde bulunmak sonucunda ortaya çıkan teklifin Türk demokrasisine, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerine ve dolayısıyla yargı bağımsızlığına katkı sağlamayacak ve sonuçta daha kaotik ve çatışma ortamı oluşturacaktır. Kaldı ki, bu tür temel hak ve özgürlükler ile Devletin temel yapısı ve kurucu idaresinin esasını oluşturan unsurların halk oylamasına sunulması teknik olarak isabetli değildir. Bütün bu olumsuzluklara rağmen söz konusu düzenlemelerin halkoyuna sunulması durumda artık bir tür plebisit olacağı söylenebilir.
- l. Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK), HSYK'ya seçilecek üyelerin belirlenmesinde görevli hale getirilmesi de teklifin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatini güçlendirmektedir.
- m. Yargıda ve adalet hizmetlerinde var olan hiçbir sorunu çözecek bir düzenleme ve yenilik getirmemektedir. Yürütmeyi daha da güçlendirmeyi hedefleyen bu teklif yasalaştığı takdirde yargı bağımsızlığına ilişkin zaten yetersiz olan güvenceler de ortadan kalkmış olacaktır.

- n. Referanduma gidilmesi ihtimaline karşı Anayasa mahkemesinin referandum öncesi veya sonrası vereceği kararın kendi varlığına ilişkin bir karar da olması nedeniyle Türk demokrasisi açısından hayati nitelikte olacağı ortadadır. Yargı bağımsızlığını tümenden tehdit eden ve yargının kuşatılması veya yargının ele geçirilmesi sonuçlarını ortaya çıkaracak bu Anayasa değişikliği teklifindeki Anayasa Mahkemesi ve HSYK'ye yönelik değişiklikler yargıdaki hiçbir sorunu çözmeyeceği gibi yürütme-yargı ilişkilerindeki krizi daha da derinleştirecek nitelik arz etmektedir. Böylece bir yandan iktidar ve parti yöneticileri için güvenli bir hukuki liman yaratılacak, diğer yandan da hiçbir engelleme olmadan devletin ve cumhuriyetin temel nitelikleri, yapısı, şekli ve yönünün yasalar aracılığıyla değiştirilmesi yolu açılmış olacaktır. Teklifin kabul edilmesi halinde bu düzenlemeler, kendine özgü tek adam yönetiminin kaldırım taşlarına dönüşme riskini güçlendirecektir.