

^{4f} HUKUKUN GENEL BİR İLKESİ OLARAK TABİİ HAKİM İLKESİ

(THE NATURAL JUDGE PRINCIPLE AS A GENERAL PRINCIPLE OF LAW)

Arş. Gör. Burak TAŞ* **

ÖZ

Tabiî hâkim ilkesi hukukumuzda oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Geçmişten bugüne geçirdiği evrim ise bu ilkenin hukuk düzenimizdeki yerini sorgulamayı gerekli kılmaktadır. Hukukun genel bir ilkesi olarak tabiî hâkim ilkesi beraberinde birçok tartışmalı hususa mahal vermektedir. Ceza muhakemesinde davanın nakli kurumu, Yüce Divan yargılamaları, hâkimin gereksiz çekinmesi, hukukçu bilirkişi görevlendirilmesi, mahkemeler arası bağlantı, karşılaştırmalı hukukta bu ilkenin düzenleniş biçimi, kanunî hâkim güvencesiyle tabiî hâkim arası farklılık ve tabiî hâkim ilkesi bakımından coğrafi teminat bu çalışmanın temel tartışmalarını oluşturmaktadır. Özellikle Yargı Reformu Strateji Belgesiyle yeniden gündeme oturan coğrafi teminatın tabiî hâkim ilkesi bakımından gerekliliği, çalışmanın sonunda deontolojik açıdan temellendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukukun Genel İlkeleri, Tabiî hâkim İlkesi, Kanunî Hâkim Güvencesi, Bağımsızlık ve Tarafsızlık, Coğrafi Teminat

ABSTRACT

The principle of natural judge covers a wide area in our law. Its evolution from past to present makes it necessary to question the place of this principle in our legal order. As a general principle of law, the principle of natural judge gives rise to many controversial issues. The main discussions of this study are the institution of transfer of legal action in the criminal procedure, the Supreme Court trials, the unnecessary hesitation of the judge, the appointment of a legal expert, the connection between the courts, the way this principle is regulated in comparative law, the difference between the legal judge guarantee and the natural judge, and the geographical guarantee in terms of the principle of natural judge. The necessity of the geographical assurance, which was brought to the agenda again with the Judicial Reform Strategy Document, in terms of the natural judge principle was grounded deontologically at the end of the study.

Keywords: General Principles of Law, Natural Judge Principle, Legal Judge Principle, Independence and Impartiality, Geographical Assurance

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 31.03.2021. İlk hakem raporu tarihi: 16.04.2021 İkinci hakem raporu tarihi: 19.04.2021. Onaylanma tarihi: 29.04.2021.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6481-1580

Eser Atf Şekli: Burak Taş, "Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1763-1791.

GİRİŞ

Hukukun genel ilkeleri, meşruiyetini toplumsal vicdandan almaktadır ve bir hukuk sisteminde tanınmasa dahi mevcudiyetini doğası gereği sürdürür.² Bu özelliğinin sonucu olarak hukuk düzeni, hukukun genel ilkelerini somutlaştırıp tespit etme vazifesini üstlenmemektedir.³ Hukukun genel ilkeleri, hâkim tarafından keşfedilir. Bu yönüyle hukukun genel ilkelerinin işlevselleştirilmesi, mahkemelerin uhdesindedir. Tüm hukuk düzenlerinde ortak olan bu özelliği sebebiyle, hâkimin konumunu daha da önemli kılmaktadır. Yargılama mercileri, yargılama faaliyetlerini gerçekleştirirken katalizör görevi gören bu ölçü normları temel alarak, bireylerin hak ve özgürlüklerini teminat altına almaktadırlar. Bu sayede hukuka uygun devlet idealini (*hukuk devleti*) gerçekleştirmede hâkimin rolünün önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

AYM, geçmişten bugüne hukuk devleti kavramının, *anayasa üstü hukukun genel ilkelerini* içerdiğini vurgulayarak *hukuk devleti*, “*hukukun genel ilkelerinin geçerli olduğu devlettir*” biçiminde, devlet ile hukuk arasında ilkeler bazında bir bağdaşım oluşturmaktadır.⁴ Soyut nitelikte ve tek başına uygulanma kabiliyetini haiz olmayan hukukun genel ilkeleri, hâkimin hukuku tatbik etme görevi ile işlevsel olmaktadır. Hukukun genel bir ilkesi olan tabii hâkim ilkesinin bir değer olarak korunması gerekliliği de kendisini bu aşamada ortaya koymaktadır. Hukuka uygun bir hâkimin muhatap olacağı uyumsuzluğu çözme görevinin, uyumsuzluk doğmadan önce belirli olmasını ifade eden bu ilke sayesinde hak ve özgürlükler güvence altında olacak ve hukuk devleti idesi bağlamında tabii hâkim ilkesinin önemi kendisini gösterecektir.

Çalışmada öncelikle tabii hâkim ilkesinin muhteviyatı incelenmiştir. Bu bölümde söz konusu ilkenin unsurları üzerinden detaylı bir araştırma yapılmıştır. Tabii hâkim ilkesinin iki unsuru üzerinden değerlendirmelerde bulunularak ikinci bölüme geçilmiştir. İkinci bölümde bu unsurların kapsamı belirlenerek Türk Hukukundaki ilke ve kuralların tabii hâkim ilkesi ile bağdaşabilirliği ortaya konmuştur. Ardından ceza muhakemesinde davanın nakli kurumu, Yüce Divan yargılamasının söz konusu ilkeye uygunluğu ve hâkimin baktığı davadan gereksiz çekinmesinin tabii hâkim ilkesine aykırılığı bu bölümde ayrı bir başlık altında incelenmiş ve hukuki temele oturtulmuştur. İlâveten uygulamada sıklıkla karşılaşılan hukuki sorunlarda bilirkişi görevlendirilmesi ve hukukçu bilirkişi görevlendirilmesinin tabii hâkim ilkesine aykırılığı, kronolojik olarak gerçekleştirilen kanun değişiklikleri ve ilgili AYM kararı bazında ortaya konulmuştur.

Çalışmanın üçüncü bölümünde karşılaştırmalı hukukta tabii hâkim ilkesi, devletlerin anayasalarında bu ilkenin düzenleniş şeklindeki farklılığa dikkat çekilerek incelenmiştir. Bir hak bahşediş olarak pozitif yükümlülük ve hakka müdahaleyi sınırlayan negatif yükümlülük içeren hükümler bağlamında tespitlerde bulunulmuştur.

Çalışmanın dördüncü bölümünde tabii hâkim ilkesinin Türk Hukukundaki görünümü incelenmiştir. Öncelikle kanunî hâkim güvencesi ile tabii hâkim ilkesi arasındaki fark ortaya konmuştur. Ardından tabii hâkim ilkesinden kanunî hâkim ilkesine doğru gerçekleşen evrimin tarihi ve ideolojik sebepleri irdelenmiştir. Nihayetinde hâkimler için coğrafi teminat bakımından tabii hâkim ilkesinin önemi ortaya konularak bu bölüm sonlandırılmıştır.

² Kaboğlu, İ. (1991). “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8 (Sayı Belirtilmemiş), s. 292.

³ Kaboğlu (1991), s. 292.

⁴ Kaboğlu (1991), s. 314.

I. TABİİ HÂKİM İLKESİNİN MUHTEVİYATI

Tabii hâkim ilkesi; bir uyuşmazlıkta görevli ve yetkili mahkemenin uyuşmazlık doğmadan önce kanunla belirlenmiş olması gerekliliğini ifade eder.⁵ Bu ilkeyle, uyuşmazlık doğduktan sonra bu uyuşmazlığı subûta erdirmekle görevli ve yetkili mahkeme kurulmasını engellemektir.⁶ Nitekim CMK m. 7 hükmü de tabii hâkim ilkesini görev hususu üzerinden şu şekilde önemseydiğini belirtmektedir: “Yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür.”

Yargılama, tabii hâkim dışında başka bir hâkim tarafından gerçekleştirilemez.⁷ Bu şekilde şahsa ve vakiya has mahkeme kurulması engellenmiş olacaktır. Bu ilke bir devlet yargısında etkin kılındığında olağanüstü yetkili mahkemeler kurulamayacaktır. Bu durumda bireyler devlet karşısında hukuki öngörülebilirliğin sağlanması sayesinde hukuki güvenceye kavuşmuş olacaklardır.⁸ Ayrıca bu sayede kişi güvenliğinin korunması da sağlanmış olacaktır.⁹

Söz konusu ilke Anayasamızın 37. maddesinde şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “(1) Hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. (2) Bir kimseyi kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de şu şekilde düzenlenmiştir: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş (kanunî), bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.” Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi 14. maddede ise tabii hâkim ilkesi ile bağlantılı olarak kanun tarafından kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye tabii olma güvencesi şu şekilde ifade edilmiştir: “Herkes mahkemeler ve yargı organları önünde eşittir. Herkes, bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri

⁵ Aktepe-Artık, S. (2014). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 178; Günay, E. (2018). *Hâkimin Yasaklılığı – Reddi ve Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 39.; Aldemir, H. (2019). *Hâkimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 208; Öztürk, B./Tezcan, D./Alan, E./Erdem, M.R./Sırma, Ö./Saygılar, Y.F. (2018). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 173,197; Erem, F. (1973). *Ceza Usulü Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 88.

⁶ Erem (1973), s. 88.

⁷ Doktrinde bir görüşe göre, kesin hüküm ihdas etme yetkisine sahip olan hâkimin ya da diğer bir ifadeyle hüküm hâkiminin tabii hâkim ile bağlantısı söz konusudur. Soruşturma işlerinde görev alan yahut hüküm ihdas etmeye yetkili olmayan sorgu hâkimlerinin tabii olmasının tabii hâkim ilkesiyle maddi bir bağlantısı bulunmamaktadır [Erem (1973), s. 96]. Ancak kişilerin özgürlük alanlarını etkileyen hususlarda ister soruşturma evresinde ister kovuşturma evresinde görev alsın ister hüküm ihdas etsin ister yalnızca sorguya katılsın her hâkimin tabii olması gerekmektedir. Eğer kişilerin özgürlük alanına müdahale etmeye yönelik geniş yetkileri olan bir kamu görevlisinden bahsediyorsak, bu kamu görevlisinin kişilerin hak ve özgürlüklerini koruyucu uygulamaları gerçekleştirmesi ve bu anlamda tabii hâkim niteliğine sahip olması gerekmektedir.

⁸ Gözler, K. (2016). *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 127.

⁹ 469 sayılı Kanun’un 2. Maddesi ile birden çok dairesi bulunan mahkemelerde Adalet Bakanı’na işlerin içeriğine göre davaya bakacak görevli mahkemeyi belirleme yetkisi tanımlandı. AYM 1977/75E., 1977/45K., 7.4.1978T. sayılı kararıyla isabetli olarak, bu uygulamanın tabii hâkim ilkesine aykırı olması sebebiyle söz konusu kanun hükmünü iptal etmiştir. Nitekim işin niteliğine göre mahkeme belirlenmesi, mahkemenin görevinin belirlenmesi ve özel görevli mahkeme yaratılması anlamına gelmektedir. Ancak bu uygulamalar yalnızca kanunla yapılabilsen dahi tabii hâkim ilkesinin ruhuna da aykırılık oluşturmaktadır. Aktepe-Artık (2014), s. 178-179.

hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve kamuya açık bir duruşma hakkına sahiptir.”¹⁰

Tabii hâkim ilkesi, adli ve idari yargı bütününde; idari yargılamada, hukuk yargılamasında ve ceza yargılamasında bir usulî bir şart niteliğinde olan temel bir yargılama huku-ku ilkesidir.¹¹ Anayasada emredici bir şekilde düzenlenmiş olması itibarıyla de bireyler için bir hak, devlet içinse bir yükümlülük niteliğinde olan, adil yargılanma hakkı ile bağlantılı ve onu güvence altına alan bir ilkedir.¹² Bu açıdan tabii hâkim ilkesinin ihlali, aynı zamanda adil yargılanma hakkının da ihlali anlamına gelecektir.

Tabii hâkim ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi ile de bağlantılı bir ilkedir.¹³ Kanun önünde eşitlik ilkesi, mahkemeler önünde eşitliği de ihtiva etmektedir. Mahkemeler önünde eşitlik gereği aynı durumda, konum ve statüde olan iki farklı kişinin farklı hâkimler tarafından yargılanmaması gerekir. Nitekim bu uluslararası ve ulusal hukukta dayanağını bulan eşitlik ilkesinin ve hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.¹⁴

Tabii hâkim ilkesi ile ilgili önem arz eden husulardan birisi de bu ilkenin, davanın taraflarının kendi hâkimlerini seçebileceği anlamında gelmediğidir.¹⁵ Tarafların hâkimi seçebilmesi, taraflar arası eşitliği bozacak Anayasa m.10/3’te ifadesini bulan “*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.*” kuralına aykırılık teşkil edecektir.

A. Tabii Hâkim İlkesinin Unsurları

Öncedenlik ve kanunîlik olmak üzere tabii hâkim ilkesinin iki temel unsuru bulunmaktadır.¹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 15.04.1975 gün ve 19/87 sayılı kararında tabii hâkim

¹⁰ Aldemir (2019), s. 209.

¹¹ “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 142. maddesine göre; mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Anayasanın kanunî hâkim güvencesi başlığını taşıyan 37. maddesi; “Hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılmaz.” hükmünü öngörmektedir. Bilimsel çevrelerde ve uygulamada, kanunî hâkim güvencesi, uyuşmazlığı yargılayacak ve çözecek olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması olarak kabul edilmektedir. 1982 Anayasasını kabul eden Danışma Meclisinin Anayasa Komisyonunun gerekçesinde; “bu suretle davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla yaratılan bir mahkeme önüne getirilmesi yasaklanmakta, yani kişiye yahut olaya göre kişiyi yahut olayı göz önünde tutarak mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. Bu ise tarafsız yargı merciinin ilk gereğidir.” denilmektedir. Dikkat edilecek olursa Anayasadaki bu düzenleme hukuk ya da ceza davaları yönünden herhangi bir ayırım gözetmemiştir ve uyuşmazlığın doğduğu tarihte bu uyuşmazlığı çözecek olan mahkemenin belli olması durumunda yargılama yapacak veya yargılamaya devam edecek mahkemeyi gösteren yasal bir düzenleme yapılmadığı takdirde davanın, mutlaka bu mahkeme tarafından çözüme kavuşturulması Anayasa buyruğudur... uyuşmazlık konusunu teşkil eden her hukuki olay, meydana geldiği tarihteki yasal düzenlemelere tabidir ve olayın meydana geldiği zamanda mevcut olan mahkemeler tarafından çözümlenmelidir.” YHGK, 2006/11-58E., 2006/228K., 19.04.2006T.

¹² Zeitune, J. (2007) International Commission of Jurists, Practitioners Guide No. 1, “International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors”, Geneva Switzerland, s. 7, <https://www.refworld.org/pdfid/4a7837af2.pdf> Erişim Tarihi: 30.11.2020; Tanrıver, S. (2013). “Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (104), s. 14; Aldemir (2019), s. 209.

¹³ Zeitune, J. (2007), s. 7.

¹⁴ Jeuland, E. (2008). “Le Droit Au Juge Naturel Et L’organisation Judiciaire”, *Revue Française D’administration Publique*, 1 (125) s. 36.

¹⁵ Jeuland (2008), s. 37.

¹⁶ Ülker (2013), s. 111.

ve tabii mahkeme şu şekilde tanımlanmıştır: “*Olaylardan önce, genel bir biçimde kurulmuş olup, belli bir olayla ilgisi bulunmayan yargı yerlerine, olağan yargı yeri; böyle yerlerin hâkimine de, olağan hâkim denir.*”¹⁷ Bu tanımlama girişimi, tabii hâkim ilkesinin iki temel unsurunu açığa çıkarmaktadır. *Olaylardan önce* nitelemesi ile öncedenlik, “*genel bir biçimde kurulmuş*” nitelemesi ile de kanunîlik betimlenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak öncedenlik unsuru ardından da kanunîlik unsuru irdelenmelidir.

1. Öncedenlik Unsuru

Öncedenlik unsuru¹⁸; mahkemenin kanunla, yargılama konusu uyuşmazlıkla ilgili hukuki korumanın talep edileceği zamandan evvel kurulması ve bu yargılama konusu uyuşmazlık ile kuruluş açısından ilgi bulunmaması, herkes bakımından genel ve soyut olarak yetki ve görevlerinin evvelden belirlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁹ Yani uyuşmazlık konusu davanın vuku bulmasından evvel belirlenmiş görevli ve yetkili mahkemenin halihazırda var olması gerekmektedir.²⁰ Öncedenlik unsuru, bu ilkeye esas özelliğini veren bir unsur olmakla birlikte öncedenliğin, uyuşmazlığın doğmasından önce yetkili ve görevli mahkemenin önceden ve kesin olarak belirlenmiş olmasını gerektirir.²¹ Görevli ve yetkili mahkemenin uyuşmazlığın doğumundan önce kanunla belirlenmiş olması yetmez. Bu belirlenmenin objektif kriterlere dayanması gerekmektedir.²² İlaveten kapsamı ve şekli uyuşmazlığın doğumundan evvel belirlenmiş dava şartları, görev, yetki, ispat yükü gibi kurumlar sayesinde hangi mahkemede hangi tarzda yargılama yapılacağı belirlenmiş olacaktır. Böylece keyfi davranışların önüne geçilirken aynı zamanda taraflar, hangi şekli kurallara göre yargılanacaklarını önceden bilebilirler. Bu yönüyle öncedenlik unsuru, hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin korunması ve yargıya olan güvenin sağlanması işlevini yerine getirir.²³

Öncedenlik unsuru ile ilgili bahsetmemiz gereken önemli bir husus, ceza muhakemesi hukukunda derhal uygulanırlık kuralının tabii hâkim ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmayaacağıdır. Bilindiği üzere derhal uygulanırlık kuralı muhakemeye ilişkin işlemlerin, muhake-

¹⁷ Tanrıver (2004), s.11.

¹⁸ “Kanunî hâkim güvencesi ilkesi, olayın niteliğine göre yargılamanın hangi mahkemede yapılacağından önceden belirlenmiş olması ilkesidir. Yargılama, tabii hâkimi dışında başka bir hâkim tarafından yapılamaz (Muhammet Kaplan, B. No: 2013/1586, 18/9/2013, § 31).” AYM, *Adnan Gül Tepe*, Başvuru Numarası: 2014/16516, Karar Tarihi: 8/3/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 30/3/2018-30376.

¹⁹ Tanrıver, S. (2013). “Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (104), s. 12; “*Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlenimin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlenimin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesinin bünyesinde, “kanuniliğin” yanı sıra “önceden belirlenmiş” olmaya da yer verilmiştir.*” (AYM, 2012/146E., 2013/93K., 17/7/2013T.)

²⁰ Pekcantez, H. (1995). “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 12 (Sayı Belirtilmemiş), s. 268; Öztürk, B. (1995) Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 12 (Sayı Belirtilmemiş), s. 75.

²¹ Tanrıver (2013), s. 13; *Zand/Avusturya*, 16/5/1977, B. No. 7360/76.

²² Neppi-Modona, G. (2012). The Various Aspects of External and Internal Independence of the Judiciary, *Seminar on the Independence of Justice, Tunis (Tunisia)*, s. 4, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2012\)035-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2012)035-e) Erişim Tarihi: 1.12.2020.

²³ Kara, S. ve Demircioğlu, M. Y. (2001). “Baro Hakem Kurullarının Anayasal Dayanağı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (2), s. 13.

menin gerçekleştirildiği anda yürürlükte bulunan kurallara göre gerçekleştirilmesidir.²⁴ Burada sonraki kanun hükmünün ilgilinin lehinde veya aleyhinde olması aranmamaktadır. Suçun işlenmesi anından sonraki bir zaman diliminde yürürlüğe giren görev ve yetkiye ilişkin sonraki muhakeme normu, muhakemeye başlanmış olsa bile derhal uygulanacaktır.²⁵ Bu durum ise tabii hâkim ilkesinin öncedenlik unsuru ile bağdaşmamaktadır. Kişilerin suç işlenmeden önce kanunla belirlenmiş olan mahkemelerde yargılanmaları gerekir. Bu açıdan derhal uygulanırılık kuralının görev ve yetkiye ilişkin kısmı hukuka aykırılık oluşturmaktadır. AYM ise bu görüşte değildir. AYM'ye göre yetki kuralları, görev kurallarında olduğu kadar tabii hâkim ilkesiyle sıkı bir bağlantı içinde değildir. Yetki kavramı, genel manada bir davaya bakmakla görevli mahkemeler arasında yargılama yetkisinin dağılımını ifade etmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda görev hususu, kamu düzenine ilişkindir ve bu sebeple yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve mahkemelerce de re'sen dikkate alınır. Yetki kurallarıysa davaların makul süre içinde, en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını temin edecek nitelikte oldukları için kamu düzeniyle ilişkili değildir. Kamu düzenine ilişkin olmamalarının sonucu olarak da, yetki itirazı iddiasının ileri sürülmesi ve mahkemelerce dikkate alınması hususu görev konusundan farklı olarak düzenleme altına alınmıştır. Yine AYM'ye göre yetki kuralları, görev kuralları gibi "yargı erkinin işleyişini, doğrudan doğruya etkileyen ve bu çerçevede belirleyici bir işlev gören kurallar niteliğini haiz olmadığından tabii hâkim ilkesinin, mahkemelerin yetkisi ile ilgili kurullarla, görevdeki kadar sıkı bir bağ ya da bağlantı içerisinde bulunduğu söylenemez."²⁶

Yetki kurallarının yargı sürecinin işleyişini doğrudan doğruya etkilemediği tespitinin, yetki kurallarıyla tabii hâkim ilkesi arasındaki irtibatın yoğunluğunu belirlemede bir ölçüt olamayacağı kanaatindeyiz. İlkeler ile kurallar arasındaki bağlantı, işlevsellik üzerinden kurulduğunda ilkelerin doğasından bir sapma gerçekleşmektedir. İlkelerin amacı somut duruma çözüm bulmak ya da belli bir kurumu işlevselleştirmek değil, her durumda soyut, genel, kişilik dışı ve deontolojik gereklilikler dikte etmektir. İlkeler ile somut olay arasında irtibat kurmak etik biliminin konusudur. Kaldı ki bu irtibat ise işlevsellik üzerinden değil, değer koruma üzerinden kurulmaktadır. Bu açıdan bakıldığında kanımızca; derhal uygulanırılık kuralı, görev ve yetki özelinde bir haksızlığa, bir hukuka aykırılığa sebep olduğu için geçiş dönemi ile ilgili olarak kanunla istisnai hükümler düzenlenmelidir.²⁷ Doktrinde kanun yollarına ilişkin süreleri kısaltan muhakeme normlarının yürürlüğünü ertelemeye yönelik geçici kanun düzenlemelerine gidilmese bile; kişilerin mevcut süreye güvenmeleri dolayısıyla bu kuralın kazanılmış hak, eşitlik, adalet benzeri enstrümanlar vasıtasıyla yumuşatılması önerilir.²⁸ Görev ve yetkiye ilişkin hususlarda da bu yumuşatılmanın gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yani görevi veya yetkisi sonraki kanun düzenlemesi ile değişen mahkemenin, kazanılmış hak, adalet, eşitlik ve benzeri enstrümanlarla görev ve yetkisini koruyup yargılamaya devam etmesi gerektiği kanaatindeyiz.²⁹ Keza Anayasanın 37. madde-

²⁴ Zafer, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 132; Artuk, M. E. ve Gökçen, A. ve Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 218.

²⁵ Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır (2020), s. 218.

²⁶ AYM, 2012/146E., 2013/93K., 17/7/2013T.

²⁷ Derhal uygulanırılık kuralının haksızlığa yol açması halinde geçiş döneminde kanunla istisnai hükümlerin ihdas edilmesi görüşü için bkz. Zafer (2019), s. 133.

²⁸ Zafer (2019), s. 133; dn. 70; Aksi yönde bkz. Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 21.

²⁹ Bu durum hukuk mahkemeleri bakımından da benzer sonuçları doğurmaktadır. Medeni usul kuralları da derhal uygulanacağından söz konusu kanaatimiz, hukuk mahkemeleri bakımından da geçerli kabul edilmektedir.

sinde düzenlenen ve aynı zamanda hukukun genel ilkesi niteliğinde olan tabîî hâkim ilkesi, bu uygulamaya imkân sağlamaktadır.³⁰

2. Kanunîlik Unsuru

Tabîî hâkim ilkesinin kanunîlik unsuru; mahkemelerin kurulması, görevleri ve yetkileri ve bunların işleyişi ile yargılama usullerinin sadece kanun yoluyla düzenlenebilmesini³¹, normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alan düzenlemeler yoluyla idare tarafından bu işlemlerin gerçekleştirilememesini ifade eder.³² Bu yönüyle kanunîlik unsuru, yürütme erkinin yargı erkine müdahalesinin önlenmesi işlevi görürken aynı zamanda erkler ayrılığı ilkesine de hizmet etmektedir.

Kanunîlik unsuru bakımından tabîî hâkim ilkesini irdelediğimizde karşımıza öncelikle 1982 Anayasının 142. maddesi çıkmaktadır. İlgili maddeye göre: “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*”. Keza mahkemelerin kuruluş ve görev ve yetkilerini düzenleyen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun halen yürürlüktedir. Ancak tabîî hâkim ilkesi bakımından sorun oluşturan nokta, yüksek mahkemelerde dairelerin görevlerinin belirlenmesinin kanunla gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesidir.

09.02.2011 tarihine değin 2797 sayılı Yargıtay Kanunu madde 14’te ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 33 ile 41 arasında dairelerin görevleri açıkça belirlenmişti. 09.02.2011 tarih ve 6110 sayılı Kanunla dairelerin görevlerinin kanunla belirlenmesi uygulamasına son verilmiş, uyulması gereken ilkelerin kanunda belirtilmesi şartıyla dairelerin görevlerini belirleme yetkisi Danıştay’da Genel Kurula, Yargıtay’da Büyük Genel Kurula verilmiştir. Sebebi ise sistemin sadeleştirilmesi gerekliliğine bağlanmıştır. İlk derece mahkemeleriyle istinaf mahkemeleri arasındaki iş bölümü ise kanunla değil, Hâkimler ve Savcılar Kurulu’na belirlenmektedir. Bu durum da tabîî hâkim ilkesi bakımından sakıncalı görülebilir. Aynı durum Sayıştay bakımından da geçerlidir. 6085 sayılı Sayıştay Kanunu m. 21/5 hükmünde Sayıştay başkanına daire başkanları ve yelerin dairelerini belirleme ve ihtisas dairelerini tespit etme yetkisi verilmiştir. Doktrinde bir görüşe göre her ne kadar kanun bu yetkiyi bahsetse de mahkemelerin yetkisini belirleme görevinin idari bir kurula veya başkana verilmesi, tabîî hâkim ilkesine aykırılık bakımından hukukî değildir. Bu açıdan yüksek

³⁰ Zafer’e göre üst dereceli mahkemelerde iş yoğunluğunu azaltma amacıyla görev hükümlerinde değişiklik öngören sonraki kanunun, derhal uygulanırlık kuralı mucibince üst dereceli mahkemelerde görülmekte olan davalarda uygulanmaması usul ekonomisinin bir gereğidir. Bu durumda derhal uygulanırlık kuralına geçici kanunla istisnaî hükümler getirilmelidir. Zafer bu görüşünü aynı yönde YCGK, 15.03.1993, 15/62 sayılı Yargıtay kararı ile pekiştirmektedir. Bkz. Zafer (2019), s. 133. Zafer ile sonuçta aynı görüşte olsak da argümanlarımız farklıdır. Biz sonraki kanunla görev değişikliği durumunun tabîî hâkim ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu görüşündeyiz.

³¹ 2017 anayasa değişikliği ile yürürlükten kalkan askeri mahkemeler de yürürlükte buldukları süre boyunca, tabîî hâkim ilkesinin kanunîlik unsuru bakımından hukuka aykırılık oluşturmaktaydı. Askeri mahkemelerin yürürlükte olduğu zaman diliminde bir makalede bu mahkemelerin tabîî hâkim ilkesine aykırılığı şu şekilde ifade edilmektedir: “Askeri mahkemelerin kuruluşu konusunda idarenin bir organı olan Genelkurmay Başkanlığı ile Milli Savunma Bakanlığının yetkili olması “tabîî hâkim” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.” Metin, Y. ve Alp, E. (2012). “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Mahkemeler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), s.115.

³² Ülker, İ. (2013). “Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanun-i Esasi’deki Yargılamaya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (2), s. 111.

mahkeme dairelerinin görevleri ve yetkilerine ilişkin belirlemelerinin, Anayasa m. 142 hükmü gereği kanunla ya da kanuna dayanan düzenlemelerle yapılması gerekmektedir.³³ Ancak AİHM'ye göre yargı teşkilatlanmasına ilişkin genel kurallar kanunla düzenlendiği sürece her ayrıntının kanunla düzenlenmesi gerekmemektedir. Yargı teşkilatlanması ve organizasyonuna ilişkin konularda yasama, yürütmeye yetki devri dahi yapabilmelidir. Hatta ihtiyaçlar gerektirdiğinde yargı mercilerinin kurulması ve yerinin belirlenmesi yürütmeye bırakılabilir. Ancak bu durumda dahi yürütmenin hukuka uygunluğunun ve keyfilik önlenmesine yönelik yargı denetimi engellenemeyecektir. (*Zand v. Austria, Request No 7360, 12.1.1978*). Nitekim bizim hukuk sistemimizde de mahkemelerin kurulmasında yetkili idari organ Adalet Bakanlığı'dır. Ancak bu durum, yargı teşkilatını belirlemenin yürütmenin takdirinde olduğu anlamına gelmemektedir.

3. Değerlendirme

Tabii hâkim ilkesi; yargı yolunun, yer ve madde itibarıyla yetkinin tayininden başlayıp, her defasında yetkili mahkeme makamlarına iş dağılımıyla devam edip, nihayet bir mahkeme heyeti dahilinde münferit hâkimlerin görev alanını tespiti kadar inceden inceye normlaştırılmış bir yetki düzenlemesini gerektirir. Bundan başka, bireysel keyfilik önlenmesi ciddiye alındığı takdirde, zikredilen her üç yetki alanında, esas itibarıyla münferit olayda hüküm vermeye yetkili hâkimin adeta gözü kapalı görüldüğü, şekli kanuna dayanan soyut ve genel bir yetki düzeni ortaya çıkar. Ancak, böyle önceden soyut ve genel biçimde belirleme ilkesinin katı biçimde mi uygulanacağı, yoksa daha çok zorunlu pratik düşüncelerle diğer eşit değerdeki hukuk devleti ilkeleri yararına belli sınırlamaların kaçınılmaz mı görüleceği konusu tartışmalıdır. Görev ve yetkiye ilişkin soyut ve genel düzenlemeler, sadece biçimsel kanunla sınırlandırılmamalıdır. Bu sebeple salt lafzi yorumla tabii hâkim ilkesine aykırılık değerlendirmesi yapılmamalıdır.³⁴ Tabii hâkim ilkesinin kanunilik unsuru, yargının teşkilatlanmasına ilişkin her hususun kanunla düzenlenmesi gerekliliğine indirgenmemelidir. Her konuyu kanunlarda düzenleme aramak, kazuistik olan yargı sistemimizin bu özelliğini daha da derinleştirecektir. Nitekim yargı da kendi içinde idari bir işleyişe sahiptir. Faaliyetleri yürütebilmesi için dinamik, sürekli ve planlı olmak zorundadır. Ne de olsa bu usul ekonomisi ve makul sürede yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu açıdan hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, tabii hâkim ilkesinin öncedenlik unsurunu ihlal etmediği sürece yargının teşkilatlanmasında idari tasarrufların mevcut olması ezberden bu ilkenin ihlal edildiği anlamına gelmemelidir. Her somut durum kendi içinde bir özellik taşıyacağından genel yargıya varmaktansa bağımsızlık, tarafsızlık, öncedenlik, kişiye özel mahkeme kurmama gibi enstrümanlar yoluyla tabii hâkim ilkesine aykırılık değerlendirilmelidir.

II. TABİİ HÂKİM İLKESİNİN HUKUK UYGULAMASINDA GÖRÜNÜMÜ

Tabii hâkim ilkesi bakımından hukuk uygulamasında en sık karşılaşılan hususların bu ilke ile bağlantısına değinmek önem arz etmektedir. Bu kapsamda davanın nakli kurumunun, Yüce Divan uygulamasının, mahkemelerce gereksiz yere verilen çekinme kararlarının, hukukçu bilirkişi görevlendirilmesinin ve nihayetinde mahkemeler arası bağlantının

³³ Yiğit, U. ve Öztürk, İ. (2020). *Yargı Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 35, 621.

³⁴ Eser, A. (Çev. Centel N.) (1995). "Yasal Hâkim ve Münferit Olayda Tespiti (Der "gesetzliche Richter")", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 9, (Sayı Belirtilmemiş), s. 53.

tabii hâkim ilkesine etkisinin ortaya konulması, uygulamada tabii hâkim ilkesinin ne şekilde tezahür ettiğini anlamak için önemlidir.

A. Ceza Muhakemesinde Davanın Nakli Kurumunun Tabii Hâkim İlkesi Bakımından İncelenmesi

Bu başlık altında tabii hâkim ilkesi ile ilgili değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise CMK m. 19/1 ve 2 'de düzenlenen davanın nakli müessesidir. İlgili maddeye göre: “(1) Yetkili hâkim veya mahkeme, hukukî veya fiilî sebeplerle görevini yerine getiremeyecek hâlde bulunursa; yüksek görevli mahkeme, davanın başka yerde bulunan aynı derecede bir mahkemeye nakline karar verir. (2) Kovuşturmanın görevli ve yetkili olan mahkemenin bulunduğu yerde yapılması kamu güvenliği için tehlikeli olursa, davanın naklini Adalet Bakanı Yargıtaydan ister.” İlgili maddeye göre iki durumda davanın nakli gündeme gelir. Bunlardan ilki yetkili hâkim veya mahkemenin hukuki veya fiili sebeplerle görevini yerine getiremeyecek halde bulunması, ikincisi ise kovuşturmanın görevli ve yetkili mahkemenin bulunduğu yerde yapılmasının kamu güvenliği için tehlike oluşturması halidir. Davanın nakli yoluyla tabii hâkim ilkesinden ayrılıp, suçun işlendiği tarihte yargılamayı yürütmekle yetkili mahkemede değil, ilgili maddede öngörülen zorunluluk sebepleriyle aslen yetkisiz bir mahkemede yargılama gerçekleşmektedir. Kanunen önceden belirlenmiş yargı merciinde yargılanma hakkının kanunla sınırlandırılması ve bu sınırlamanın gerekçelerinin de kanunla belirlenmiş olması tabii hâkim ilkesinin ihlal edilmesinin önüne geçmektedir. Ancak bu durum her zaman için bu şekilde değildir.

Davanın nakli, tabii hâkim ilkesiyle ile ters düşmeyecek “somut gerekliliklere ve kaçınılmaz hukuki ve fiili engellere” dayanmalıdır.³⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin birinci fıkrasına göre herkes, kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan mahkeme tarafından uyumsuzluğun görülmesini talep edebilir. Kamu yararı, kamu güvenliği, kamu yararı, fiili yetersizlikler, davadaki sanıkların sayısının fazla olması, duruşma salonlarının yetersizliği ve benzer sebeplere dayalı olarak tabii hâkim ilkesi Anayasamızın 13. maddesi temelinde kanunla sınırlanabilir. Ancak anayasal sebeplerden hangilerine bağlı olarak hakkın özüne müdahale gerçekleştirilebileceği ve hakkın böylece sınırlanabileceği hususu, her somut olayın şartları detaylı şekilde irdelenerek açığa çıkarılabilecektir. Fakat bu durum, salt duruşma salonlarının kalabalık olması ve kapasitelelerinin yetersiz olması gibi fiili yetersizliklerin, davanın kanunen görülmesi gereken asıl mahkemeden başka bir mahkemede görülmesini gerektirmeyecektir. Nitekim makul bir gerekçeye dayanmadan kamunun veya basının erişimine daha kolay açılan merkezi adliyelerden uzaklaşmak, etkin ve dürüst yargılamanın bir gereği olan “alenilik” ilkesini zedelenmektedir.³⁶ İlaveten, “kaçırılan yargı veya yargılama” algısını kamuoyunda oluşturacak bir tablonun, adalete olan güveni sarsabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.³⁷ Bu kapsamda kanunî ve makul gerekçelere dayanması koşulu ile davanın nakli kurum, tabii hâkim ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Madde gerekçesine göre de bu kurum, CMK'nın ilgili düzenlemesiyle yargılamanın daha elverişli bir ortamda yürütülmesi sağla-

³⁵ Şen, E. (2015). *Mahkemenin ve Davanın Nakli*, İnternet Makalesi, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1615390-mahkemenin-ve-davanin-nakli#:~:text=Mahkeme%20nakli%2C%20bir%20davan%C4%B1n%20hâkimlerinin,bulunan%20bir%20ba%C5%9Fka%20salona%20ta%C5%9F%C4%B1nmas%C4%B1d%C4%B1r>. Erişim Tarihi: 25.11.2020.

³⁶ Şen, E. (2015). *Mahkemenin ve Davanın Nakli*.

³⁷ Şen, E. (2015). *Mahkemenin ve Davanın Nakli*; Aynı yönde Erem (1973), s. 93.

makta ve yargılamadan beklenen verimi artırmaktadır.³⁸ Ancak bunun gerçekleşebilmesi; yani davanın nakledilebilmesi için argümanlar hukukî olmalı ve soyut gerekçelere dayanmamalıdır, davanın yeni görüldüğü çevrenin etkisinde kalınmamalıdır.³⁹ Ancak bu şekilde tabii hâkim ilkesine aykırılık söz konusu olmayacaktır.⁴⁰ Ancak Doktrinde Erem haklı olarak davanın naklini Yargıtay'dan Adalet Bakanının talep etmesine yönelik uygulamayı doğru bulmamaktadır. Ona göre tabii hâkim ilkesiyle bağlantılı olarak bu uygulama hâkimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını zedelemektedir.⁴¹ Görünüşte bile siyasi bir kimliği bulunan bir kişinin bir mahkemeden talepte bulunması görünüşte bağımsızlık ilkesini zedelemektedir.

Bu başlık altında değerlendireceğimiz diğer bir husus da tevzi aşamasında davaların paylaşılması usulünün tabii hâkim ilkesi ile ilişkisidir. Dava dağıtım süreçlerinin kanunla önceden belirlenmiş ve şeffaf olması, tabii hâkim ilkesinin gereklerinden birisidir. Nitekim Yargıtay bu durumu şu şekilde önemsemektedir: “...7. Asliye Hukuk Mahkemesi ile... 2. Asliye Ticaret Mahkemesi arasında görev uyumsuzluğu çıktığı, dosyanın mahkememiz ile bir ilgisinin bulunmadığı;... 2. Ticaret Mahkemesinden verilen görevsizlik kararında dosyanın... 7. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir iken, Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi nedeniyle dosyanın Mahkememize tevzi edildiği; davanın... 7. Asliye Hukuk Mahkemesine tevzi edilmesi gerektiği, zira davanın ilk açıldığı mahkemenin adı geçen mahkeme olduğu; aksi halde mahkemelerdeki dosyaların “gönderme” kararı ile başka mahkemelere gönderilip o mahkemelerden verilen görevsizlik kararları üzerine dosyaların başka mahkemelere tevzi edilmesinin tabii hâkim ilkesine de aykırı olacağı anlaşıldığından, dosyanın... 7. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.”

Davanın naklinden bahsetmişken “bozmadan sonra nakil” kurumundan bahsetmek mümkün değildir. CMK m. 280/1-f hükmüne göre Bölge Adliye Mahkemesi: “İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verir.”. Aynı şekilde CMK m. 304/2 hükmüne göre de Yargıtay: “Yargıtay, dosyayı 303 üncü maddede belirtilenlerin dışında kalan hâllerde yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya

³⁸ Artuç, M. ve Elmas, M.T. (2019). *Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları*, Ankara: Adalet Yayınevi, dn. 85, s. 108.

³⁹ Erem (1973), s. 93.

⁴⁰ “Davanın nakli hususunda mahkemece talepte bulunulmuş ise de; somut olayda davanın nakline karar verilmesi durumunda dosyanın tarafları arasında bundan sonra meydana gelecek tüm olaylara ilişkin yargılamalarda davanın nakline karar vermek gerekeceği, önemli olanın bu hadiselerin önüne geçmek olup bunun da kolluk güçleri ile idari makamların görevleri dahilinde olduğu, öte yandan davanın geldiği aşama ve dava ekonomisi ile tabii hâkim ilkesi de düşünüldüğünde, keza dosya kapsamında kanunun aradığı manada ciddi, yakın ve kamu emniyetini tehlikeye düşürecek bir durumun bulunmadığı, hakeza dosyada davanın nakledilmemesi halinde sanıkların adliyeye öldürülmesi, kaçırılması veya kargaşa çıkması gibi kamu güvenliğini bozacak üzücü olayların meydana gelmesinin emniyet ve asayiş kuvvetlerince önceden alınacak tedbirlerle önlenemeyeceği yönünde bir düşünce ve görüş bulunmaması ile muhtemel olayları... ili emniyet güçlerinin önlemeye yönelik imkânları da birlikte değerlendirildiğinde, CMK'nın 19/2. maddesinin öngördüğü dava nakli şartlarının somut olayda bulunmadığı...”. Y5.CD, 2020/3215E., 2020/11657K., 29.06.2020T.

⁴¹ Erem (1973), s. 98.

diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderir."⁴² Bozmadan sonra nakil kurumuna imkân tanıyan bu kurallar, yetki kuralının birer istisnasını oluşturmaktadırlar.⁴³ Ancak belirtmek gerekir ki bu tür uygulamalar kanunla önceden belirtildiği için doğrudan tabii hâkim ilkesine aykırı oldukları söylenemez. Ancak yüksek mahkemeler, bozmadan sonra nakil imkânından *dava dışı sebeplerle* faydalanmayı amaçlarsa tabii hâkim ilkesinin fiiliyatta ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir.⁴⁴

B. Yüce Divan Yargılamasının Tabii Hâkim İlkesi Bakımından İncelenmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki tabii hâkim ilkesine uygun bir şekilde kurulmuş bulunan AYM, çocuk mahkemeleri gibi bir ihtisas mahkemesi olarak ceza mahkemesinde olağan mahkeme statüsünde bulunmaktadır. Belli bir alanda uzmanlık alanı oluşturmak amacıyla ihtisas mahkemeleri kurmak ile tabii hâkim ilkesini birbirine karıştırmamak gerekmektedir.⁴⁵ Doktrinde aksi görüşler⁴⁶ bulunsa bile AYM'nin olağanüstü (istisnai) yetkili mahkeme olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.⁴⁷

Tabii hâkim ilkesinin diğer boyutu, olağanüstü mahkemelerin kurulmasını önlemektir. Böylece anayasal bir hak olan kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliği ilkelerinin korunmasını sağlamaktadır.⁴⁸ 1982 Anayasasının Milli Güvenlik Konseyinde oluşturulan taslak gerekçesine bakıldığında Yüce Divan yargılamasının olağanüstü yargı mercii olarak nitelendirilemeyeceği temellendirilmiştir. Şöyle ki: "*Yüce Divanda bakılması gereken dava konusu olayların işlenmesinden sonra Yüce Divan kurulması "Tabii hâkim" ilkesine aykırı görüldüğünden önceden kurulmuş bir kuruluş haline getirilmesi gerekli görüldü. Burada bakılacak davaların konusunu teşkil edecek eylemlerin pek seyrek vukua geleceği mülahaza*

⁴² Benzer bir hüküm HMK m. 373/1,2 hükmünde de mevcuttur. Bu hükme göre Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karar Yargıtaya tamamen veya kısmen bozulduğu takdirde dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir. Ancak bu uygulama keyfi bir uygulamayı meşru kılmamaktadır. Mahkemenin buradaki takdir yetkisi, muhakemenin temel ilkelerinden olan usul ekonomisi ilkesi bu uygulamayı gerekli ve önemli kılmalıdır. Mahkeme doyayı gönderdiği yeni mahkemenin hangi sebeplerle mevcut uyumsuzluğu daha iyi çözeceği hususunu gerekçelendirdiğinde tabii hâkim ilkesine ve diğer yargılama hukuku ilkelerine bir aykırılık söz konusu olmayacaktır. Deliduman, S. (2009). "Yargıtay'ın Bozma Kararı Üzerine Dosyanın Başka Bir Mahkemeye (İlk Derece veya Bölge Adliye Mahkemesi) Gönderilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (40), s. 23-24.

⁴³ Erem (1973), s. 93.

⁴⁴ Erem (1973), s. 93.

⁴⁵ Zeitune (2007), s. 7; Başaran, B. (2007). "Adil Yargılanma Hakkı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 73-74; Belirli tiplerdeki uyumsuzlukların çözülmesi amacıyla ihtisas mahkemelerinin kurulması kanunî dayanağa sahip olmak şartıyla olağanüstü mahkeme olarak nitelendirilmeyi gerektirmeyecektir. *Fruni v. Slovakia*, no. 8014/07, 21 June 2011. Aktepe-Artık (2014), s. 179.

⁴⁶ Erem, belirli kişileri yargılamaya yönelik özel mahkemeler kurmanın pek tabii, tabii hâkim ilkesini ihlal edeceği; çünkü bu uygulamanın anayasada güvence altına alınmış olan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği kanaatinde. Erem (1973), s. 91.

⁴⁷ Aslan, Y. (2009). "Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (82), s. 5.

⁴⁸ Tanrıver (2013), s. 15.

zası ile müstakil bir kuruluştan ziyade Yargıtay'ın Ceza Daireleri Başkanlarından teşkil olunması prensibi kabul edildi."⁴⁹ 1982 Anayasasını oluşturan asli kurucu iktidar, kendinden önceki anayasayı ilga etmişti. Bu sebeple Yüce Divan'ın hukuki meşruiyetini tekrar kazanması yeni anayasada düzenlenmesine bağlıydı. Söz konusu gerekçede tabii hâkim ilkesinin ihlal edilmemesi için Yargıtay bünyesinde Yüce Divan yargılaması yapılması öngörülmüştür. Neticede bu çözüm, tabii hâkim güvencesine verilen önemi göstermesi sebebiyle önemlidir.

Yüce Divan ile ilgili olarak önem arz eden diğer bir husus ise meslekten hâkim niteliğinde olan hukukçu olmayan AYM üyelerinin Yüce Divan yargılamasında karara katılmasıdır. Bu hususta Öztürk'un düşünceleri oldukça iddialıdır. Şöyle ki: "...Hayatlarında hiçbir şekilde Ceza Hukuku ile karşılaşmamış bulunanların bir ceza muhakemesinde hâkimlik yapabilmesi gibi, bir hukuk devletinde asla kabul edilemeyecek bir garip durumla karşılaşmaktadır. Yüce Divan üyeleri halktan hâkim esasına göre belirlenmediklerinden, başka bir deyişle meslekten hâkim olduklarından, bu işi meslek olarak yaptıklarından onlarda Ceza Hukuku bilgisinin aranmaması söz konusu olamaz."⁵⁰ Bu hususta Öztürk'e katılmamak elde değildir. Bu hususta çözüm önerimiz; günümüzde pek örneği görülmesi de Yüce Divan yargılamalarında hukukçu hâkimlerin hüküm kurmasına, meslekten hâkim sayılan ve hukuk alanında uzmanlığı bulunmayan kişiler hükmün müzakeresinde yer alamamasına yönelik kanunî bir düzenlemenin getirilmesidir. Yüce Divan yargılaması genel kurul şeklinde gerçekleştirildiğinde hukukçu olmayanların ya da hukuk alanında uzmanlıklarını belgelemeyenlerin katılmalarının engellenmesi mümkün değildir. Ancak burada yapılması gereken AYM gibi kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan temasta bulunma kapasitesine sahip bir mahkeme üyelerinin meslekten hâkim ya da hukuk alanında uzmanlığını belgeleyen kişilerden seçilmesi ile tabii hâkim ilkesine riayet edilmiş olacaktır.

Yüce Divan yargılamasının tabii hâkim ilkesi ile olan iribatında bahsedeceğimiz son husus yargılama sırasında görevsizlik hususunun gerçekleşmesidir. Yüce Divan yargılaması sırasında mahkemenin görevsizlik kararı verip vermeyeceğine ilişkin yasal bir düzenleme mevcut değildir. Bir ceza mahkemesi olarak Yüce Divan elbette görevsizlik kararı verebilecektir. Yüce Divan'da yargılamanın Ceza Muhakemesi Kanununa göre yürütülecektir. Ancak bu usulde görevsiz olduğunu düşünen mahkeme görevsizlik kararı verirken görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye dosyayı göndermektedir. Bu mahkeme de kendisini görevsiz görürse bu hususta kararı ortak yüksek yetkili mahkeme verecektir (CMK m.4/2). Ancak Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapacak olan AYM'nin vermiş olduğu kararlar herkesi bağlar (1982 Anayasası m. 153/6). Bu noktada AYM kendisini görevsiz görüp dava dosyasını görevli gördüğü mahkemeye gönderdiğinde; artık bu mahkeme kendisinin görevsiz olduğunu iddia edemeyecektir. Çünkü görevsizlik kararı bu mahkemeyi de bağlayacak; olumsuz görev uyuşmazlığı, genel kurala göre çözümlenemeyecektir. Bu sebeple doktrinde Yüce Divan'ın görev uyuşmazlığı hususunda ayrıkçı durumların doğmaması için görevsizlik kararı verirken, görevli mahkemeyi belirtmemesi gerektiği belirtilmektedir.⁵¹ Bu hususta tabii hâkim ilkesi ile ilgili olan kısım, Yüce Divan sıfatıyla AYM'nin dava dosyasını görevli gördüğü mahkemeye göndererek, ilgili mahkeme kanunen görevli olmasa bile AYM kararıyla görevli kılabilmesi sorunudur. Halbuki mahkemelerin görevi kanunla düzenlenir.

⁴⁹ Taslak madde 166 Gereççesi, T.C. Anayasa Tasarısı Gereççesi, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 118. Birleşim, 18.10.1982, 2. Oturum, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118.pdf s. 58, Erişim Tarihi: 02.11.2020.

⁵⁰ Öztürk (1995), s. 76.

⁵¹ Erem, F. (1963). *Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak İncelenmesi*, Ankara: Ajans Türk Matbaası, s. 7, Aktaran, Aslan (2009), s. 5.

AYM'nin Kanunen görevli olmayan bir mahkemeyi görevli kılması ihtimali tabîi hâkim ilkesini ihlal edebilecektir. Ne de olsa her mahkeme gibi AYM de usul kurallarına aykırı karar verebilme kapasitesine sahiptir. Bu ihtimale bizim getirdiğimiz çözüm; AYM'nin verdiği görevsizlik kararlarına karşı yeniden inceleme yolunun işletilmesine imkân sağlayacak kanunî düzenlemenin getirilmesidir. Böylece sık karşılaşılsa da teoride gerçekleşme ihtimali bulunan böylesi durumlarda tabîi hâkim ilkesi ve ceza muhakemesi hukuku ilkeleri zedelenmemiş olacaktır.

C. Mahkemelerde Gereksiz Çekinme Kararı Verilmesinin Tabîi Hâkim İlkesine Etkisi

Tabîi olarak halihazırda belirli bulunan hâkimin gereksiz çekilmesi ya da çekinmesi aynı zamanda tarafsızlık ilkesine de aykırı düşmektedir.⁵² Bu hususu Pekcanitez şu şekilde özetlemektedir: “*Sadece mahkemelerin uyumsuzluk konusu davanın vuku bulmasından önce belirli olması değil aynı zamanda hâkimin de belirli olması gerekmektedir ki bu durum da hâkimin bağımsızlığı ilkesi ile doğrudan ilgilidir.*”⁵³

Uygulamada en çok karşılaşılan hususlardan biri red talebine karşı hâkimin “*duygusallığa kapılıp davadan çekilme yolunu seçmesi*” olarak karşımıza çıkmaktadır ve bu durum tabîi hâkim ilkesini zedelemektedir.⁵⁴ Hâkimin sebepsiz yere çekilmesi ya da çekinmesi, hâkime olan güven duygusunu zedelemekle beraber adalete duyulan güveni de sarsmaktadır.⁵⁵ Hâkimin taraflarla arasında husumet yaratmamak için çekinmesi Yargıtay’a göre doğru bir uygulama değildir. Yargıtay’ın bu husustaki yerinde uygulamalarına göre “*maddî bulgu ve delillerle desteklenmeyen soyut iddiaların hâkimlerce duygusallıkla karşılanıp davadan çekilmelerine neden olunması, ileride giderilmesi mümkün olmayacak zararlara yol açacağından kabul edilemez. Aksi halde bir yerde görev yapan hâkimlerin, aynı yöntemle davadan çekilmeleri sağlanarak, tabîi hâkim ilkesinin zedelenmesine*” sebep olmaktadır.⁵⁶

Uygulamada karşılaşılan hususlardan birisi de bir davada şikayet veya dava edilen hâkimin doğrudan davadan çekinmesi halidir. Görülmekte olan bir davada taraflardan birinin hâkimini şikayet etmesi yahut aleyhine dava açması, hâkimin doğrudan davadan çekinebileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim hâkimin şikayet edilmesi ya da hakkında dava açılması hâkimi doğrudan “davalı” pozisyonuna getirmemektedir. Aksine uygulama tarafların kötü niyetli olarak reddedilmesini kolaylaştıracak ve aynı zamanda bu hakkı kötüye kullanmak isteyenlerin davranışını da korumak anlamına gelecektir. Kötü niyetli kişilerce açılacak uydurma dava ve şikayetler, davaya bakan hâkimlerin sağlıklı, baskıdan uzak ve vicdani kanaatlerine dayalı olarak hür iradeleri ile görev yapmalarına engel olacaktır.⁵⁷

⁵² Ömeroğlu, Ö. (2012). *Ceza Muhakemesinde Hâkim ve Savcının Yasaklılığı*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 7.

⁵³ Pekcanitez, (1995). s. 268; AYM, 2009/52E., 2010/16K., 21.01.2010T. sayılı kararında hâkimin çekinmesi kurumunun tabîi hâkim ilkesinin gerçekleşmesi için gerekli güvencelerden biri olarak değerlendirilmiştir. Ömeroğlu (2012), s. 27.

⁵⁴ Günay (2018), s. 5.

⁵⁵ Aynı şekilde usulüne uygun olmadan yetkisizlik kararı verilmesi de aynı sonucu doğurmaktadır. “Usulüne uygun yetki itirazı bulunmaksızın..... verilen yetkisizlik kararının Anayasa’da güvence altına alınan tabîi hâkim ilkesine de aykırılık teşkil edeceği”.Y20.HD, 2020/767E., 2020/1344K., 12.3.2020T.

⁵⁶ Y20.HD, 2019/6386E., 2020/455K., 5.2.2020T.

⁵⁷ İlgili Yargıtay kararı için bkz. Y20.HD, 2016/10751E., 2016/11570K., 1.12.2016T.

Ancak bu durum hâkimlerin somut ve makul gerekçelere dayanmadan çekilmeleri ya da çekinmelerine imkân sağlamamaktadır.

D. Hukukçu Bilirkişi Görevlendirilmesinin Tabii Hâkim İlkesine Etkisi

Uygulamada bilirkişilik kurumu, bizatihi hâkim tarafından yorumlanması gerekli normların bilirkişilere yorumlatılması gibi durumlarla karşılaşmaktadır. Buna bağlı olarak hâkim tarafından kullanılması gereken takdir yetkisinin bilirkişilerce kullanıldığı da uygulamada karşılaşılan bir sorundur.⁵⁸ Aşağıda bahsedeceğimiz üzere hukukçu bilirkişi görevlendirme yasağına rağmen uygulamada sorunların devam ettiği görülmektedir.

Bilirkişinin görevi görüş bildirmek değil somut olaydaki vakia tespitlerini ortaya koymaktır. Argümantasyon teknikleri ile belirli bir görüşe varma ve sonuç çıkarma işi mahkemeye aittir.⁵⁹ Nitekim hâkim Türk hukukunu re'sen uygular (HMK m. 33). Hukuku bilmek ile uygulamak hâkimin görevi olup, bilirkişiden görüş istenmesi ancak hâkimin bilmediği bir alanda gündeme gelebilir.⁶⁰ Mahkemeye ait bu yetkilerin bilirkişilerce kullanılması ve mahkemenin pasif hareketle bilirkişi raporunu hükme esas alması, elbette tabii hâkim ilkesini zedelemektedir. Nihayetinde kararı hâkim değil objektif ve maddi gerçeği ortaya koymakla yükümlü olmayan bilirkişi vermiştir. Ancak hukukçu bilirkişi görevlendirmesi doğrudan tabii hâkim ilkesini ihlal eder sonucuna ulaşmak mantık hatasına sebep olur. Bu açıdan konu ile ilgili AYM kararını incelemek yerinde olacaktır.

AYM'nin 20/3/2014 tarih ve 2013/1780 başvuru numaralı kararında başvurucu ilgili olayda, hukukçu bilirkişi görevlendirilmesinin tabii hâkim ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir; ancak AYM talebi açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle reddetmiştir. Yine de bu hususun tabii hâkim güvencesi ve yargı yetkisinin devri konusunda incelenmesi gerekmektedir. Söz konusu AYM kararında, bir davada bilirkişi görevlendirmesine bağlı olarak bilirkişi raporları, ilgili usul kuralları uyarınca yargılamayı yürüten mahkeme ile taraflarca başvurulabilecek takdiri bir delil olduğu vurgulanmıştır. Görülmekte olan davada hâkim tarafından bilgi sahibi olunmayan özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi görüşüne başvurulabileceğine değinilmiştir. Bilirkişi raporları, hâkimin delilleri serbestçe takdir edebilmesine yönelik serbest delil ilkesi ile bu raporun hâkimi bağlamayacağına ilişkin usul kuralları birlikte değerlendirildiğinde, nihai kararın hâkim tarafından tarafların iddiaları ile dosyadaki delillerin takdiri ve kanunun yorumlanması suretiyle verileceği sonucuna ulaşılmıştır. Buradan hareketle AYM, başvurucunun kanunî hâkim güvencesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. İlaveten ilgili kararda “*Adalet Bakanlığı görüşünde, somut yargılama faaliyetinin daha önceden belirlenmiş kurallara göre yürütülerek sonuçlandırıldığı ve hukukçu bilirkişiye başvurulmasının, yargılamanın mahkeme hâkimi tarafından yapılmadığı anlamına gelmeyeceği yönünde görüş bildirilmiştir.*” denilerek talep kabul edilmemiştir.

İlgili karar 20.03.2014 tarihinde verilmiştir. Yargılamada hukukçu bilirkişiliği yasaklayan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinin son cümlesi ve Ceza Muhakemesi Kanununun 63. maddesinin ikinci cümlesi 03.11.2016 tarihinde eklenmiştir. Bu açıdan AYM'nin bu hususta ihlal kararı vermemesi anlaşılabilir niteliktedir. Yine de hukukçu bilirkişi görevlendirmenin tabii hâkim ilkesini zedeleyip zedelediğini araştırmak

⁵⁸ Türel, T.I. (2006) “Hâkimler Memurlaşıyor Bilirkişiler Hâkim’leşiyor Mu?”, *Bursa Barosu Dergisi*, 30 (80), s. 137

⁵⁹ Türel, (2006), s. 137-138.

⁶⁰ Papakçı, A. (2016). “Hukuki Bilirkişilik”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (1), s. 438-439.

gerekmektedir. Ne de olsa günümüzde birçok mahkeme usule aykırı kararlar verebilmektedir.

Kararda, bilirkişi raporunun takdiri delil niteliğinde olduğu ve hüküm aşamasında hâkimi bağlamayacağından dolayı ve hukukçu bilirkişiye başvurmanın, yargılamayı mahkemenin değil de bilirkişinin yaptığı anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır. Keza hukukçu bilirkişi görevlendirmesi yargı yetkisinin devri olarak değerlendirilemez.⁶¹ Eğer mahkeme; esasa ilişkin uyumsuzlukla ilgili hukuki konulara ilişkin görüş bildiren, hukuk normlarını yorumlayan veya sübuta ilişkin değerlendirmelerde bulunan bilirkişinin raporunu hükme esas olursa tabii hâkim ilkesi bakımından sakıncalı sonuçlar doğacaktır. Hüküm, önceden belirlenmiş hâkim dışında bu sifata sahip olmayan üçüncü bir kişi tarafından verildiğinde tabii hâkim ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

AYM; katıldığımız bu yerinde kararı ile hukukçu bilirkişi görevlendirmenin, ezbere dayalı olarak doğrudan tabii hâkim ilkesine aykırı olmayacağına hükmetmiştir. Her ne kadar ilgili mevzuat hükümleri hukuki konularda bilirkişi görevlendirmesini kesin olarak yasaklasa da⁶² somut olay tüm yönleriyle incelendiğinde sübuta ilişkin sonuca varan bilirkişinin raporunun hükme esas alınmaması durumunda tabii hâkim ilkesine aykırılıktan söz edilemeyecektir. Ancak bu rapor hükme dayanak oluşturduğu vakit bilirkişi hâkim yerine karar vermiş sayılacak ve tabii hâkim ilkesi ihlal edilmiş sayılabilecektir.

E. Mahkemeler Arası Bağlantının Tabii hâkim İlkesine Uygunluğu

Mahkemeler arasında bağlantı kararı verilmesi hususu, tabii hâkim ilkesine etkisi bakımından incelemeye değerdir. Hangi durumlarda ve gerekçelerle verilen bağlantı kararlarının bu ilkeyi ihlal etmeyeceğini saptamak mühimdir. Bu husus Danıştay'ın 8.Dairesinin 1999/2884E., 1999/7706K., 15.12.1999T. sayılı kararına da konu olmuştur. İlgili karara göre: *“Kamu düzenine dair nitelikler içeren ve doğal hâkim ilkesinin de söz konusu olacağı sonuçlara etkili olan mahkemelerin görevlerine ve yetkilerine dair kuralların, idari yargılamada özel bir yeri ve önemi bulunmaktadır. 2577 Sayılı Kanun'un 14. maddesinde ilk inceleme konularının başında öngörülen görev ve yetkiye dair ilkelerin öncelikle ele alınıp değerlendirileceği kuşkusuzdur. İlk inceleme aşamasında uyumsuzluk, mahkemenin görev veya yetkisinde görülmezse usul yasanın daha sonraki evrelerine geçilemeyeceğinden duraksama bulunmamaktadır. Ayrıca 2577 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen birlikte dava açılabilme olanağının, görev ve yetkiden sonra gelen bir ilk inceleme konusu ve usul ilkesi olduğu da açıktır.”* Daire bu kararı ile usul ekonomisi ile tabii hâkim ilkesinin karşılaşması halinde 2577 sayılı yasanın 14. maddesi gerekçe gösterilerek ilk incelemede görev

⁶¹ “Hukuki konuda bilirkişiye gidilmesinin yargı yetkisinin devri anlamına geldiği şeklinde bazen dile getirilen ve esasında gerçekle hiçbir ilgisi olmayan anlayışa yönelik itirazımızı saklı tutarak şuna işaret etmek isteriz ki, tespit edebildiğimiz kadarıyla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin sırf bu sebeple Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine vermiş olduğu hiçbir mahkûmiyet kararı yoktur. Davanın bu sebeple uzaması, gereksiz masraf yapılması gibi yönler itibarıyla, anayasal bir yargılama ilkesi durumundaki “usul ekonomisi” ilkesinin (AY. m. 141, HMK. m. 30) ihlâl edildiğini söylemek somut duruma göre hiç şüphesiz mümkün olabilir. Ancak, sırf bu sebeple yargı yetkisinin hâkim tarafından bilirkişiye devredildiğini iddia etmenin gerçekle örtüşmediği açıktır.” Atalı, M. (2016). “6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (65), s. 3277.

⁶² Papakçı (2016), s. 440.

ve yetkinin daha önce yer aldığı ve bu ilkenin usul ekonomisini düzenleyen 5. maddesinden önce usul yönünden dikkate alınacağı yönünde içtihat oluşturmuştur.”⁶³

İdare ve vergi mahkemeleri arası bağlantı kararının sonucu olarak yargılama usulü de değişikliğe uğrayacağından ve mahkemece karar verilmesi halinde bu kararın temyiz usulü 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 48. ve 49. maddelerine göre farklı olacağından, doğal hâkim ilkesi uyarınca farklı mahkemelerin görevine giren işlemlere karşı açılan davaların idare mahkemesinde çözümlenmesi gerekeceği gerekçeleri ile bağlantı talebi red olmuştur. İdari davaların bağlantısını düzenleyen İYUK 38/2'de bağlantı için aynı idari yargı yerinde yani birden ziyade davanın tamamının Vergi Mahkemesi'nde veya İdare Mahkemesi'nde olması gerektiğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı maddi veya hukuki sebeplerden veya birbiri ile sebep sonuç ilişkisi bulunan işlemlerden birisi İdare Mahkemesi'nin diğeri ise Vergi Mahkemesi'nin görevine girebilecektir.⁶⁴

Haklı bir gerekçe olmadan, görülmekte olan bir davanın mahkemesinden alınıp başka bir mahkemeye verilmesi ya da davaya bakmakta olan hâkimin yerine haklı bir gerekçe göstermeksizin başka bir hâkim görevlendirilmesi hem adil yargılanma hem de tabii hâkim ilkesine hem de hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesine aykırı olacaktır.⁶⁵

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TABİİ HÂKİM İLKESİ

Tabii hâkim ilkesinin Anglosakson ve kıta Avrupası hukuk sistemlerinde önemli bir yeri bulunmaktadır. Sistemine dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu ilkenin görünümünü incelemek, çalışmanın sınırlarını aşmaması nedeniyle makul olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Anglosakson hukuk sisteminde mahkemelerin yapısı ve işleyişi, kıta Avrupası hukuk sistemine göre daha karmaşık ve farklı bir uygulamayı içermektedir. Bu kapsamda bu bölümde Alman Hukukunda, İsviçre Hukukunda, Belçika Hukukunda, Slovenya Hukuku ve İspanya Hukukunda tabii hâkim ilkesinin görünümü irdelenmiştir. Konuyu dağıtmamak adına kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan ve tabii hâkim ilkesine anayasal düzeyde yer veren bu devletlerin bu ilkeyi düzenleme biçimleri ve bu ilkenin içeriği hususunda inceleme yapmayı uygun gördük.

A. Alman Hukukunda

Federal Almanya Cumhuriyet Anayasasının 101. maddesinde tabii hâkim ilkesi düzenlenmiştir. “İstisnâ mahkemelerin kurulması yasağı” başlıklı 101. madde şu şekildedir: “(1) İstisnai mahkemeler kurulamaz. Hiç kimse, yasayla tabii olduğu yargıçtan başka bir yargıç önüne çıkarılamaz. (2) Özel konular için mahkemeler ancak bir yasayla kurulabilir.”⁶⁶

Madde incelendiğinde muhteviyat itibariyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile aralarında fark bulunmamaktadır. İki düzenlemenin de amacı kişilerin tabii oldukları mahkemelerden başka olağanüstü mahkemelerde yargılanamaması ve cezalandırılmamalarıdır. Bu açıdan bakıldığında iki düzenlemede de kanunî hâkim ilkesi, temel bir haktır. Bu hakkın ihlâlî ise temel hakkın ihlâl edildiği anlamına gelecektir.

⁶³ Aslan, M. (2011). “İdari Yargıda Usul Ekonomisi Bağlantı Doğal Hâkim İlkesi Çekişmesi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (362), s. 118.

⁶⁴ Aslan (2011), s. 121.

⁶⁵ Aldemir (2019), s. 209.

⁶⁶ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Çev. Christian Rumpf ve Gökçe Uzar, 2015, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> Erişim Tarihi: 02.11.2020.

Federal Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyle ilgili düzenlemelerin hatalı uygulanışını her durumda m. 101/1-son cümlesine aykırı görmemiş; bu aykırı durumun sadece keyfî oluşunu temel bir hakkın ihlal edildiği şeklinde kabul etmiş; fakat kişinin kanunî hâkiminden mahrum kalışının bir hataya dayanması durumunu bu ilkenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Bu durum doktrinde eleştirilere maruz kalmış olsa da Federal Anayasa Mahkemesi, bu ilke ile ilgili denetim yetkisini keyfîlik kıstası ile sınırlamış ve ihlâlin de ağır olmasını aramıştır. Bununla birlikte hâkimin evvelinden belirli olup olmadığı, hâkimin yürütme erki için faaliyette bulunup bulunmadığı, hâkimin kanuna uygun olarak atanıp atanmadığı gibi kıstaslara da başvurmaktadır.⁶⁷

Federal Anayasa Mahkemesine göre, sadece münferit olayda yetkili hâkimin soyut ve genel yasayla belirlenmesine ilişkin biçimsel güvenceyle sınırlı değildir. Tersine bu ilke, yargısal faaliyetin anayasanın yargıç betimlemesinden kaynaklanan, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi maddî nitelikteki unsurlarını da kapsamaktadır.⁶⁸ Bu kapsamda Alman uygulamasında tabîi hâkim ilkesinin içeriğinin ve güvencesinin daha kapsamlı olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

B. Belçika Hukukunda

Belçika Anayasasında tabîi hâkim ilkesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Hiç kimse rızası hilaflına kanunun kendisi için tayin etmiş olduğu hâkimden alınmaz.*”⁶⁹ İlgili hüküm incelendiğinde Belçika hukukunda tabîi hâkim ilkesinin bir hak bahşetmekten ziyade devlete kaçınma yükümlülüğü yüklediği görülmektedir. Kişilerin tabîi oldukları hâkimden başka bir hâkim önüne çıkarılmayacağı güvencesi, negatif bir yükümlülük olarak devlete yüklenmiştir.

C. İtalya Hukukunda

İtalyan Anayasasının ilgili hükmünde tabîi hâkim ilkesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Hiç kimse önceden kanunla belirlenmiş olan tabîi hâkimden alınmaz.*” İlgili düzenlemeye bakıldığında bu hakkın negatif bir şekilde devlete kaçınma yükümlülüğü yüklediği göze çarpmaktadır. Bu açıdan Belçika Anayasasında ve İtalyan Anayasasında tabîi hâkim ilkesi, Türk Anayasasında olduğu gibi negatif statü hakkı olarak düzenlenmiştir.⁷⁰

D. İsviçre Hukukunda

İsviçre Federal Anayasasına bakıldığında kanunî hâkim ilkesinin 30. maddede düzenlendiği görülmektedir. İlgili maddeye göre: “*Kanunda aksi belirtilmedikçe, aleyhine hukuk davası açılan herhangi bir kişi, ikamet ettikleri yargı çevresindeki bir mahkemede davalarını karara bağlatma hakkına sahiptirler.*”⁷¹ Görüldüğü üzere İsviçre Federal Anayasası, kanunî hâkim ilkesini detaylı bir şekilde düzenlememiştir. Türk Anayasasında ve Federal Alman Anayasasında olduğu üzere emredici bir norm şeklinde değil, hak bahşetme şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumun başta anayasa hukuku kültürü olmak üzere çeşitli sebepleri olmakla birlikte bu durum bir eksiklik olarak görülmemelidir.

⁶⁷ Pekcanitez (1995), s. 268.

⁶⁸ Eser (1995), s. 52.

⁶⁹ Aldemir, (2019), s. 158.

⁷⁰ Neppi-Modona (2012), s. 5; Aldemir, (2019), s. 158.

⁷¹ Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (Status as of 1 January 2020), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html> Erişim Tarihi: 02.11.2020.

E. Slovenya Hukukunda

Slovenya Anayasasına bakıldığında tabîî hâkim ilkesinin diğer devletlerin Anayasalarından farklı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Şöyle ki: “*Herkes hakları, sorumlulukları, veya üzerine atılı cezaî suçlamalara ilişkin kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemece gecikme olmaksızın karar verilmesi hakkına sahiptir. Ancak önceden tesis edilmiş olan kanun ve adli düzenlemelere uygun bir şekilde tayin edilmiş olan bir hâkim, anılan kişiyi yargılayabilir.*”⁷² Bu hükümlerde anlaşılan devletin, vatandaşlarına bir hak bahşetmesi şeklinde düzeleme yoluna gittiğidir. Burada negatif bir yükümlülüğten ziyade pozitif bir yükümlülük söz konusudur. Bu kapsamda Slovenya hukukunda tabîî hakim ilkesinin, pozitif statü hakkı niteliğinde koruma altına alındığı söylenebilir.

F. İspanya Hukukunda

Slovenya hukuku ile aynı tarzda bir düzenleme İspanyol Anayasasında da karşımıza çıkmaktadır.⁷³ İspanya Anayasası'nın ilgili maddesine göre: “(1) *Herkes meşru hak ve menfaatlerini kullanırken hâkim ve mahkemelerin etkili korumasından yararlanma hakkını haizdir ve hiçbir durumda savunma hakkından mahrum bırakılamaz.* (2) *Aynı şekilde herkes, kanunla önceden belirlenmiş olağan hâkime erişim hakkını, ... haizdir.*”⁷⁴ Tabîî hâkim ilkesinin düzenlendiği bu anayasa hükmünün, devletin vatandaşına bir hak bahşetmesi şeklinde düzenlendiği göze çarpmaktadır. Diğer devletlerin anayasalarının tabîî hâkim ilkesini düzenleyen hükümlerinden farklı olarak İsviçre, Slovenya ve İspanya Anayasaları'nda pozitif bir yükümlülük söz konusudur. Devlete; bağımsız ve tarafsız mahkemeleri, uyumsuzluğun doğmasından önce belirlemesi gerekliliğine yönelik pozitif bir yükümlülük yüklenmektedir.

G. Tabîî hâkim İlkesini Düzenleme Altına Alman Hukuk Düzenleri

Tabîî hâkim ilkesi İngiliz, Fransız, Amerika Birleşik Devletleri, İsveç, Danimarka, Japon anayasalarında düzenleme altına alınmamıştır. Özellikle 1791 tarihli Anayasasında hâkiminden mahrum bırakma yasağını ilk olarak modern biçimde öngörmüş ve bunu izleyen dönemlerde hem Alman ve hem de bu ilkeyi tanıyan diğer Avrupa hukuk sistemlerince iktibas edilmiş bulunan Fransa'nın durumu için dikkati çekicidir. Bu ilkeyi neden hukuki düzenleme altına almayı şaşırtıcıdır. Fransız ceza muhakemesinin görev alanında iddia makamına hiçbir biçimde takdir alanı bırakmayan, tersine yetkili mahkemeyi objektif kriterlere göre açıkça önceden tespit eden bir düzenlemeyi öngörmesi daha da şaşırtıcı gözükmektedir. Soyut ve genel bir düzenlemeyle mahkemenin görev ve yetkisini belirleme hususundaki eksiklik içtihatlar bakımından da söz konusu olmaktadır. Bu durum ise yer ve madde itibarıyla yetki alanında iddia makamına yetkili mahkemeyi belirleme konusunda biraz daha fazla takdir alanı tanınmaktadır. Ki bu durum da tabîî hâkim ilkesini zedelemektedir.⁷⁵

Ancak yukarıda sayılan hukuk düzenlerinin tabîî hâkim ilkesini düzenleme altına almaması baştan bu ilkenin yok sayıldığı anlamına gelmemektedir. Bu ülkelerin hukuk

⁷² Aldemir, (2019), s. 158.

⁷³ Tabîî hâkim ilkesi, İspanyol Anayasası m. 117/6'da, m. 24'te düzenlendiği tarzdan farklı bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre: “*Olağanüstü (istisna) mahkemeler yasaktır.*” Bu hükümde ise pozitif bir düzenlemeden ziyade emredicilik ve yasaklayıcılık ön plana çıkmaktadır.

⁷⁴ The Spanish Constitution, <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf> ET: 17.2.2020.

⁷⁵ Esen (1995), s. 63-64.

yapısı ve ilkelere bakış açısı farklı olabilir. Bazı hukuk sistemleri ilkeleri bir değer olarak ölçü norm şeklinde bir enstrüman olarak değerlendirebilir. Bu açıdan bakıldığında hukukun genel bir ilkesi olan tabii hâkim ilkesinin yazılı hukukta düzenlenmemiş olması ezberden bir eksiklik olarak görülmemelidir.

IV. TABİİ HÂKİM İLKESİNİN TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHSEL SÜRECİ

Tabii hâkim ilkesinin, genel olarak anayasa düzeyinde korunduğu görülmektedir. Anayasa tarihimiz boyunca bir şekilde düzenleme alanı bulan bu ilke çeşitli isimlerle bir şekilde koruma altına alınmıştır. Bu kapsamda tabii hâkim ilkesinin geçirdiği tarihsel süreçte genel bir bakış atmak, ardından kanunî hâkim güvencesi ile tabii hâkim ilkesi arasındaki kavramsal farklılığı ortaya koymak ve bu farklılığın nedenlerini sorgulamak ve nihayetinde tarihsel olarak tabii hâkim ilkesi ile sıkı irtibat içerisinde bulunan hâkimlerin coğrafi teminatları hususunu irdelemek yerinde olacaktır.

A. Genel Olarak Tabii Hâkim İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Tabii hâkim ilkesine, geçmişten bugüne farklı anlamlar atfedilmiş ve bu ilke farklı hukuki düzenlemelere konu olmuştur. Bu kapsamda tabii hâkim ilkesinin geçirdiği tarihsel süreci ifade ederken anayasa tarihimiz özelinde konuyu irdelemek yerinde olacaktır.

Kanun-i Esasi, Osmanlı Devleti'nde modern açıdan ilk yazılı anayasa olarak değerlendirilir.⁷⁶ Bu anayasada yargıya dair hükümler mehâkim başlığı altında düzenlenmiştir. Bu alanda yargılama hukukuna ilişkin birçok ilkeye yer verilmiştir.⁷⁷

Kanun-i Esasi'nin 23. maddesi şu şekildedir: *“Yapılacak usulü muhakeme kanunu hükmünce hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz.”* Bu maddede usulî kanunlar uyarınca önceden belirlenmiş mahkemelerden başka mahkemelere başvurmayaya zorlanamayacakları ifade edilmektedir.

89. maddeye göre: *“Her ne nam ile olursa olsun bazı mevaddı mahsusayı rüiyet ve hükmetmek için mehâkimi muayene haricinde fevkalâde bir mahkeme veyahut hüküm vermek selâhiyetini haiz komisyon teşkili katiyen caiz değildir. Fakat kanunen muayyen olduğu veçhile tâyini mevla ve tahkim caizdir.”* Bu maddeye göre, mevcut olağan mahkemelerin haricinde, olağanüstü nitelikte mahkeme ya da hüküm kurma yetkisine sahip komisyon teşkil edilemeyecektir.⁷⁸ Olağanüstü mahkeme kurma yasağıyla ilgili 85. maddenin ilk cümlesi ise şu şekildedir: *“Her dâva ait olduğu mahkemede rüiyet olunur.”* Yani bir dava ancak ait olduğu mahkemede bakılacaktır. Buradan anlaşılan, 89. ve 84. maddeler ile 23. madde hükmü kuvvetlendirilmiştir. Kanun-i esasi, kanunî hâkim ilkesine oldukça önem atfetmiştir.

84. maddeye göre: *“Bir mahkeme vazifesi dahilinde olan dâvanın herne vesile ile olursa olsun rüiyetinden imtina edemez ve bir kerre rüiyetine veyahut rüiyeti için iktiza eden tahkikati evveliyeye başlandıktan sonra tatil veya tâviki dahi caiz olamaz. Meğerki dâvadan keffiyed etmiş ola. Şu kadar ki cezaya müteallik deavide hükümete ait olan hukuk nıazı vechile yine icra olunur.”* Burada davaya bakma zorunluluğu düzenlenmektedir.

⁷⁶ Özbudun, E. (1995). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 4.

⁷⁷ “Örneğin yargılamanın aleniliği, savunma hakkı, kanun önünde eşitlik gibi ilkeler, Osmanlı yargı teşkilatının kurulduğu ilk günden itibaren taraflara tanınan güvencelerdi. Kanun-ı Esasi, 'de bu hükümlerin düzenlenmesi ile fiili olarak uygulanan bu ilkeler sistematik bir şekilde düzenlenmiş ve anayasal bir hüküm haline gelmiştir.” Ülker (2013), s. 103.

⁷⁸ Bulut, N. (2008). “Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (1–2), s. 5.

Bakıldığında bu madde 1982 anayasasının “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin ikinci fıkrasıyla örtüşmektedir.

Davaya bakma zorunluluğu tabii hâkim ilkesinin mütemmim cüzüdür. Çünkü bir mahkeme meşru bir sebep olmaksızın davaya bakmaktan imtina ettiğinde dolaylı olarak kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılma sonucu doğmaktadır. Anayasamız madde 36/2’de düzenlenen “davaya bakma zorunluluğu” (*jus de non evocando*) müessesesi, tabii hâkimi ilkesiyle sıkı irtibat halindedir ve bu sebeple bu müessesenin 37. maddede düzenlenmesi gerekmektedir. Böylece anayasa sistematigine daha uygun bir düzenleme gerçekleşmiş olacaktır. Çünkü mahkemelerin uyumsuzluk konusu vakianın gerçekleşmesinden önce belli olması gerekmektedir. Bu açıdan 1982 Anayasasında davaya bakma zorunluluğunun 37. maddenin son fıkrasında düzenlenmesi gerekmektedir.

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde İstiklal Mahkemeleri⁷⁹ tabii hâkim ilkesi bakımından sakıncalı bir yapı arz etmedi. Nitekim *Gözler*’e göre: “1920 ile 1927 yılları arasında yargılama faaliyetlerinde bulunan ‘İstiklal Mahkemeleri’ tabii hâkim ilkesini ihlâl etmekteydi Çünkü bu mahkemeler, yargılama konusu olay gerçekleşikten sonra kurulmakta ve bu mahkemelerin hâkimleri olaydan sonra atanmaktaydılar.”⁸⁰ Dönemin siyasi konjonktürüne bakıldığında bu ihlallerin keyfilik taşımadığı açıkça görülmekle birlikte bu husus ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Burada hukuk tarihimizde böylesi ihlalleri tespit ederek bunlardan bahsetmemizin sebebi, ülkenin en karışık ve en zorda olduğu durumlarda bile hukuku üstün tutması gerekliliğini hatırlatmak içindir. Bir devleti ayakta

⁷⁹ İstiklal Mahkemeleri örneğinde olduğu gibi olağanüstü durumlarda olağanüstü yetkili mahkeme kurma fikri birçok devlette karşılaşılabilen ve doğal bir olguyu ifade etmektedir. Bastiat’ın Mably’den yaptığı alıntı, istiklal mahkemeleri fikrinin temel felsefesini ortaya koymaktadır. Şöyle ki: “...Bu koşullarda hükümetin yayları gevşemiştir. Onları tekrar sıkıp güçlendirirsen yozlaşmanın kaynağını kurutabilirsin. Kusurları cezalandırmaktan çok sana gerekli olan şeyleri ödüllendirmeye ve kazanmaya bak. Böylece cumhuriyetine gençlik aşısı yapmış olursun, işte, insanlar bunu unuttukları için hürriyetlerini yitirmişlerdir. Ancak yozlaşma, geleneksel hükümet uygulamalarıyla tedavi edilemeyecek kadar azarsa kısa bir süre için olağanüstü güçlerle donatılmış mahkemeler kurulmalısın. Vatandaşların, daldığı rüya âleminden uyandırılıp kendine gelebilmek için, ara sıra güçlü tokatlara ihtiyacı olduğunu unutma!”. Bastiat bu görüşü şu şekilde eleştirmektedir: “İşte, klâsik düşünceden kaynaklanan bu öğretilerin etkisiyle önüne gelenin, kendisinde, tüm insanlığı istediği gibi düzenleme, organize etme ve yönlendirme kabiliyeti vehmettiği ve kendisini insanlık âleminin zirvesine yerleştirdiği bir çağa gelindi.” Bastiat, F, (Çev. Fr-İng. Russell, D. Çev. İng-Tr. Arsan, Yıldırım ve Yayla, Atilla) (2014). *Hukuk*, 5. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları, s. 54. Burada Mably’nin düşünceleri özü itibarıyla yanlış değildir. Her devlet, olağanüstü durumlarda karşılaştığında yine vatandaşlarını koruyup varlığını pekiştirmek amacıyla olağanüstü mahkeme kurma yoluna gidebilir. Bunda bir beis yoktur. Keza olağanüstü durumlarda hakların kullanımının durdurulması da bu duruma yöneliktir. Tabii olarak bunun sınırı olmak zorundadır.

Mably’nin görüşlerinde yatan problem, devleti vatandaş karşısında yerleştirdiği konum itibarıyledir. Bastiat’ın haklı eleştirisinden hareketle devletin, vatandaşlarını belirli şekillerde yönlendirmek amacıyla hukuku araçsallaştıramayacağı ve devlet karşısında bireyi harcayamayacağı söylenebilir. Devlet bu olağanüstü koşullarda yine vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini korumak, devletin varlığını devam ettirmek, toplumsal barışı ve sükûnu tekrar sağlamak amacıyla İstiklal Mahkemeleri zamanında olduğu gibi olağanüstü yetkili mahkeme kurabilir. Böyle yaptığında ise onu kinayabilecek bir kurum yoktur. Ancak bunun sınırını bizim anayasamızda olduğu gibi hakların kullanımının durdurulmasında aranan “milletlerarası hukuku ihlal etmeme” ve “ölçülülük” kıstasları oluşturmaktadır. Unutulmamalıdır ki birey-devlet ilişkisinde ne birey ne de devlet bir taraftır. İkisi de birbirinin ta kendisidir. Bu bakış açısıyla bakan devletin “kamu yararı” karşısında alacağı tedbirler yine kendisinin menfaatine olacaktır.

⁸⁰ *Gözler* (2016), s. 127.

tutan kolonlar, hukukun üstünlüğü idesidir. Ne kadar zor durumda kalınsa bile ilkeler üzerinden hukuk ayakta tutulmalıdır.

Tarihimizde bu ilkeye esaslı bir aykırılık teşkil eden ikinci durum ise Yassıada yargılamalarıydı. Yine *Gözler*'e göre: "27 Mayıs 1960 hükümet darbesinden sonra kurulan ve "Yassıada Mahkemesi" olarak da bilinen "Yüksek Adalet Divanı" da olaydan sonra kurulmuş, hâkimleri olaydan sonra atanmış, tipik bir "olağanüstü mahkeme" niteliğindedir."⁸¹ Nitekim günümüzde bu hukuka aykırılıkların telafisine yönelik çalışmalar gerçekleştirilmektedir.⁸²

B. Kanunî Hâkim İlkesi İle Tabii Hâkim İlkesinin Farkları

En başta belirtmek gerekir ki kanunî hâkim ilkesi, her zaman için hukuk devleti⁸³ ilkesinin gereği olan tabii hâkim ilkesi ile örtüşmemektedir.⁸⁴ Ancak *Anayasa Mahkemesi* 1982 Anayasasının 37'nci maddesinde düzenlenen "kanunî hâkim" ilkesinin "tabii hâkim" olarak anlaşılması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme görüşünü, 20 Ekim 1990 tarih ve K.1990/30 sayılı Kararında şu şekilde ifade etmiştir: "Hukuk devletinde yasal yargıç (kanunî hâkim), doğal yargıç (tabii hâkim) olarak anlaşılmalıdır. Doğal yargıç kavramı ise, dar anlamda, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görececek yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal yargıç ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıçların atanmasına engel oluşturur; sanığa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez." Ancak aşağıda belirteceğimiz üzere bu iki ilke birbirinden farklıdır. Bu açıdan AYM'nin görüşünü doğru bulmadığımızı baştan belirtmek gerekir.

"Tabii hâkim ilkesini karakterize eden öğeleri, "öncedenlik" ve "kanunilik" oluşturduğu halde; kanunî hâkim ilkesini karakterize eden yegâne öge, "kanunilik"tir." Kanunî hâkim ilkesinde mahkemelerin kuruluşunun ve hâkimlerin atanması usulünün kanunla belirlenmesi yeterli olup ayrıca bu belirlemenin uyumsuzluğun doğumundan önce gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Oysa tabii hâkim ilkesinde mahkemenin görev ve yetkisinin uyumsuzluğun doğumundan önce halihazırda kanunla belirlenmiş olması münferiden yeterli değildir; ilaveten bu belirleme, uyumsuzluğun doğumundan önce⁸⁵, "somut uyumsuz-

⁸¹ *Gözler* (2016), s. 127.

⁸² Bkz. Akan, A.K. ve Atalay, A. (23.6.2020). Yassıada Yargılamalarının Hukuki Dayanağını Kaldıran Teklif TBMM Genel Kurulunda, Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/yassiadaya-yargilamalarinin-hukuki-dayanagini-kaldiran-teklif-tbmm-genel-kurulunda/1887315> Erişim Tarihi: 29.11.2020; Erdoğan, M.N. (14.10.2020). Yassıada Yargılamalarında Zarar Görenler İçin Komisyon Kuruldu, Anadolu Ajansı 14.10.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/yassiadaya-yargilamalarinda-zarar-gorenlere-icin-komisyon-kuruldu/2005595> Erişim Tarihi: 29.11.2020.

⁸³ Tabii hâkim ilkesi hukuk devletinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Hukuk devletinin karşıt kavramı olan polis devletinde siyasi menfaatler gerektirdiği sürece davaların istenilen şekilde sonuçlandırılmasını sağlamak üzere olağan mahkemelerin görevliliğini bertaraf edecek şekilde olağanüstü yetkili mahkemeler kurulabilmektedir ve bunu engelleyici hukuki mekanizmalar bulunmamaktadır. Adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden bu uygulamalar hukuk devleti iddiasında olan bir devlette tabii hâkim ilkesini dışlamaktadır.

⁸⁴ Atar Y. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 112.

⁸⁵ "Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyumsuzluğun gerçekleştirilmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesinin bünyesinde,

lıkla herhangi bir ilişkilendirme yapılmadan gerçekleştirilmiş bulunması” da gerekmektedir.”⁸⁶

Tanrıver’e göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi ve Anayasamızın 37. maddesinde düzenlendiği şekilde “kanunî mahkeme” nitelemesinden kasıt, tabii hâkim ilkesine uygun şekilde örgütlenmiş yargı yerleridir. 37/2 de yer alan “bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” hükmü, kanunî hâkim güvencesinin esasen tabii hâkim ilkesini ifade etmektedir. Bunun sebebi, tabii hâkim ilkesinin alametifarikasının, olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engellemesidir. İstisnaî mahkeme olarak da adlandırılan olağanüstü mahkemelerin kurulmamasının nedeni bu mahkemelerin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğurmasıdır. İlâveten bu ilke, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak hukuki güvenlik ilkesi ile derin irtibat içinde bulunmaktadır.⁸⁷

AYM’nin 11.10.1975 tarih ve 15380 sayılı kararında “...1773 sayılı Yasanın 1. ve 6. maddeleri iptal edildiğinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinde görülmekte olan, Türk Ceza Kanununun 163/2. maddesine muhalefetle ilgili dava, böylece genci yargı mercisine iade edilmiş, sanıklar da tabii hâkim (Anayasa’nın 1488 sayılı Yasa ile değişen 32. maddesinde belirtilen - Kanunen tabi olduğu mahkeme - deyimini ile tabii hâkim deyiminin aynı mana taşıdığı maddenin gerekçesinde belirtilmiştir.) huzurunda yargılanmaları sağlanmış olacaktır.” denilmek suretiyle kişilerin kanunen tabi olduğu mahkeme tabiri ile aynı zamanda tabii hâkim ile aynı anlamda kullanıldığı belirtilmiştir. Tüm bu verilerden anlaşılan Türk hukuk düzeninde kanunî hâkim güvencesi terimiyle tabii hâkim ilkesinin kapsamı sınırlandırılmış olsa bile uygulama bakımından bu kavram tabii hâkim ilkesi biçiminde anlaşılmakta ve uygulanmaktadır. Bu ise teori ve pratikteki farklılığı daha da derinleştirdiğinden anayasamızda kanunî hâkim güvencesi yerine tabii hâkim ilkesi başlığında bu hususun yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tabii hâkimle kanunî hâkim arasındaki farklardan birisi de hâkimin hukuka uygun olma niteliğidir. Kanunî hâkim güvencesi, hâkimin niteliğine ilişkin bir belirleme içermektedir. Venedik Komisyonu’nun 21-22 Mart 2012 tarihli yargı bağımsızlığına ilişkin düzenlediği seminerde tabii hâkim ilkesi ile kanunî hâkim ilkesini birbirinden ayırmaya yardımcı olacak belirlemelerde bulunulmuştur. Öyle ki tabii hâkim ilkesinin, herkesin hukuka uygun bir hâkimin (*lawful judge*)⁸⁸ huzurunda yargılanma hakkına sahip olmasını gerektirdiği vurgulanmıştır.⁸⁹ Halbuki kanunî hâkim ilkesi bakımından hâkimin hukuka uygun olması gerekmemektedir. 20.09.1971 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle içi boşaltılan tabii hâkim ilkesi; evrensel hukukun bir ilkesi olarak, kanunî hâkim güvencesinden elbette farklılık arz edecektir. Bu fark da kendisini, Anayasamızın “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlıklı 138. maddesinin birinci fıkrasında düzenleme alanı bulan “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.*” hükmünde göstermektedir.

“kanunîliğin” yanı sıra “önceden belirlenmiş” olmaya da yer verilmiştir”. (AYM, 2012/146E., 2013/93K., 17/7/2013T.)

⁸⁶ Tanrıver (2004), s. 14.

⁸⁷ Tanrıver, S. (2004). “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1 (53) s. 194.

⁸⁸ Neppi-Modona (2012), s. 4.

⁸⁹ Venedik Komisyonu’nun bahsi geçen raporunda, hukuka uygun yargıç kavramının aynı zamanda hâkimlerin iç bağımsızlığını ifade ettiği belirtilmiştir. Çalışmamızda hâkimlerin bağımsızlığı hususunun iç ve dış boyutuna yer vermedik. Bu hususta bkz. Neppi-Modona (2012), s. 4 vd.

Hâkim; hukuki bilgiye sahip (hâkim), anlama ve kavrama yeteneğine sahip ve zeki (fehîm), doğru yoldan ayrılmayan ancak salt doğru uğruna da değer harcamayacak şekilde etik bilgiyi haiz (müstakîm), dış görüntüsü ve iç yapısı itibarıyla güvenilir (emîn), vakar sahibi ve bulunduğu konum itibarıyla iktidar sarhoşu olamayan (mekîn), duyguları ve mantığı arası dengeyi iyi ayarlayabilen ve dirayetli (metîn) olmalıdır.⁹⁰ Mecelle’de hüküm altına alınan bu vasıflara sahip hâkim, hukuka uygun hâkim olarak değerlendirilebilecek ve kanunî hâkimden ayrılacaktır. Bu açıdan bakıldığında tabii hâkim ile kanunî arasındaki fark *Tanrıver*’in de ifade ettiği üzere *hukuk devletiyle kanun devleti ayrımı*⁹¹ gibi değerlendirilebilecektir.

C. Tabii Hâkim İlkesinden Kanunî Hâkim Güvencesine

1961 Anayasasının değişime uğramamış ilk halinde tabii hâkim ilkesi şu şekilde ifade edilmekteydi: “Hiç kimse, tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”. 12 Mart 1971 Muhtırasından sonra 20.09.1971 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle söz konusu hüküm şu şekle dönüştürülmüştü: “Hiç kimse, kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”. Maddenin kenar başlığı da “Kanunî yargı yolu” şeklinde değiştirilmiştir.

Yiğit/Öztürk’e göre bu değişiklikte “önce yargılamanın asli unsuru olan “hâkim” sıradan bir obje haline dönüştürülmüş, ikincilleştirilmiştir.”⁹². Nitekim Beccaria’a göre de “yasalar ne zaman insanı savar ve onu bir nesneye dönüştürürse ortada özgürlükten eser kalmaz.”⁹³ Bizce de bu değişiklik herhangi bir nedeni olmayan, sözgelimi bir değişiklik olarak kabul edilmez.⁹⁴ Öncelikle burada tabii hâkim ilkesinden kanunî hâkim güvencesine geçiş göze çarpmaktadır. Bize göre de bu değişiklik Türk Anayasa Hukukunda, hukukun araçsallaştırılmasının bir tezahürüdür. Olağanüstü mahkeme kurmanın kanunî yolları aranmış ve tabii hâkim güvencesinin müsaade etmediği bu durum kanunî hâkim güvencesi ile aşılmaya çalışılmıştır.

Tarihsel süreci incelediğimizde 15.3.1973 tarih ve 1699 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğiyle ayrıca “kanunî yargı yolu” kuralıyla uyumlu, sürekli ve alanında uzmanlaşmış yargı mercii olarak 136. maddede⁹⁵ “Devlet Güvenlik Mahkemeleri” yer aldığını görürüz.⁹⁶ Kanımızca tabii hâkim ilkesinde yapılan bu değişikliğin sebebi Devlet Güvenlik Mahkemelerine anayasal meşruiyet kazandırmaktır. Keza Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve sıkıyönetim mahkemeleri, tabii hâkim ilkesi ile uyuşmamaktaydı. Bu görüşümüzü temellendirmek için 1982 Anayasasının taslak görüşmelerine bakmak yerinde olacaktır.

⁹⁰ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye m.1792; Öztürk vd. (2018), s. 173.

⁹¹ Tanrıver (2013), s. 14.

⁹² Yiğit ve Öztürk (2020), s. 34.

⁹³ Beccaria, C. (Çev. Selçuk, S.) (2019). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 105.

⁹⁴ Anayurt, Ö. (2020). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, dn. 116.

⁹⁵ MADDE 136/1- “Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa’da belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devlet Güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulur. Ancak, Sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin hükümler saklıdır.”

⁹⁶ Tikveş, Ö. (1977). “Anayasada Onbeş Yıllık Dönemde (1961 — 1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34, (1), s. 32.

1982 Anayasasının taslak görüşmelerine baktığımızda; tabii hâkim ilkesini düzenleyen maddenin başlığında “kanunî” ve “tabii” hâkim güvencesinin birlikte ifade edildiği görülmektedir. İlgili maddenin taslak görüşmelerinde tabii hâkim ilkesinden kanunî hâkim güvencesine geçiş süreci, ilkeler bazında tartışılmıştır.⁹⁷ Kanunî hâkim güvencesinin *yargılamanın kanunîliği ilkesinin* bir görünümü olduğu ifade edilmiştir. Tabii hâkimi ise yargılama konusu uyumsuzluğun gerçekleştiği anda kanunla belirlenmiş yargı mercii olarak değerlendirilmiştir. Bu uygulamanın olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engellediği ifade edilmiştir. Bu taslak gerekçesinde aslında teori ile uygulama arasında yaratılan farklılığın farkında olunmakla birlikte kanunî hâkim güvencesi ile tabii hâkim ilkesinin aynı anlamı ifade ettiği belirtilmiştir. Halbuki Devlet Güvenlik Mahkemelerinin hukuki altyapısını oluşturmak amacıyla yapılan anayasa değişikliğinin gerekçesi bulunmamaktadır. Mademki tabii hâkim ilkesi ile kanunî hâkim güvencesi aynı anlamı ifade etmekteyse 1961 anayasası dönemindeki bu değişikliği sürdürmekteki maksat anlaşılır değildir. Bu açıdan teoride ve pratikteki bu uygunsuzluğun giderilmesi, anayasa değişikliği ile kanunî hâkim güvencesi ifadesi yerine tabii hâkim ilkesi ifadesi getirilmelidir. Doktrinde Erem de bu farklılığın pratikte farklılığa yol açacağı kanaatindedir. Şöyle ki suçun işlenmesinden önce kanunla belirtilen hâkimin tabii hâkim sayılması yeterli görüldüğünde, tabii hâkim ilkesinin anlamı sınırlandırılmış olur ve tabii hâkim dar bir anlama sıkışır. Nitekim bu uygulama, tabii hâkim ilkesini zaman bakımından uygulama konusuna sabitlemektedir. Bu bağlamda tabii hâkimden anlaşılması gereken, maddi vakianın gerçekleşmesinden önce kurulmuş, bu vakia ile kuruluş açısından bir bağlantısı olmayan mahkemenin hâkimidir.⁹⁸ Ceza muhakemesi açısından değerlendirdiğimizde sanığın hak süjesi olarak değerlendirilebilmesi, onun ancak yargılanmak üzere kanunla belirlenen hâkiminin tabii hâkim olmasını gerektirmektedir.⁹⁹

⁹⁷ “Kanunî hâkim”, “kanunun gösterdiği hâkim” deyimiyile, mahkemelerin veya hâkimlerin görev ve yetkilerinin kanunla belirleneceği; yani ancak yasama tasarrufları yoluyla görev ve yetkinin saptanacağı belirtilmiştir. “Suç ve cezaların kanunîliği” ilkesinin, şekli ceza hukuku yani suç yargılaması hukukundaki mukabili olan bu ilke esasen “yargı” bölümünde açıkça ifade edilmiştir. Bu ilke, suç yargılaması hukukunda çok iyi bilinen ve yargılamada keyfiliği önlemek ve güvenilirliği sağlamak amacıyla güden “yargılamanın kanunîliği” kuralının tabii ve ilk sonucudur. “Tabii hâkim” kavramı ise, yargılanacak nizanın vukuu anında yürürlükte bulunan kanunun öngördüğü yargı mercii demektir. Bunlara «olağan mahkemeler» denir. Diğer bir deyimle, bir ceza, ancak vukuu anında yürürlükte bulunan kanunun tabii kıldığı yargılama mercii önüne götürülecek; bu kanuna göre hangi mahkemenin görev ve yetkisine giriyorsa o mahkeme tarafından çözüme bağlanacaktır. Bu suretle davanın “olaydan” sonra çıkarılacak bir kanunla yaratılan bir mahkeme önüne götürülmesi yasaklanmakta, yani “kişiyeye” yahut “olaya” göre “kişiyi” yahut “olayı” göz önünde tutarak mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. Bu ise “tarafsız yargı mercii” güvencesinin ilk gereğidir. Tabii hâkim güvencesi, bu anlamıyla, ne bütün cezaların adliye mahkemeleri önüne götürülmesini zorunlu kılar; ne de adliye mahkemeleri kümesi içinde veya dışında yer alacak “özel mahkemeler” kurulmasına engeldir. Tek anlamı, yukarıda da açıklandığı gibi, “görev ve yetki” belirlemede *ex post facto* kanunları yasaklamak, “görev ve yetki” belirleyen kanunların geçmişe yürümesini önlemektir; bu da tarafsız mahkemenin ilk gereğidir. Maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkra hükmünün tabii sonucudur; sonradan çıkarılan bir kanunla kurulan mahkemelerin, önceki olayları yargılaması önlenmekte, yani “olağanüstü mahkemeler” yasaklanmaktadır.”(Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, D. Meclisi: 1/463; M. G. Konseyi: 1/397). T.C. Anayasa Tasarısı Gerekçesi, Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 118. Birleşim, 18.10.1982, 2. Oturum, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118.pdf s. 19, Erişim Tarihi: 02.11.2020.

⁹⁸ Erem (1973), s. 90.

⁹⁹ Erem (1973), s. 90.

D. Tabii hâkim ilkesi Açısından Coğrafi Teminat Güvencesi

Yargı bağımsızlığının sağlanmasının araçlarından birisi olan coğrafi teminat güvencesi, tabii hâkim ilkesi ile sıkı bir ilişki içerisinde. Bu açıdan coğrafi teminat güvencesinin hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı gibi temel ilkeler üzerinden önemi değerlendirilmelidir.

Yer güvencesi olarak da adlandırılan coğrafi teminat güvencesi, belli bir kıdeme ulaşıp hâkimlerin rızası olmadan derece yükselmesi bahanesiyle dahi çalıştıkları bölgenin değiştirilememesidir. Bu teminat 4/7/1934 tarihli ve 2556 sayılı Hâkimler Kanunu m.79'da, ilga edilmeden önce "Hâkimlerin mevki ve memuriyetleri, terfi suretiyle de olsa muvafakatlari alınmadan değiştirilemez." olarak yer alıyordu. 1972 yılına gelindiğinde bu sistem kaldırılıp yerine bölge sistemine geçildi.^{100 101}

Adalet Bakanlığı tarafından Mayıs 2019'da yayımlanan "Yargı Reformu Strateji Belgesi"¹⁰²nde coğrafi teminat güvencesinin yeniden yapılandırılması amaçlanmıştır. Belgede öncelikle bu güvencenin kapsamı belirlenmiştir. Şöyle ki: "teminat kapsamında öngörülen, belli bir kıdemdeki hâkim ve savcılarının mesleki başarılarının da gözetilmesi suretiyle istekleri olmaksızın görev yerlerinin değiştirilememesidir. Coğrafi teminat, yalnızca hâkim ve savcılarının endişe duymadan yargısal faaliyetlerini sürdürebilmeleri yönünden değil, aynı zamanda yargısal verimliliğin artırılması açısından da önem taşımaktadır. Zira hâkim ve savcılarının görev yeri değişiklikleri önemli bir verimlilik sorununu da beraberinde getirmektedir. Belge'nin hazırlık sürecinde de bu konuda kamuoyu nezdinde dikkate değer bir kanaatin olduğu anlaşılmıştır."¹⁰² Bu durum Bakanlığın bu güvenceye verdiği önemi göstermekle birlikte bu güvenceye günümüz itibarıyla işlerlik kazandırma noktasında hareketsiz kalması göze çarpmaktadır. Keza 2019 yılında yayımlanan bu belgede yer alan *belirli bir mesleki kıdeme sahip hâkim ve savcılar için coğrafi teminat getirilecektir* vaadi¹⁰³ halen yerine getirilmemiştir. Şu an için 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda bölge sistemi benimsenmiş durumdadır. En kısa zamanda kanun değişikliği ile coğrafi teminat güvencesinin hukukumuzda tekrar girmesi; hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, tabii hâkim ilkesi, adaletin tecellisi ve tüm bu enstrümanların çatısı bakımından hukuk devleti idesini kuvvetlendirecektir.

Bu teminatın en önemli boyutlarından birisi tabii hâkim ilkesi ile bağıntısıdır. Tabii hâkim ilkesiyle bağlantılı olarak davaya bakma zorunluluğu (Anayasa m. 36/2), derdest bir davada hâkimlerin görev yerlerinin keyfi bir şekilde değiştirilmemesi gerekliliğini içermektedir.¹⁰⁴ Hâkimlerin görev yerlerinin sık sık değiştirilmesi, yargılamanın uzamasına sebep olmasıyla usul ekonomisi ilkesi ve makul sürede yargılanma hakkı ile de bağlantılıdır. Bu

¹⁰⁰ "1924 Anayasasında hâkimlerin kanunen belirlenen usul ve durumlar dışında görevden alınamayacağı hükmü vardır (m.55). 1961 Anayasası ile 134. maddesinde "Hâkimlerin görevlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi... mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre kanunla düzenlenir" denmektedir (m.134)". Sever, Ö. (2007). Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s. 106.

¹⁰¹ Coğrafi teminat güvencesinin kanunlarımızda geçirdiği aşama ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Berkin, N. M. (1973). "Hâkimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler: Noterlik Mevzuatında ve Hukuki Yargılama Usulünde Değişiklik Yapılan Yeni Kanunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 38, (1-4), s. 343-354.

¹⁰² T.C. Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi, s. 33, https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf Erişim Tarihi: 26.11.2020.

¹⁰³ T.C. Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi, s. 35.

¹⁰⁴ Jeuland (2008), s. 36.

durum aynı zamanda hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre karar vermelerine de engel olabilecektir. Sürekli görev yeri değişikliği tedirginliği ile görev yapan hâkimlerin verimliliğini de etkileyebilmektedir. Özellikle toplu mahkemelerde heyet üyelerinin sık sık değişmesi, davanın tarafları bakımından sürekli bir belirsizlik ve güvensizlik ortamı oluşmasına sebep olmaktadır. Hâkimlerin çalıştıkları bölgede mûkim olması, kanunen önceden belirlenmiş mahkemeye ya da hâkime tabi olma kuralına uygun olacaktır. Bireylerin böylece hukuki korunmaya yönelik menfaatleri de hâle görmeyecektir.

SONUÇ

Adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için tabii hâkim ilkesi tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi de gerekli bir enstrümandır. Tarafsız ve bağımsız olmayan ancak tabii olan hâkim, adil yargılanma bakımından hiçbir anlam ifade etmeyecektir.

Hukuk sistemimizde, tabii hâkim ilkesiyle bağlantılı birçok kurum bulunmaktadır. Bu bağlantı daha çok kendisini bu ilkeye aykırı olup olmaması noktasında göstermektedir. Öncelikle davanın nakli kurumu, bu ilkeyi doğrudan ihlal edebilme kapasitesine sahiptir. Ancak içtihatlarla, bu kurumun makul temele dayanmayan gerekçelerle uygulanmasının hukuka aykırı olduğu birçok kez dile getirilmiştir. Bu sebeple davanın nakli kurumu hukuki gerekçelendirilmesi tabii bir bağlantıya dayanmaktaysa bu ilkenin ihlal edilmediği ve bu kurumun münferiden bu ilkeye aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kurumun dışında Yüce Divan yargılamasının bu ilkeye aykırı olup olmadığı problemi karşımıza çıkmaktadır. Özellikle hukukçu olmayan üyelerin kişilerin hak ve özgürlükleriyle ilgili hüküm kurabilme yetisi bu sakıncanın en görünür gerekçesini oluşturmaktadır. Özellikle tabii hâkimin hukuka uygun hâkim olması gerekliliğinden hareketle hüküm kurarken hukuk alanında uzmanlıklarının bulunması gerekliliği her şeyden öte adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Bu sebeple hukuka uygun olmayan ya da hukuk alanından uzmanlığını belgeleyemeyen ve meslekten olmayan kişilerin AYM'ye üye olarak atanmada tercih edilmemesi bu ilkenin hayatiyeti bağlamında önemlidir. Bu konunun ardından hâkimlerin makul gerekçe göstermeksizin davadan çekinmelerinin tabii hâkim ilkesine aykırılığı ve ilgili mevzuat hükümlerine rağmen uygulamada hukukçu bilirkişi veya hukuki konularda bilirkişi atanması, tabii hâkim ilkesini ihlal etmeleri bakımından sakıncalıdır. Son olarak mahkemeler arası bağlantı hükümlerinin makul ve haklı gerekçelere dayanmadan verilmesi de uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir usul hatası olarak tabii hâkim ilkesi ile bağlantılı olarak incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Tabii hâkim ilkesinin karşılaştırmalı hukukta, farklı hukuk sistemlerinin anayasalarında düzenleniş şekli incelemeye değerdir. Bakıldığında Alman, İsviçre, Belçika ve Türk hukukunda bu ilke devlete negatif bir yükümlülük yüklemekte ve kişileri bu ilkeye aykırı uygulamalara karşı korumaktadır. Slovenya ve İspanyol anayasalarına baktığımızdaysa tabii hâkimin bir güvence olarak belirlediği görülmektedir. Bu anayasalarda bu ilke bireylere bir hak bahsetme şeklinde düzenlenmiştir ki bu durum da kanımızca deontolojik anlamda daha yerindedir.

Tabii hâkim ilkesinin Türk hukukunda geçirdiği serüven oldukça mühimdir. Bu serüvende kanunî hâkim güvencesiyle tabii hâkim ilkesinin farklarını ortaya koymak, 1961 anayasa değişikliğinde DGM özelinde tabii hâkim ilkesinden kanunî hâkim güvencesine geçiş sürecinin siyasi ve ideolojik boyutu çalışma alanımız dışında kalsa da bu değişikliğin sebeplerini irdelemek, hukuki açıdan önemlidir.

Son zamanlarda yargı reformu strateji belgesiyle gündeme tekrar gelen coğrafi teminat güvencesinin tabii hâkim ilkesi bakımından önemi, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı

bakımından da dikkat çekmektedir. Nihayetinde bir ilkenin hukukumuzda bu denli yoğun bir şekilde gündemde olması ve temel hak ve özgürlüklerle olan bağlantısı sebebiyle hem yasama hem yürütme hem de yargı organları tarafından dikkat edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKAN, A.Kemal ve ATALAY, Alper (23.6.2020). Yassıada Yargılamalarının Hukuki Dayanağını Kaldıran Teklif TBMM Genel Kurulunda, Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/yassıada-yargılamalarının-hukuki-dayanagini-kaldıran-teklif-tbmm-genel-kurulunda/1887315> Erişim Tarihi: 29.11.2020

AKTEPE-ARTIK, Sezin (2014). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ANAYURT, Ömer (2020), *Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ARTUÇ, Mustafa ve ELMAS, M.Tevfik (2019). *Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları*, Ankara: Adalet Yayınevi

ARTUK, M. Emin ve GÖKCEN, Ahmet ve ALŞAHİN, M. Emin ve ÇAKIR, Kerim (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi

ASLAN, Memduh (2011). “İdari Yargıda Usul Ekonomisi Bağlantı Doğal Hâkim İlkesi Çekişmesi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (362), ss. 116-127.

ASLAN, Yasin (2009). “Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş, (82), ss. 1-12.

ATALI, Murat (2016). “6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (65), ss. 3271-3282.

ATAR, Yavuz (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık

BASTIAT, Frédéric, (Çev. Fr-İng. Russell, D. Çev. İng-Tr. Arsan, Yıldırım ve Yayıla, Atilla) (2014). *Hukuk*, 5. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları

BAŞARAN, Başar (2007). “Adil Yargılanma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

BECCARIA, Cesare (Çev. Selçuk, S.) (2019). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Ankara: İmge Kitabevi.

BERKİN, Necmettin M. (1973). “Hâkimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler: Noterlik Mevzuatında ve Hukuki Yargılama Usulünde Değişiklik Yapılan Yeni Kanunlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 38, (1-4), ss. 339-398.

BULUT, Nihat (2008). “Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (1-2), ss. 1-15.

DELİDUMAN, Seyit (2009). “Yargıtay’ın Bozma Kararı Üzerine Dosyanın Başka Bir Mahkemeye (İlk Derece veya Bölge Adliye Mahkemesi) Gönderilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (40), ss. 21-26.

ERDOĞAN, M.Nuri (14.10.2020). Yassıada Yargılamalarında Zarar Görenler İçin Komisyon Kuruldu, Anadolu Ajansı 14.10.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/yassıada-yargılamalarında-zarar-görenler-icin-komisyon-kuruldu/2005595> Erişim Tarihi: 29.11.2020.

EREM, Faruk (1963). *Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak İncelenmesi*, Ankara: Ajans Türk Matbaası.

EREM, Faruk (1973). *Ceza Usulü Hukuku*, 4. Bası, Ankara: Sevinç Matbaası.

ESER, Albin (Çev. Centel N.) (1995). “Yasal Hâkim ve Münferit Olayda Tespiti (Der "gesetzliche Richter)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 9, (Sayı Belirtilmemiş), ss. 49-71.

Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (Status as of 1 January 2020), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html> Erişim Tarihi: 02.11.2020.

GÖZLER, Kemal (2016). *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÜNAY, Erhan (2018). *Hâkimin Yasaklılığı – Reddi ve Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ankara.

JEULAND, Emmanuel (2008). “Le Droit Au Juge Naturel Et L’organisation Judiciaire”, *Revue Française D’administration Publique*, 1 (125), ss. 33-42.

KABOĞLU, İbrahim (1991). “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8 (Sayı Belirtilmemiş), ss. 291-322.

KARA, Sencer ve DEMİRCİOĞLU, M. Yaşar (2001). “Baro Hakem Kurullarının Anayasal Dayanağı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (2), ss. 0-0 (Belirtilmemiş).

METİN, Yüksel ve ALP, Erhan (2012). “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Mahkemeler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), ss. 81-120.

NEPPI-MODONA, Guido (2012). The Various Aspects of External and Internal Independence of the Judiciary, *Seminar on the Independence of Justice, Tunis (Tunisia)*, s. 4, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2012\)035-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2012)035-e) Erişim Tarihi: 1.12.2020.

ÖMEROĞLU, Ömer (2012). *Ceza Muhakemesinde Hâkim ve Savcının Yasaklılığı*, Bursa: Ekin Yayınevi.

ÖZBUDUN, Ergun (1995). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZTÜRK, Bahri (1995). Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan"', *Anayasa Yargısı Dergisi*, 12, (Sayı Belirtilmemiş), ss. 59-108.

ÖZTÜRK, Bahri ve TEZCAN, Dursun ve ALAN, Esra ve ERDEM, M.Ruhan ve SIRMA, Özge ve SAYGILAR, Yasemin (2018). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

PAPAKÇI, Acun (2016). “Hukuki Bilirkişilik”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (1), ss. 433 - 456

PEKCANITEZ, Hakan (1995). “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 12 (Sayı Belirtilmemiş), ss. 255-282.

SEVER, Ömer (2007). Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

ŞEN, Ersan (2015). *Mahkemenin ve Davanın Nakli*, İnternet Makalesi, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1615390-mahkemenin-ve-davanin-nakli#:~:text=Mahkeme%20nakli%2C%20bir%20davan%4B1n%20hâkimlerinin,bulunan%20bir%20ba%20salona%20ta%20C5%9F%4B1nmas%4B1d%4B1r>. Erişim Tarihi: 25.11.2020.

T.C. Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi, https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf Erişim Tarihi: 26.11.2020.

TANRIVER, Süha (2004). “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1 (53), ss. 191-215.

TANRIVER, Süha (2013). “Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (104), ss. 11-35.

The Spanish Constitution, <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitutionINGLES.pdf> ET: 17.2.2020.

TİKVEŞ, Özkan (1977). “Anayasada Onbeş Yıllık Dönemde (1961 — 1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34, (1), ss. 19-60.

TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi.

TÜREL, Işık (2006) “Hâkimler Memurlaşıyor Bilirkişiler Hâkim’leşiyor Mu?”, *Bursa Barosu Dergisi*, 30 (80), ss.137-138.

ÜLKER, İbrahim (2013). “Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanun-i Esasi’deki Yargılamaya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (2), ss. 101-124.

YİĞİT, Uğur ve ÖZTÜRK, İlhami (2020). *Yargı Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.

ZAFER, Hamide (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.

ZEITUNE, José, (2007) International Commission Of Jurists, Practitioners Guide No. 1, “International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors”, Geneva Switzerland, <https://www.refworld.org/pdfid/4a7837af2.pdf> Erişim Tarihi: 30.11.2020