

GEÇMİŞTEN GÜMÜMÜZE TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI

From Past to Present Impartiality of Judge in Turkish Law

Gökçen Topuz*
Belkıs Konan**

ÖZET

Hukukun işleyişindeki temel amaç adaleti sağlamaktır. Adalet ise mülkün (devletin) temelidir. Nasıl ki temelsiz bir bina yıkılmaya mahkûm ise, adalet olmadan da bir Devletin ayakta kalması düşünülemez. Eğer bir toplumda adalete güven azalırse vatandaşların devlete olan güveni de azalır. Adalet ülküsüne ulaşmak için, yargısal kararların hukuka uygun olması yanında adil ve tarafsız olması esastır. Bu nedenle tarih boyunca tüm hukuk sistemleri ve toplumlarda hukuk kuralları kadar hukuku uygulayanların rolü önemli olmuştur. Adaletin gerçekleşmesi için hiç şüphesiz, uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olması şarttır. Nitekim 16 Nisan 2017 tarihli Anayasa referandumu ile Anayasa'nın 9. maddesine yargının tarafsız olacağı ibaresi de eklenmiş, böylece yargının bağımsız ve tarafsız olduğu hususu Anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur. Ancak biz çalışmamızda bağımsızlık unsurunu değil, sadece, tarafsızlık unsurunu incelemekteyiz. Bu anlamda makalede, Osmanlı Devletinde ve günümüz Türk Hukukunda hâkimin tarafsızlığı kavramına verilen anlam ve tarafsızlığın sağlanması için öngörülen hukuki düzenlemeler (tedbirler/önlemler) ve etik ilkeler üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yargı, Hâkim, Yargı Bağımsızlığı, Yargı Tarafsızlığı, Osmanlı Hukuku.

Makalenin geliş tarihi: 29.10.2017 **Makalenin kabul tarihi:** 05.01.2018

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The main purpose of the functioning of the law is to provide justice. And justice is the basis of the State. It is unimaginable for a State to survive without justice, similar to a baseless building which is condemned to be ruined. If the trust of justice in a society is weakened, the confidence of citizens in the state is also reduced. In order to reach the ideal of “just”, judicial decisions must be fair and impartial as well as within the rule of law. For this reason, throughout history, the role of executives of law has been important as the rules of law in all legal systems and societies. In order to reach justice, it is unquestionable that judges who decide on disputes should be independent and impartial. As a matter of fact, with the constitutional referendum of 16 April 2017, Article 9 of the Constitution was added to the provision of impartiality so that the issue of independence and impartiality has been settled on a constitutional basis. However, in this study, we focus on only the element of impartiality, and not on the element of independence. In this sense, the meaning is given to the concept of judge’s impartiality in the Ottoman Empire and contemporary Turkish law, and the legal arrangements (injunctions/measures) and ethical principles foreseen to ensure impartiality are emphasized.

Keywords:Judiciary, Judge, Judicial Independence, Impartiality of Judge, Ottoman Law

Giriş

Tarafsızlık kelime olarak, “yansız, taraflar arasında ayırım yapmayıp, hepsine eşit olarak davranma” anlamına gelmektedir.¹ Hâkimin tarafsızlığı ise, yargılamayı yaparken hiç kimseyi kayırmaması, kendisinin veya taraflardan birinin çıkarını gözetmemesi, davanın taraflarına karşı subjektif değil objektif davranması, taraflardan birinin veya diğerinin olumlu veya olumsuz etkisinde kalmaması, aynı zamanda da, kendi kişisel görüşlerinden ve önyargılarından uzaklaşıp, taraflara eşit davranarak yargılamayı yapması şeklinde ifade edilebilir.² Şayet aynı davada taraflar başka kişiler ya da hâkim

¹ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 839.

² Tanımlar için bkz. Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s. 28 vd.; Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012, s. 540; Özbek, Selçuk, Türkiye’de Hakimin Bağımsızlığını Sağlayan Hukuki Tedbir, Teşkilat ve Kurumlar, Ana Hatlarıyla Türk Hukukundaki Durum, Hukuki Araştırmalar Dergisi, MÜHF Yayınları, İstanbul 1992-1993, C.I, S. 1-3, s. 279; Öden, Merih, Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya Veya İşe Bakamaması, AÜHFD, C.43, S.1-4, 1993, s. 61-62; Tanrıver, Süha, Medeni Usûl Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 271, Tanrıver, Süha, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, TBB Dergisi 2013 (104), s. 17; Tanrıver, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı,

başka hâkim olsaydı, yine aynı karar verilebilecek ise, hâkimin tarafsızlığının mevcut olduğundan bahsedilebilir.³

Hâkimin tarafsızlığı kavramına verilen anlam ve tarafsızlığın sağlanması için alınan tedbirlerin (önlemlerin) eski hukukumuzdan günümüz hukukuna kadar ne gibi değişiklikler geçirdiği makalemizde ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu nedenle çalışmamızda ilk olarak Cumhuriyet öncesi Osmanlı hukuk uygulamasında yargılama görevini yürüten kadılar ve hâkimlerin (Tanzimat Dönemine kadar yargılama görevi kadılar tarafından yürütülmüş, Tanzimat Döneminden sonra ise yargılama görevi şeri mahkemelerde kadılar aracılığı ile yürütülürken yeni kurulan Nizamiye mahkemelerinde hakimler de yargılama yapmışlardır) tarafsızlığı, daha sonra ise günümüz Türk Hukukunda hâkimin tarafsızlığı kavramı ve tarafsızlığı sağlamaya yönelik hukuki tedbirler ele alınacaktır. Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde, adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Adil Yargılanma hakkının unsurları arasında, her şahsın, tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu nedenle çalışmamızda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hâkimlerin tarafsızlığı konusuna yaklaşımı da genel hatları ile irdelenecektir.

A. OSMANLI DEVLETİ'NDE HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI

I-Genel olarak İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Tarafsızlık İlkesi

Osmanlı Devleti genel yapısı itibarıyla bir İslam devleti olduğu için Osmanlı hukukunda hâkimlerin tarafsızlığı konusunu incelerken öncelikle bu konuda İslam hukukunda mevcut olan hükümlere bakmamız gerekir. İslam hukuk anlayışında egemenlik Allah'a aittir. Yasama, yürütme ve yargı güçleri esas olarak devlet başkanının şahsında toplanır. Bu nedenle İslam hukukunda kuvvetler ayrılığı anlayışı yoktur.

İslam hukukunda yargılama işlemi 'kadâ'⁴ veya "kazâ" kelimesi ifade edilir. Fıkıhta yargılama hukuku ve yargı kararı terimlerinin karşılığı olan "kazâ" kelimesi, İbn Abidin tarafından "insanlar arasında meydana gelen niza ve ihtilafları usulüne uygun olarak sonuçlandırmak" şeklinde tanımlanmıştır.

Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005, s. 218; Yavuz, Bülent, Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara 2012, s. 37.

³ Centel, s. 29; Centel/Zafer, s. 540.

⁴ Türkçede kazâ şeklinde telaffuz edilen kadâ kelimesi, Arapçada mastar olarak sona erdirmek anlamında toplanacak şekilde "hüküm vermek", ihtiyacı gidermek, bildirmek, tamamlamak gibi anlamlara gelmektedir. İsim olarak ise hüküm, yargı kararı, yargı gücü anlamlarına sahiptir. Muamelat anlamında "yargı kararı" terimini karşılar. Atar, Fahrettin, "KAZÂ", İslam Ansiklopedisi, (s. 113-117),s. 113-114.

Yargılama yetki ve görevini yerine getirenlere ‘kâdî’ veya ‘hâkim⁵’ denilmiştir.⁶

Yargılama görevi, başta peygamber olmak üzere din adamları, devlet başkanları ve diğer önemli kamu görevlileri tarafından yerine getirilmiştir.⁷ Kur’an’da, hem Hz. Muhammed’e hem de diğer peygamberlere yargı görevi verildiğine ilişkin ayetler bulunmaktadır. Hatta Hz. Adem’den Hz. Muhammed’e kadar yargılama görevi verilmeyen peygamber olmadığı iddia edilir.⁸ İslam Devleti’nde hâkimlik görevini ilk olarak yürüten Hz. Muhammed’in kendisi olmuştur. İlk dört halife devrinde de yargılama yapmak halifenin görevleri arasında yer almıştır. Daha sonra bu görev merkezde halifeler tarafından, taşrada halife tarafından görevlendirilen kadılar tarafından yürütülmüştür.⁹ Kadılar devlet başkanı tarafından tayin edilip, görevlerine yine devlet başkanları tarafından son verilir. Osmanlı Devleti’nde, padişah diğer İslam devletlerinde olduğu gibi bütün güçleri kendinde toplarken, şeri konularda yargı yetkisi kadıda kalmıştır.¹⁰ Kuruluş döneminden devletin sona ermesine kadar Osmanlı ülkesi içinde şer’i mahkemelerde kadılar görev yapmışlardır.

Osmanlı Devleti’nde Tanzimat’tan sonra 1879 yılında hukuk alanında yapılan ıslahatlar ile Fransız hukuk sistemi örnek alınarak hazırlanan Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu, Usul-ı Muhâkemât-ı Cezaiyye Kanunu ve Usul-ı Muhâkemât-ı Hukukiyye Kanunları ard arda yürürlüğe

⁵ Hâkim kelimesi Arapça’da h-k-m kökeninden gelmekte olup sözlükte "iyileştirmek amacıyla engel olmak, yargı, hikmet, adalet" anlamına gelir. Hakim hüküm koyan, hükmeden, hüküm veren anlamlarını içerir kadıları ve idari otoriteleri kapsar. **Avcı, Mustafa**, "Mecelleye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", TAAD, Yıl 7, Sayı, 27 (Temmuz 2016), (s. 33-58), s. 35.

⁶ İslam hukukunda yargı ile ilgili genel bilgiler klasik fıkıh kitaplarında “Kitabu’l- Kadâ” başlığı altında incelenmiştir. Kamu hukukuna dair yazılmış olan “Ahkâmu’s-Sultâniyye” tarzı eserlerde konu kurumsal olarak yargıdan bahsedilirken incelenir. “Tarihü’l- Kadâ” ismi altında hem hukuk tarihi hem de genel yargı üzerinde durulmuştur. “Edebu’l- Kadâ” veya “Edebu’l-Kâdî” tür eserlerde ise hâkimin yargılama esnasında uyması gereken kurallar incelenmiştir. **Yıldırım, Şahban**, "İslam Hukukunda Yargı Etiği", e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi -www.e-sarkiyat.com- ISSN: 1308-9633 Sayı: VIII Kasım 2012, (s. 33-50), s. 34.

⁷ Ancak daha Hz. Muhammed devrinden başlayarak yargılama görevi valilere tevdi edilmeye başlanmıştır. **Berki, Ali Himmet**, İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi, Ankara 1962, s.11.

⁸ Serahsi’den aktaran **Yıldırım**, s. 36.

⁹ Kadı, tüm İslam devletlerinde en önemli görevlilerden biri olup birden fazla görevi yerine getirir. Yargılama yapmak kadının görevlerinden sadece biridir. Kadı ve görevleri ile ilgili geniş bilgi için bkz: **Ortaylı, İlber**, Kadı, Kronik Kitap, s.20- 21.

¹⁰ Padişah, şeriata aykırı olmamak kaydıyla toplum yararına koyduğu bu kurallardan doğan uyuşmazlıkları kendisi dilediği gibi çözer ya da çözdürür. Bu tür uyuşmazlıklarda kadı kendi başına karar veremez, gelecek talimatlara göre davranmak zorundadır. Geniş Bilgi için bkz: **İnalçık, Halil**, "Osmanlı Hukukuna Giriş Örfi Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları", Adalet Kitabı, Şubat 2012, (s. 73-104).

girmiştir.¹¹ Bu yeni kanunları uygulamak üzere de yine Fransız modeli örnek alınarak yeni mahkemeler kurulmuştur.¹² Bu mahkemelerden biri olan Nizamiye mahkemelerinde görev yapacak olan hâkimler seçilirken¹³ öncelikle hâkimlerin” metânet-i ahlâkiyelerine, ehliyet ve liyakat sahibi olup olmadıklarına” bakılmıştır. Bunun tespitinde ise yine Tanzimat döneminde çıkarılan ve Osmanlı Medeni Kanunu olarak da bilinen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’de yer alan ilkelerden faydalanılmıştır.

Bu nedenle çalışmamızda Cumhuriyet öncesinde hâkim tarafsızlığı ilkesi incelenirken Tanzimat dönemine kadar olan süreçte kadıların; Tanzimat dönemi itibarıyla Nizamiye mahkemelerinde görev alan hâkimlerin ve yine şer’iye mahkemelerinde yargılamaya devam eden kadıların tarafsızlığı dikkate alınmıştır.

İslam hukukunda, yargılama faaliyeti¹⁴ insanlar arasında adaletle hükmetmek¹⁵, aralarındaki ihtilafları kaldırmak ve hakları hak sahiplerine vermek olarak tanımlanır.¹⁶ Doktrinde İslam hukukunda yargılamaya ilişkin ilkelerden bahsedilirken sıklıkla Hz. Ömer’in Ebu Musa Abdullah b. el Eş’ari’ye yazdığı mektup örnek gösterilir.¹⁷ Bu mektupta İslam hukukunda yargılamanın genel niteliklerini görmemiz mümkündür. Mektubun en önemli özelliği, kuşkusuz yargı gücünün, devletin diğer unsurlarından ayrı bir fonksiyon olduğunu benimsemesidir.¹⁸ Söz konusu mektupta, genel olarak,

¹¹ **Fatmagül Demirel**, Adliye Nezareti’nin Kuruluşu ve Faaliyetleri, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 35,38

¹² **Gülnihal Bozkurt**, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Ankara: Türk Tarih kurumu Yayınları, 1996, s. 216-217; **Fatmagül Demirel**, Osmanlı Devletinde Hâkimlerin Seçimi ve Tayinlerinin Yargı Etiği Açısından Değerlendirilmesi, İnsan ve Toplum Bilimleri Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, 26 - 27 Mayıs 2017, İstanbul (s. 53-61), s. 53-54; **Fatmagül Demirel**, *Adliye Nezareti*, s.5-33.

¹³ Bunun için 05.03.1888 (22 Cemaziyelahir 1305) tarihli Hükâm vesair Memûrin-i Adliyenin İntihâb ve Tayinlerine Dair Kanun, Demirel, a.g.e., s. 87, Demirel *Hâkimlerin Seçimi*, s. 54

¹⁴ İslam hukukunda, yargılama aynı zamanda ibadet hükmünde kabul edilmektedir. Yargısal görev ifa edenlerin adil ve tarafsız karar vermeleri beklenir." Bir saat adaletle hakimlik yapmak, bir sene ibadet yapmaktan daha iyidir." bkz. **Fendoğlu, Hasan Tahsin**, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara 2010, s. 231.

¹⁵ **Demir, Abdullah**, Türk Hukuk Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, 2011, s. 55,56.

¹⁶ Hz. Muhammed’in, "içinizden biriniz yargı görevini üstlenince oturmak, bakmak, işaret etmek hususlarında taraflara eşit davranın. Sesini iki hasımdan sadece birine karşı yükseltmesin." şeklindeki hadisi yargılamanın tarafsızlığının önemine işaret ettiği ifade edilmektedir. **Avcı**, Mecelleye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama, s. 54.

¹⁷ **Şen, Mahmut** "İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik ilkeleri" Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu 26 - 27 Mayıs 2017 - İstanbul.(s. 505-534),s. 519.

¹⁸ Bu belgede, yargılama faaliyetinin bir görev olduğundan, hakkı yerine getirmenin zorunluluğundan, hakkın kâdim olup çiğnenemeyeceğinden bahsedilmekte ayrıca delil sunmanın iddia eden, yemini ise inkar edenin yerine getireceği ve hakkın ispat edilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Mektubun en can alıcı noktası ise "İnsanlar arasında durumunla, adaletinle, mahkemedeki oturuşunla ümitsizlik ver ki, üstün (rütbeli, şerif) olan, senden bir şey beklemesin, zayıf olan da adaletinden ümitsizliğe düşmesin" şeklinde ifade edilen 4. maddedir.

kadınların karar verirken dikkate alması gereken temel kurallar yanında kadının uyması gereken etik ilkeleri hakkında tavsiyeler yer almaktadır. Buna göre, yargılama işi Allah'ın bir emri, yani ilahi bir görev kabul edilmiştir. Kur'an ve sünnette davayı karara bağlamak açısından bağlayıcı bir hüküm yoksa, kadı yeterli araştırmayı yaparak benzer durumda verilen önceki örneklere bakacak ve kıyas yolu ile kendisine göre en adil şekilde karar verecektir. Mektupta "**tarafsızlık**" ilkesi, kadının taraflara eşit davranması¹⁹, taraflardan birinin davanın seyri sırasında kendi lehlerine karar verileceği beklentisine girmemesi, güçsüzlerin ise adaletinden ümitsizliğe düşmemesi olarak tanımlanmıştır.²⁰ Yine yargılamanın genel nitelikleri konusunda örnek gösterilen bir başka metin Hz. Ömer'in bir başka mektubudur. Bu belgede ise tarafsızlık kavramı "*Taraflara öyle davran ki; zayıf olanlar adaletten ümidini kesmesinler ve güçlü olanlar da kayırılma beklentisi içinde olmasınlar.*" sözleri ile ifade edilmiştir.²¹

Kûr'an'da yer alan bazı ayetlerde objektif ve adaletli davranmanın önemi vurgulanmıştır. Nisa suresinde geçen "*iman edenler! Kendiniz, ananız ve en yakınlarınızın aleyhine de olsa Allah için şahitlik yaparak adaleti titizlikle ayakta tutan kişiler olun*"²² ayeti ve Maide suresinde yer alan "*Ey iman edenler! Allah için hakkı titizlikle ayakta tutan, adalet ile şahitlik eden kimseler olun. Bir zümreye yönelik öfke ve nefretiniz adaletsiz davranmanıza yol açmasın.*"²³ ayetleri bu konuda örnek gösterilmektedir.²⁴

Görüldüğü gibi İslam hukukunda da kadının adil²⁵ ve tarafsız²⁶ algılanması, sadece mevcut hukuk kurallarının uygulanması ile değil; aynı zamanda üçüncü kişiler tarafından da bu tarafsızlığın anlaşılabilir olmasıyla

¹⁹ Mülteka'da: "Kâdî, davacıları oturtmada, kendilerine yönelmede, bakmada eşit muâmele etmeli, da'vâcılarının birisiyle gizli konuşmamalı, birisine işaret etmemeli, birisinin ziyafetine gitmemeli, birisine güler yüzlü olup diğerine yüzünü ekşitmemeli, birisiyle şaka etmemeli, birisine nasıl savunacağını telkin etmemelidir. " şeklinde yazılmıştır. **Ahmet Kılınc**, Osmanlı Devletinde Hâkimin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Adabı, İnsan ve Toplum Bilimleri Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, 26-27 Mayıs 2017, İstanbul, (121-187), s. 168

²⁰ **Fendoğlu**, (Tarafsızlık), s. 115-116; **Şen**, s. 519.

²¹ Mektupların ayrıntılı tercümesi ve yorumları için bkz: **Hamidullah**, "Halife Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilat- Ebu Musa el-Eş'ari'ye Gönderilen Kazai Talimatname" çev: Fahrettin Atar, İslam Anayasa Hukuku, Editör: Vecdi Akyüz, İstanbul 1995, (s. 284-320); **Yıldırım**, s. 43, **Fendoğlu**, (Tarafsızlık), s. 116, **Fendoğlu**, **Hasan Tahsin**, Anayasal Derinlik, Ankara 2012, s. 141

²² Nisa suresi 4/135.

²³ Maide suresi, 5/8.

²⁴ **Mustafa Avcı**, Mecelleye Göre Hakimlik Etiği, İnsan ve Toplum Bilimleri Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, 26-27 Mayıs 2017, İstanbul, (121-187), s. (225-237), s. 232.

²⁵ Maide suresinde yargılama işiyle görevlendirilen kişinin adalet, ilim ve hikmet vasıflarını taşıması gerektiği belirtilir. Maide suresi 5/95.

²⁶ Kadı olarak atanabilmek için reşid olma, temyiz gücüne sahip olma, adil olma, hukuki ehliyeti bulunma, bitoraf olma (tarafsız olma), yeterli hukuk bilgisine sahip olma ve erkek olma şartları aranır. **Ortaylı**, s. 21.

açıklanmaktadır. Bunun tespitinde ise yargılama sırasında kadının sergilediği tutum ve davranışlar dikkate alınır.²⁷

II-Osmanlı Devleti'nde Hâkimin Tarafsızlığını Sağlamaya Yönelik Tedbirler

İslam hukukunda, kadıların, tarafsız ve adil karar verilmesine yönelik bazı tedbirler mevcuttur. Bunlardan ilki, tarafsızlığa engel olabilecek durumlarda kadının uyuşmazlık hakkında hüküm vermesinin yasaklanmış olmasıdır. Kadıların, usul ve furuu, akraba, ortak, eş, hasım gibi tarafsız kalamayacağından endişe edilen şahısların davalarına bakmaları yasaktır. Bu durum, ilk olarak “*Kimse kendi davasının yargıçı olamaz*” kuralı ile karşımıza çıkar.²⁸ Ayrıca, tarafsızlığın sağlanmasının en önemli tedbirlerinden bir başkası, kadının tarafsızlığını ortadan kaldıracak olan hareketlerden kaçınması olarak kabul edilmiştir. Kadının rüşvet alması ve çıkar sağlaması, hediye kabul etmesi, ticaret yapması, aşırı sosyalleşmesi²⁹, hatta yargılama sırasında öfkelenmesi tarafsızlığını etkileyeceğinden mutlaka kaçınılması gereken davranışlar olarak yorumlanır. Yine, muhakeme sırasında kadının, her iki taraf da duruşmaya gelmeden ve tarafların ifadeleri alınmadan karar verememesi kuralını tarafsızlık ilkesinin bir uygulamasına yönelik başka tedbir olarak değerlendirebiliriz.³⁰

Kadının tarafsızlığının sağlanmasında İslam hukukunda kabul gören uygulamalardan biri de gelirinin tatmin edici miktarda olmasıdır.³¹ Ekonomik bağımsızlık ve maddi kaygılardan uzak olmak, kadı açısından adil karar vermenin, başkasının malına ve çıkar tekliflerine tamah etmemenin bir teminatı olarak değerlendirilebilir.³² Osmanlı Devleti'nde kadıların geliri Abdülaziz dönemine kadar mahkeme harçlarından sağlanmış, daha sonra

²⁷ **Aslan, Nasi**, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Karahan Kitabevi, Adana, 2014, s. 7,20; **Şen**, s. 509; **Fendoğlu**, (Tarafsızlık), s. 229.

²⁸ **Yıldırım**, s. 44.

²⁹ Hâkimin tarafsızlığını etkileyecek ölçüde sosyalleşmesi ne anlama gelir? Acaba toplumda kurulan her sosyal ilişki tarafsızlığını etkiler mi? Meseleyi bir örnek ile açıklayacak olursak, hakimin taraflardan birinin verdiği ziyafete katılması tarafsızlığını zedeler; ancak davada taraf olmayan kişilerin cenaze ve düğün törenlerine veya hasta ziyaretine gitmesi katılması (bu ortamlarda baktığı davalar hakkında konuşmaması şartı ile) tarafsızlığını etkileyen bir sosyalleşme değildir. **Avcı**, s. 53; **Şen**, s. 519.

³⁰ Hz. Peygamber Hz. Ali'ye taraflar mahkemeye geldiğinde birini dinlemeden karar vermemesini istemiştir. Bkz. **Fendoğlu**, (Tarafsızlık), s. 229.

³¹ **Yıldırım**, s. 35.

³² İslam hukukunda, hâkim ücretlerinin tatmin edici olduğu, Hz. Muhammed döneminde devlet memurları arasında en yüksek maaşı hâkimlerin aldığı; Hz. Ömer döneminde de hâkimlerin rüşvetten uzak durması için maaşlarının yüksek tutulmasına, zengin ve nüfuzlu kişilerin hakim olarak atanmasına dikkat edildiği ve hakimlerin ticaretle uğraşmalarına izin verilmediği belirtilmektedir. **Ünal Özkorkut, Nevin**, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Türkiye'de Yargıya Genel bir Bakış", AÜHF, C.57,Sa.1, (2008), (225-242), s.232.

maaş usulüne geçilmiştir. Ancak zaman içinde hayat pahalılığından dolayı kadılar usulsüz kazanç yöntemlerine yönelmeye başlamıştır.³³ Hatta Divan-ı Hümayuna gelen şikâyetler üzerine³⁴ çıkarılan adaletnamelerle bu duruma karşı önlem alınmaya çalışılmıştır.³⁵ Örneğin, 1255 H. tarihinde çıkarılan bir adaletname ile³⁶ kadınların kanunsuz “devre çıkması” yasaklandığı gibi, devre çıktıkları zaman halkın evlerine yerleşmeyip, yem, yiyecek, bal, yağ, arpa ve zahire talebinde bulunmamaları istenmiştir.³⁷

Osmanlı uygulamasında "tarafsızlık" özelliğini yitirerek adaletten ayrılan kadınların görevlerinden alınması da sık rastlanan bir durumdur. Örnek olarak göstereceğimiz bir arzuhalde, kadı Seyyid Mustafa Efendi'nin şeriye işlerinde bilgisi olmadığı, naibi Emrullah adındaki kişinin rüşvet alarak, şer' ile karar vermediği, bu nedenle, ahalinin perişan bir halde olduğu bildirilerek Larend'e yeni bir kadı atanması talep edilmiştir.³⁸ Arzuhal üzerine verilen buyruldu ile, halkın şikâyeti değerlendirilerek, kadı Seyyid Mustafa Efendi yerine Abdullah Efendi naip olarak atanmıştır. 17. yüzyıldan itibaren kadınların yolsuzlukları, kanun dışı davranışlarda bulunmaları nedeniyle adaletin sarsılması, devletin gücünü kaybetmesine neden olmuştur. Görüldüğü gibi, adalet-mülk ilişkisi, birbirine bağlı, birbirini tamamlayan halkalar olup biri bozulunca diğeri de bozulur. Bu nedenle hakimlerin tarafsız olup adil karar vermeleri adeta devletin sürekliliğinin dayanağını oluşturur.

İslam hukukunda, tarafsızlığın sağlanmasında Şühûdü'l Hal³⁹ uygulaması Osmanlı Devleti'nde de önemli bir rol oynamıştır. Mahkemelerde yargılamayı gözlemci olarak izleyen görevlilere şühûdü'l hal denir. Kazalarda, kasabanın ileri gelenlerinden kadı olmak için gereken şartlara sahip olanlar arasından seçilen bu kişiler sadece yargılamaya tanıklık ederlerdi. Bu nedenle aralarında eski şeyhülislamın, ileri gelen hukukçu ve devlet adamlarının bile olduğu görülür. Ancak, bu kişiler mahkeme kararına etki edemezler. Bu heyetin varlığı yargılamaya farklı yerlerden gelebilecek müdahalelere karşı bir engel

³³ Kadınların halktan para, eşya, zahire almalarının yasak olmasına rağmen, bu durumun sıklıkla yapıldığı bilinmektedir. **Okur Gümrükçüoğlu, Salıha**, “Şikâyet Defterlerine Göre Osmanlı Teb'asının Şikâyetleri”, AÜHFD, Yıl: 2012, C.61, Sa.1, s. 195.

³⁴ Örnek olarak burada bir arzuhale yer veriyoruz. B.O.A., C.ADL Dosya No: 28, Gömlek No: 1696, 25 C sene [1]180 H. tarihli belge için bkz **Belkıs Konan**, Osmanlı Devletinde İdari Yargının Gelişimi, Statü Yayıncılık, Ankara 2014, s. 29.

³⁵ **İnalçık, Halil**, Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2005, s. 106 vd.

³⁶ B.O.A., C.ADL, Dosya No: 23 Gömlek No:1359, 29 Za 1255 H.

³⁷ Bu durum yukarıda künyesi verilmiş olan belgede “...bilâ-davet devre çıkmayıp karye be-karye gezmeyip ve davet olunup vardık da dahi bir münasib mahalle konup fukarânın ehl ve iyalleri sakin oldukları evleri üzerine konmayıp müft ü meccânen yem ve yiyecek ve bal ve yağ ve tavla ve arpa ve samsun ve sair zahire mutalebe ve ahz etmeyip...” şeklinde yazılmıştır.

³⁸ B.O.A., C.ADL, Dosya No:57, Gömlek No:3444, 22/Ş 1159 H. tarihli belge için bkz Konan, s.27.

³⁹ **Ortaylı**, s. 74; **Fendoğlu**, (Tarafsızlık), s. 258, **Fendoğlu**, (Derinlik), s. 691.

oluşturmakta olup, aynı zamanda yargılamanın tarafsızlığına şahitlik yapmaları açısından önem arzeder. Bu mekanizma sayesinde kadının tarafsızlığı denetlenebilmiştir

Kadınların gördükleri davalarda rüşvet almalarının⁴⁰ önüne geçmek için çıkarılan ve esas olarak rüşvetle kadı ve naip atanması durumunda verilecek cezaları belirleyen 1838 tarihli Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi'nde kadı ve naip atamalarda gözetilecek ilkeler yer almaktadır. Söz konusu kanunname, hâkimlerin iltimas ve rüşvetle değil, taraflar arasında ayırım gözetmeksizin karar verecekleri hükmeye bağlanmak suretiyle hâkimin "*tarafsız olma*" yükümlülüğü vurgulanmıştır.⁴¹

Osmanlı Devleti'nde, tarafsızlığın sağlanması için alınan bir başka tedbir ise, kadınların görev sürelerinin kısa tutulmasıdır. Ancak bu durum yargı sisteminde olumsuzluklara yol açmış, işsiz kalma korkusu kadınların görevlerini gereği gibi yapmalarını engellemiş, hukuk dışı davranışlara, yasal olmayan harcamalara ve rüşvete neden olmuştur.⁴²

Yukarıda kısaca açıkladığımız gibi, Tanzimat sonrası dönemde kabul edilen yeni kanunları uygulamak amacıyla kurulan Nizamiye mahkemelerinde hakimler görev almaya başladılar. Osmanlı Medeni Kanunu olarak da bilinen *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye* 1869-1876 yılları arasında yürürlüğe girmiştir.⁴³ Hazırladığı dönemde nizamiye mahkemelerinin yararlanacakları muhakeme usulüne dair kanun olmadığı için Mecelle'ye bu hükümler eklenmiştir. Mecelle'nin "Kitabü'l-Kaza" başlığını taşıyan On altıncı Kitabı, muhakeme hukuku ile ilgilidir (m.1784vd.) Bu kitabın Birinci Babı hâkimlerle ilgili olup 1792-1794. maddeleri hâkimin nitelikleri, 1795-1799.maddeleri ise hâkim etiği ile ilgilidir.⁴⁴

⁴⁰ Hz. Muhammed, hüküm vermede rüşveti ateşte yanmaya en layık şey olarak ifade etmiştir. Ancak rüşvet kavramına sadece para ve maddî değeri olan mallar değil her türlü çıkarın girdiğinin de altını çizmemiz gerekir. Bunun dışında, hâkimin kendisi veya yakınları için elde edeceği her türlü menfaat bu kapsamda değerlendirilmelidir.

⁴¹ Anılan kanunda, hakimlerin duruşmada fakir zengin, zimmi-müstemen, hür -köle, "tarafeyni seyyan tutup hükmünde asla bir tarafa meyletmeyip ..." şeklinde hâkimin tarafsız olma yükümlülüğü de vurgulanmıştır. *Avcı*, s. 55.

⁴² **Ünal Özkorkut**, s. 233.

⁴³ Mecelle'nin mukaddimesiyle birinci kitabı tamamlanarak tetkik edilmiştir takdim edilen Mecelle'nin gereği gibi amel olunmak emrini hâvi padişahımızın mühürleri ile mühürlendikten sonra tabedilerek birer adedinin bütün Şer'iyye ve Nizamiye Mahkemelerine verilmesi, neşir ve ilanı haklarında her ne suretle emir buyurulursa tatbikine başlanacağı"18 denilmiş ve 8 Muharrem 1286 (1869) tarihli padişah iradesi ile Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin mukaddimesi ve birinci kitabı yürürlüğe girmiştir. **Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu**, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi*, OTAM, 29./Bahar 2011 s. 93-124), s. 93-94, 99.

⁴⁴ *Avcı*, Mecelleye Göre Hâkimlik Etiği, s. 228.

Mecelle’de hâkimin tarafsızlığını teminat altına almak için bazı hükümler öngörülmüştür. Kanunun 1792. maddesinde " *Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm, emîn ,mekîn ve metîn olmalıdır.*" denilerek hâkimlerin özellikleri sayılmış dolayısıyla tarafsızlık ilkesi de bu madde kapsamında ele alınmıştır.⁴⁵ Mecelle'nin 1795. maddesine göre, hâkimin duruşmada şakalaşması, alışveriş yapması yasaktır. 1796. maddesinde ise, hâkimin taraflardan hediye⁴⁶ kabul edemeyeceği düzenlenirken; 1797. maddesinde, hâkimin tarafların ziyafetine gidemeyeceği belirtilmiştir.

Hâkimlerin taraflara adil davranmaları gerektiği Mecelle’nin 1798’inci maddesinde hükme bağlanmıştır.⁴⁷ Bu maddeye göre, hâkimin taraflardan biri ile yakınlaşması, hâkimin taraflardan birini evine kabul etmesi, duruşma salonu veya başka yerde taraflardan biri ile baş başa kalması, taraflardan birine el, göz veya baş ile işaret etmesi, onlardan birine gizlice yahut diğerinin bilmediği bir lisan ile bir şey söylemesi yasaklanmıştır.⁴⁸ Maddede yer alan adil davranma yükümlülüğü iki şekilde anlaşılabilir. İlki hâkimin yargılama sırasında yargılamaya ilişkin işlerde taraflara eşit davranmasıdır. İkincisi ise haksızlığa yönelmeden, haklı tarafa hakkının verilmesidir. Görüldüğü gibi, Mecelle ile hâkimlere yüklenen ilk sorumluluk, yargılamaya ilişkin hususlarda taraflara eşit davranmak olup, bu da ancak tarafsızlık ile sağlanabilir.

Hâkimlerin tam bir tarafsızlık içinde olarak davacı ve davalıların menfaatlerini eşit bir şekilde gözetmeleri kuralı Mecelle'nin 1799. maddesinde ele alınmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz hâkimin usul, furuu, eş, ortak işçi ve kendi yardımıyla geçinen kişiler hakkında hüküm veremeyeceği kuralı ise Mecelle'nin 1808. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, Mecelle'nin

⁴⁵ Hâkimin nitelikleri ile ilgili Mecelle’de yer alan bu özellikler yine Tanzimat döneminde Şûrayı Devlet Azalığı yapmış olan Said tarafından benzer şekilde yorumlanmıştır. Said, hakimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili olarak "*Hâkimlerin tensip ve tasvibi, şahsî tensip ve tasvip olmayıp, kanunun gereğine uygun hareketten ibarettir. Sebat ve metanetle davayı görmek ve hüküm ve karar vererek bunları infaz ve icra etmek; mahkeme azalarına lââyık ve münasip olup, mahkeme azaları, hususî kişi ve hallerin tesirlerine tâbi olmazlar. Dünyanın her türlü fikirlerine aykırı olacağını bilseler dahi, kanunun gereği olarak gördükleri hüküm ve i'lâmlarını vermekten çekinmezler. Temin çaresi olmak üzere mahkeme azalarının hükümlerinden gayr-i mesul olmaları ve azilden de masûn bulunmaları [korunmaları] lâzım gelir.*" yorumunda bulunmuştur. **Said**, (Şurâ-yı Devlet A’zâsı), Mehakim, Dersaadet 1307, s. 45.

⁴⁶ Osmanlı Devleti’nde 1838 tarihinde çıkarılan Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesi zeylinde, para , mücevher ve kıymetli eşyaların hediye olarak alınması kesin olarak yasaklanmıştır. **Avcı**, s. 53

⁴⁷ “Hâkim, beyn-el-hasmeyn adl ile me’murdur. Bianaenaleyh tarafeynden biri her ne kadar eşraftan ve diğeri ahad-ı nasdan olsa bile hîn-i muhakemede tarafeyni oturtmak ve kendilerine imal-i nazar ve tevcih-i hitap etmek gibi muhakemeye müteallik muamelâtta tamamiyle adl ve müsavata riayet etmesi lâzımdır.”

⁴⁸ Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.568-569

1815. maddesinde, ihsas-ı rey yasağı getirilmiştir. Buna göre "Hakim kable'l hüküm ne veçhile hükmedileceğini ifşa etmez." Nitekim görüş bildirmesi hakimi töhmet altında bırakır.

Yukarıda değindiğimiz gibi, Nizamiye mahkemelerinde görev yapacak olan hâkimlerin seçiminde uygulanan 05.03.1888 (22 Cemaziyelahir 1305) tarihli Hükâm vesair Memûrin-i Adliyenin İntihâb ve Tayinlerine Dair Kanun⁴⁹ ile de hâkimlerin" metânet-i ahlâkiyelerine, ehliyet ve liyakat sahibi olup olmadıklarına" bakılarak etik açıdan tarafsız olmaları sağlanmaya çalışılmıştır.

III- 1982'ye kadar olan Anayasal Düzenlemelerde Hâkimin "Tarafsızlığı" Kavramı

1876 tarihli Kanun-ı Esasi'de, hâkimin tarafsızlığı ile ilgili açıklamaları "Mehakim" bölümünde aramak gerekir.⁵⁰ "Mehakim" başlığı altında düzenlenen hükümlere baktığımızda, Anayasa'nın 81. maddesinde, yargıçların görevlerinden alınamayacakları, görevlerinden çekilmelerinin kabul edilebileceği, yükselmelerinin, mesleklerinin, görev yerlerinin değiştirilmesinin, emeklilikleri ve bir suçtan dolayı mahkûm olma nedeniyle görevden alınmalarının özel yasa hükümlerine tabi olacağı hükme bağlandığını görmekteyiz. Kanun-ı Esasi'nin 82. maddesinde yargılamanın aleni olacağı belirtilirken; 85. maddesinde her davanın ait olacağı mahkemede görüleceği, kişiler ile hükümet arasındaki davaların bile genel mahkemelere tabi olacağı kararlaştırılmıştır. Anayasa'nın 86. maddesinde ise mahkemelerin her türlü müdahalenin dışında oldukları; 88. maddesinde, mahkemelerin sınıflarının, görevlerinin, yetki dereceleri ve bölünmelerinin, yargıçların görevlendirilmelerinin yasalara dayanacağı düzenlenmiştir. Olağanüstü mahkeme kurulma yasağı aynı bölümde 89. maddede yer alırken; 90. maddesinde ise hâkimlerin devletin maaşlı bir başka memuriyetini kabul edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.⁵¹ Maddeleri incelediğimiz zaman 1876 Anayasası'nda doğrudan "mahkemelerin tarafsızlığı" ile ilgili bir düzenleme yer almadığını söyleyebiliriz. Yapılan düzenlemeler daha çok "yargı bağımsızlığı" konusuyla ilgilidir. Bununla birlikte yargının bağımsızlığının sağlanması zaten yargı tarafsızlığının sağlanmasının ön şartı olduğundan 1876 Anayasası'nda yer alan hükümler konumuz açısından son derece değerlidir. 1909'da Kanun-i Esasi'de yapılan değişiklikler ise, özünde

⁴⁹ Demirel, *Hakimlerin Seçimi*, s. 54

⁵⁰ Fendoğlu, (Tarafsızlık), s.157 vd., Fendoğlu, (Derinlik), s. 882.

⁵¹ Özkul, Fatih, "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Ankara Barosu Dergisi, 2016/3, s. 216

yasama ve yürütmeyi padişah karşısında güçlendirmeye yönelik olup, yargı ile ilgili yeni bir düzenleme içermez.

Çerçeve bir Anayasa olan 1921 Anayasası'nda, yasama ve yürütme yetkisi tek elde toplanarak meclis hükümeti sistemi benimsemiştir. 1921 Teşkilat-ı Esasi Kanunu, yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin olarak bir düzenleme getirmemiştir.⁵² Ancak, Kanun-ı Esasi henüz yürürlükten kaldırılmadığı için yargı konusundaki hükümlerinin, 1921 Anayasası döneminde de yürürlükte olduğu teorik olarak kabul edilir. 1921 Anayasası hükümleri ile çatışmadığı durumlarda ise 1876 Anayasası hükümlerinin geçerli olduğu kabul edilmiştir.⁵³ 1924 Anayasası'nın yargı ile ilgili düzenlemelerini incelediğimizde hâkimlik teminatı ve yargılamanın aleniliği ilkelerinin getirildiğini görmekteyiz.⁵⁴ Ayrıca, yasama ve yürütmenin hâkim kararlarını değiştiremeyeceği de hükme bağlanmıştır. Yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasında, temel rolü olan "doğal hâkim" ilkesinin, 1924 Anayasasında (53.maddede ek fıkra olarak) yer alması hususu, anayasa hazırlanırken mecliste tartışılmış ancak kabul görmemiştir.⁵⁵ 1961 Anayasası'nın 7. maddesinde ise yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiş olup, tarafsızlık ile ilgili her hangi bir düzenleme öngörülmemiştir.

B. GÜNÜMÜZ TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI

Günümüz Türk Hukukunda hâkimin tarafsızlığıyla ilgili olarak, 1982 Anayasası'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yargının dolayısıyla da yargı yetkisini kullanan mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramıyla hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının da kastedildiği kabul edilmektedir.⁵⁶ Esas olarak mahkeme ve hâkim kavramları

⁵² Özkul, s. 217.

⁵³ Özkul, s. 217vd.

⁵⁴ "Hâkimler, bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsızdırlar ve bu işlerine hiçbir türlü karışamaz. Ancak kanun hükmüne bağlıdırlar. Mahkemelerin kararlarının TBMM ve Bakanlar Kurulu hiçbir türlü değiştiremezler, geciktiremezler ve hükümlerin yerine getirilmesine engel olamazlar (m. 54). Hâkimler, kanunla gösterilen haller ve usuller dışında görevlerinden çıkarılamazlar (m. 55). Hâkimlerin nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacakları özel kanunla gösterilir (m. 56). Hâkimler, kanunla gösterilenlerden başka genel veya özel hiçbir görev alamazlar (m. 57). Mahkemelerde yargılamalar herkese açıktır. Yalnız yargılama usulü kanunları gereğince bir yargılamanın kapalı olmasına mahkeme karar verebilir (m. 58). Herkes mahkeme önünde haklarını korumak için gerekli gördüğü yasal araçları kullanmakta serbesttir (m. 59). Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davalara bakmazlık edemez. Görev ve yetki dışındaki davalar ancak bir kararla reddolunur (m. 60) ayrıntılar için bkz: Özkul, s.217

⁵⁵ TANÖR (2007), s. 307

⁵⁶ Fendoğlu, (Tarafsızlık), s. 86; Öden, ,s. 61, dn.2; Özen, Muharrem, Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 2010/1, s.33; Yavuz, s. 12.

farklı kavramlardır. Mahkeme yargı işlevinin yerine getirildiği makamı, hâkim ise yargı işlevini yerine getiren kişiyi ifade etmektedir.⁵⁷ Ancak genellikle bu kavramlar birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Buna göre bir değerlendirme yapıldığında hâkimlerin tarafsızlığıyla ilgili olarak Anayasa'nın 9. maddesinde düzenleme yapıldığını belirtmek gerekir. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1.maddesi ile Anayasanın 9. maddesine "bağımsız" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve tarafsız" ibaresi eklenmiştir. 16 Nisan 2017'de yapılan halk oylaması neticesinde yeterli oy alınmış ve Anayasa'nın 9. maddesi "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır" şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile yargının dolayısıyla da hâkimlerin tarafsızlığı anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur.

Öte yandan Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin, görevlerinde bağımsız olduğu; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre karar verecekleri öngörülmektedir. Her ne kadar söz konusu düzenlemede hâkimin tarafsızlığından bahsedilmemiş olsa da bu kuraldan hâkimlerin tarafsız olması gerektiği sonucunun çıkarılabileceği kabul edilmektedir.⁵⁸ Zira hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı bir madalyonun iki yüzü gibi birbirinden ayrı düşünülemez⁵⁹ ve bağımsız olmayan hâkimin tarafsız olduğundan söz edilemez.⁶⁰ Özellikle, hâkimlerin yürütme erkine karşı bağımsızlığını sağlayacak güvencelerin tam olarak alınması gerekir. Bu yönüyle tarafsızlığın ön şartının bağımsızlık olduğunun vurgulanması gerekir.⁶¹

Bağımsızlık esas olarak, hakimin görevini yaparken özgür olması, hiçbir dış baskı ve etki altında kalmamasını ifade etmektedir.⁶² Tarafsızlık ise yukarıda da ifade edildiği üzere, hâkimin yargılamayı yaparken hiç kimseyi kayırmaması, kendisinin veya taraflardan birinin çıkarını gözetmemesi, davanın taraflarına karşı subjektif değil objektif davranması, taraflardan birinin veya diğerinin olumlu veya olumsuz etkisinde kalmamasını aynı zamanda da, kendi kişisel görüşlerinden ve önyargılarından uzaklaşarak, taraflara eşit davranarak yargılama yapmasını ifade etmektedir.⁶³

⁵⁷ **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 398.

⁵⁸ **Ergül, Ozan**, Anayasa Mahkemesi Ve Hâkimin Tarafsızlığı, TBB Dergisi, S.54, 2004, s. 249; **İnceoğlu, Sibel**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, İstanbul 2013, s. 237; **Öden**, s. 64.

⁵⁹ Bkz. **Altıntaş, Ali**, Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Adliye Yönetimi, Ankara 2013, s. 204; **Gönenç, Levent**, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri 2011, s. 8.

⁶⁰ **Centel/ Zafer**, s. 529.

⁶¹ **Altıntaş**, s. 205; **Gönenç**, s. 9; **Tanrıver**, - Usûl, s. 270, ayrıca bağımsızlıkla ilgili açıklamalar için bkz. **Gözler, Kemal**, Elveda Anayasa 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, Bursa 2017, s. 19 vd.

⁶² **Öden**, s. 64, dn. 7.

⁶³ Bkz. yukarı dn. 2.

Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimin tarafsızlığından bahsedilmemiş olsa bile tarafsızlık hâkimin en önemli niteliğidir. Tarafsızlık, yargılama bakımından kendiliğinden bir unsur, doğal bir şart olduğu için genellikle üzerinde durulmayan bir konu olarak nitelendirilmektedir.⁶⁴ Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş olmasının sebebi olarak doktrinde, hâkimin en temel ve en doğal niteliğinin tarafsızlık olduğu, bunu açıkça düzenlemeye bile gerek olmadığı, tarafsızlığın yargılamanın doğasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir.⁶⁵ Öte yandan hâkimin tarafsızlığının, demokratik hukuk devleti, adalet, kanun önünde eşitlik, tabii hâkim, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı gibi Anayasa'da düzenlenmiş temel ilke ve haklarla güvence altına alındığı kabul edilmektedir.⁶⁶ Özellikle Anayasa'nın 36. maddesinde her şahsın adil yargılanma hakkı olduğu hükme bağlanmıştır. Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi de kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yargılanma hakkıdır. Bu anlamda hâkimin tarafsız olması, hâkim bakımından bir yükümlülükken, uyumsuzluğun tarafları bakımından da bir hak olarak nitelendirilmelidir. Bu nedenle yargılamanın tarafsız olmayan bir hâkim tarafından görülüp, hükme bağlanması halinde bir temel hak ihlalinin söz konusu olabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, hâkimin tarafsızlığını subjektif tarafsızlık ve objektif tarafsızlık olarak ikiye ayırmaktadır. Subjektif (öznel) tarafsızlık, hâkimin birey olarak mevcut davada tarafsızlığını, objektif (nesnel) tarafsızlık ise, kurum olarak mahkemenin taraflara eşit mesafede bulunduğu ve tarafsız davranacağına dair hak arayanlara güven veren bir görünüme sahip olmasını ifade etmektedir.⁶⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, hâkim veya mahkeme üyelerinin subjektif tarafsızlığının mevcut olduğu karinesi vardır ve bu karinenin aksi ispat edilene kadar hâkimin tarafsız olduğu kabul edilmektedir.⁶⁸ Ancak hâkim üzerinde, hâkimin bireysel, ahlaki, felsefi ve ideolojik yönelimlerinin ve çevresel etmenlerin karar verme sürecinde etkide

⁶⁴ **Sancar, Mithat/ Ümit Atılğan, Eylem**, Adalet Biraz Es Geçiliyor Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar, İstanbul 2009, s. 108.

⁶⁵ Bkz. **Öden**, s. 64, dn. 7; **Sancar, Mithat/ Ümit Atılğan, Eylem**, s. 108.

⁶⁶ **Akcan, Recep**, Hâkimin Vasıfları, Ankara 2013, s. 103; **Ergül, Ozan**, Anayasa Mahkemesi Ve Hâkimin Tarafsızlığı, TBB Dergisi, S.54, 2004, s. 249; **Öden**, s. 64.

⁶⁷ **Aktepe Artık, Sezin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s. 215; **İnceoğlu, Sibel**, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İstanbul 2008, s. 34 vd. **Tanrıver**, (Adil Yargılanma), s. 218; **Tanrıver**, (Usûl), s. 271.

⁶⁸ **Aktepe Artık**, s. 215; **İnceoğlu**, (Yargıcın İlkeleri), s. 35; **Tanrıver**, (Adil Yargılanma), s. 218; **Tanrıver**, (Usûl), s. 271.

bulduğuna dair makul ve ciddi bir şüphe varsa hâkimin tarafı karar verdiği hükmedilmektedir⁶⁹.

Objektif tarafsızlıkta ise, mahkemenin oluşum şekli, hâkimlerin sahip olduğu güvenceler ve hâkimin dava konusu olayın soruşturma ve kovuşturma aşamasında savcı olarak görev yapıp yapmadığı gibi bazı hususlar dikkate alınmaktadır.⁷⁰ Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, “adaletin gerçekleşmesi yetmez, gerçekleştiğinin açıkça görülmesi de gerekir”.⁷¹ Mahkemenin tarafsız olduğuna ilişkin algı, makul bir gözlemcinin konuya gerçekçi ve pratik olarak baktığında tarafsızlık yönünde bir algıya sahip olup olmadığıyla test edilmektedir.⁷²

Tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkından, taraf açık iradesi ile feragat etmiş ise ya da hâkimin tarafı davrandığına ilişkin itiraz etme imkânı varken itiraz etmemiş ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermektedir.⁷³

I-Hâkimin Tarafsızlığını Sağlamaya Yönelik Hukuki Düzenlemeler ve Etik İlkeleri

Günümüz Türk hukukunda hâkimlerin tarafsızlığının sağlanması için hâkimin yasaklılığı ve reddi, hâkimlerin sorumluluğu gibi bazı hukuki güvenceler oluşturulmuş aynı zamanda da hâkimlerin uymaları gereken etik ilkeler belirlenmiştir. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki hâkimin tarafsızlığını sağlamak hâkimin bağımsızlığını sağlamaktan daha zordur; zira bağımsızlıkta kurumsal bir durum, tarafsızlıkta ise hâkimin psikolojik bir yönelimi, iç muhakemesi söz konusudur ve hâkimde çeşitli ideolojik etkilere ve menfaat ilişkilerine açık olabilir.⁷⁴ Aynı sosyal çevrede yetişmiş olmak, aynı veya farklı din ya da mezhebe sahip olmak gibi bazı etkenler olabilir. Bu gibi durumlarda esas olarak hâkimin tarafsızlığının zedelenmediği kabul edilmektedir.⁷⁵ Fakat bu gibi durumlar verilecek hükmün objektifliğinden şüphe duyulmasına neden olan yoğunluğa ulaştığı takdirde, hâkimin tarafsızlığından da bahsedilemez.⁷⁶ Hâkimin tarafsızlığını sağlamak amacıyla,

⁶⁹ Şen, Mahmut, Hakimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 646.

⁷⁰ Şen, (Sosyal Medya), s. 647.

⁷¹ İncoğlu, (Yargıcın İlkeleri), s. 35; Şen, (Sosyal Medya), s. 647.

⁷² İncoğlu, (Yargıcın İlkeleri), s. 35; Şen, (Sosyal Medya), s. 647.

⁷³ İncoğlu, Sibel, Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik, İstanbul 2012, s. 55 vd.

⁷⁴ Altıntaş, s. 205; Sancar/ Ümit Atılğan, s.112; bkz. Gönenc, s. 8 vd; Şen, (Sosyal Medya), s. 646.

⁷⁵ Centel/Zafer, s. 541.

⁷⁶ Centel/Zafer, s. 541.

hâkimin reddi ve yasaklılığı, hâkimlerin sorumluluğu ve tarafların aleni surette yargılanma hakkı düzenlenmiştir.

1-Hâkimin Tarafsızlığını Sağlamaya Yönelik Hukuki Düzenlemeler

a-Hakimin Yasaklılığı ve Reddi

Medeni yargı bakımından hâkimin tarafsızlığını sağlamak amacıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkimin yasaklılığı, reddi ve hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümler öngörülmüştür.⁷⁷ Hâkimin yasaklılığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34. maddesinde tahdidi olarak sayılmış olup, söz konusu durumların olması halinde talep olmasa bile hâkimin davadan çekinmesi gerekir. Kanun koyucu, yasaklılık sebeplerinin bulunduğu durumda hâkimin tarafsız olamayacağını varsaymıştır. Bu nedenle de yasaklılık sebeplerinin bulunduğu hallerde tarafların anlaşarak hâkimin davaya bakmasına imkân tanınmamıştır.⁷⁸

Hâkimin reddi sebepleri ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu maddedeki sayma tahdidi değildir. Maddede sayılmayan hallerden biri olsa bile hâkimin tarafsız olamayacağına dair önemli bir şüphe olması halinde hâkim taraflarca reddedilebileceği gibi, kendisi de kendini reddedebilir.

Yasaklılık hallerinden farklı olarak ret sebebinin bulunduğu hallerde, tarafların muvafakat etmesi halinde hâkim davayı görmeye devam edebilir. Ancak şahsında ret sebeplerinin gerçekleştiğini düşünen hâkim, tarafların açık muvafakati olsa bile, kendi kendisini reddedebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 37. maddesinde kendi kendini ret hâkime tanınmış bir yetkidir. Bu yetkinin tarafların isteğiyle bertaraf edilmesi mümkün değildir.⁷⁹ Öte yandan aynı Kanun'un 375. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde "*b) Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması*" yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmiştir.

Medeni yargıda geçerli olan bu kurallar idari yargıda da geçerlidir. Zira 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde hâkimin yasaklılığı ve reddi hallerinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı belirtilmiştir.⁸⁰ Ayrıca 2577 sayılı Kanun'un 56 ve 57.

⁷⁷ Bkz. **Çon, Ömer**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Ankara 2013.

⁷⁸ Bkz. HMK 35. Maddenin gerekçesi (**Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder**, Nottlu Gerekçeli Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2013, s. 89, dn. 51).

⁷⁹ Bkz. HMK 37. Maddenin gerekçesi (**Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 91, dn. 53).

⁸⁰ Bkz. **Akcan, Recep/ Kaya, Cemil**, Medeni ve İdari Yargıda Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, İÜHF C. LXVIII, S. 1-2, 2010, s. 171-196.

maddelerinde de düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu Kanun'un 56. maddesinde Danıştay'da çekinme ve ret başlığı altında Danıştay daire başkanları ve üyelerinin çekinme veya reddi hususu ve ayrıca Danıştay tetkik hâkimi ve savcılarının sebeplerini bildirerek çekinebilecekleri gibi taraflarca da reddedilebileceği öngörülmektedir.

Ceza yargısı bakımından ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 22 vd. maddelerde hâkimin davaya bakamaması ve reddi düzenlenmiştir. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 23. maddesinde ise yargılamaya katılmayacak hakim hakkında düzenleme yapılmıştır.

Yargıtay başkan ve üyelerinin tarafsızlığını sağlamak amacıyla 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 39. maddesinde de, dairelerin ve genel kurulların başkan ve üyelerinin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenlemede tetkik hâkimlerin reddiyle ilgili her hangi bir hükme yer verilmemiştir. Yargıtay Kanunu'nun 26. maddesinde tetkik hâkimlerinin görevleri düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre "*Tetkik hakimleri kurul ve daire başkanlarının kendilerine verecekleri dosya ve evrakı, süresinde inceleyerek bir rapor düzenlerler. Kararlara ve yapılacak işlere ilişkin düşüncelerini rapora yazıp kurullara açıklamakla yetinirler. Birinci Başkan, kurul ve daire başkanlarının verecekleri diğer görevleri yerine getirirler.*" Yargıtay Kanunu'nda açık hüküm olmasa da tetkik hâkimlerinin de tarafsız olması gerekir. Her ne kadar tetkik hâkimleri kararı veren üye sıfatına sahip olmasalar da, kararın oluşturulduğu aşamada görev alarak uyumsuzlukla ilgili rapor hazırlayıp, kurullara sunarak kararın alınmasına ve kararın yazılmasına katkıda bulunmaktadır. Bu nedenlerle tetkik hâkimlerinin tarafsız olması ve tarafsızlığından şüpheyi gerektiren hallerde de reddedilebilmesi ve bazı işlere de bakmasının yasak olması gerekir.⁸¹ Nitekim Danıştay tetkik hâkimlerin sebeplerini bildirerek çekinebilecekleri gibi reddedilebilecekleri 2577 sayılı Kanun'un 56. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Öte yandan zabıt kâtibinin bile yasaklığı ve reddini öngören (HMK m.45, CMK m.32) kanun koyucunun Yargıtay tetkik hâkiminin yasaklılık veya red halini düzenlememiş olması doğru değildir. Nitekim Bangolar Yargı Etiği İlkelerinde de belirtildiği üzere, tarafsızlık sadece karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerli olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin de tarafsız olması gerekir. Nitekim üyeler göreve başlamadan önce görevlerini tarafsız şekilde yürüteceklerine dair ant içmektedirler. Öte yandan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin

⁸¹ Aynı yönde bkz. **Kuru, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 80; Aksi görüş için bkz. **Özen, Muharrem**, Hakimın Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 174 vd.

Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 59 vd. maddelerinde dava ve işlere katılmaya engel durumlar düzenlenmiştir. 59. maddedeki durumların varlığı halinde başkan ve üyeler söz konusu dava veya işe bakamazlar. 6216 sayılı Kanun'un 60. maddesinde de başkan ve üyelerin tarafsız hareket edemeyecekleri kanısını haklı kılan hâllerin olduğu iddiası ile reddedilebileceği düzenlenmiştir. Ancak raportör veya raportör yardımcılarının reddi veya yasaklılık halleriyle ilgili her hangi bir düzenleme yapılmamıştır. Raportör veya raportör yardımcıları da kararın oluşumu veya yazımı aşamasında görev aldıkları için kanaatimizce yasaklılık veya red sebeplerinin onlar içinde geçerli olması gerekirdi.

Hâkimlerin tarafsızlığını sağlamak amacıyla 2802 sayılı Hakimler Savcılar Kanunu'nun 46. maddesinde de bazı düzenlemeler öngörülmüştür. Özellikle söz konusu maddenin birinci fıkrası hükmüne göre, karı – koca, ikinci derece dahil kan ve sıhri hısımların bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamayacakları öngörülmek suretiyle hakimlerin tarafsızlığını zedeleme ihtimali olan durumlara izin verilmemiştir. Yargıtay isabetli olarak, eşlerden birinin hazırladığı iddianame üzerine açılan davada kovuşturma ve hüküm aşamasına diğer eşin katılamayacağına karar vermiştir.⁸²

Öte yandan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının düzenlendiği Anayasanın 36. maddesinde hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme

⁸² "...5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (m. 22, 23) eşlerden birinin iddianame düzenlemesi halinde diğer eşin hakim olarak o davaya bakamayacağına dair açık hüküm yoktur. Yine aynı Yasada bu hususta, hakimi davaya bakmaktan red sebepleri (m. 24 ve 25) ve hakimnin çekinmesi konusunda da (m. 30) yer almamıştır. 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında, "Karı-koca, ikinci derece dahil kan ve sıhri hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar" düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemede de eşlerden birinin düzenlediği iddianameyle açılan davanın kovuşturma ve hükmüne diğer eşin katılamayacağına açıkça yer verilmemiştir. Ancak bu düzenlemedeki yargısal hassasiyet dikkate alındığında, aynı mahkemeye iddianame ile dava açan Cumhuriyet Savcısının eşinin hükme katılamayacağına kabul edilmesi gerekir...İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir kararında [Piersack/Belçika, 01.10.1982, Résolution DH(85)12], ilk derece mahkemesi nezdindeki Başsavcının yanında çalışan savcının açtığı davaya aynı Başsavcının mahkeme başkanı olarak katılmasını "tarafsızlık" ilkesine aykırı bulmuştur. İHAS'ın 46. maddesi gereğince İHAM kararları sözleşmeye taraf ülkeleri bağlayıcı olduğundan, bu kararın içeriğinin hukukumuzda dikkate alınması gerekmektedir. Eşlerden birinin iddianameyle dava açması ve diğerinin o konuda hüküm vermesi, davanın tarafları bakımından reddi hakim konusu yapılmasa bile, hakimnin tarafsızlığı konusunda kuşku uyandıracığından, Anayasanın 90/son maddesinin yollamasıyla İHAS'ın 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan davanın "tarafsız bir mahkeme" tarafından görülmesi ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Tüm bu nedenlerle, Anayasanın 90/son maddesinin yollamasıyla, İHAS'ın 6. maddesinin 1. fıkrası ile aynı sözleşmenin 1. maddesindeki düzenleme ve İHAS'ın 46. maddesi gereğine İHAM kararlarının sözleşmeye taraf devletleri bağlayıcı olması ile 2802 Sayılı Kanun'un 46/1. maddesindeki düzenlemenin içeriği birlikte değerlendirildiğinde, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakamayacağına gözetilmemesi,.. Bozmayı gerektirmiş, ..." 4.CD 16.2.2017, 2014/21322 E. 2017/4647K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

gereğince hâkimler önlerine gelen, görev ve yetkisi içinde olan uyuşmazlıkları, şahsında red veya yasaklılık sebepleri mevcut değilse, çözmek zorundadırlar. Hakimin uyuşmazlığı nasıl çözeceği ise medeni yargı ve ceza yargısı bakımından farklılık arz etmektedir.

Medeni yargıda kural olarak taraflarca getirilme ilkesi uygulanmakta olup, kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz (HMK m. 25). Öte yandan Kanun'un 31. maddesinde hâkimin davayı aydınlatma ödevi düzenlenmiş olup bu hükme göre, "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." Ancak hâkim davayı aydınlatma görevini yerine getirirken, tarafların hiç ileri sürmediği vakıaları yargılamaya sokacak olursa, şahsında bir red sebebinin doğmasına neden olabilir.⁸³ Aynı şekilde hâkimin davayı aydınlatma görevi çerçevesinde taraflardan delil göstermelerini isteyip isteyemeyeceği de önemlidir. Medeni yargıda taraflar hangi vakıayı hangi delille ispat edeceklerini dilekçelerinde göstermelidirler (HMK m.119;129). Aksi takdirde, kanunun öngördüğü istisnalar dışında sonradan delil gösterilemez (HMK m.145). Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda kural olarak⁸⁴ hâkim, dava dosyasındaki delillerle sınırlı olarak karar vermelidir.⁸⁵ Hâkim, tahkikat sonunda ispat yükü kurallarına göre, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasını ispatlayamadığı kanaatine ulaşacak olursa, ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhine karar vermesi gerekir. Bu anlamda ispat yükünü taşıyan tarafa, "henüz iddianı ispat edemedin, şu delili de getir" şeklinde bir telkinde bulunması, hâkimin tarafsızlığını zedeleyeceği için, kural olarak mümkün değildir. Ancak söz konusu uyuşmazlıkta resen araştırma ilkesi uygulanıyor ise, hâkimin delil toplaması veya taraflardan başkaca delil göstermelerini istemesi mümkündür.⁸⁶

Ceza yargısında ise, Ceza Muhakemeleri Kanunu'na göre, iddianamenin hazırlanması cumhuriyet savcısının görevidir. Soruşturma evresinde bütün

⁸³ **Karaaslan, Varol**, Medeni Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013, s. 82; **Meriç, Nedim**, Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı 2009 (Basım Yılı 2010), s. 397; **Pekcanitez, Hakan/ Erdönmez, Güray**, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, Cilt I, s. 833; **Simil, Cemil**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Görevinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan s. 1360 vd.;

⁸⁴ Bilirkişi incelemesi ve keşfin icrasına hâkim kendiliğinden başvurabilir.

⁸⁵ **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 832.

⁸⁶ **Karsh**, s. 317; **Pekcanitez/ Erdönmez**, s. 381; **Tanrıver**, (Usul), s. 807.

delillerin elde edilerek, tek duruşmada kararın verilmesi esastır. Ceza yargısında hâkimin maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla yeni deliller toplayıp toplayamayacağı tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, “*eksik bir soruşturma sonucunda kabul edilen iddianame üzerine, mahkemenin duruşma hazırlığı aşamasında adeta bir “Cumhuriyet Savcısı kisvesine bürünerek” bütün delilleri toplamaya çalışması mahkemenin tarafsızlığını ortadan kaldıracak niteliktedir...Mahkeme, sadece soruşturma evresinde söz konusu edilmeyen veya kovuşturma evresinde “sonradan” ortaya çıkan bir delili veya hususu ortaya koymalıdır. Hâkim veya mahkeme, iddianame sürecinin içerisinde bütünüyle yer almamalı; duruşma hazırlığı veya duruşma evresinde ön yargı oluşturacak ve hâkimin kendine karşı tarafsızlığını (içe karşı tarafsızlık) zedeleyecek tarzda delil toplama faaliyetine girişmemelidir.”⁸⁷*

Öte yandan iddianamede yer almayan bir suçtan dolayı sanığın mahkum edilemeyeceği, sanığın iddianamede yer almayan suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için öncelikle mahkemenin suç duyurusunda bulunarak dava açılması halinde davaların birleştirilmesi gerektiği yönünde Yargıtay 19. Ceza Dairesinin kararı bulunmaktadır. Söz konusu kararın değişik gerekçesinde bu görüş şu şekilde eleştirilmektedir: “*...Suç duyurusu, özellikle de ek iddianame talebi ile mahkeme veya Hâkim, dava açılmayan bir konuda iddianame düzenlenmesini istemekle bir bakıma o suçla ilgili görüşünü açıklamış olmaktadır. CMK'nın 225. maddesine göre mahkeme, filin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı olmasa da, hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla dair fil ve faili hakkında verilir. Bu itibarla, iddianame konusu suç unsurları itibariyle oluşmamışsa beraat kararı verilmelidir. Uygulamada zaman zaman Yargıtay da davaya konu edilmeyen fiillere dair olarak, suç duyurusunda bulunularak, dava açılması halinde birleştirilmesinden sonra hukuki durumun değerlendirilmesi gerektiğine yönelik kararlar vermekte ise de bunun mesleki etik ilkelere, hakimlerin tarafsızlığı ve adil yargılanma hakkı ilkelerine uygun olmadığı ...”⁸⁸*

İdari yargıda ise, re'sen araştırma ilkesi uygulanmaktadır. İYUK m.20'de bu durum açıkça düzenlenmiştir. Hukuk yargısından farklı olarak idari yargıda hâkimin, delillerin araştırılmasında, davanın yürütülmesinde kendiliğinden hareket etme yetkisi olduğu kabul edilmektedir⁸⁹. Buna göre

⁸⁷ **Birtek, Fatih**, Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 963; ayrıca bkz. **İnceoğlu**, (Etik), s. 53.

⁸⁸ 19. CD 8.12.2015, 2015/7273 E., 2015/8189 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁹ **Gözübüyük, Şeref/ Tan, Turgut**, İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2010, s. 827.

hâkim tarafların dilekçelerine ekledikleri delillerden başka taraflardan yeni bilgi ve belgeler isteyebilir aynı şekilde idareden dava konusu olan kararın gerekçesini isteyebilir⁹⁰.

Tüm bunlarda, hem hukuk yargısı hem ceza yargısında hakimin daha pasif durumda olduğu, ancak idari yargıda hakimin re'sen araştırma ilkesi gereğince aktif durumda olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, hukuk ve ceza yargısı bakımından hâkimin, kural olarak yeni delil toplaması veya toplanmasını istemesi, tarafsızlığını zedeleyecek bir durum olarak kabul edilmesi gerekirken, idari yargıda tarafsızlığı ortadan kaldıran bir durum olarak nitelendirilemez.

b-Hâkimlerin Hukuki, Cezai ve Disiplin Sorumluluğu

Hâkimlerin hukuki sorumluluğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. 46. maddeye göre, hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. Devlet ödediği tazminat nedeniyle sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edebilir. Hâkim kavramının içine ilk derece, bölge adliye ve Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar girmektedir (HMK m.47). Ancak ceza mahkemesi hakimleri için Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 141 vd. maddelerinde ayrıca tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir.

Hâkime karşı yargılama faaliyetinden dolayı tazminat davası açılabilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinde sınırlı sayma yöntemiyle belirlenen sorumluluk sebeplerine dayanılması şarttır. Maddenin a bendinde "*a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.*" ilk sorumluluk sebebi olarak belirtilmiştir. Söz konusu maddenin b bendinde de aslında dolaylı da olsa hâkimin tarafsızlığını zedeleyen sebep olarak nitelendirilebilecek olan,⁹¹ "*b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.*" düzenlenmiştir. Öte yandan 46. maddenin ç ve d bentlerinin de hâkimin tarafsızlığıyla ilgili olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler dışında hâkimin içsel veya dışsal etkiler altında kalarak vermiş olduğu kararın veya hükmün taraflı olarak verildiği kabul edilmektedir.⁹²

⁹⁰ Gözübüyük / Tan, s. 827; bu yönde bkz. Danıştay 12. Dairesi 02.02.2010, 2007/5480 E., 2010/414 K.

⁹¹ Yılmaz, s. 477.

⁹² Şen, s. 646.

Hâkimlerin cezai sorumluluğuyla ilgili olarak ise, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda özel düzenlemeler bulunmaktaydı. Söz konusu mülga Kanunun 233. maddesinde hâkimin etki altında karar ve hüküm verme suçu, 244. maddesinde hâkimin kayırma veya düşmanlık duygusu ile kanuna aykırı hüküm verme suçu öngörülmekteydi.⁹³ Ancak 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda bu suçlara yer verilmemiştir. Bununla birlikte 5237 sayılı Kanunun 252. maddesinin yedinci fıkrasında rüşvet suçunun yargı görevlileri tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm dışında hâkimlerle ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat 257. madde de görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiş olup⁹⁴, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, söz konusu hükmün hâkim ve savcılar için de uygulanacağı yönünde karar vermiştir.⁹⁵

Hâkimin tarafsızlığını sağlamak amacıyla sadece hukuki ve cezai sorumluluk halleri değil disiplin sorumluluğuna ilişkin hükümler de öngörülmüştür. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 62 vd. maddelerinde disiplin cezaları uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme, meslekten çıkarma şeklinde belirlenmiştir. Söz konusu Kanun'un 68. maddesinde yer değiştirme cezası düzenlenmiş olup, bu hükümde sıralanan sebeplerin önemli bir kısmı hâkimin tarafsızlığıyla ilgilidir. Buna göre, “b) Yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak, c) Hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak, e) Madde tayin ve deliller elde edilmemiş olsa bile, rüşvet aldığı veya irtikapta bulunduğu kanısını uyandırmak, f) Doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi çıkar sağlamak amacı ile verilen hediye kabul veya iş sahiplerinden borç istemek veya almak, hallerinde” yer değiştirme cezası uygulanmaktadır. Ayrıca aynı kanunun 69. maddesinde meslekten çıkarma cezası düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre: “Meslekten çıkarma: Bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesidir. 68 inci maddenin (e) bendinde yazılı hallerden dolayı hangi sınıf ve derecede olursa olsun iki defa, diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin

⁹³ Özen, (Hakimin Sorumluluğu), s. 168.

⁹⁴ Üzülmöz, İlhan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 1, s. 194.

⁹⁵ “...Hakim ve savcılarının hukuka veya etik kurallarına aykırı davranışlarının, kişilerin mağduriyetine yol açması veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması, 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde yaptırma bağlanan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.11.2007, 2007/5-83 E., 2007/244 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

durdurulması cezası almış olmak...meslekten çıkarılmayı gerektirir...” 68. madde de ise biraz önce belirtildiği üzere esas olarak hâkimin tarafsızlığını kaybederek karar veya hüküm vermesinin somut halleri düzenlenmiştir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde hâkimin tarafsızlığını kaybetmesi, 69. maddedeki şartların gerçekleşmesi halinde, hâkimin meslekten çıkarılmasının en önemli sebeplerinden birini oluşturmaktadır.

c-Aleni Surette Yargılanma Hakkı

Hâkimin tarafsızlığını sağlamak amacıyla hâkimin yasaklılığı ve reddi müesseselerinin yanı sıra ayrıca aleniyet ilkesi de kabul edilmiştir. Aleni surette yargılanma hakkı adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Anayasa'nın 141. maddesinin ilk iki fıkrasında aleniyet ilkesi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre: “*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.*” Anayasanın 141. maddesindeki bu hükmün yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesinde, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 182. maddesinde ve İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 18. maddesinde söz konusu ilkeyle ilgili düzenlemeler öngörülmüştür.

Aleniyet ilkesi esas olarak, mahkemelerde cereyan eden duruşmaların aksi kanunda öngörülmedikçe, herkese açık olmasını ifade etmektedir.⁹⁶ Aleniyet ilkesi, halkın yargılamayı izlemesine ve yargılama sonunda verilen kararı öğrenebilmesine imkân sağlar.⁹⁷ Bu ilke sayesinde, yargılamayı izleyenler, hâkimin, taraflara karşı tutum ve davranışlarını, taraflara hoşgörü ve şiddetle yaklaşıp yaklaşmadığını, nasıl hitap ettiğini hatta ses tonunun nasıl olduğunu müşahede etme imkânı sağladığı için, hâkimin bağımsız ve tarafsız hareket edip etmediğinin tespitini sağlar.⁹⁸ Öte yandan bu ilke sayesinde, yargılamanın herkesin gözü önünde cereyan etmesinden dolayı, hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmadıklarına ilişkin şüpheleri bertaraf ederek, hâkimleri de koruduğu kabul edilmektedir.⁹⁹ Aleniyet ilkesi, Osmanlı hukukundaki şühûdü'l hal müessesinin günümüz hukukunda uygulanma biçimi olarak da nitelendirilebilir.¹⁰⁰ İki müessese arasında bazı farklılıklar olsa da esas olarak her ikisinde de yargılamanın tarafları ve hâkim dışında üçüncü bir kişinin

⁹⁶ Kurt Konca, Nesibe, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009, s. 10; Pekcanitez, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Makaleler Cilt I, İstanbul, 2016, s. 562.

⁹⁷ Aktepe Artık, s. 305; Kurt Konca, s. 11; Pekcanitez, (Aleniyet), s. 562.

⁹⁸ Aktepe Artık, s. 305; Kurt Konca, s. 22.

⁹⁹ Kurt Konca, s. 29.

¹⁰⁰ Tanrıver, (Usul), s. 374; bkz. Fendoğlu (Tarafsızlık), s. 258 vd.

yargılamayı izlemesi veya izleme imkânının olması nedeniyle hâkimin tarafsız hareket etmesi sağlanmaktadır.

2. Hâkimlerin Tarafsızlığını Sağlamaya Yönelik Etik İlkeleri

Hâkimin tarafsızlığını sağlamak için alınan hukuki düzenlemelerin yanı sıra, hâkimler için uymaları gereken belirli mesleki etik ilkeleri de geliştirilmiştir. Nitekim hâkimin tarafsızlığının etik değerler alanına girdiği kabul edilmektedir.¹⁰¹

Etik kavramı esas olarak “bir grubun üyelerinin davranışlarını düzenleyen özel davranış standartları” nı ifade etmektedir.¹⁰² Etik ve ahlak özdeş kavramlar olmayıp, etik doğru ve yanlış davranışın teorisi, ahlak ise onun pratiği olarak nitelendirilmekte ve etiğin, ideal insan karakterinin temsil ettiği ilkeleri tartışan bir felsefe disiplini olduğu kabul edilmektedir.¹⁰³ Etik, iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırmaya yarayan davranış ölçüsüdür.¹⁰⁴

Doktrinde Aydın tarafından etik kavramı ile ilgili bazı önemli kavramlar üzerinde durulmuştur. Aydın’a göre¹⁰⁵ “değer” ve “ilke” kavramının özel bir anlamı vardır. Değer, kişinin tüm eylem ve kararlarını yönlendiren, neye niçin önem verdiklerini açıklayan tercihler; ilke ise değerlerin hayata geçmesindeki en temel unsur olup, bir sistemin temel özelliklerinin sistemi kullananlar tarafından anlaşılmasını amaçlar. Bu iki kavram dışında ayrıca “kurallar ve “etik kodlar” da etik kavramını açıklama bakımından önem taşımaktadır. Kurallar, ilkelerden daha dar kapsamlı, soyut genelleme niteliğinde olup, belli özel durumlarda nasıl davranılması gerektiğini gösterir; meslek etiği kuralları ise, meslek üyelerinin mesleki davranışlarının kabul edilebilir ve betimlenebilir standartlarını ortaya koyar ve bu kurallara uymak zorunludur. Etik kodlar ise, bir meslek grubu ya da başka grup üyelerinin, uyması gereken bilinçli davranış koşulları niteliğinde olup, bu kodlara uyulmadığı takdirde grubun üyesi olarak kalmak mümkün değildir, kodlar yazılı olsa da olmasa da meslektaş baskısı veya eğitim yoluyla kazandırılırlar. Meslek etiği kodları mesleğin birliğini, saygınlığını, gücünü, koruma, geliştirme ve sürdürmede önemli bir işlevi yerine getirirken, aynı zamanda mesleğin uygulama standartlarının güç ve özerklik kapsamında nasıl sunulacağı konusunda kamuya bir taahhütte bulunulması anlamına da gelmektedir.¹⁰⁶ Bu yönüyle

¹⁰¹ Altıntaş, s. 190.

¹⁰² Aydın, İna yet, Akademik Etik, Ankara 2016, s. 58; bkz. İnceoğlu, (Etik), s. 11.

¹⁰³ Aydın, s. 45.

¹⁰⁴ Bkz. Aydın, s. 50.

¹⁰⁵ Aydın, s. 50-56.

¹⁰⁶ Aydın, s. 50-56.

meslek etiği kodlarını, söz konusu mesleği gereği gibi yapma konusunda kamuya verilen bir söz olarak da nitelendirmek mümkündür.

Diğer mesleklerde olduğu gibi, hâkimlik mesleği bakımından da, hâkimlik mesleğin onuruna yaraşır şekilde ifa edilmesi ve kamunun, mesleğin onuruna yaraşır şekilde ifa edileceğine dair inancının sarsılmaması bakımından etik ilkeler ve kodlar çok önemlidir. Etik ilkeler hâkimin tarafsız ve adil karar verebilmesini sağlayan, esas olarak içsel olan ancak toplumun temel değerlerini yansıtan hukuki düzenlemelerle somut hale getirilen kurallardır.¹⁰⁷

Hâkimlerin meslek ahlakı standartlarını oluşturmak amacıyla Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleri kabul edilmiştir. Bangolar İlkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş, 27.06.2006 tarihinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 315 sayılı kararı ile benimsenmiş ve Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 14.11.2006 gün ve 100289 sayılı yazısı ile tüm hakim ve savcılara duyurulmuştur. Yargıtay da, Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin hâkimleri bağlayıcı nitelikte olduğu hususunu kararlarında açıkça zikretmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, "...hakimler ve savcılar Anayasa ve yasalarla kendilerine verilen görev ve yetkileri, yazılı olan veya olmayan ancak evrensel anlamda hakim ve savcılar bağladığında da kuşku bulunmayan etik kurallara tabi olarak yerine getirmelidirler. Aksine davranışın ortaya çıkaracağı sonuçların 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde açıklanan suç öğelerini içermesi durumunda da yetki ve görevin ihmalinden ya da kötüye kullanılmasından söz edilmesinin olanaklı bulunduğu açıktır."

¹⁰⁸ Bu karara benzer bir karar da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tarafından verilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'na göre de; "... hakimler Anayasa ve yasalarla kendilerine verilen görev ve yetkileri, yazılı olan veya olmayan ancak evrensel anlamda onları da bağladığında kuşku bulunmayan etik kurallara tabi olarak yerine getirmeli; kanunları -daha geniş anlamıyla mevzuatı- usulünce uygulamalı; Anayasamızın 90. maddesi gereğince iç hukuk normu haline gelen ve kanun hükmünde bulunan Milletlerarası anlaşmaları ve uluslararası yargı kararlarını da göz ardı etmemelidir."¹⁰⁹ Bu kararlarda da isabetle belirtildiği üzere, Bangolar Yargı Etiği İlkeleri hâkimleri bağlayıcı nitelikte olup, hâkimlerin bu ilkelere uyması gerekir.

¹⁰⁷ Güleler, Serdar, Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 2, s.240.

¹⁰⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.11.2007, 2007/5-83 E., 2007/244 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.11.2010, 2010/4-551E., 2010/598 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Bangolar Yargı Etiği İlkeleri altı değerden oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla, bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyâkattır. Bu değerler aslında birbiriyle sıkı ilişki içinde olup, birbirinden bağımsız değerlendirilmemesi gerekir. Söz konusu değerlerden ikinci sırada yer alan tarafsızlık hakkında ilke şu şekilde belirtilmiştir: “*Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir*”. İlkenin uygulaması ise aynen şu şekilde sıralanmıştır:

2.1 Hâkim, yargı görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir.

2.2 Hâkim, mahkeme içerisinde ve dışında, halkın, hukukçuların ve dava taraflarının yargı ve hâkim tarafsızlığına duyduğu güveni koruyacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.

2.3 Hâkim, makul olduğu ölçüde, duruşma ve karar aşamalarında davadan reddini gerektirecek durumları en aza indirecek şekilde hareket etmelidir.

2.4 Hâkim, önündeki veya önüne gelme ihtimali olan bir dava hakkında, bilerek ve isteyerek, davanın sonucunu etkilemesi veya sürecin aşikâr adillik vasfını zayıflatması beklenebilecek hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, kamuya açık olsun veya olmasın, herhangi bir şahıs ya da mesele konusunda adil yargılamayı etkileyebilecek herhangi bir yorum da yapmamalıdır.

2.5 Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği veya makul bir gözlemcide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi doğurabileceği durumlarda yargılamanın herhangi bir aşamasına katılmaktan kaçınmalıdır. Bu tür davalar aşağıdaki durumlarda söz konusu olup, bu üç bentle sınırlı değildir:

2.5.1 Hâkimin, davanın taraflarından biriyle ilgili gerçek bir önyargı veya tarafgirlik içerisinde olması veya davaya ilişkin delil kabilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması;

2.5.2 Hâkimin ihtilaflı konuda daha önceden avukatlık yapmış olması veya esas tanıklardan biri olarak yer almış olması;

2.5.3 Hâkimin ya da hâkimin ailesinden birisinin ihtilâf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir çıkarının olması. Davaya bakmaya devam edecek başka bir hâkimin belirlenememesi halinde veya herhangi bir eylemde bulunulmamasının, durumun aciliyeti nedeniyle ciddi şekilde adaletsizliğe yol açacağı durumlarda hâkime görevden el çektirmek gerekmez.”

Ayrıca Bangolar Yargı Etiği İlkeleri'nin bağımsızlık ve eşitlik değerleri de hâkimin tarafsızlığıyla ilgilidir. Doktrinde, eşitlik ilkesine aykırı davranıldığına, bunun yargının tarafsızlığına gölge düşüreceği ve böyle bir durumda hâkimin çekilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir¹¹⁰. Bangolar Yargı Etiği İlkeleri birlikte değerlendirildiğinde hâkimin tarafsızlığına özel bir önem verildiği anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Osmanlı Devletinde İslam hukukunun yargılamaya ilişkin genel kuralları hâkimlerin tarafsızlığında uygulanmış, klasik dönemde şuhud-ül hal mekanizması ile hâkimlerin tarafsızlığı denetlenmiştir. Tanzimat döneminde çıkarılan 1838 tarihli Tarik-i İlmiyeye dair Ceza Kanunnamesinde yine hâkimlerin tarafsızlığına ilişkin hükümler getirilmiştir. Tanzimat Döneminde tarafsızlık konusunda en önemli aşama, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye nin "kitab-ül kaza" başlığı ile çıkarılan onaltıncı kitabı ile sağlanmıştır. Mecelle'de yer alan hükümler incelendiğinde hakimlerin tarafsızlığı konusunda, Bangalore Yargı Etiği İlkeleri'nin 2. ve 5. ilkeleri ile büyük bir benzerlik olduğunu söyleyebiliriz. Bunun dışında, yeni kurulan Nizamiye mahkemelerinde görev yapacak olan hâkimlerin seçiminde uygulanan 05.03.1888 (22 Cemaziyelahir 1305) tarihli Hükkâm vesair Memûrin-i Adliyenin İntihâb ve Tayinlerine Dair Kanun ile hâkimlerin" metânet-i ahlâkiyelerine, ehliyet ve liyakat sahibi olup olmadıklarına" bakılarak etik açıdan tarafsız olmaları sağlanmaya çalışılmıştır.

1876 Anayasasında mahkemeler başlığı adı altında yine yargılamaya ilişkin hükümler yer almakla birlikte hâkimlerin tarafsızlığı ile ilgili hüküm bulunmamaktadır. 1921,1924 ve 1961 Anayasalarında da yargının bağımsızlığı ilkesi kabul edilmekle birlikte hâkim tarafsızlığı ile ilgili düzenleme yapılmamıştır.

1982 Anayasası'nda esas olarak hâkimlerin tarafsızlığının açıkça düzenlendiği bir hüküm mevcut değildir. Ancak yargının bağımsızlığı ve yargı erkinin mahkemelerce kullanılacağına ilişkin hükümlerin, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmekte idi. 16 Nisan 2017 Anayasa referandumu ile Anayasa'nın 9. maddesi "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır" şeklinde değiştirilmiş, böylece mahkemelerin ve dolayısıyla da hâkimlerin tarafsızlığına Anayasal bir dayanak oturulmuştur.

¹¹⁰ İnceoğlu, (Etik), s. 127.

Öte yandan tarafların kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemece yargılanma hakkı adil yargılanma hakkının unsurlarındandır. Bu yönüyle tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bir temel hak olarak nitelendirilmelidir. Bu temel hakkın ihlal edilmemesi için bazı hukuki düzenlemeler ve etik ilkeler kabul edilmiştir. Bunlardan en önemlileri hâkimin bazı durumlarda davaya bakmasının yasaklı olması veya reddedilmesi, kanunlarla belirlenmiş olan şartların gerçekleşmesi halinde, tarafsızlığını kaybederek karar veya hüküm veren hâkimin hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğunun bulunması en nihayetinde hakimlerin uymaları gereken Bangolar Yargı Etiği ilkeleridir.

KAYNAKÇA

- Akcan, Recep**, Hâkimin Vasıfları, Ankara 2013.
- Akcan, Recep/ Kaya, Cemil**, Medeni ve İdari Yargıda Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, İÜHF C. LXVIII, S. 1-2, 2010, (171-196).
- Aktepe, Artık, Sezin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.
- Altıntaş, Ali**, Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Adliye Yönetimi, Ankara 2013.
- Aslan, Nasi**, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Adana, 2014.
- Atar, Fahrettin**, "KAZÂ", İslam Ansiklopedisi, (113-117).
- Avcı, Mustafa**, "Mecelleye Göre Hakimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", TAAD, Yıl: 7 Sayı, 27 (Temmuz 2016) , (33-58).
- Avcı, Mustafa** Mecelleye Göre Hakimlik Etiği, İnsan ve Toplum Bilimleri Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, 26-27 Mayıs 2017, İstanbul, (121-187), s. (225-237), s. 232
- Aydın, İnyet**, Akademik Etik, Ankara 2016.
- Berki, Ali Himmet**, İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi, Ankara 1962.
- Birtek, Fatih**, Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, (953-990).
- Centel, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012.
- Çon, Ömer**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Ankara 2013.
- Demir, Abdullah**, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2011.
- Demirel, Fatmagül**, Adliye Nezareti'nin Kuruluşu ve Faaliyetleri, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Demirel, Fatmagül**, Osmanlı Devletinde Hâkimlerin Seçimi ve Tayinlerinin Yargı Etiği Açısından Değerlendirilmesi, İnsan ve Toplum Bilimleri Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, 26 - 27 Mayıs 2017, İstanbul (s. 53-61)
- Ergül, Ozan**, Anayasa Mahkemesi Ve Hâkimin Tarafsızlığı, TBB Dergisi, S.54, 2004, (245-257).
- Fabrequettes, M.P**, Adalet Mantiği ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara 1945.

- Fendoğlu, Hasan Tahsin**, Anayasal Derinlik, Ankara 2012.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin**, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara 2010.
- Gönenç, Levent**, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri 2011.
- Gözler, Kemal**, Elveda Anayasa 16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, Bursa 2017.
- Gözübüyük, şeref/ Tan, Turgut**, İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2010.
- Gülener, Serdar**, Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi, Gazi ÜHFD, C. XV, Y. 2011, Sa. 2, (215-252).
- Okur Gümrükçüoğlu, Saliha**, “şikayet Defterlerine Göre Osmanlı Teb’asının şikayetleri”, AÜHFD, Y. 2012, C.61,Sa.1, (175-206).
- Hamidullah**, "Halife Hz.Ömer Devrinde Adli Teşkilat- Ebu Musa el-Eş'ari'ye Gönderilen Kazai Talimatname" çev: Fahrettin Atar, İslam Anayasa Hukuku, İstanbul 1995, (284-320).
- İnalcık, Halil**, "Osmanlı Hukukuna Giriş Örfi Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", Adalet Kitabı, şubat 2012, (73-104).
- İnalcık, Halil**, Devlet, Hukuk ,Adalet, Eren Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2005.
- İnceoğlu, Sibel**, Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik, İstanbul 2012, (Etik).
- İnceoğlu, Sibel**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, İstanbul 2013 (Bireysel Başvuru).
- İnceoğlu, Sibel**, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İstanbul 2008, (Yargıcın İlkeleri).
- Karaaslan, Varol**, Medeni Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.
- Karahasanoğlu, Osmanağaoğlu ,Cihan**, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi, OTAM, 29./ Bahar 2011 s. 93-124.
- Kılınç, Ahmet**, Osmanlı Devletinde Hakimin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Adabı, İnsan ve Toplum Bilimleri Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, 26-27 Mayıs 2017, İstanbul, (121-187).
- Konan,Belkıs**, Osmanlı Devletinde İdari Yargının Gelişimi, Statü Yayıncılık, Ankara 2014.

- Kurt Konca, Nesibe**, Medeni Usul Hukukunda Alenîyet İlkesi, Ankara 2009.
- Kuru, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016.
- Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder**, Notlu Gerekeçeli Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2013.
- Meriç, Nedim**, Hakimın Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı 2009 (Basım Yılı 2010), (377-424).
- Ortaylı, İlber**, Kadı, Kronik kitap, 3. Bası, İstanbul 2017.
- Öden, Merih**, Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya Veya İşe Bakamaması, AÜHFD, C.43, S.1-4, 1993, (61-124).
- Özen, Muharrem**, Hakimın Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004. (Hakimin Sorumluluğu).
- Özen, Muharrem**, Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 2010/1, (31-6).
- Özkul, Fatih**, "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Ankara Barosu Dergisi 2016/3.
- Öztek, Selçuk**, Türkiye’de Hakimın Bağımsızlığını Sağlayan Hukuki Tedbir, Teşkilat ve Kurumlar, Ana Hatlarıyla Türk Hukukundaki Durum, Hukuki Araştırmalar Dergisi, MÜHF Yayınları, İstanbul 1992-1993, C.I, S. 1-3, (273 - 288).
- Pekcanitez, Hakan**, Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Makaleler Cilt I, İstanbul, 2016, (561-590).
- Pekcanitez, Hakan**, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, Cilt II .
- Pekcanitez, Hakan/ Erdönmez, Güray**, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, Cilt I.
- Said**, (Şurâ-yı Devlet A’zâsı), Mehakim, Dersaadet 1307.
- Sancar, Mithat/ Ümit Atılgan, Eylem**, Adalet Biraz Es Geçiliyor Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar, İstanbul 2009.
- Simil, Cemil**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Görevinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, (1351-1376).
- Şen, Mahmut** "İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik ilkeleri" Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu 26 - 27 Mayıs 2017 – İstanbul, (505-534).

Şen, Mahmut, Hakimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, (641-668) (Sosyal Medya).

Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2009.

Tanrıver, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005, (Adil Yargılanma), (211-236).

Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılanması, Ankara 2016. (Usûl).

Tanrıver, Süha, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, TBB Dergisi 2013 (104), (11-35).

Ünal Özkorkut, Nevin "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Türkiye'de Yargıya Genel bir Bakış", AÜHFD, C.57,Sa.1, (2008), (225-242)

Üzülmez, İlhan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 1, (191-216).

Yıldırım, Şahban, "İslam Hukukunda Yargıç Etiği", e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi -www.e-sarkiyat.com- ISSN: 1308-9633 Sayı:VIII Kasım 2012 , (33-50).

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013.

Yılmaz, Ejder, Hukuk

üğü, Ankara 2001.