

YARGI BAĞIMSIZLIĞI AÇISINDAN OSMANLI'DA ve GÜNÜMÜZ TÜRKİYESİ'NDE YARGIYA GENEL BİR BAKIŞ

*A General Outlook on Judiciary in Ottoman and in Today's Turkey
from the Standpoint of Judicial Independence*

Yrd. Doç. Dr. Nevin ÜNAL ÖZKORKURT*

1- Genel Olarak Yargı Bağımsızlığının Anlamı ve Önemi, 2- Osmanlı Devleti'nde Yargı, 3- Türkiye Cumhuriyeti'nde Yargı Bağımsızlığı

ÖZET

Bağımsız bir yargı, hukuk devletinin önemli bir unsuru, bireyin özgürlüğünü korumaya yönelik önemli bir tedbirdir. Bu nedenle yargının, yasama ve yürütmeden bağımsız ve bu iki kuvvet başta olmak üzere gerek dışarıdan gelebilecek etkilere karşı, gerek kendi içinde korunması gerekir. Osmanlı Devleti'nde yargıya önem verilmiş, kural olarak yargılama faaliyetine müdahale edilmemiştir. Ülkemizde de yargı bağımsızlığı için gerekli şartların bir kısmı sağlanmış olmakla birlikte henüz giderilmesi gereken önemli eksiklikler bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, hakim güvencesi

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ABSTRACT

An independent judiciary is an important element of the rule of law and a significant measure to protect individual's freedom. Therefore, the judiciary should be independent from the executive and legislature and both be safeguarded against these two powers first and against all other external and internal interferences. The judiciary had an important position in the Ottoman state and principally no power interfered into judicial functions during that period. Although some of the necessary conditions for judicial independence have been attained in our country, there are still shortcomings to be solved.

Keywords: Separation of powers, rule of law, judicial independence, guarantees for the judges

1- Genel Olarak Yargı Bağımsızlığının Anlamı ve Önemi

Teorik temelleri Locke ve Montesquieu'ye dayanan ve 18.yy.da devlet otoritesinin kötüye kullanılmasına karşı bir güvence olarak ön plana çıkan kuvvetler ayrılığı prensibi, klasik anlamıyla, yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlanabilir.¹ Virginia Haklar Demeci'yle ve Dünyada yeni bir çığır açan 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesindeki, "Hakların güven altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumda anayasa yoktur" ifadesiyle öğretilen uygulamaya geçişini sağlayan önemli bir adım atan kuvvetler ayrılığı prensibiyle amaçlanan, her bir gücü, diğeri karşısında özerk kılmak, her gücü kendine özgü işlevlerle sınırlamak ve böylelikle güçlerin kötüye kullanılmaması için aralarındaki dengenin herhangi biri lehine bozulmasını engellemektir.² Böylelikle hukuk devleti ve tutarlı bir insan hakları politikası gerçekleştirilebilecek,³ demokrasi işleyecektir.⁴

¹ Yasama, yürütme ve federatif erk ayrımı yapan Locke, yargıyı yürütme içinde düşünmüştür. Montesquieu ise, bir devlet içinde yasama, yürütme ve yargı erklerinin ayrı ellerde bulunması gerektiğini belirterek yargıyı da ayrı bir erk olarak dikkate almıştır. Mehmet Turhan, Anayasal Devlet, Ankara 2005, s.87-88; Mustafa Kutlu, Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi Hukuk Devleti'nin Kökenleri, Ankara 2001, s.109-115.

² Kuvvetler ayrılığı hakkında genel bilgi için bkz., Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev: Ahmet Mumcu, İstanbul 2002, s.192 vd; Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2006, s.78-80; Mustafa Erdoğan, Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s. 79-82; İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 102 vd; Mehmet Turhan, Anayasal Devlet, Ankara 2005, s.86 vd.; Kutlu, s. 99 vd.

³ BM İnsan Hakları Komitesi, yasama, yürütme ve yargı güçlerinin yetkilerinin sınırlandırılmasında açıklık olmamasının, hukuk devletinin ve tutarlı bir insan hakları politikasının gerçekleştirilmesini tehlikeye atabileceğini ifade etmiştir. Concluding Observations of the Human Rights Committee:Slovakia. (4.8.1997) CCPR/79/Add.79,para.3.[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.79.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.79.En?Opendocument) (1.1.2008). Ayrıca bkz., International Principles on the Independence and

Erklerin farklı ellerde toplanması önemli olmakla birlikte, parlamenter sistemlerde olduğu gibi bazen yasama ve yürütme açısından ayırım anlamını yitirebilmektedir ve bu tablo içinde kuvvetler ayrılığı esas olarak yargı bakımından önem taşımaktadır. Kuvvetlerin birbirinden ayrı ellere verilmesindeki amaç, gücün kötüye kullanılmasını önlemek, otoriteye karşı bireyi korumaksa, bunu sağlamanın en etkili yolu, yasama ve özellikle yürütmeden gelebilecek kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı düzenlemeleri engellemek amacıyla yargıyı gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız kılmaktır. Yürütme ve yargı erkleri arasında belirgin bir ayrılık olduğu takdirde yargının yetkili ve sorumlu olduğu hususlarda yürütme yargıya müdahale edemeyecektir.⁵ Klasik, fakat önemli bir ifadeyi yinelemek gerekirse, yargı bağımsızlığı, hakime verilmiş bir lütuf ya da hak değil, bireyin özgürlüğünü korumaya yönelik bir tedbir; hakime yüklenmiş bağımsız düşünme ve davranma sorumluluğudur⁶ ve bu noktada yargı bağımsızlığı, hukuk devletini oluşturan domino taşlarının başında gelmektedir.

Nitekim gerek 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesinde, gerek İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 6.maddesinde ve gerekse Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenirken, kişinin davasının "bağımsız ve tarafsız mahkeme"lerde görülmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Accountability of judges, Lawyers and Prosecutors, A Practitioners' Guide, Practitioners' Guide Series N 1, International Commission of Jurists Geneva, Switzerland 2004, s.18.

⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kuvvetler ayrılığı prensibine saygı gösterilmesini demokrasinin işleyişi bakımından şüphe götürmeyecek bir prensip olarak kabul etmiştir. Case of Chevrol v.France, ECtHR judgment of 13 February 2003, Series 2003-III, para.74. <http://www.lovdata.no/avg/emd/emd-1999-049636.html> (1.1.2008) Ayrıca bkz., International Principles, s.18.

⁵ İnsan Hakları Komitesi de, devletlere bu ayrılığın sağlanması konusunda gerekli tedbirleri almalarını, buna ilişkin yasaları kabul etmelerini tavsiye etmektedir. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Romania. (28.7.1999), CCPR/C/79/Add.111, para.10. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.111.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.111.En?Opendocument) (1.1.2008); Concluding Observations on Peru (15.11.2000), CCPR/CO/70/Per, para.10. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.70.PER.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.70.PER.En?Opendocument) (1.1.2008); Concluding Observations on El Salvador (18.4.1994), CCPR/C/79/Add.34, para.15. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/013a57379e3ccd57c12563ed0046d4c4?Opendocument> (1.1.2008); Concluding Observations on Tunisia (10.11.1994), CCPR/C/79/Add.43, para.14. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.43.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.43.En?Opendocument) (1.1.2008); Concluding Observations on Nepal (10.11.1994), CCPR/79/Add.42, para.18. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.42.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.42.En?Opendocument) (1.1.2008); Ayrıca bkz., International Principles, s.18.

⁶ Giacomo Oberto, Die Richterliche Unabhängigkeit in Europa und ihre Sicherung durch einen obersten Richterrat, s.5. <http://www.hefam.de/koll/oberto-200407.pdf> (10.09.2007)

Yargı bağımsızlığı, hakimin, görevini özellikle yasama ve yürütmeden gelebilecek etkilerden bağımsız olarak, sadece hukuka ve vicdani kanaatine göre yerine getirmesidir. Ancak bağımsız yargı için bu yeterli değildir. Çünkü yargı sadece kendi dışındaki güçlere karşı değil, kendi içinde de korunmalı, yargı yargıya karşı da bağımsız olmalıdır. Yargı içinde üst makamların alt makamlar üzerindeki denetimi yasanın öngördüğü şekilde gerçekleşmeli; hakim, aynı derecedeki diğer hakimlerden gelebilecek etkilere de maruz kalmamalıdır.⁷ Ayrıca yargı bağımsızlığı, kitle iletişim araçları, davaya taraf olanlar, siyasi partiler vb. yönlerden gelebilecek tehditlere karşı da korunmalıdır.⁸

Yargı bağımsızlığı konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da güvencedir. Hakime görev güvencesi ve ekonomik güvence de verilmelidir.⁹ Henüz 18. yy.da 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde, Büyük Britanya Kralının, hakimlerin görev sürelerini, maaşlarının tutarını ve ödeme biçimini yalnız kendi iradesine tabi tuttuğu; yargı yetkisinin verilmesine ilişkin yasaları onaylamamak suretiyle adaletin yerine getirilmesine engel olduğu belirtilmiştir.

Ekonomik özgürlük, hakimin bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasını kolaylaştıran bir faktördür.¹⁰ Hakimin ücreti, mesleğin saygınlığına ve önemine yakışır ölçüde olmalıdır. Yargının mali özerkliğinin bulunması, kendi bütçesinin belirlenmesi sürecine katılması ve mali kaynaklarının yeterli olması da, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak açısından önemlidir. Ancak belirtmek gerekir ki, yargının kaynakları tahsis etme bakımından finansal özerkliğe sahip olması, herhangi bir kötüye kullanma durumuna karşı sorumsuz olacağı anlamına gelmez.¹¹

Hakimin görev güvencesine sahip olması da baskılara maruz kalmadan görevini yerine getirebilmesinin önemli bir koşuludur. Hakimlerin mesleğe alınma, atanma ve meslekten çıkarılmalarında yetkili olan merciin, hükümetten ve idareden bağımsız olması gerekir.¹² Hakimler, mesleki

⁷ Alain Fischbacher, Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland Aufgaben, Einfluss und Auswahl, Zürich-Basel-Genf 2006, s. 212- 213. (www.swisslex.ch; www.dissertation.unizh.ch /2006/fischbacher/diss.pdf (10.09.2007)); Kurt Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, s.48-49;Ferman Demirkol, Yargı Bağımsızlığı, İstanbul 1991, s.63 vd; Oberto, s.4-5.

⁸ Fischbacher, s.212-213 ve 216-217; Eichenberger, s.44-45, 50; Demirkol, s.86 vd.

⁹ BM İnsan Hakları Komitesi, hakimlerin statülerinde yeterli güvencenin olmamasının ve ücretlerinin ödenmesindeki gecikmelerin yargı bağımsızlığı açısından olumsuz etkisine işaret etmiştir. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Georgia (19.4.2002),CCPR/CO/74/GEO,para.12.http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.74.GEO.En?Opendocument (1.1.2008) Ayrıca bkz., International Principles, s.21.

¹⁰ Fischbacher, s. 224; Demirkol, s. 129 vd.

¹¹ Geniş bilgi için bkz., International Principles, s.31 vd.

¹² BM İnsan Hakları Komitesi, hakimlerin işe alınması ve disiplininden sorumlu bağımsız bir mekanizmanın yokluğunun yargı bağımsızlığını sınırlandırdığına işaret etmiştir.

yeterlilikleri ve hukuki ehliyetleri esas alınarak atanmalı ve terfi ettirilmelidir ki, yargı, bağımsız ve tarafsız bir şekilde adalet dağıtma işlevini yerine getirebilsin.¹³ Görev güvencesine duyulan ihtiyaç, özellikle hakimlerin seçiminde ve atanmasında yürütmenin etkin olduğu ülkeler açısından büyük önem taşımaktadır.¹⁴

Adil bir yargılama için hakim de gerekli fedakarlığı göstermeli, önüne gelen meselede önyargısız, taraflar arasında ayırım gözetmeden, taraflara bağlı olmadan karar vermelidir. Çünkü bağımsızlık, hakim kendi şahsından kaynaklanan bazı güdülerle de tehlikeye girebilir; sosyal menşei, gelenekleri, mesleki geçmişi, kişisel kanaatleri farkında olmadan kararını etkileyebilir.¹⁵ Hakim, tarafsız kalamayacağı durumlarda davadan çekilmelidir.¹⁶ Ancak unutmamak gerekir ki, tarafsızlık, her ne kadar hakim için içsel sorumluluğu gibi görünse de, bunun için öncelikle hakim bağımsız karar verebilme özgürlüğüne sahip olması gerekir.

Yargı bağımsızlığı hakim için önemli bir güvencedir, fakat ona dilediği gibi davranma hakkı vermez. Hakim etik kurallara uygun davranmalıdır. Yargının bağımsız olması, sınırsız ve ölçsüz olması demek değildir, kuşkusuz yargı bağımsızlığının da "hukuka bağlı olmak" gibi bir sınırı olmalıdır ve hakim de denetlenmesine ihtiyaç vardır. Ancak denetim, yargı bağımsızlığına zarar vermeyecek şekilde olmalı ve bağımsız ve tarafsız organlar eliyle gerçekleştirilmelidir.¹⁷

Birçok uluslararası çalışmada da yargı bağımsızlığı konusu titizlikle ele alınmış ve yukarıda değinilen hususlara ilişkin alınması gereken tedbirler sıralanmıştır. Örneğin 1985 tarihli BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye

Concluding Observations of the Human Rights Committee on the Congo (27.3.2000), CCPR/C/79/Add.118, para.14. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.118.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.118.En?Opendocument) (1.1.2008); International Principles, s.21.

¹³ BM İnsan Hakları Komitesi, hakimlerin mesleki becerilerine, yeteneklerine göre atanmaları, atamalarda açıklık ve şeffaflık esaslarının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Bolivia (1.5.1997), CCPR/C/79/Add.74,para.34. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C/79.Add.74.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C/79.Add.74.En?Opendocument) (1.1.2008) ve Concluding Observations of the Human Rights Committee on Azerbaijan (12.11.2001), CCPR/CO/73/AZE,para.14. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.73.AZE.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.73.AZE.En?Opendocument) (1.1.2008). Ayrıca bkz., International Principles, s.41-42.

¹⁴ Geniş bilgi için bkz., International Principles, s.47 vd.

¹⁵ Fischbacher, s. 213; Eichenberger, s.50-52.

¹⁶ Tarafsızlık hakkında geniş bilgi için bkz., International Principles, s.26 vd. Ayrıca bkz., Demirkol, s.96-97.

¹⁷ Denetim konusunda genel bilgi için bkz.,Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi İstisari Ziyaret Raporu (11-19 Temmuz 2004), Haz: Kjell Bjornberg-Paul Richmond, Ankara Barosu Avrupa Birliği Merkezi Yayını, s.35-38; Gözübüyük, s.278; Ayrıca bkz., Demirkol, s.137-143.

Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı(R-94/12) ve 1998 tarihli Hakimlerin Statüsüne Dair Avrupa Şartı'nda,¹⁸ özetle hakimin bağımsız ve sadece yasaya tabi olduğu, bağımsızlığın devlet tarafından güvence altına alınması gerektiği, davaya ve kanun yolları hariç olmak üzere karara müdahale edilemeyeceği, hakimlerin seçiminde ve görev sürelerinde objektif esasların dikkate alınması gerektiği, hakimlerin seçimleri ve kariyerleri konusunda karar verecek merciin hükümet ve idareden bağımsız olması, üyelerinin yargı tarafından seçilmesi ve kendi usul kurallarını kendisinin belirlemesi, hakimlerin hükümet tarafından atanması durumunda ise atanmada şeffaflığın sağlanması, hakimlerin zorunlu emeklilik yaşı veya hizmet süresi bitmeden geçerli nedenler olmaksızın azledilemeyecekleri, statü ve maaşlarının görev onuru ve yükledikleri sorumluluklara uygun olması gerektiği gibi hususlar belirtilmiştir.¹⁹

Benzer şekilde, 1999 tarihli Hakim Evrensel Beyannamesi'nde²⁰ de, hakimin bağımsızlığının, hukuka uygun tarafsız adaletin vazgeçilmezi olduğu, ulusal ya da uluslararası tüm kurum ve otoritelerin bu bağımsızlığa saygı göstermesi, onu koruması ve savunması gerektiği ifade edilmiştir.

2003/43 Sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nde de²¹, yargı bağımsızlığının hukuk devletinin ön koşulu ve adil yargılanmanın temel güvencesi olduğu belirtilmiş; hakimin bireysel ve kurumsal olarak yargı bağımsızlığını temsil etmesi ve koruması, genelde toplumdan ve özelde davanın taraflarından ve diğer hakimlerden bağımsız olarak, tarafsız bir biçimde görevini yerine getirmesi zorunluluğuna işaret edilmiştir.

2- Osmanlı Devleti'nde Yargı*

İslam egemenlik anlayışında egemenliğin asıl sahibi Allah'tır. Devlet başkanı, Peygamberin halefi olarak devleti yönetir. Halifenin yargı da dahil olmak üzere birçok yetkiye sahip olduğu bu sistemde, bir kuvvetler ayrılığı anlayışı bulunmamaktadır.²²

¹⁸ <http://www.taa.gov.tr/abhukuku/AB/yetik.pdf>; http://gewaltenteilung.de/richter_7.htm; <http://www.un.org/depts/german/menschenrechte/richterschaft.pdf>; <http://www.betrijffjustiz.de/Texte/EuropStatut.html> (1.1.2008) .

¹⁹ Ayrıca bkz., Oberto, s.6 vd.

²⁰ Uluslararası Hakimler Birliği Merkezi Konseyi'nin Tayvan'daki toplantısında onaylanan 17.11.1999 tarihli bu Beyanname için bkz., www.hjpc.ba/dc/pdf/THE_UNIVERSAL_CHARTER_OF_THE_JUDGE.pdf (25.12.2007).

²¹ <http://www.taa.gov.tr/abhukuku/AB/yetik.pdf> (15.11.2007).

* Bu çalışmada Tanzimat Döneminde ortaya çıkan Nizamiye Mahkemelerinde görev yapan hakimlerin statülerine ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir.

²² Hz. Muhammed ve ilk halife Ebu Bekir dönemlerinde ve Hz. Ömer döneminin başlarında valilik ve yargı görevinin aynı kişiye tevdi edildiği, daha sonra yargı görevinin ayrıldığına ilişkin olarak bkz., Ali Himmet Berki, İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi, Ankara 1962, s.11 ve Hz. Muhammed'in ölümünden sonra icma-ı ümmet kurumu ile yasamanın devlet başkanlığından ve Hz. Ömer döneminde de, yargının

Hakimi yargı yetkisini elinde tutan devlet başkanı ya da onun yetkilendirdiği kişi tayin etmektedir.²³ Diğer bir ifade ile devlet başkanı, yargı görevini kendi adına yerine getirmesi için hakime vekalet vermektedir. Azil yetkisi de devlet başkanındadır. Ancak İslam hukukunda, “adalet”e büyük önem verildiği için, hakime yargı işlevini yerine getirirken müdahale edilemeyeceği kabul edilmiştir. Hakim, önüne gelen meselede Kuran ve Sünneti uygulayacak, bunlarda hüküm bulamadığı takdirde meseleyi kıyas yoluyla çözebilecektir. Devlet başkanları hakimlerin içtihatlarına müdahale etmemiş; aleyhlerinde açılan davalarda da ayırım gözetilmeksizin herkes gibi yargılanmışlardır. Hakimin verdiği hükmün nass ya da icmaya aykırı olması durumunda ise bozulması mümkün görülmüştür. Fakat yargıya tanınan bu serbesti, Emevi Devleti'nin sonlarına doğru yerini yürütmenin müdahalesine bırakmış,²⁴ Abbasiler döneminde de bazı halifeler tarafından kendi istekleri doğrultusunda hüküm vermeleri için kadılara baskı yapılmıştır.²⁵ ²⁶ Bu durumun, Ebu Hanife'nin siyasi baskılara maruz kalma endişesiyle kadılık görevini reddetmesine yol açtığı ifade edilmektedir.²⁷

Osmanlı Devleti'nde de, -1909 Anayasa değişikliği dışında- bir kuvvetler ayrılığı anlayışı yoktur. Ancak padişahın, bütün güçleri kendinde topladığı bu sistemde, şer'i konularda yargı yetkisi kadıdadır. Kadı, şeriat adına hüküm verir ve verdiği hüküm kural olarak kesindir. Örfi hukuk alanında ise yetkili olan kişi padişahdır. 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. Ancak 1839'da ilan edilen Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile padişah örfi ceza verme yetkisinden vazgeçmiş, cezaların şeriata ve kanuna uygun olarak mahkemelerce saptanacağı ifade edilmiştir.²⁸

16.yy. sonlarına kadar kadıları padişah onayına sunulmak üzere kazaskerler seçerken, bu yy.dan itibaren kazaskerin seçme yetkisi kaza

yürütmeden ayrıldığı, Hz. Ömer'den sonra ise yine kuvvetler birliğine dönüldüğü hususunda bkz., Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s.24-25;Demirkol, s.26.

²³ Geniş bilgi için bkz., Hasan Tahsin Fendoğlu, İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı (Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme), İstanbul 1996, s.241 vd.; Hüseyin Çeliker, İslam Hukukunda Yargı Bağımsızlığı, İstanbul 2005, s. 240 vd.

²⁴ Fahreddin Atar, İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi), Ankara, s.109-113.

²⁵ Muhammed Faruk en-Nebhan, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, (Çeviren:Servet Armağan), İstanbul 1980, s.563-564.

²⁶ İslamiyette hiçbir zaman yargının devletin diğer organları karşısında bağımsız olmadığı görüşü için bkz., Turhan, s.96.

²⁷ Atar, s. 112; Nâsi Aslan, İslâm Yargılama Hukukunda “Şühûd’ül-Hal” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması, İstanbul 1999, s.137. Ebu Hanife ve diğer fakihlerin bu görevi reddetmesinin başkaca nedenleri için ayrıca bkz., Berki, s.18.

²⁸ C. Üçok-A.Mumcu-G.Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2006, s. 228, 245, 332.

kadıları ile sınırlandırılarak eyalet kadılarını seçme işi şeyhülislama bırakılmıştır.²⁹ Atama işleminin yanı sıra şeyhülislamin, kadıların görev sürelerinin uzatılması, arpalık verilmesi, haksız uygulamalarından dolayı cezalandırılmaları, cezalarının azaltılması ya da affedilmesi konularında da yetkisi bulunmaktadır.³⁰

Yargı işlevini yerine getirirken müdahaleden masun tutulan hakimin de tarafsız ve adil³¹ olma yükümlülüğü vardır. İslam hukukunda olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nde de bu konuda titiz davranılmış; hakimin, doğru hüküm verebilen, dürüst, güvenilir, sağlam kişilikli ve sağlam iradeli olması gerektiği kabul edilmiştir (Mecelle, md.1792). Aynı şekilde hakimin davasına bakamayacağı yakınları belirlenmiştir. Hakim, usulünün, furuunun, eşinin, işçisinin, kendi desteğiyle yaşayanların davasına bakamaz (Mecelle, md.1808). Yargı yetkisi bulunan devlet başkanının da kendisiyle ilgili davalara bakamayacağı kabul edilmiştir.³² Hakim, taraflara eşit davranmak (Mecelle, md.1798, 1799); taraflardan hediye kabul etmemek (Mecelle, md. 1796), tarafların yemek davetini geri çevirmek (Mecelle, md.1797), taraflardan birini ikametgahında kabul etmekten (Mecelle, md.1798) ve taraflardan birine delil telkin etmekten kaçınmak zorundadır.³³

Bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlayabilmek için hakime bazı güvencelerin sağlanması gerekir. İslam hukukunda, hakim ücretlerinin tatmin edici olduğu,³⁴ Hz. Muhammed döneminde devlet memurları arasında en yüksek maaşı hakimlerin aldığı, Hz. Ömer tarafından da hakimlerin rüşvetten uzak durması için maaşlarının yüksek tutulmasına, zengin ve nüfuzlu kişilerin hakim olarak atanmasına dikkat edildiği ve hakimlerin ticaretle uğraşmalarına izin verilmediği belirtilmektedir.³⁵

Osmanlı Devleti'nde, Abdülaziz dönemine kadar kadıların geliri mahkeme harçları idi. Bu dönemden itibaren maaş usulüne geçildi.³⁶

²⁹ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilâtı, Ankara 1965, s.87; Fendoğlu, s. 244-246.

³⁰ Esra Yakut, Şeyhülislamlık Yenileşme Döneminde Devlet ve Din, İstanbul 2005, s. 37.

³¹ En-Nebhan, s.566; Atar, s.100; İlber Ortaylı, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, Ankara 1994, s. 9; Fendoğlu, s.229 vd.; Berki, s. 27-29.

³² Atar, s.116-117.

³³ En-Nebhan, s. 591-592.

³⁴ Geniş bilgi için bkz., Atar, s.113-116; Fendoğlu, s.256-258; Bayındır, s.88; Çeliker, s.258; H.Cin-A. Akgündüz, Türk İslam Hukuk Tarihi, C.1, İstanbul 1990, s.400.

³⁵ Çeliker, s. 258.

³⁶ Fendoğlu, s. 258 vd. 1840'da yayımlanan bir Talimatname ile kadıların maaş verilmesi usulü benimsenmiş, ancak 1841'de yeniden kadıların eskisi gibi mahkeme geliriyle yetinmesi kabul edilmiştir. Geniş bilgi için bkz., Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası), İstanbul 2004, s. 256-258.

Enflasyondaki artışın kadı maaşlarına da yansımaları ise kadıları usulsüz kazanç yöntemlerine yöneltti, haksız uygulamalara yol açtı.³⁷

Görev teminatı açısından İslam hukukuna bakıldığında, yukarıda değinildiği gibi hakimi azil yetkisinin devlet başkanında olduğu görülmektedir. Bunun için gerekçe göstermenin gerekip gerekmediği konusunda İslam hukukçuları arasında görüş farklılıkları bulunmakla birlikte, bunun keyfilik anlamına gelmediği ve maslahatın gerekliliği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.³⁸

Osmanlı Devleti'nde, kadıların başlangıçta sınırlı olmayan görev süreleri daha sonra kısaldı. Sürenin kısa tutulmasının nedenleri arasında kadrolardaki yığılma kadar tarafsızlıklarını sağlama düşüncesi de bulunmaktadır. Bu yolla dolaylı bir denetimin de gerçekleştirilmiş olduğu söylenebilir. Ancak bu durum yargı sisteminde olumsuzluklara yol açmış, işsiz kalma korkusu kadıların görevlerini gereği gibi yapmalarını engellemiş, hukuk dışı davranışlara, yasal olmayan harcamalara ve rüşvete neden olmuştur.³⁹

Görev teminatı açısından önemli sayılabilecek düzenlemelerden biri 1834'de gerçekleştirilmiş; hakimlerin istifa etmedikçe veya kendilerinden bir şikayet olmadıkça görevden azledilemeyecekleri ve şikayetin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının araştırılacağı belirtilmiştir.⁴⁰

Hakimlerin gördükleri davalarda rüşvet almalarının ve yaptıkları diğer işlerde de bu tür usulsüzlükler yapmalarının 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, atamalarda gözetilecek ilkelere de yer verilmiş ve hakimlerin iltimas ve rüşvetle değil, taraflar arasında ayırım gözetmeksizin karar verecekleri hükme bağlanmak suretiyle hakimlerin "tarafsız olma" yükümlülüğü de vurgulanmıştır.⁴¹

Kuvvetler ayrılığı anlayışını benimsememekle ve yasama ve yürütme alanında padişahı etkin kılmakla birlikte mahkemeler açısından olumlu düzenlemeler içeren 1876 Anayasası'nda, hakimlerin bir cürümle mahkum olmadıkça azledilemeyecekleri (md.81) ve mahkemelere müdahale

³⁷ Ortaylı, s.68-69; Kadıların irtikap ve rüşvet ile ilişkisi öteden beri söz konusu idi. Öyle ki, Yıldırım Bayezid, bu yola sapan kadıların bir yere kapatılıp yakılmalarını emretmiş, ancak veziriazam Çandarlızade Ali Paşa'nın, kadıların gelirlerindeki düşüklüğün buna yol açtığı gerekçesi karşısında bundan vazgeçmiştir. Uzunçarşılı, s. 84.

³⁸ Fendoğlu, s. 249 vd.; Çeliker, s. 263 vd.

³⁹ Fendoğlu, s.247 vd.; Ortaylı, s.16-17.

⁴⁰ Ekinci, Osmanlı Mahkemeleri, s. 242.

⁴¹ Kanunname hakkında geniş bilgi için bkz, Musa Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli "Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi", AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C.14, S.25, 1981-1982, s.139-161.

edilemeyeceği (md.86) belirtilmiştir. Bunda kuşkusuz Osmanlının “yargıya bakış” ve “adalet”e önem verme geleneğinin rolü büyüktür. Anayasanın, hakimlerin atanmasını, yükselmesini, yer değiştirmesini ve emekliliğini yürütmeye değil kanuna tabi kılması da (md.81 ve 88) çok önemlidir.⁴²

1913 tarihli Hükkam-ı Şer’ ve Memurin Şer’iyye Hakkında Kanun-ı Muvakkat’ın,⁴³ 23. maddesinde de, görevlerine ilişkin bir sorumluluk hali oluşmadıkça kadıların azledilemeyecekleri ve başka göreve tahvil edilemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Konuya hakimin denetimi açısından bakıldığında, Osmanlı Devleti’nde, bu denetimin farklı yollarla yapıldığı görülmektedir. Bunlar arasında, görev sürelerinin kısa tutulması, şikâyet üzerine merkezden gönderilen müfettişler eliyle denetim⁴⁴ ve şühûdü’l hal⁴⁵ uygulaması sayılabilir. Şühûdü’l hal uygulaması, yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasına yardımcı bir mekanizma olarak dikkati çekmektedir.⁴⁶ Genellikle, bir yerin ileri gelenlerinden oluşan böyle bir heyetin varlığı, yargılamaya farklı odaklardan gelebilecek müdahalelere karşı korunma duvarı oluşturmakta ve aynı zamanda hakimin tarafsızlığının denetleyiciliği işlevi de görmektedir. Bu heyetin kadı tarafından tayin edilmesi ve dürüst ve güvenilir kişilerden oluşmasının zorunlu olması⁴⁷ da, bağımsızlık ve tarafsızlık açısından şühûdü’l hal önemli kılmaktadır. Ayrıca kadı tarafından uyulması zorunlu olmamakla birlikte fetvanın da bir tür denetim işlevi gördüğü kabul edilmektedir.⁴⁸

Kadıların yargısal denetime tabi tutulmaları da söz konusu olup, kadının haksız karar verdiği iddia edilen hallerde davanın yeniden görülmesi mümkündür. İslam hukukunda Divan-ı Mezalim tarafından yapılan bu denetim, Osmanlı Devleti’nde klasik dönemde Divan-ı Hümayun (ve diğer divanlar) eliyle, Tanzimat döneminde ise, önce 1860’da şeyhülislamlık bünyesinde geçici olarak kurulan ve 1862’de daimi bir statüye kavuşturulan,

⁴² Ancak bu noktada Anayasanın, kanun yapım sürecine ilişkin hükümlerinin de dikkate alınması, yani Anayasa maddelerinin bir arada değerlendirilmesi gerekir.

⁴³ Düstur, II, C.5, s.352-361.

⁴⁴ Ortaylı, s.46-47.

⁴⁵ Mahkemede, duruşmalarda hazır bulunan bu heyetin, danışmanlık, şahitlik, duruşmanın kurallara uygun yapılıp yapılmadığını denetleme ve bilirkişilik gibi görevleri bulunmaktaydı. Aslan, s.17.

⁴⁶ Aslan, s.135-145. Jennings de, bu kuruma ilişkin olarak verdiği bilgilerde, Kayseri’de, şühûdü’l hal’in, toplumda dürüstlüğüyle bilinen erkeklerin, hukuk alanında uzman kişilerin, kolluk kuvvetlerinde çalışanların ve diğer uzmanların yanı sıra sonuçtan şahsi menfaati bulunan insanları da içerdiğini belirtmekte, ayrıca, bu aktif kamu incelemesinin rüşvet ve yolsuzluğa bulaşan bir kadı için bir kontrol olduğunu da ifade etmektedir. Bkz., R.C. Jennings, “Limitations of the judicial powers of the Kadı in 17th C. Ottoman Kayseri”, *Studia Islamica* V:50, 1979, s. 161-163.

⁴⁷ Aslan, s.72.

⁴⁸ Çeliker,283-284; Fendoğlu, s.288.

Meclis-i Tedkikat-ı Şer'iyye tarafından daha sonra da 1917'de şeriye mahkemelerinin Adliye Nezareti'ne bağlanması üzerine Mahkeme-i Temyiz Şer'iyye Dairesi'nce yapılmıştır.⁴⁹

Sonuç olarak, Osmanlı Devleti'nde, -1909 Anayasa değişikliği ile kurulan yeni düzen ayrı tutulmak kaydıyla- kuvvetler ayrılığı prensibi olmamakla birlikte, “siyasi iktidarın adil ve kamu yararına uygun olarak yerine getirilmesi gereği”⁵⁰ ve hakime şer'i uyuşmazlıklarda müdahale etmeme kuralı karşısında teorik açıdan “yargı bağımsızdır” genellemesini yapmak mümkündür.

Ancak kadılar kural olarak, kendi kaza dairelerindeki askeri ve idari makamlardan, subaşı, sancakbeyi ve beylerbeyi gibi görevlilerden bağımsız⁵¹ olsa da, uygulamada kadının yargı yetkisine mülki amirler ve yerel nüfuzlu kişiler tarafından müdahale edilebilmiştir.⁵² Beylerbeyi Divanı taşrada kadı kararlarına karşı gidilebilecek bir merci olarak da işlev görmektedir. Kadının verdiği hükümden şikayetçi olanlar bu divana başvurabilmekte, beylerbeyi, kadıyı eyalet divanına getirterek dinleyebilmekte; askeri kişilerle ilgili olan veya bedeni ceza içeren kadı hükmünün vali tarafından incelenmesi ve onaylanması gerekmektedir. Yine sancakbeyi divanlarının da mahkeme kararlarını kontrol etme görevi bulunmaktadır. Ancak yerel güçlerin etkisi altında kalmamak için uygulamada daha çok Divan-ı Hümayun'a müracaat edilmiştir.⁵³

Öte yandan, Osmanlı Devleti'nde yargı bağımsızlığı incelenirken, kapitülasyonların Devlet üzerindeki tahribatının yargıyı da kapsadığı unutulmamalıdır. Osmanlı Devleti, tarihi boyunca yabancı devletlere verilen kapitülasyon ayrıcalıkları ile etki alanını önemli ölçüde sınırlandırmış, yargı yetkisine yapılan müdahaleye engel olamamıştır. Yargılama faaliyetinde kural olarak bağımsız olan Osmanlı mahkemeleri, kapitülasyonlar dolayısıyla yabancıların davalarında duruma göre bu yetkiyi ya hiç

⁴⁹ Geniş bilgi için bkz., Ekrem Buğra Ekinci, Ateş İstidâsı İslâm-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul 2001, s.31-36, 105-121, 224-233.

⁵⁰ Ergun Özbudun, “Türkiye’de Devlet Seçkinleri ve Demokratik Siyasal Kültür”, Türkiye’de Demokratik Siyasal Kültür, Ergun Özbudun, Ersin Kalaycıoğlu, Levent Köker, Ankara 1995, s. 4.

⁵¹ Halil İncelik, “Mahkeme”, İslam Ansiklopedisi, C. 7, s.149. Jennings, yerel güçlerin kadının en önemli rakibi olduğunu ve İmparatorluk tarafından kontrol edilemez hale geldikçe kadının hukuki sahasına tecavüz ettiklerini belirtmiştir. Jennings, s.154. Heyd ise, kadının beylerbeyi ve sancakbeyinin emirlerine uymak zorunda olduğunu, ifade etmiştir. Uriel Heyd, Studies in Old Ottoman Criminal Law, 1973, s.219.

⁵² Aslan, s.141; Ortaylı, s. 19, 62.

⁵³ Ekinci, Ateş İstidâsı, s.118-121. Beylerbeyi-kadı ilişkisi açısından 18. Yüzyıl’da Rumeli Beylerbeyi Hakkı Paşa’nın, bozduğu bir mahkeme hükmünü veren Silivri naibine gönderdiği yazıdaki şu sözler ilginçtir: “Silivri naibi, şeriat haini, ilamını gördüm, kahkahayla güldüm, meali hezeyan, hükmü hilaf-ı Kur’andır. Mühr-i müeyyedimi basarım, seni mahkemenin kapısına asarım.” Ekinci, Ateş İstidâsı, s.118, dipnot:452.

kullanamamış ya da kullanırken yabancı müdahalesine maruz kalmıştır.⁵⁴ Bu nedenle Osmanlı yargısı kapitülasyonlar açısından değerlendirildiğinde, “bağımsızdır” demek doğru olmayacaktır.⁵⁵

3- Türkiye Cumhuriyeti’nde Yargı Bağımsızlığı

Yasama ve yürütme yetkilerinin Büyük Millet Meclisi’ne ait olduğu 1921 Anayasası’nda yargıya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵⁶ 1924 Anayasası’nda ise yargıya bir “hak” olarak yer verilmiş, bu hakkın millet adına usul ve yasaya göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı belirtilmiştir (md.8). Anayasanın 4. Faslının başlığında da, yargı “kuvvet” olarak nitelendirilmiştir. 54. maddede, hakimlerin bağımsız ve her türlü müdahaleden azade olduğu ifade edilmiş; ancak 55. maddede, hakimlerin, kanunda belirlenen usul ve haller dışında azledilemeyeceği belirtilmek suretiyle, azlolunamazlık kuralına kanunla istisna getirilebilmesi mümkün kılınmıştır. Anayasaya göre, yargıç güvencesine ilişkin hususlar da kanunla düzenlenecektir (md.56). Anayasada, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir mahkeme öngörülmediği dikkate alındığında, 55 ve 56. maddelerin yargı bağımsızlığı açısından risk içeren hükümler olduğu görülmektedir. İdare mahkemesine yargı kuvvetine ilişkin 4. Fasal yerine, yürütme görevini düzenleyen 3. Fasılda yer verilmesi ve 52. maddede, nizamnamelerin kanuna aykırılığı iddiasının çözüm yeri olarak Büyük Millet Meclisi’nin gösterilmesi de, 1924 Anayasası’nın yargı açısından getirdiği diğer sınırlayıcı düzenlemeler olarak dikkat çekmektedir.⁵⁷

1961 Anayasası’nın 7. maddesinde, yargının bir yetki olduğu ve Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir. Bu Anayasa ile hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri (md.132); azledilemeyecekleri ve kendileri istemedikçe, Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayırlamayacakları, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylıklarından yoksun kılınamayacakları (md.133) da hükme bağlanmıştır. 143. maddede, Yüksek Hakimler Kurulu üyelerinin, Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından seçilmesi

⁵⁴ Yabancıların Osmanlı Devleti’ndeki adli ayrıcalıkları hakkında bkz., Belkıs Konan, Osmanlı Devletinde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukuki Durumu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2006, s.138 vd.; Nevin Ünal Özkorkut, “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti’nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”, AÜHFD, C.53, S.2, 2004, s. 83 vd.

⁵⁵ Devletin bağımsızlığı ile yargı bağımsızlığı ilişkisi konusunda bkz., Demirkol, s.57-58.

⁵⁶ İstiklal Mahkemeleri’nin üyelerinin Meclis tarafından ve mebuslar arasından seçilmesinden hareketle, bu dönemde, yargı yetkisinin de Meclis’e ait olduğu şeklindeki görüşün hakim olduğu hususunda bkz., Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), İstanbul 1998, s.261 ve İstiklal Mahkemeleri üyelerinin meclis üyeleri arasından seçilmelerinin, yargı yetkisinin Meclise ait olduğu anlamına gelmediği şeklindeki görüş için bkz., Demirkol, s. 38-41.

⁵⁷ 1924 Anayasası’nın yargıya ilişkin düzenlemeleri hakkında bkz., Tanör, s.306 vd.

esas kabul edilmiş; Kurulun başkanının ve bölüm başkanlarının da kendi içinden seçileceği, Adalet Bakanının ise gerekli gördüğü hallerde Kurul toplantılarına başkanlık edeceği belirtilmiştir.⁵⁸

1982 Anayasası da, hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini (md.138)⁵⁹, azledilemeyeceklerini ve kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacaklarını, bir mahkemenin ya da kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve özlük haklarından yoksun kınanamayacaklarını (md.139) ve görevlerini mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasına göre ifa edeceklerini (md.140) hükme bağlayarak bağımsız yargı için gerekli başlıca şartları sağlamıştır.

Ancak Anayasa'nın 140/6. maddesi uyarınca, hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar. 144. madde ile hakimlerin yönetsel denetimi, Adalet Bakanlığı'na verilmiştir. 159. maddeye göre ise, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun başkanı Adalet Bakanındır⁶⁰, Bakanlık Müsteşarı da doğal üyesidir. Kurulun diğer üyeleri ise Danıştay ve Yargıtay'ın göstereceği adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir.⁶¹ Böylece her iki sebeple de yürütme, hakimleri mesleğe alma, atama, nakletme, yükseltme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma gibi hususlarda yetkili ve görevli olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu içinde etkin duruma gelmektedir. Yine Anayasanın 159. maddesine göre, Kurul kararları aleyhine gidilebilecek bir yargı yolu da bulunmamaktadır ki, idari karar niteliğindeki bu kararların yargı denetimi

⁵⁸ Anayasanın, Kurulun, Adliye mahkemeleri hakimlerinin özlük işleri hakkında verdiği kararlara karşı başka merciiere başvurulamayacağına ilişkin hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin E.1976/43, K.1977/4 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Resmi Gazete S.15916, T.21.4.1977.

⁵⁹ Bu madde hükmü, 1961 Anayasası'nın 132. maddesinden farklıdır. Tanör'ün de ifade ettiği gibi, bu düzenleme ile "vicdani kanaat hakiminin resen nazara alacağı bağımsız bir unsur olmaktan çıkartılıp, Anayasaya, kanuna, hukuka uygun olarak kullanılabilir bağımlı bir öge haline getirilmiştir." Türk Demokrasisinde 130 Yıl (1876-2006), Prof.Dr. Bülent Tanör'ün Anısına "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri" 10. Yıl Güncellemesi, Yazan: Zafer Üskül, Türk Sanayiciler ve İşadamları Derneği, Aralık 2006, s.225. www.tüsiad.org.tr (15.9.2007).

⁶⁰ Cumhurbaşkanının Yüksek Kurulun başkanı olması gerektiği, bunun yargıyı onore edeceği, hem de yargının sorunlarını çözmeye yardım edeceği görüşü için bkz., Uğur İbrahimhakkıoğlu, "Yargı Bağımsızlığı", Uluslar arası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara, 9-13 Ocak 2001, s.663-664.

⁶¹ Bu durumun, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından sakıncalı olduğu, Batı'da da devlet başkanlarının böyle yetkileri bulunmakla birlikte, burada yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini sağlayan etkin bir mekanizmanın da bulunduğu görüşüne ilişkin olarak Bülent Tanör'ün Raporu için bkz., Türk Demokrasisinde 130 Yıl (1876-2006), s. 229.

dışında kalması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.⁶² Kurulun ayrı bir örgütünün, sekreteryasının ve özerk bir bütçesinin olmaması da yargı bağımsızlığına karşı bir tehdit oluşturmaktadır.⁶³

Avrupa Birliği Türkiye İlerleme Raporlarında, yargı bağımsızlığı konusundaki tüm eksiklikler ve beklentiler her yıl dile getirilmektedir. Son olarak 2007 İlerleme Raporu'nda da, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na değinilmiş ve Kurulun oluşumu hakkında hiçbir ilerleme olmadığı ifade edilmiştir.⁶⁴

Sıklıkla eleştirilen bir diğer husus hakim adaylarının sınavına ilişkin benimsenen yöntemdir. Yapılacak sınavın yargı bağımsızlığına yönelik bir tehdit oluşturması ihtimalinin önüne geçmek için hakim ve savcı adaylığına atanmada yapılacak sınav ve mülakatta Adalet Bakanlığı'nı yetkili kılan Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği'ne⁶⁵ karşı açılan davalardan istenilen sonuç elde edilememiştir. Öyle ki, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından 2005 ve 2006 yıllarında, Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8.maddesinin (1) bendindeki "...mülakatta başarı göstermek" ve 9.maddesinin son fıkrasındaki "...mülakat..." ibarelerinin ve 2006 yılında, aynı Kanunun 9. maddesinin 5435 sayılı Kanunun 2. maddesiyle değiştirilen son fıkrasında yer alan "...yarışma sınavı ve mülakatı ile..." ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu kanaatiyle iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle yapılan itirazlar üzerine Anayasa Mahkemesi, ilgili maddelerdeki ibareleri Anayasaya aykırı bulmamıştır.⁶⁶ Bu maddelerin, hakimlerin seçiminde subjektif nitelikteki mülakat yöntemini kabul ettiği, Adalet Bakanlığı'na yönetmelik düzenleme yetkisi tanıyarak, mülakatın Adalet Bakanlığı personeli tarafından yapılmasını mümkün kıldığı iddiasına karşın Anayasa Mahkemesi, adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylığa atama sürecinde Kurul tarafından hakimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve adaylık döneminde yargılama faaliyetinde de bulunmamaları nedeniyle hakim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün olmadığından, adaylığa

⁶² Türk Demokrasisinde 130 Yıl (1876-2006), s.232.Yüksek Kurul Kararlarına karşı itiraz hakkının olması, fakat yargı yoluna gidilmemesi gerektiği, Kurulun işlevinin tam adli ya da idari olmadığı, yargı yolunun da işlevi gibi sui generis olduğunu belirten farklı görüş için bkz, İbrahimhakkıoğlu, s. 665-666.

⁶³ Türk Demokrasisinde 130 Yıl (1876-2006), s.231-232. Yargı bağımsızlığı ve Adalet Bakanlığının rolü için ayrıca bkz., Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi..., s.14 vd.

⁶⁴http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2007ilerlemeraporu_tr.pdf (1.12.2007)

⁶⁵ Resmi Gazete, S.20986,T. 9.9.1991. Bu Yönetmelik, 12.01.2008 tarih ve 26754 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 7.2.2007 tarihli E.2005/47, K.2007/14 ve E.2006/162,K.2007/15 sayılı kararları için bkz., Resmi Gazete, S.26715,T. 29.11. 2007.

atamada şart kılınan yazılı yarışma sınavı ve mülakata ilişkin hususların yönetmelikte düzenlenmesinin Anayasaya aykırı olmadığı kanaatine varmıştır.

Oysa ki, Avrupa Birliği 2005 İlerleme Raporu'nda, yazılı sınavı geçen adayların Adalet Bakanlığı temsilcilerinden oluşan bir kurul tarafından mülakata tabi tutulmaları, hakim ve savcı adaylarının istihdamında Adalet Bakanlığı'nın önemli derecede etkili olmasına imkan sağladığı düşüncesiyle eleştirilmiştir.⁶⁷

Konuya ilişkin bir diğer gelişme ise Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur.⁶⁸ Bu Kanuna göre (md.9/A), yazılı yarışma sınavı ve bu sınavın yürütülmesine ilişkin hususlar, Adalet bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılacak, yazılı sınavda 100 üzerinden en az 70 puan alanlar mülakata çağırılacaktır. Mülakat kurulu, Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulu'nun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşacaktır. Akademi Yönetim Kurulu'nda Yargıtay ve Danıştay mensubu olduğu takdirde, bu üyeler Mülakat Kurulunda asıl üye olarak görevlendirilecektir. Belirtmek gerekir ki, Mülakat Kurulu'na ilişkin bu düzenleme, ilk kez bu kanunla getirilmiş değildir. Daha önce de, Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği'nde yapılan değişiklikle, Yönetmeliğin 27. maddesinde aynı düzenlemeye yer verilmiştir.⁶⁹

Hakimlerin hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimi açısından ise Adalet Bakanlığı'nın etkisinin kaldırılması yönündeki istekler doğrultusunda kurulan Adalet Akademisi ile olumlu bir adım atılmıştır.⁷⁰ Ancak Akademi Adalet Bakanlığı'na bağlıdır.

Konuya ekonomik güvence açısından bakıldığında ise, hakim ve savcı maaşlarının 2006 yılında yapılan kanun değişikliği ile iyileştirildiği görülmektedir.⁷¹

⁶⁷ <http://abmankara.org.tr/guncel/2005ilerlemerapTR.pdf> (31.12.2007).

⁶⁸ Resmi Gazete, S.26720,T.4.12. 2007.

⁶⁹ Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik için bkz., Resmi Gazete, S.26550, T.12.6.2007.

⁷⁰ 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu için bkz., Resmi Gazete, S.25185,T.31.7.2003; Adalet Akademisi ile ilgili eleştiriler için bkz., Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi..., s. 24-28.

⁷¹ 29.6.2006 tarih ve 5536 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Resmi Gazete, S.26222,T.8.7.2006). Bu hususa 2006 tarihli İlerleme Raporu'nda da değinilmiştir. <http://www.disisleri.gov.tr/NR/rdon/yres/9033EEBO-E> (7.1.2008).

Türkiye’de yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer konu, hakimlerin bağımsızlıklarını ve çıkarlarını korumak amacıyla birlik kurma haklarına ilişkin gelişmelerdir. Yukarıda değinilen 1985 tarihli BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri’nde, hakimlerin menfaatlerini savunmak, mesleki eğitimlerini geliştirmek ve bağımsızlıklarını korumak amacıyla serbest bir şekilde dernek kurmak veya kurulmuş bir derneğe üye olmak hakkına sahip olacakları ifade edilmiştir. Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı (R-94/12)’na göre de, hakimler tek başlarına veya başka bir organla birlikte bağımsızlıklarını ve çıkarlarını korumak için birlik oluşturmada özgür olmalıdırlar.

Ülkemizde de, Anayasa’ya ve 2004 tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu’na dayanarak hakimler ve savcılar dernek kurma haklarını kullanmışlar ve 2006 yılında Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) kurulmuştur. 2006 tarihli İlerleme Raporu’nda da YARSAV’ın kuruluşu olumlu bir gelişme olarak gösterilmiştir.⁷² Adalet Bakanlığı tarafından ise tüm hakim ve savcılar tek çatı altında toplamayı amaçlayan Türkiye Hakimler ve Savcılar Birliği Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Tasarı, Anayasa’nın 135. maddesi çerçevesinde hakim ve savcılarının idari vesayet denetimi altında kurulacak bir birlik içinde toplanmalarının amaçlandığı düşüncesiyle eleştirilmektedir.⁷³ Tasarı ile hakim ve savcılarının dernek kurma hakları ve buna bağlı olarak YARSAV’ın varlığı tehlikeye girmektedir.⁷⁴

Sonuç olarak, yukarıdaki kısa değerlendirmeden de anlaşılacağı üzere, Türkiye’de bağımsız bir yargı için gerekli tüm şartlar henüz sağlanamamış, eksiklikler giderilememiştir. Ancak unutmamak gerekir ki, insan haklarının güvence altına alındığı demokratik bir hukuk devleti olabilmenin önemli kilit noktalarından biri, bağımsız ve tarafsız yargıdır ve bunu sağlayabilmek için ilgili tüm kurum ve kişilerin kendi yetki alanlarının sınırının bilincinde olmaları gerekir.

⁷² <http://www.disisleri.gov.tr/NR/rdon/yres/9033EEBO-E> (7.1.2008).

⁷³ Konuya ilişkin gelişmeler ve görüşler için bkz., www.yarsav.org.tr (7.1.2008). Ayrıca bkz., Türk Demokrasisinde 130 Yıl (1876-2006), s. 235.

⁷⁴ Bkz., www.yarsav.org.tr (7.1.2008).

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı, Orhan**, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982.
- Aslan, Nâsi**, İslâm Yargılama Hukukunda “Şühûd’ül-Hal” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması, İstanbul 1999.
- Atar, Fahreddin**, İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi), Ankara.
- Berki, Ali Himmet**, İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi, Ankara 1962.
- Cin,H.- A.Akgündüz**, Türk İslam Hukuk Tarihi, C.1, İstanbul 1990.
- Çadırcı, Musa**, “Tanzimat’ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli “Tarîk-i İlmiyye’ye Dâir Ceza Kânunnamesi”, AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C.14, S.25, 1981-1982, s.139-161.
- Çeliker, Hüseyin**, İslam Hukukunda Yargı Bağımsızlığı, İstanbul 2005.
- Demirkol, Ferman**, Yargı Bağımsızlığı, İstanbul 1991.
- Doehring, Karl**, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev: Ahmet Mumcu, İstanbul 2002.
- Eichenberger, Kurt**, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960.
- Ekinci, Ekrem Buğra**, Ateş İstidâsı İslâm-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul 2001.
- Ekinci, Ekrem Buğra**, Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası), İstanbul 2004.
- en-Nebhan, Muhammed Faruk**, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, (Çeviren:Servet Armağan), İstanbul 1980.
- Erdoğan, Mustafa**, Anayasa Hukuku, Ankara 2005.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin**, İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı (Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme), İstanbul 1996.
- Fischbacher, Alain**, Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland Aufgaben, Einfluss und Auswahl, Zürich-Basel-Genf 2006.
- Gözübüyük, Şeref**, Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2006.
- Heyd, Uriel**, Studies in Old Ottoman Criminal Law, 1973.
- International Principles on the Independence and Accountability of judges, Lawyers and Prosecutors, A Praktitioners’ Guide, Praktitioners’ Guide Series N 1, International Comission of Jurists Geneva, Switzerland 2004.

- İbrahimhakkıoğlu, Uğur**, “Yargı Bağımsızlığı”, Uluslar arası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara, 9-13 Ocak 2001.
- İnalçık, Halil**, “Mahkeme”, İslam Ansiklopedisi, C. 7, s.149-151.
- Jennings, R.C.**, “Limitations of the judicial powers of the Kadı in 17th C. Ottoman Kayseri”, *Studia Islamica* V:50, 1979, s.151-184.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.**, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.
- Konan, Belkis**, Osmanlı Devletinde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukuki Durumu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2006.
- Kutlu, Mustafa**, Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi Hukuk Devleti'nin Kökenleri, Ankara 2001.
- Oberto, Giacomo**, Die Richterliche Unabhängigkeit in Europa und ihre Sicherung durch einen obersten Richterrat.(<http://www.hefam.de/koll/oberto-200407.pdf>)
- Ortaylı, İlber**, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, Ankara 1994.
- Özbudun, Ergun**, “Türkiye’de Devlet Seçkinleri ve Demokratik Siyasal Kültür”, Türkiye’de Demokratik Siyasal Kültür, Ergun Özbudun, Ersin Kalaycıoğlu, Levent Köker, Ankara 1995, s.1-42.
- Tanör, Bülent**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), İstanbul 1998.
- Turhan, Mehmet**, Anayasal Devlet, Ankara 2005.
- Türk Demokrasisinde 130 Yıl (1876-2006), Prof.Dr. Bülent Tanör’ün Anısına “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri” 10. Yıl Güncellemesi, Yazan: Zafer Üskül, Türk Sanayiciler ve İşadamları Derneği, Aralık 2006.
- Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi İstişari Ziyaret Raporu (11-19 Temmuz 2004), Haz: Kjell Bjornberg-Paul Richmond, Ankara Barosu Avrupa Birliği Merkezi Yayını.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı**, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilâtı, Ankara 1965.
- Üçok, C.-A.Mumcu-G.Bozkurt**, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2006.
- Ünal Özkorkut, Nevin**, “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”, AÜHFD, C.53, S.2, 2004, s.83-94.
- Yakut, Esra**, Şeyhülislamlık Yenileşme Döneminde Devlet ve Din, İstanbul 2005.