

YARGI REFORMU KAPSAMINDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Türk Ceza Hukuku Derneği Tarafından Hazırlanan Rapor

02.10.2019

GİRİŞ¹

Son günlerde Hükümet tarafından adalet sisteminde reform arayışlarını karşılamak üzere “yargı reformu stratejisi” bir reform belgesi olarak sunulmuştur. Ülkemizde yargı konusunda yapılacak bir reformun öncelikle yargı bağımsızlığı sorununu çözmesi gereklidir. Yargı bağımsızlığı konusundaki sorunların çözülemediği bir hukuk düzeninde yargılamaya ait sair konularda yapılacak değişikliklerin yeterli olmayacağı ve hiçbir şekilde hukuk güvenliğini tesis etmeyeceği inancıyla, bu çalışmada yargı bağımsızlığı konusunda yapılması gerekenler karşılaştırmalı hukuk da dikkate alınarak belirtilmeye çalışılmıştır.

Hakimlerin hiç kimseden talimat almayacakları, tarafsız ve bağımsız olacakları, anayasalarda, kanunlarda ve diğer mevzuatlarda yazılmış olmakla hakimler tarafsız ve bağımsız olamazlar. Tarafsızlık ve de bağımsızlık başlığı altında: Hakimlerin mesleğe seçilmesi, atanması, terfi ve disiplin işleri ve görevden alınmaları vs. işleri ile ilgili kurulların da tek başına yürütme ve yasama organı tarafından belirlenmemesi gerekir. Ayrıca hakim adayları Bakanlık tarafından değil yargının hakim olduğu kurullar tarafından, siyasi baskılardan uzak, objektif seçilme kriterleri ile seçilmelidirler. Hakimin bağımsızlığı, hakimin sadece yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlığı değildir. Hakim, Hakimler Savcılar Kurulu’na karşı da bağımsız olmak durumundadır. Bu itibarla, atanma, terfi, disiplin, görevden alınma kurallarının nesnel ve denetlenebilir olması zaruridir. Son derece önemli olan coğrafi teminatın yeniden mevzuata dahil olması gereğinin yanında, aynı yargı çevresi içinde dahi olsa hakimin görev yaptığı mahkemenin keyfi olarak değiştirilmesi uygulamalarından vazgeçilmesi gereklidir. Diğer taraftan Sulh Ceza Hakimliklerinin arz ettiği güvencesiz durum düzeltilmeli ve bağımsız bir yargılama

¹Prof.Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

faaliyetinde hükme esas olacak delillerin objektif olarak toplanabilmesi için Adli kolluk ihtiyacı ciddi olarak tartışılmalıdır.

Adalet arayışlarının sonucu olarak, Adalette görev gören güç aktörünün bağımsızlığı önem taşımaktadır. Hakim, savcı ve müdafî. Bu aktörlerin bağımsızlıklarının temin edilmesi Türk yargısı açısından gerçek bir reform olacaktır.

Klasik Demokrasi, yani liberal çoğulcu demokratik siyasi sistemde, Devlette üç kuvvet (iktidar) vardır; Yasama, Yürütme ve Yargı. Devletin tüm bu değişik iktidarlara, nitelikleri itibarıyla birbirinden farklı olmaları, onların ayrı ellerde ve **değişik** organlarda toplanmasını gerektirir. Bir başka ifadeyle, kanunları yapan, kanunları uygulayan, kanunların uygulanması dolayısıyla ortaya çıkacak ihtilafları halleden organların da birbirinden farklı olması icap eder.

Kuvvetler ayrılığının esas amacının güçlü devlet karşısında güçlü bir kişi yaratabilmek, kişinin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasını sağlamak olduğu açıktır. Böylece, siyasi iktidarın haksız ve keyfi uygulamasından birey uzak olarak, yasama organı tarafından yapılan kanunlara uygun hareket edecek, yürütme ise kanunlara saygılı olarak hükümet etme görevini yerine getirecektir. Birey ile Devlet veya birey ile diğer bir birey arasında çıkacak ihtilafta yukarıdaki iki kuvvetten, yasama ve yürütmeden ayrı, bağımsız yargı organı tarafından çözüm aranacaktır.

Siyasi düşünce tarihine baktığımızda bu görüşün ilk defa olarak *Aristo* tarafından ortaya atıldığı görülür; Bu yazar, Devlet faaliyetlerinin üçe ayrılmasını, her faaliyetin bir organa verilmesini önermiştir. Ancak 18. YY'a kadar bu faaliyetin ayrı organlarda toplanması fikri gerçekleşmemiş; İktidar, imparator, hükümdar, kral, padişah gibi, baştaki devlet otoritesinde toplanmıştır.

Bu konuda, 18. YY'a girinceye kadar kuvvetler ayrılığında ilk söz eden *İngiliz Locke* olmuştur. *Locke* İngiliz Siyasal sisteminin uygulanmasını kendine örnek almış, Devlet faaliyetlerini üçe ayırmış ve özellikle yasama ve yürütmenin ayrı ellerde toplanmasının gerektiği, böylece kişinin hak ve hürriyetlerinin daha iyi olarak korunabileceğine işaret etmiştir.

John Locke'nın mensubu bulunduğu İngiltere'de yargı gücü, 1215 Magna Carta'dan beri titizlikle uygulanmış ve yerleşmiş bir prensip olup, yasama ve yürütme iktidarından ayrı olarak görünen bir güçtür. *John Locke*'dan sonra, Devletin siyasi kuruluşu içinde kuvvetler ayrılığı prensibini savunan ve kendisinden sonra gelen düşünceleri etkileyen kuşkusuz *Charles-Louis de Secondat Montesquieu*'dur.

Montesquieu'ya göre, iktidar sahibi herkes bu iktidarı kötüye kullanma eylemine sahiptir ve bu gücün sınırlandırılmasına kadar gücün kötüye kullandırılması devam eder. Bir kuvvetin kötüye kullanılması ancak kuvvetin kuvvetle durdurulması ile önlenabilir. *Montesquieu* bu görüşünün sonucu olarak, tek elde toplanan siyasi iktidarın parçalanması ve ortaya çıkan üç iktidarı kullananlar arasında bir denge kurulmasını gündeme getirmiştir. Kanun koyan ile kanunu uygulayanın aynı siyasi organ olması halinde, birey hak ve özgürlüklerinin tehlikeye gireceğini belirtmiştir. *Montesquieu* zamanının İngiltere'sine baktığında, kral, parlamento ve mahkemeler arasında bölünmüş bir siyasi iktidar görmüştür. Kendi ülkesi Fransa'da ise, hakim olan siyasi sistem mutlakiyetçi monarşinin yürütme ve yasamayı elinde tutması idi. *Montesquieu* burada yargının da ayrı bir kuvvet olarak kabul edilmesini ileri sürmüştür. *Montesquieu*'nun kuvvetler ayrılığının temelini atan bu görüşleri, İngiltere'deki mevcut siyasi sistemi gözlemlemesine dayanır. *Kanunların Ruhu* isimli eserinde bu görüşlerini ortaya atmıştır. *Montesquieu*, Kanunların ruhu adlı kitapta açık

olarak yargı gücünden söz etmemekle beraber, yargı iktidarı yasama ve yürütme iktidarlarından ayrılmamışsa, özgürlükten söz edilemeyeceğini ifade etmiştir.

Montesquieu'dan sonra *Rousseau*'nun toplumsal sözleşme teorisi ortaya çıkmış ve bu teori sonucu, milli egemenlik prensibi *Montesquieu*'nun bayraktarlığını yaptığı kuvvetler ayrılığı prensibi etkin iki sınır olarak siyasi sistemlerde yerini almıştır.

Bu iki temel prensip 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nde açık bir şekilde yer almıştır. Fransız Devrimi'nin ürünü olarak söz konusu beyannamenin üçüncü maddesinde, "Egemenliğin esasının millet" olduğu belirtilmekte, kaynağı millet olmayan hiçbir otoritenin birey veya bir grup tarafından kullanılamayacağına işaret edilmektedir. Bu suretle egemenlik kraldan alınarak millete verilmiştir.

Yine aynı beyannamenin 16'ncı maddesinde vatandaş haklarının güvenlik altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının sağlanamadığı toplumlarda bir Anayasa'nın bulunmasının söz konusu olmadığı belirtilmiş, böylece kuvvetler ayrılığı prensibi Devletin ve dolayısıyla Devlet Anayasası'nın temeli haline getirilmiştir.

Siyasi tarihe baktığımızda, uzun süre kuvvetler ayrılığının siyasi rejimler ile uyumlu olmaması henüz modern anlamda muhalefetin ve siyasi partilerin bulunmamasından kaynaklanmıştır. Kuvvetler ayrılığı sonucu, Devlet iktidarının değişik organlar tarafından kullanılması sorunlar ortaya çıkartmış, özellikle yürütme organı ellerinden giden yetkiler için gücünü kaybetmesi karşısında yeniden güçlenmek için bu prensipten sapmalara sebep olmuştur. Parlamenter rejimlerde, Parlamentoda çoğunluğu sağlayan bir hükümetin, elindeki çoğunluğa dayanarak istediği kanunları yasama organından geçirerek uygulamaya koyacağı açıktır. Bunun sonucu olarak da, yasama organının gücü, yürütme organının gücü

altında erimiştir. Zamanımızda, bireyin hak ve güvencesi bağımsız yargı organları ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenledir ki, çağımızda hukuk devleti kavramının önemi ortaya çıkmıştır.

Parlamentoda gücü sağlayan kişi veya kurumlar yasama ve yürütme gücünü de kendi ellerinde birleştirebilmektedir. Bu iki kuvvet arasındaki ilişki ve olması gereken denge ortadan kalktığı için, bu dengeyi sağlayabilecek yegane güç olan yargı, kuvvetler ayrılığının ortaya koyduğu kişi özgürlüğünü koruyan bir güç olarak ortaya çıkar. Nitekim, yargı iktidarının gerek organik, gerek fonksiyonel bakımdan yasama ve yürütmeden mutlak olarak ayrı ve bağımsız olması gerekir. Yargının diğer siyasi iktidarlardan ayrı olması, hukuk devletinin, kişi güvenliğinin adaletin temeli olduğu klasik, çoğulcu, demokratik, siyasi sistemlerde benimsenmiştir.

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi özellikle 5 ve 6'ncı maddelerinde yargının siyasi iktidardan bağımsızlığını ortaya koyan prensipleri sıralamıştır. Maddede yargı makamlarının bağımsızlığı, bireyin özgürlüğünü koruyucu temel ilkeleri yeniden ve kuvvetle vurgulamıştır. Ayrıca, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin üye ülkeler tarafından uygulanabilirliğini sağlamak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni oluşturmuş ve bu Mahkemenin vermiş olduğu içtihatlarla, üye ülkelerdeki siyasi iktidarların elinde bulundurdukları güçlerini kötüye kullanmasını önlemeye çalışmıştır.

Dolayısıyla, yargı reformu strateji belgesi yayınlanması yerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına bakarak, değişiklik ve reform yapılması mümkündür. Bu içtihatlardan da anlaşılacağı üzere, en önemli sorun 'yargı bağımsızlığı'dır.

I- Hakimler ve Savcılar Kurulu Üyelerinin Yargı Erki Dışından Seçilmesi Usulü Yargı'nın Bağımsızlığını Tamamen Ortadan Kaldırmaktadır²

Türk hukuk sisteminde en acil olarak üzerinde durulması gereken husus, yargı bağımsızlığı sorunu olarak öne çıkmaktadır. Yürürlükte bulunan sistemde hakim ve savcıların göreve atanması ve denetlenmesine ilişkin yetkiler, büyük ölçüde siyasi etkilere açık bulunan Hakim ve Savcılar Kurulu'nda toplanmış bulunmaktadır.

Hakim ve Savcılar Kurulu, Anayasa'da 2010 ve 2017 yıllarında yapılan değişiklikler neticesinde, siyasi etkilere giderek daha açık bir hale getirilmiştir. 2010 yılında yapılan ilk değişiklikle üyelerin büyük çoğunluğunun hakim ve savcılar tarafından seçilmesi öngörülmüşken, 2017 yılında yapılan ikinci değişiklikle üyelerin tamamı yargı erki dışındaki kişi veya kurumlar tarafından seçilmekte veya atanmaktadır. Halihazırda Anayasa'nın yürürlükte bulunan 159. maddesine göre, 13 üyeden oluşan Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun iki doğal üyesi Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı olup, 4 üye Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta, geri kalan 7 üye ise TBMM tarafından seçilmektedir. Bu durum, hakim ve savcılar hakkında karar alacak kişilerin belirlenmesinde hakim ve savcılarının hiçbir söz hakkının bulunmaması anlamına gelmekte ve partili bir Cumhurbaşkanı ile Mecliste çoğunluğu bulunan iktidar partisinin HSK üzerinde tam yetki sahibi olması sonucunu doğurmaktadır. HSK'nın bugünkü yapısı, Venedik Komisyonu'nun raporlarında eleştirilmiştir. Eleştirinin sebebi, yeni sistemin siyasi çoğunluğun kendilerine HSK'daki tüm üyelikleri belirleme hakkını tanımış olmasıdır⁽³⁾. Bu durum, hakimler ve savcılarının tarafsız olmaları kadar tarafsız görünmelerini de öngören Bangalore ilkelerine ve Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu'nun tavsiye

² Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

³ Bkz. Çelik, Demirhan Burak, "16 Nisan Anayasa Değişikliği ve Yeni Hakimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, cilt 73 (4), 2018, s. 1090.

kararlarına da aykırılık oluşturmaktadır⁽⁴⁾.Esasında HSK'nın yapısıyla ilgili sorunlar dört başlıkta toplanabilir: Hakimlerin ve savcılarının tek bir kurul altında toplanması, Adalet Bakanı'nın kurulun doğal üyesi ve başkanı, Müsteşarın ise doğal üye statüsünde olması, kurul üyelerini atama yetkisi bulunan kişi ve kurumların siyasi niteliği ve kurulun hakim ve savcılarının atanması yanında disiplin kurulu görevini de üstlenmiş olması. Bu sorunlar ve çözüm önerileri aşağıda ayrıntılı şekilde incelenmektedir:

A. Hakimler ve savcılarının tek bir kurul altında toplanması

Hakimler ile savcılarının tek bir kurul tarafından atanmaları, bu iki mesleğin tek bir çatı altında görülmesine yönelik uygulama geleneğinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten Türk hukuk uygulamasında hakimler ve savcılar aynı lojmanlarda ikamet etmekte, savcılarının da hakimler gibi Adliye binalarında büroları bulunmakta, adliyeye giriş ve çıkışlarda savcılar ile hakimler aynı muameleye tabi tutulmakta ve sosyal ortamları da ortak bulunmaktadır. Bu durum, başlı başına hakimlerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürmektedir. Zira hukuken savcı ile avukat arasında bir ast-üst ilişkisinin bulunmamasına ve silahların eşitliği ilkesinin hakim olmasına rağmen söz konusu uygulama nedeniyle bu ilke fiilen uygulanmaz hale gelmektedir. Burada sayılan diğer sakıncaların da giderilmesi gerekmektedir. Hakim ve Savcılar Kurulu'nun ikiye ayrılması ve savcılar ile hakimlerin atamalarının farklı kurullar tarafından yapılması, söz konusu mesleklerin birbirinden ayrılması için gereklidir. Bunun haricinde, kurulların yapısı bakımından da farklı bir değerlendirmeye gidilmelidir. Savcılar idari amirlerinden emir ve talimat alabilmekte ve Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışmaktadırlar. Bu nedenle savcılarının atanmasına ilişkin kurulda Adalet Bakanlığının temsil edilmesi veya bu kurula bakanlık tarafından

⁴ Çelik, s. 1085 vd.

(çoğunluğu oluşturmamak kaydıyla) üye atanması bakımından büyük bir sakınca bulunmamaktadır. Buna karşılık hakimlerin atanmasına ilişkin bir kurulda siyasi niteliği bulunan herhangi birinin yer alması veya tek başına vereceği kararla bu kurula üye ataması doğrudan doğruya yargı bağımsızlığını tehlikeye atacaktır.

B. Kurulun doğal üyeleri ve başkanı

Yürürlükteki sisteme göre Adalet Bakanı kurulun doğal üyesi ve başkanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ise yine kurulun doğal üyesi olarak görev yapmakta ve bu kurulda oy hakkına da sahip bulunmaktadır. Bu durum, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden bu yana sürekli ağır eleştirilere konu olmasına rağmen yapılan birçok değişiklikte aynen korunmuştur.

Belirtmek gerekir ki, 2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanlığı sisteminin yürürlüğe girmesinin ardından bu sistemin sakıncaları ve doğurduğu endişeler de artmıştır. Partili Cumhurbaşkanı'nın meclis dışından atadığı ve tamamen kendi emrine bağlı çalışan Adalet Bakanı'nın artık meclis karşısında hukuki veya siyasi bir sorumluluğu bulunmamakta ve kendisine gen-soru da yöneltilememektedir. Bu nedenle Adalet Bakanı'nın HSK'da bulunmasının kamu adına bir temsil niteliği sağladığı da söylenemeyecektir. Adalet Bakanı'nın bu kuruldaki tek rolü, siyasi iradenin ve yürütme erkinin temsilcisi olmaktır. Yürütmenin yargı üzerinde bu şekilde bir etkisinin olması, yargı bağımsızlığı bakımından tahammül edilemeyecek bir durumdur. Adalet Bakanı ile Müsteşarın, hakimlerin atanması ve disiplin soruşturmaları ile ilgili bir kuruldaki bütünüyle çıkarılmaları ve üye atama veya oy kullanma gibi yetkilerin de bu kişilerden alınması gerekmektedir. Bunun yerine Kurulun başkanını kendi üyeleri arasından seçmesi yoluna gidilmesi uygun olacaktır.

C. Kurul üyelerinin seçilme usulü

Yukarıda ifade edildiği üzere, günümüzde yürürlükte olan sisteme göre kurulun bütün üyeleri Cumhurbaşkanı veya TBMM tarafından seçilmektedir. Partili bir Cumhurbaşkanı'nın bulunduğu Anayasal sistemde Cumhurbaşkanı tarafından üye atanması yargı bağımsızlığı bakımından sakınca doğurmaktadır. TBMM'nin üye ataması, millet iradesinin temsili bakımından kabul edilebilirse bile, bu atama sürecinde farklı partiler arasında bir uzlaşının sağlanması ve atanan üyelerin kurulun çoğunluğunu oluşturamaması esas olmalıdır. Geri kalan üyelerin ise yüksek yargı kuruluşları temsilcileri ile Adalet Akademisi, Türkiye Barolar Birliği ve Üniversitelerarası Kurul tarafından seçilmesi yoluna gidilmesi, yargı ve adalet sistemi ile ilgili farklı meslek kuruluşlarının temsil edilmesi bakımından daha yerinde bir tercih olacaktır.

D. Kurulun disiplin kurulu işlevini de üstlenmesi

Aynı kurulun hem hakim ve savcıların atanması hem de disiplin kurulu olarak görev yapması, özellikle hakimlerin bir kez atandıktan sonra bağımsızlıklarını korumaları bakımından sakınca doğurmaktadır. Bu sistemde hakimler verdikleri her kararda HSK tarafından görev yerlerinin değiştirilebileceği veya görevden el çektirilebilecekleri korkusu ile bağımsızlık ve tarafsızlıktan uzak kararlar verebilmektedirler. Önerilecek sistemde savcılar kurulu, savcıların disiplin soruşturmalarını yürütmek konusunda yetkili olabilecekken, hakimler kurulunun böyle bir yetkisi olmamalıdır. Aynı zamanda hakimlerin görev yerlerinin de değiştirilememesi, coğrafi ve mevkie ilişkin güvencelerinin sağlanması esas olmalıdır. Hakimlerin disiplin soruşturmaları, Yargıtay'da bu konuda görevlendirilmiş özel bir daire tarafından yürütülmeli ve verdikleri somut kararlar disiplin soruşturmasına konu olamamalıdır.

II- Bağımsız Bir Yargı Hakimlerin Mesleğe Kabul, Terfi ve Görevden Alınma Usullerinde Objektif Kriterlerin Varlığını Zorunlu Kılar.

A. Hakimlerin mesleğe kabul, atama, terfi ve görevden alınma usul ve kriterlerine dair Avrupa Standartları⁵

Hakimlerin atama ve terfi ölçütleri ve bu işlemlerde izlenen prosedür yargı bağımsızlığının önemli bir ayağını oluşturmaktadır. Başta Avrupa Konseyi'nin çeşitli organları olmak üzere çok sayıda uluslararası merci bu alanda sgari standartların belirlenmesine katkı sunmuştur. Bu standartların gözetilmesi yargı bağımsızlığının da ötesinde hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmektedir. Nitekim, Venedik Komisyonu, hukukun üstünlüğü üzerine hazırladığı kontrol listesinde (*check-list*) hakimlerin objektif esaslara göre ve objektif bir usulle atanmasını yargı bağımsızlığının temel bir unsuru olarak ele almıştır. Komisyon bilhassa, hakimlerin atanmasına ilişkin usul ve ölçütlerin anayasal veya eşdeğer düzeyde düzenlenmesini; atama ve terfilerde liyakat, dürüstlük ve tecrübe gibi unsurların gözetilmesini; hakimlerin görevden alınmasına ilişkin usul ve esasların yasayla düzenlenmesini; hakimler hakkındaki disiplin işlemlerinin bağımsız bir kurul tarafından yapılmasını; hakimlerin kendilerini ilgilendiren tasarruflara karşı yargı yoluna başvurabilmelerini yargı bağımsızlığının ve dolayısıyla hukukun üstünlüğünün önemli bileşenleri olarak kabul etmiştir.⁽⁶⁾

1. Hakimlerin seçilme ve atanma usulü

Hakimlerin atanması konusunda kabul edilen uluslararası normlar, atama sürecinin politik etkilerden tamamen arındırılması gerektiği noktasında

⁵ Dr.Erkan Duymaz, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi,Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

⁶ CDL-AD(2016)007, s. 20.

birleşmektedir. Bununla birlikte, erkler ayrılığı ilkesine uygun olarak bağımsız bir yargı erki oluşturmaya elverişli tek bir model bulunmamaktadır. Venedik Komisyonu bu noktada bir ayırım yapmakta ve eski ve köklü bir demokrasi geleneğine sahip siyasal sistemler ile böyle bir geleneğe ve yerleşik hukuk kültürüne sahip olmayan genç demokrasiler için farklı modellerin söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Komisyon, birinci grupta yer alan ülkelerde hakimlerin doğrudan veya bir ölçüde yürütme tarafından atanmalarının başlı başına yargı bağımsızlığı bakımından bir sorun teşkil etmeyebileceğini ifade etmekte; ancak bu modelin ikinci grupta yer alan ülkelerde yargının siyasallaşmasına yol açacağı uyarısında bulunmaktadır. Komisyon ayrıca hakimlerin seçiminde Parlamentoların söz sahibi olmasının da kaçınılmaz olarak politik pazarlıklara neden olabileceğinin altını çizmektedir. Komisyon'a göre, demokrasi ve hukuk kültürünün henüz güçlü olmadığı genç demokrasiler için en ideal model hakimlerin bağımsız kurullarca, doğrudan ve objektif kriterlere göre atandığı model olacaktır.⁽⁷⁾

Söz konusu bağımsız kurulların hakim atamalarındaki rolü de ülkelere göre farklılık göstermektedir. Bazı ülkelerde bu kurullar devlet başkanına veya yetkili kişi veya mercie yalnızca öneride bulunabilmekte iken bazı ülkelerde hakimler bu kurullar tarafından doğrudan atanmaktadır. Venedik Komisyonu'na göre, hakim atamalarını yapmaya yetkili kurulun bağımsızlığı güvence altına alındığı sürece, hakimlerin doğrudan ve yalnızca bu kurullarca atanması kuşkusuz geçerli ve sağlıklı bir modeldir. Bu kurulların her halükarda hakimlerin atanması ve terfi konularında belirleyici olması gerektiği savunulmaktadır.⁽⁸⁾

⁷ CDL-AD(2007)028, par. 17.

⁸ CDL-AD(2010)004, par. 32.

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin 2001 yılında aldığı bir tavsiye kararına göre, bir hakimin atanmasına veya kariyerine ilişkin tüm kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı ve bağımsız bir kurul tarafından alınmalı veya belirlenen nesnel ölçütler dışında başka kriterlere dayanılarak alınmasını engelleyecek güvenceler sağlanmalıdır.⁽⁹⁾ Benzer şekilde, Hakimlerin Statüsüne Dair Avrupa Şartı da, hakimlerin seçimine, göreve alımına, atamasına, kariyerine ve görev süresinin sona ermesine ilişkin her türlü kararın yasama ve yürütmeden bağımsız bir kurul tarafından alınması gerektiğini belirtmektedir.⁽¹⁰⁾

Bu tür yetkilerle donatılmış bir Hakimler Kurulu'nun varlığı şüphesiz tek başına söz konusu kararların politik etkiden uzak bir şekilde alındığı anlamına gelmeyecektir. Bu nedenle bağımsız bir kurulun ne şekilde oluşturulduğu konusunda da birtakım standartlar ortaya konmuştur. Hakimlerin Statüsüne Dair Avrupa Şartı, bu tür bir kurulun en az yarısının kendi meslektaşları tarafından seçilmiş hakimlerden oluşmuş olmasını ve bu seçimin en geniş temsile imkan tanıyacak şekilde yapılmış olmasını önemli bir koşul olarak kabul etmiştir.⁽¹¹⁾ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Venedik Komisyonu kararlarında da kurulun bağımsızlığı ve oluşumu konusunda aynı kriterler benimsenmiştir.⁽¹²⁾

2. Hakimlerin atanma ve terfi kriterleri

Hakimlerin atama ve terfilerinde izlenecek yol ve kullanılan ölçütler bakımından Avrupa devletleri bünyesinde genel olarak iki farklı model bulunmaktadır. Bazı ülkelerde hakimlerin ataması ve görevde ilerlemeleri yalnızca bu hususta düzenlenen sınav sonucuna göre yapılmakta; bazı ülkelerde iste deneyimli

⁹ CCJE (2001) OP N°1, par. 17.

¹⁰ DAJ/DOC (98) 23, par. 2-4.

¹¹ DAJ/DOC (98) 23, par. 1.3.

¹² CM/Rec(2010)12, par. 46.

uygulayıcılar arasından seçim yoluyla yapılmaktadır. Venedik Komisyonu bu yöntemlerin sadece birinin kullanıldığı modellere kuşkuyla yaklaşmaktadır. Komisyon'a göre, sınav usulünün yanında adayların niteliklerinin ve mesleki deneyimlerinin de hesaba katıldığı bir değerlendirme sistemi daha olumlu sonuçlar doğurabilecektir. Herhangi bir sınav yapılmaksızın hakimlerin deneyimli uygulayıcılardan oluşan bir grup arasından atanması ise prosedürün objektif niteliği hususunda kaygılar yaratacaktır.⁽¹³⁾

Venedik Komisyonu, Gürcistan'da olağan yargı organlarının yapısını düzenleyen bir yasa tasarısı hakkında bildirdiği görüşte, hakimlerin terfi konusunda yetkili kurullara geniş bir takdir marjı tanınmasını yargı bağımsızlığı bakımından sorunlu olarak değerlendirmiştir. Komisyon öncelikle hakimlerin ilerlemelerinde esas alınacak kriterlerin yasada açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bunun yanında, sınavlı ve sınavsız terfi şeklinde iki ayrı rejimin öngörülmesini eleştiren Komisyon, sınavın her türlü terfide uygulanması gereken esas kural olması gerektiğini, bu sayede yetkinin kötüye kullanılmasının önüne geçilebileceğini not etmiştir. Sınavsız terfi kuralının Hakimler Yüksek Kuruluna aşırı geniş bir takdir yetkisi bıraktığını ifade eden Komisyon, bu seçeneğin kaldırılmasını ya da en azından çok istisnai durumlarda uygulanacağını açıkça belirtilmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁽¹⁴⁾

Hakimlerin atanmasında ve ilerlemesinde esas alınacak kriterlerin objektif nitelikte olması ve aleni bir şekilde ilan edilmesi de yargı bağımsızlığı bakımından önem arz etmektedir. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi, hakimlerin atamasından ve terfiinden sorumlu kurulların, nitelik, dürüstlük, yetenek ve performans temelinde liyakati esas alacak objektif atama ve terfi kriterleri

¹³ CDL-AD(2007)028, par. 36.

¹⁴ CDL-AD(2014)031, par. 62-65.

belirlemeleri, bu kriterleri etkili bir şekilde uygulamaları ve alenileştirmeleri gerektiğini belirtmiştir. Bu sayede, atama ve terfilerden sorumlu organların önceden belirlenmiş kriterlere uygun davranıp davranmadıkları değerlendirilebilecektir.⁽¹⁵⁾ Nitekim Venedik Komisyonu da, hakimlerin atanma ve terfilerinde olası politik etki ve manipölasyonlar konusunda kamuoyunda oluşan algıyı önemsemekte ve bunu hukukun üstünlüğü ilkesi bakımından bir kıstas olarak ele almaktadır.⁽¹⁶⁾

Bu alanda görüş bildiren Avrupa organları, atama ve terfilerde uygulanacak kriterlerin içeriği konusunda detaylı bir liste sunmamakla birlikte söz konusu kriterlerin mutlak surette nesnel olması ve ayrımcılık yaratacak nitelikte olmaması gerektiğini vurgulamaktadırlar. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, hakimlerin seçimine ve kariyerine ilişkin kararların önceden yasayla veya yetkili organlarca saptanmış objektif kriterlere göre alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu kararların yalnızca liyakati baz alması Komite tarafından da bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Komite ayrıca hakimlere karşı cinsiyete, ırka, renge, dile, dine, siyasi görüşe veya herhangi bir başka görüşe, ulusal veya sosyal kökene, ulusal bir azınlığa aidiyete, servete, engellilik durumuna, doğuma, cinsel yönelime veya başka herhangi bir koşula dayalı ayrımcılığın yasaklanması gerektiğinin altını çizmiştir. Hakimlerin atama ve terfilerinden sorumlu kurulun yasama ve yürütme organlarından bağımsız olması; bunun sağlanması için kurulun üyelerinin en az yarısının kendi denklemleri tarafından seçilen hakimlerden teşekkül etmesi gerektiği de Komite tarafından dile getirilmiştir.⁽¹⁷⁾

Hakimlerin Statüsüne Dair Avrupa Şartı da hakimlerin terfii konusunda birtakım tavsiyelerde bulunmaktadır. Bu belgeye göre, terfilerin yalnızca kıdem esasına

¹⁵ CCJE (2001) OP N°1, par. 37.

¹⁶ CDL-AD(2016)007, s. 20.

¹⁷ CM/Rec(2010)12, par. 44-46.

dayalı olduğu sistemler -hakimlerin mesleğe kabulü usulünün nitelikli olması koşuluyla- hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından yüksek güvenceli sistemler olarak nitelendirilmektedir. Kıdem esasının geçerli olmadığı sistemlerde ise hakimlerin terfii, hakimın mesleğini icra ederken sahip olduğu liyakat esas alınarak, bir veya birkaç hakim tarafından gerçekleştirilecek objektif bir değerlendirme sonucu karara bağlanmalıdır. Şart'a göre, bu yönde bir değerlendirme yapılırken ilgili hakim ile görüşülmesi önem arz etmektedir. Değerlendirme sonucunda ise yine yasama ve yürütmeden bağımsız bir kurul son kararı vermeye yetkili olmalıdır. Nihayet, hakkında terfi almaması yönünde bir değerlendirme yapılan hakim söz konusu bağımsız kurula şikayette bulunma hakkına sahip olmalıdır. Şart'ın tavsiye ettiği bu sistemin amacı hakimlerin meslekte ilerlemelerinin meşru olmayan yollarla engellenmesinin ve aynı zamanda hakimlerin aşırı derece mükafatlandırılmasının önüne geçmektir.⁽¹⁸⁾

3. Hakimlerin görevden alınması

Atama ve terfi konusunda ortaya konan standartlar hakimlerin görevden alınması söz konusu olduğuanda da geçerlidir. Bu bakımdan, yargı bağımsızlığının korunması adına öngörülen ilk ölçüt hakimlerin ne zaman, hangi hallerde ve hangi usulle görevden alınabileceğinin önceden yasalarla belirlenmiş olmasıdır. Şayet hakimlerin emekliliği için bir yaş sınırı öngörülmüşse, bu yaştan önce hiçbir hakimın görevine son verilmemelidir.¹⁹Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararına göre, hakimlerin görev süreleri yasa tarafından açıkça öngörülmeli ve bir hakimın görevine ancak ağır görev ihmali veya hakimın yargısal görevini yerine getiremediği durumlarda son verilebilmelidir. Bir hakimın erken emekliliği yalnızca bunu kendisi talep etmesi durumunda veya bir sağlık sorunu gündeme

¹⁸ DAI/DOC (98) 23, par. 4.1.

¹⁹ CM/Rec(2010)12, par. 49.

gelmesi halinde mümkün olmalıdır.⁽²⁰⁾ Öte yandan, bir disiplin cezası veya yargı sisteminde bir reform söz konusu olmaksızın, hiçbir hakimin görev yeri veya görev türü hakimin rızası olamadan değiştirilmemelidir.⁽²¹⁾

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi de, sadece görevden almaya yol açan davranışların değil, hakimlerin bir mahkemeden bir başka mahkemeye veya bir yerden başka bir yere nakline neden olacak veyahut disiplin cezası doğuracak durum ve davranışların önceden belirlemiş olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu gibi kararların bağımsız bir organ tarafından alınması gerektiğini hatırlatan Konsey, hakimlere savunma hakkının tanınmasının hayati önemde olduğunu altını çizmiştir.⁽²²⁾ Nihayet, bir hakime disiplin cezası verilmesi veya hakimin statüsünün veya görev yerinin değiştirilmesi durumunda ilgili hakime söz konusu karara karşı itiraz hakkı ve yargıya erişim hakkı tanınmalıdır.⁽²³⁾

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin niteliği gereği doğrudan yargı bağımsızlığına ilişkin kurallar koymamaktadır. Ne var ki Mahkeme birçok kararında yargı bağımsızlığını hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsurlarından biri olarak ele almış ve bu doğrultuda yorum faaliyetinde bulunmuştur. Hakimlerin görev süreleri dolmadan görevden alınması konusunda ise Mahkeme daha çok yargıya erişim hakkı üzerinde durmuştur. Macaristan Yüksek Mahkemesi başkanının, yasal görev süresi dolmadan bir anayasa değişikliği ile görevden alınmasını konu alan Baka/Macaristan kararında Büyük Daire, hakimlerin görevden alınması durumunda yasama ve yürütmeden bağımsız bir organ tarafından yapılacak yargısal denetimin önemine işaret ederek uluslararası hukukun ve daha özel olarak Avrupa hukukunun bu konuda

²⁰ CM/Rec(2010)12, par. 50.

²¹ CM/Rec(2010)12, par. 52.

²² CCJE (2001) OP N°1, par. 60.

²³ CM/Rec(2010)12, par. 69.

kaydettiği ilerlemeye ve bu alanda oluşan konsensüse gönderme yapmıştır.⁽²⁴⁾ Başvurucunun bu haktan mahrum bırakılmasını mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendiren Mahkeme böylece yargı bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü ilkelerine de dayanarak hakimlere önemli bir güvence kazandırmıştır. Yakın zamanda benzer bir uygulama Polonya'da yaşanmıştır. Parlamentoda kabul edilen bir yasayla Adalet Bakanına, mahkeme başkanlarını, görev süreleri dolmadan, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve herhangi bir ölçüte başvurmaksızın görevden alma yetkisi tanınmıştır. Yasa ayrıca söz konusu yetkinin kullanılmasını yargı denetimi dışında bırakmıştır. Söz konusu yasanın uygulanması sonucu görevden alınan mahkeme başkanlarının başvurusu AİHM tarafından Polonya Hükümeti'ne komünike edilmiştir.⁽²⁵⁾

4. Sonuç olarak

Hakimlerin atanmasına ve görevden alınmasına ilişkin güvenceler anayasal veya eşdeğer düzeyde belgelerle düzenlenmelidir.

Hakimlerin mesleğe kabul, atama ve terfi, disiplin ve görevden alınma işlemlerine ilişkin usul ve kriterler objektif nitelikte olmalı, ayrımcılık yasağına aykırı olmamalı ve ilgili mevzuatta açıkça belirtilmelidir.

Köklü bir demokrasi ve hukuk kültürüne sahip olmayan genç demokrasiler için yargı bağımsızlığının korunması bakımından en iyi model, hakimlerin yasama ve yürütmeden bağımsız bir kurul tarafından atanmasıdır.

Bu kurulun üyelerinin en az yarısı hakimlerden oluşmalı ve kurul atama ve terfilerde belirleyici bir rol üstlenmelidir. Bu kurul, hakimlerin kariyerlerini etkileyen her türlü kararın alınmasında asıl söz sahibi merci olmalıdır.

²⁴ AİHM, Büyük Daire, *Baka/Macaristan*, No. 20261/12, 23.06.2016, par. 121.

²⁵ AİHM, *Broda/Polonya*, No. 26691/18.

Hakimlerin atanması ve terfi konusunda sınav usulünün benimsenmesi yüksek bir güvence sağlamaktadır. Sınav usulüne ek olarak hakimlerin tamamen objektif kriterlere göre ve bir veya birkaç hakim tarafından değerlendirilmesi usulü de yararlı olacaktır. Hakimlerin terfiine, görev ve yer değiştirmelerine ilişkin kararlar ilgili hakimle görüşerek alınmalı ayrıca ilgiliye itiraz hakkı tanınmalıdır.

Hakimler ancak yasada belirtilmiş nedenlerle ve usulle görevden alınmalıdır. Bu konularda da yetkili kurul yasama ve yürütmeden bağımsız olmalıdır. Görev süreleri dolmadan bir görevden alınan veya yerleri değiştirilen hakimlere etkili bir yargısal başvuru imkanı tanınmalıdır.

B. Türkiye uygulaması ve öneriler:

1. Hakim ve savcı adaylarının seçilmesinde objektif kriterler belirlenmeli ve hakim savcı adayı belirleme sınavlarında yürütme organın etkisi ortadan kaldırılmalı veya azaltılmalıdır²⁶

Türkiye bakımından hakim ve savcıların göreve atanmasından evvel; hakim ve savcı adaylarının seçilmesi konusunda ciddi problemler mevcuttur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakim ve savcı adaylarının belirlenmesinde yürütme erki doğrudan ve kesin yetkili durumdadır. Öyle ki, hakim ve savcı adaylarının belirlenmesi hususunda yapılacak yazılı ve sözlü sınavlar doğrudan Adalet Bakanlığı bünyesinde ve Adalet Bakanlığı Personel Başkanlığı tarafından yapılmaktadır. Sınavın yazılı ve mülakat olarak iki aşaması mevcut olup; yazılı sınavdan sonra yapılacak mülakat, ilgili Yönetmelik uyarınca Mülakat Kurulu tarafından gerçekleştirilmektedir. Mülakat Kurullarını oluşturanların ezici çoğunluğunun Adalet Bakanlığı bürokratlarından oluşması, daha işin başında hakim ve savcı adaylarının seçiminde Yürütmenin belirleyici ve tek yetkili

²⁶ Mehmet Oral, İstanbul Barosu

olduğunu tartışmasız bir şekilde ortaya koymaktadır. Gerçekten Mülakat Kurulu, Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Müsteşar Yardımcısı, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri Genel Müdürü, Hukuk İşleri Genel Müdürü, Personel Genel Müdürü ve Adalet Akademisi Yönetim kurulunun her sınav için atadığı iki yönetim kurulu üyesinden oluşmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere hakim ve savcı adayları doğrudan yürütmenin inisiyatifinde belirlenmekte ve ancak bu belirleneneler arasından Atamalar Hakimler Savcılar Kurulu tarafından yapılabilmektedir. Hakimlik ve savcılık mesleğine girişte yürütmenin tek başına söz sahibi olması; iktidardaki siyasi partinin siyasi tercihlerine uygun hakim ve savcı adaylarının belirlenmesi tehlikesini açık olarak ortaya koymaktadır. Yürütmenin işin başında kendi siyasasına uygun hakim ve savcı adayları belirleme imkanını varlığı, yargı bağımsızlığı ve de tarafsızlığı üzerinde ciddi, açık ve yakın bir tehlike oluşturduğu hususunda tereddüt bulunmamalıdır. Bu itibarla siyasal iktidar veya geniş anlamda Yürütme erkinden bağımsız bir yargı mekanizması için her şeyden önce tarafsız, bilimsel ve objektif ölçütler ile belirlenmiş hakimlik ve savcılık mesleğine giriş usullerinin geçerli olması gereklidir. Bunun için hakimlik savcılık mesleğine giriş için uygulanacak sınav ve oluşturulacak sınav komisyonlarının Yüksek Yargı Organları ve/ya Yürütme gücünün etkisinden uzaklaştırılmış Hakimler Savcılar Kurulu tarafından yapılması gerekliliği evleviyetle ortaya çıkmaktadır. Aksi halde doğrudan yürütme tarafından ve yürütmenin siyasal tercihlerine uygun olarak seçilmiş ve belirlenmiş hakimlerden (savcılardan) oluşan bir yargının ne tarafsız ne de bağımsız olması imkanı bulunmamaktadır.

2. Hakimlerin ve savcılarının atanma ve terfileri yürütme organından bağımsız ve objektif kriterlere uygun olarak yapılmalıdır²⁷

a- Atama

²⁷ Dr. Ragıp Barış Erman

Türkiye’de tamamen siyasetin denetimine ve müdahalesine imkan sağlayan, objektiflikten uzak bir sürecin yürütölmekte olduğu görölmektedir. Gerçekleştirilen mülakatlar neticesinde, sınavdan aldığı not veya liyakat ölçütü yerine sınav komisyonunun taraflı ve keyfi sorularına verilen cevaplar çerçevesinde takdire dayalı bir atama süreci söz konusudur ki, bu durum hakim ve savcı bağımsızlığı bakımından önemli endişeler doğurmaktadır.

Almanya’da Federal düzeydeki hakimlerin atanması Alman Anayasası’nın 95/2. maddesi çerçevesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Alman Federal Mahkemesi, Federal Yüksek İdare Mahkemesi, Federal Mali Mahkeme, Federal İş Mahkemesi ve Federal Sosyal Mahkeme hakimleri, konu ile ilgili bakan ile birlikte “Hakim Seçim Komisyonu” tarafından yapılan seçimle atanmaktadır. Hakim Seçim Komisyonu ise 16 eyaletin adalet bakanları ile Federal Meclis tarafından seçilen 16 üyeden oluşmaktadır. Görüleceğı üzere, federal hakimlerin atanması bakımından da gerek federal ve federe hükümetlerin, gerekse parlamentonun ciddi bir müdahalesi söz konusu olabilmektedir. Anayasa’nın 33. maddesi ve Alman Hakimler Kanunu çerçevesinde herhangi bir makama ve özellikle de hakimlik makamına atanacak olan kişilerin belirli nitelikleri haiz olmaları ve yalnızca liyakat esasına göre seçilmeleri bir ilke olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, söz konusu ilkenin hayata geçirilmesi ve bir yaptırıma bağlanması bakımından teoride ve pratikte eksikliklerin bulunduğu söylenebilir. Alman Hakimler Kanunu’na göre hakimler üç türlü atanabilmektedir: yaşam boyu, süreli ve deneme süresince. Ancak ifade etmek gerekir ki hakimlerin süreli olarak atanması istisnai durumlarda, yeterince hakim bulunmadığı hallerde ve belirli işlerin tamamlanması amacıyla federal düzeyde gerçekleştirilebilmektedir (Alman Hakimler Kanunu madde 11) . Atanan bir hakim ancak bir mahkeme kararı ile kamu hizmetinden veya meslekten uzaklaştırma veya hak yoksunluğu cezasına çarptırılmış olması halinde geri alınabilir. Bu durumda geri alma zorunlu

değil, takdiridir (Alman Hakimler Kanunu madde 19/2). Yaşam boyu veya süreli hakim olarak atanmış kişilerin atama kararlarının geri alınması ya kendi yazılı rızalarına ya da kesinleşmiş mahkeme hükmüne bağlıdır.

Türkiye’de hakim ve savcıların tek bir kurul tarafından atanıyor olmaları (HSK) ve söz konusu kurula Adalet Bakanı’nın başkanlık ediyor olması da hakim ve savcı bağımsızlığı ve güvencesi bakımından sorun oluşturmaktadır. Önerilmesi gereken husus, hakimler ile savcıların farklı kurullar tarafından atanması ve özellikle hakimlerin atanmasına ilişkin kurulda herhangi bir siyasetçinin veya yargı erki dışında bir üyenin yer almamasıdır. Hakim ve savcıların farklı kurullar tarafından atanmaları ve teşkilatlarının farklı olması gereklidir.

Hakimlerin terfilerinin de mesleki başarı ve liyakate dayalı objektif kriterlerin belirlenmesi mecburidir. Hakimlerin terfilerinde liyakat dışında hiçbir kriterin esas alınamayacağı herkesçe bilinen objektif ölçütler bulunmalıdır. Bu anlamda terfilerde yürütmenin etkin olmadığı kurulların yapacağı sınav usulünün ek bir terfi ölçütü olabileceği düşünülmelidir.

b- Yargı bağımsızlığı için Coğrafi Güvencenin bulunması zaruridir

Atanmış bulunan hakim ve savcıların verdikleri kararlar nedeniyle farklı disiplin yaptırımları ile karşılaşabilmeleri söz konusudur. Özellikle coğrafi güvencenin bulunmaması, hakim bağımsızlığına çok büyük bir darbe vurmaktadır. Savcılar bakımından ise, savcıların amirlerinden ve bu kapsamda Adalet Bakanlığı’ndan emir almaları Türkiye’de Almanya’dan daha dar kapsamda, ancak yazılı emir prosedürü çerçevesinde mümkün olabilmekte ise de, Almanya’da bu usul çok istisnai durumlarda uygulanmakta ve yürütmenin, yargı erkinin işleyişine duyduğu saygıya güven esası işlemektedir. Türkiye’de ise yürütmeye bu yönde tanınacak her türlü takdir yetkisi, kötüye kullanma ihtimalini ortaya

çıkarmaktadır. Kaldı ki, Almanya ile Türkiye'nin hükümet rejimleri de birbirinden farklıdır ve bu anlamda siyasetin yargıya müdahalesinin derecesi de değişiklik gösterebilmektedir. Türkiye'de geçerli olan sistem, partili bir Cumhurbaşkanı'nın parlamento dışından atadığı ve parlamento karşısında hesap vermek durumunda olmayan, seçilmemiş bir Adalet Bakanı'nı içermektedir. Bu nedenle Adalet Bakanı, Almanya'daki durumun aksine, herhangi bir siyasi veya hukuki sorumluluk taşımadan, doğrudan Cumhurbaşkanı'nın emirleri doğrultusunda davranabilecektir. Yani, bakanlığın savcılık teşkilatı üzerindeki denetimi, parlamento adına millet iradesinin bir denetim organı olmaktan uzak, bütünüyle yürütme hiyerarşisine tabi bir denetim anlamına gelmektedir.

Hakimlerin coğrafi güvenceye kavuşturulması, hakim ve savcıların verdikleri kararlar nedeniyle görev yerlerinin değiştirilmesinin mümkün olmaması, hakim ve savcı bağımsızlığının ve güvencesinin sağlanması bakımından zorunludur. Türkiye uygulamasında, hakimlerin görev yerlerinin hemen hemen hiçbir objektif kurala bağlı olmaksızın değiştirilebilmesi, özellikle hakimler üzerinde ciddi bir baskı oluşturduğu net olarak görülmektedir. Dolayısıyla hakimlik teminatına coğrafi teminat da ilave edilmelidir.

c- Hakimlerin görevden alınması sınırlı objektif kurallara bağlı olmalıdır

Hakimlerin görevden alınması veya başka yerlere atanması Almanya'da ancak kendi rızaları ile veya kesinleşmiş mahkeme hükmü ile söz konusu olabilmektedir²⁸. Bu itibarla Almanya'da Disiplin mahkemeleri bağımsız şekilde

²⁸Almanya'da hakim Alman vatandaşlığını kaybederse, başka bir makama karşı sorumlu olacağı bir memuriyet görevini veya kamu görevini üstlenirse, meslekten asker veya süreli asker olarak atanırsa hakimlik makamından kendiliğinden ayrılmış sayılır. Ancak yaşam boyu veya süreli hakimler için yine de mahkeme kararı gereklidir. (Alman Hakimler Kanunu m. 21/1). Bunun haricinde hakim yemini etmekten imtina eden, hakim atandığı sırada federal veya eyalet meclislerinden birinde parlamenter olarak görev yapmakta olup da süresinde bu görevden ayrılmayan, emeklilik yaş sınırını doldurduktan sonra atanan, azlini yazılı olarak talep eden, emeklilik yaş sınırını dolduran veya görevini yapamayacak derecede malul olan, en üst hizmet makamının onayı olmaksızın ikametini yurtdışına taşıyan hakimler görevden alınırlar (Alman Hakimler Kanunu m. 21/2). Söz konusu maddeler, hakimlere coğrafi ve mesleki güvence vermektedir. Böylece bir kez atanan hakim artık vereceği kararlar

teşekkül ettirilmiş ve herhangi bir siyasi müdahaleden uzak şekilde Yargıtay muadili bir mahkemenin dairesi olarak görev yapmaktadır. Türkiye’de de hakim ve savcıların disiplin soruşturmalarının HSK bünyesinden çıkarılarak Yargıtay’da hakimleri yargılamakla yetkili ve görevli daireye bırakılması yerinde olacaktır. Hakimlerin görevden alınmalarında ise etkili bir yargı yolunun bulunması zaruridir.

nedeniyle görev yerinin değiştirilmesi, geçici olarak görevlendirilmesi veya açığa alınması söz konusu olamayacaktır.

III- Hakimin Hukuki Sorumluluğu ve Rücu Mekanizmasının İşletilmesi ²⁹

A. Türk Hukukunda hakimlerin hukuki sorumluluğu ve rücu

Kamu görevlilerinin kusurlu eylem yahut işlemi sonucunda bir zararın meydana gelmesi halinde, bu zararı tazmin eden Devlet'in bu zararın meydana gelmesinde kusuru olan kamu görevlisine rücu hakkı bulunmaktadır.³⁰ Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." demek suretiyle ise bu durumun anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Ancak gerek Anayasa'nın başlangıç metninde belirtilen kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince gerekse hukuk devletinin tartışılmaz bir unsuru olan yargı bağımsızlığı gereğince bu maddenin yargı erkinin parçası olan hakim ve savcılar ne ölçüde bağlayacağı tartışmalıdır. Bu noktada Anayasa'nın 40. maddesinin son fıkrası ise "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." demek suretiyle devletin rücu hakkını sadece memur ve diğer kamu görevlileri ile sınırlı tutmamıştır. Kanımızca hâkim ve savcıların yargı erkinin parçası olarak yaptıkları işlemlerden ötürü bir zarar doğmasından ötürü devletin onlara rücu etmesinin anayasal dayanağını işte bu madde oluşturmaktadır.

Nitekim kanun koyucu da yargıçları yapmış oldukları görevin önemi ve kendilerine Anayasa'nın 138. ve 139. maddelerinde sağlanan bağımsızlık ve teminat uyarınca diğer kamu görevlilerinden farklı bir sorumluluk rejimine tabi

²⁹ Dr. Ahmet Mert Duygun, İzmir Bakırçay Üniversitesi Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi

³⁰ Bu konuda bkz. T. Tan, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu, Adalet Dergisi, Sayı. 39, 185-

tutmuştur.³¹ Bu sebeple hakimlerin tazminat sorumluluğuna ilişkin genel hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 46. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre sadece ilgili maddede yazılan sebeplerle³² sınırlı olmak kaydıyla, hakimlerin yargılama faaliyetinden dolayı devlet aleyhine dava açılabilmesi, Devlet’in tazminat ödemesi durumunda sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edeceği düzenlenmiştir.³³ Böylece HMK’nın gerekçesinde de belirtildiği üzere hâkimin kusurlu davranışlarından, Devletin sorumlu tutulamayacağı, hâkimin şahsen sorumlu olması gerektiği yönündeki kuraldan vazgeçilmiş ve hâkimin yargılama faaliyeti esnasında vermiş olduğu zararlardan, öncelikle Devlete karşı tazminat davası açılması esas kabul edilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihinde dönemin kamuoyunu meşgul eden davalarda, bazı hakimler hakkında tazminat ödemeye hükmedilmesinin de rol oynadığı söylenebilir.³⁴ Anayasa Mahkemesi³⁵ ise hakimlerin hukuki sorumluluklarına

³¹ D. Karademir, Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, TBB Dergisi 2015 (119), s. 243.

³² HMK’nın 46. maddesinde sayılan sebepler şunlardır:

a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması.

ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması.

d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması.

e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması.

³³ Devlet’in tazminata mahkûm edilmesinin ardından 1 sene içerisinde sorumlu hakime rücu etmesi hususunda kuralın emredici hüküm olması sebebiyle hiçbir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. Karademir, s. 247.

³⁴ Kamuoyunda “Ergenekon davası” olarak belirtilen davada sanık olarak yargılanan Prof. Dr. Mehmet Haberal’ın hukuka aykırı tutuklu kaldığı gerekçesiyle, tutukluluk kararına imza atan hakimlerin tazminata mahkûm edilmesi üzerine hakimlerin sorumluluk rejiminde değişikliğe gidilmesi tartışılmış ve böylece zarar gören kişinin tazminatı devletten isteyebilmesi amaçlanmıştır. Buna göre Devlet tazminatı sadece “görevi kötüye kullanma” suçundan mahkûm olan hâkim ve savcıya rücu edecektir. Bu tartışmalar sonucunda 6110 sayılı Kanun ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 573. maddesindeki hüküm değiştirilmiş ve hâkimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı sadece Devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi hükme bağlanmıştır. Bu döneme ilişkin tartışmalar için bkz. <https://www.ntv.com.tr/turkiye/haberal-kazandi-madde-degisiyor,y-1m7e24QUOC1GaN8bZuUw> (Erişim tarihi: 24.09.2019) Haberal’ın tutukluğu daha sonra Anayasa Mahkemesi’nde bireysel başvuruya da konu olmuş ve Mahkeme, aynı zamanda milletvekili olan Haberal’ın seçme ve seçilme hakkıyla bağlantılı olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. AYM, Mehmet Haberal Başvurusu, Başvuru No: 2012/489.

³⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 6110 Sayılı Kanun’un ilgili maddelerinin anayasa aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında dair verdiği bu karar için bkz. AYM E: 2011/29 K: 2012/49.

ilişkin rejimin bu şekilde düzenlenmesini anayasaya uygun bulmuştur. Mahkeme, bu kararını dayandırdığı gerekçesinde anayasaya uygun bulduğu bu rejimin hakimlerin ve savcılarının Anayasa'da belirtilen bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvenceye almaya yönelik olduğunu, hakim ve savcılarının haklı ya da haksız olarak açılacak tazminat davalarından dolayı maddi ve manevi baskı altında kalıp tarafsız ve bağımsız olarak yargılama faaliyetinde bulunabilme iradesinden uzaklaşabilme ihtimali bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu kararında memur ve diğer kamu görevlilerinin kusurlarından dolayı açılan tazminat davalarında öncelikle Devlet'e karşı dava açmak gerekli olduğunu da vurgulamış; onlara tanınan bu güvencenin bağımsızlık ve tarafsızlıkla görevlerini yürütmeleri gereken hakim ve savcılara tanınmamasının yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile çelişeceğini belirtmiştir.³⁶ Mahkeme'ye göre bu sorumluluk rejimi zarar görenler açısından daha güvenli sayılabilecektir; çünkü ödeme gücü yüksek olan Devlet'in tazminat sorumluluğunun kabulü zarara uğramış kişiler için daha emniyetlidir.³⁷

HMK'nın gerekçesi bununla birlikte bu maddede belirtilen "hakim" kavramının kimleri kapsayacağını da belirtmiştir. Buna göre hükümde geçen "hakim" kavramı genel anlamda kullanılmış olup, bu kavrama yargı yetkisini kullanan tüm hakimler dahildir. HMK'nın 47. maddesinde bu tazminat davaları için görevli ve yetkili mahkeme de belirtilmiştir. Buna göre "Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Dava, bu dairenin Başkan ve üyelerinin fiil ve kararlarından dolayı ise yargılama Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinde yapılır. Verilen kararların temyiz incelemesi Hukuk Genel

³⁶ AYM E: 2011/29 K: 2012/49.

³⁷ AYM E: 2011/29 K: 2012/49.

Kurulunca yapılır. Temyiz incelemesine, kararı veren başkan ile üyeler katılamaz.” Böylece hakimın sorumluluğuna ilişkin Devlet’e karşı açılacak tazminat davalarının sıradan bir tazminat davası gibi açılmaması ve kötü niyetli davalara karşı hakimler için bir teminat oluşturması amaçlanmıştır.³⁸ Yine hakimlerin sorumluluğuna ilişkin tazminat davası açma yoluna sıklıkla başvurulmasını önlemek amacıyla HMK’nın 49. maddesinde davacının, davayı esastan kaybetmesi durumunda 500 TL- 5000TL arasında disiplin para cezasına mahkûm edileceği düzenlenmiştir. Böylece hakimın iş yapmaktan alıkonulması hakkında olumsuz düşüncelerin doğmasını önlemek ve yargının gecikmesine neden olmaktan korumak amaçlanmıştır.⁽³⁹⁾ Kanımızca bu düzenleme her ne kadar meşru amaç olarak “yargıya ilişkin güvenin korunması” ve “yargıcın bağımsızlığının” korunması gibi iki anayasal değere dayansa da Anayasa’nın herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu düzenleyen 36. maddesini ve temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin etkili başvuru hakkı olduğunu düzenleyen ⁴⁰. maddesine ölçüsüz biçimde müdahale etmekte ve bu maddelerde düzenlenen temel hakları ihlal etmektedir.

Hakim ve savcıların tazminat sorumluluğu ve Devlet’in ödemiş olduğu tazminatlar sebebiyle onlara rücu etmesi hususu ceza muhakemesi hukukunda ise özellikle hukuka aykırı bir biçimde koruma tedbirleri nedeniyle tazminata hükmedilmesi ile ilgili olarak gündeme gelmektedir.⁴⁰ 2014 senesinde 6454 Sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yapılan değişiklik ile Devlet’in ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini

³⁸ Karademir, s.256.

³⁹ Karademir, s.271.

⁴⁰ Bkz. V.C. Canoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 192-193.

kötüye kullanan hakimler ve Cumhuriyet savcılarına bir yıl içinde rücu edeceği düzenlenmiştir. Bu noktada koruma tedbirleri ve yargıcın bağımsızlığı da göz önünde bulundurularak her tazminat için hakim ve savcılara rücu edilip edilmeyeceği tartışılmış ve sadece kendilerine tanınan yetkilerin kötüye kullanıldığının tespiti halinde, Devlet'in ödediği tazminat için rücu edeceği belirtilmiştir.⁴¹ Burada bu tespitin nasıl yapılacağı hususunda ise kanuni bir boşluk bulunmaktadır. Buna göre bir görüş, koruma tedbirine hukuka aykırı bir şekilde başvurulmasında hâkim ve savcının görevini kötüye kullandığının kesinleşmiş mahkûmiyet kararı ile tespit edilmiş olmasını şart koşarken⁴²; diğer görüş ise haklı olarak rücu için sadece ilgili suçtan mahkûm edilme kıstasının ele alınmasının doğru olmayacağı cezai sorumluluk ile hukuki sorumluluğun unsurlarının farklı olduğu belirtmektedir.⁴³ Nitekim hakimler ve savcıların tazminat sorumluluğuna ilişkin genel hüküm olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesi de ikinci fıkrasında hakimlere tazminat davasının açılmasının, hakime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamayacağını belirtmektedir.

Türk hukukunda hakimlerin vermiş oldukları kararlardan dolayı tazminat sorumluluğuna ilişkin bu bilgileri verdikten sonra hakimlerin vermiş oldukları kararlardan sorumluluğuna dair farklı bir sorumluluk rejimini benimsemiş olan Alman hukukundaki düzenlemelere ve yine Avrupa Konseyi'nin hakimlerin sorumluluğuna dair tavsiye kararlarına bakılması yerinde olacaktır.

⁴¹ Canoğlu, s.193.

⁴² Bu görüş için bkz. F. Yenisey/A. Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3. Bası, İstanbul 2015 s.497; D. Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2015,

⁴³ Canoğlu, s193.

B. Karşılaştırmalı hukuktan bir örnek: Alman Hukukunda hakimlerin mali sorumluluğu ve rücu

1949 tarihli Federal Alman Anayasası'nın (*Bonn Anayasası*) 34. maddesi kamu görevlilerine onların devleti uğratmış olduğu zararlardan ötürü rücu edilmesini düzenlemektedir.⁽⁴⁴⁾ Kamu görevlisi için düzenlenen bu husus, kamu görevi icra eden "herkesin" mali sorumluluğunu düzenliyor olup, bu hüküm yargıçları da kapsamaktadır.⁴⁵ Federal Alman Hukuku'nda yargıçların mali sorumluluğuna⁴⁶ dair özel bir hüküm bulunmayıp⁴⁷, memurların mali sorumluluğunu düzenleyen Medeni Kanun'un 839. maddesinin ikinci fıkrası, hakimlerin görevlerinden doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Buna göre eğer bir kamu görevlisi hukuki uyuşmazlıkta kendi yükümlülüklerini ihlal ederse ve bu ihlal bir zarara yol açıyorsa, bu ihlalden doğan zararlardan sorumludur. Ancak bu hüküm kural olarak görevin hukuka uygun reddi ya da gecikmesi durumlarında uygulanmamaktadır. Alman Federal İdare Mahkemesi Düzeninin (*Verwaltungsgerichtsordnung*) 40. maddesi ise kamu görevlilerine yapılacak rücu için açılacak davanın idari yargının görev alanında olduğunu düzenlemektedir.⁴⁸ Yine Almanya'nın federal yapısı sebebiyle

⁴⁴ Federal Alman Anayasası'nın kamu görevlilerine rücu edilmesini düzenleyen hükmünün resmi çevirisi şu şekildedir:

"Kamu hizmeti ile görevlendirilmiş bir kimsenin, üçüncü bir şahsa karşı, görevinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, sorumluluk ilke olarak, devlete veya hizmetinde bulunduğu kuruluşa aittir. Kast veya ağır ihmâl hallerinde, idarenin rücu hakkı saklıdır. Tazminat ve rücu haklarının kullanılması için adli yargı yolu kapatılamaz.

⁴⁵ Bkz. I.M.Killinger, Staatshaftung für rechtswidrige Untersuchungshaft in Deutschland und Österreich im Lichte von Art. 5 Abs. 5 EMRK, C.F. Müller Wissenschaft 2015, s.245. Aynı şekilde Antoni, Kommentar zu Art.34, in: Grundgesetz Kommentar (Ed: Hömig), s.323.

⁴⁶ Hakimlerin vermiş oldukları ceza sorumluluklarına ilişkin ise, Alman Ceza Kanununun 339. maddesi uyarınca hukuku kasten yanlış uyguladıkları (*Rechtsbeugung*) gerekçesiyle ceza mahkemesinde açılan dava ile yüzleşmeleri mümkündür. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Almanya'ya karşı vermiş olduğu bir ihlal kararını (Görgülü kararı) ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu karara yönelik almış olduğu geçici tedbir kararını uygulamayan Naumburg Eyalet Mahkemesi üyeleri hakkında Alman Ceza Kanununun 339. maddesi uyarınca hukuku kasten yanlış uyguladıkları (*Rechtsbeugung*) gerekçesiyle ceza mahkemesinde dava açılmış; ancak yargıçlar beraat etmişlerdir. Bu vakaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. A. M. Duygun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Federal Alman Anayasa Mahkemesi Önünde Bağlayıcılığı, Suç ve Ceza – Crimen E Poena, İstanbul 2018, Sayı 2, s.179-188.

⁴⁷ Killinger, s.245-246.

⁴⁸⁴⁸ Mahkemenin burada yaptığı yargılama sadece oluşan zarara ilişkin olup, Mahkeme'nin hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılması gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. Antoni, s.324 Knr.8.

federe devletlerde(eyaletler) ayırık bazı düzenlemelere de rastlamak mümkün olup; Federal Meclis'in (*Bundestag*) kamu görevlilerinin sorumluluğunu tek bir kanunda düzenleme yolundaki girişimi (*Staatshaftungsgesetz*) Federal Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı⁴⁹ sebebiyle başarısız olmuştur.⁵⁰

Yargıçların sorumluluğunun, diğer kamu görevlileri ile aynı olmadığını; Federal Anayasa'nın 97. maddesinde güvence altına alınan yargıç bağımsızlığının⁵¹, hakimlerin verdikleri kararlardan dolayı sorumlu tutulabilmesini oldukça sıkı koşullara bağladığını belirtmek gerekmektedir.⁵² Bu doğrultuda Alman Hakimler Yasasının (*Deutsches Richtergesetz-DRiG*). maddesi de hakimlerin üzerinde sadece düzene aykırı bir eyleminden dolayı denetim yapılabileceğini öngörmektedir. Diğer bir ifadeyle bu denetim, kararın sadece dışsal boyutuyla ilgilenmektedir.⁵³

Belirtilen bu temel ilkelerin hakimler açısından sonucu, hakimlerin sorumluluğuna ancak hâkime ağır kusurlar atfedilebilir ise ve bu kusurla oluşan zarar arasında nedensellik bağı mevcutsa gidilebileceğidir.⁵⁴ Bu ağır kusur içinde ya kast ya da ağır bir ihmalin varlığı aranmaktadır.⁵⁵ Öyle ki hakimlerin mali sorumluluğuna ilişkin aranan unsurların, Alman Ceza Kanununun 339. maddesi uyarınca hakimnin hukuku kasten yanlış uygulamasını suç olarak öngören

⁴⁹ BVerfGE 61,149.

⁵⁰ Eski Doğu Almanya olarak bilinen Alman Demokratik Cumhuriyeti'nde ise yeknesak bir Devlet Sorumluluk Kanunu bulunmaktaydı ve İki Almanya'nın Birleşmesi sonrasında yargıçların mali sorumluluğu bu kanuna göre yürütülmüştü. Bkz. Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar(ed:Berger/Budzikiewicz/Mansel/Stadler/Stürner/Teichmann), C.H. Beck, 16. Auflage, s.1401.

⁵¹ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Almanya'da yargıç bağımsızlığını ortaya koyan temel kararları için bkz. BVerfGE 12,81; BVerfGE 26,186, BVerfGE 38,1, BVerfGE 56,146.

⁵² Antoni, s.324 Knr.6 Bu noktada yargıç bağımsızlığına ilişkin bkz. H.J. Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, s.1089.vd.

⁵³ P.Badura,Staatsrecht, Beck Verlag, München 2012, s.752.

⁵⁴ Antoni, s.323 Knr.5. Ayrıca Federal Mahkeme'nin (Yargıtay) bu husustaki içtihadı için bkz. BGH NJW 2003, 3052.

⁵⁵ Bu alandaki yargı içtihatları için bkz. OLG München, Beschl. v. 25.11.2011, Az. 1 W 2105/11; OLG München, Beschl. V. 16.09.2010, Az. 1 U 2562/10.

(*Rechtsbeugung*) suç tipi için aranacak unsurlarla eşdeğer olduğu savunulmuştur.⁵⁶

Hakimin sorumluluğu medeni hukukta örneğin yargılamanın oldukça uzun sürmesi⁵⁷ gibi bir sorunda ortaya çıkabilmekteyken⁵⁸, ceza yargılamasında ise gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında yargıcın önüne gelen vakada gerekli incelemeyi yapmaması sonucu farklı biçimlerde meydana gelebilir. Ceza yargılamasında alınan tedbirler temel hak ve özgürlüklere yoğun biçimde müdahale ettiğinden, burada ortaya konan kriterlerin oldukça çetin olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹ Örneğin soruşturma aşamasında ceza hakimi önüne gelen yakalama kararına ilişkin ilişkin şüphenin varlığına bakmaksızın karar veriyorsa⁶⁰, yahut teknik araçlarla takip için yasal koşulların varlığını incelemeksizin tedbire hükmediyorsa⁶¹, burada hakim açısından göreve ilişkin yükümlülüğünün ihlali söz konusudur. Özellikle doktrinde acil karar verilmesini gerektiren hallerde yargıcın ya hiç inceleme yapmayarak ya da yüzeysel bir inceleme yaparak “savcıların noteri” gibi görev yaptıkları eleştirisi getirilmekte; bu durumda mutlaka kapsamlı bir inceleme yapmanın hakimlerin en önemli görevleri olduğu; aksi durumda hakimlerin sorumluluğuna gidileceği belirtilmektedir. Ancak bunun dışında kural olarak yargıcın takdir yetkisini keyfi olmayan biçimde kullanması ise onun mali sorumluluğunu doğurmamaktadır.

Medeni Kanun’un kamu görevlilerinin mali sorumluluğuna ilişkin 839. maddesinin son fıkrası da burada anılmalıdır. Buna göre eğer zararı giderebilecek

⁵⁶ Killinger, s.247.

⁵⁷ Burada uzun yargılamanın meşru kılınamayacak ölçüde olması aranmaktadır. Burada yargılamanın uzun sürmesinin meşru olmadığını ispat yükü davacıdadır. Bkz. Teichmann, s.1407.

⁵⁸ Bkz. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. April 2011- 1 BvR 3007/07 -, Rn. (1-29),

⁵⁹ Killinger, s.246.

⁶⁰ Bu alandaki bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGHZ 27, 338, 348

⁶¹ BGH NJW 2003, s.3693.

başka bir hukuk yolu varsa bu yolu gidermeden kamu görevlilerinin mali sorumluluğuna gidilemez.⁶²

Uygulamada ilginç bir durum ise yargıçların çoğunun görevlerinin başında görevlerinden kaynaklı bu zarara karşı “Kamu görevi sorumluluğu sigortası” (*Amtshaftspflichtversicherung*) adı verilen bir sigortayı yaptırıyor olmasıdır.⁶³ Kamu görevlisine ya da yargıçlara ilişkin rücuda vazgeçilmesi hususunda ise yetkili makamların/amir(*Dienstherr*) takdir yetkisi ancak çok sınırlı durumlarda söz konusu olabilmektedir.⁶⁴

Özetle Federal Almanya’da yargıçların hukuki sorumluluğu sadece hâkimin hukuku kasten yahut ağır ihmal sonucu yanlış uygulaması sonucu doğmaktadır. Bunun dışında hâkimin hukuki sorumluluğuna gidilmesi ise yargı bağımsızlığının ihlali anlamına gelecektir.

C. Avrupa Konseyi’nin tavsiye kararları uyarınca hakimlerin hukuki sorumluluğu

Avrupa Konseyi de hakimlerin hukuki sorumluluğu için öncelikle Devlet’e karşı dava açılmasını; sonrasında ise Devlet’in hakimlere rücu etmesini tavsiye etmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 2010 tarihli Yargıçların Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumluluğu Hakkında Tavsiye Kararı⁶⁵ da 65. maddesinde yargıçların vermiş oldukları kararlar, yapmış oldukları yorumlar yahut delil değerlendirmelerinden ağır ihmal ya da kast olmadıkça sorumlu tutulamayacaklarını düzenlemektedir. Aynı Karar’ın 66. maddesi ise yargı

⁶² Örnekler için bkz. Teichmann, s.1406.

⁶³ Killinger, s. 247.

⁶⁴ Killinger, s247.

⁶⁵ Bu karara ulaşmak için bkz.

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805afb78 (Erişim tarihi:19.09.2019)

faaliyeti nedeniyle hakimın hukuki sorumluluğuna ilişkin sadece devletin gidebileceğini vurgulamaktadır.

D. Sonuç

Anayasa'nın 138 ve 139. maddelerinde düzenlenen yargıç bağımsızlığı ve hakimlik teminatının gereği olarak ilkeleri gereğince Türk hukukunda hakim ve savcılarının görevine ilişkin kusurlarından kaynaklı tazminat sorumluluğu, memur ve diğer kamu görevlileri için öngörülenden farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu yönüyle Türk hukuku, hakim ve savcılarının hukuki sorumluluğunu memur ve diğer kamu görevlileri ile aynı rejime tabi tutan Alman modelinden ayrılmaktadır. Ancak Türk hukukunda da hakim ve savcılarının göreviyle ilgili kusurlarından dolayı tazminata mahkum edilmesi için tıpkı Alman hukukunda olduğu üzere hakimın ağır kusuru veya kastı aranmaktadır.⁶⁶

Bu noktada Türkiye'de kanun koyucunun özellikle yargıçların vermiş oldukları kararlardan dolayı sıklıkla tazminat davalarıyla karşı karşıya gelmelerini engellemek istediği ve bu sebeple tazminat davası açılmasını belirli sebeplerle sınırlayıp, davanın kaybedilmesi durumunda ise davacıya para cezasına hükmedilmesi gibi caydırıcı hükümler öngördüğü görülmektedir. Her ne kadar bu hükümler bir anayasal değer olarak yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlama yönünde meşru bir amaç gtse de bu yönüyle kişilerin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetini ve 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkını ihlal etmektedir. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hakimın hukuki sorumluluğuna ilişkin 46. maddesi ve 47. maddesi değiştirilerek hukuk devleti için sakıncalı bu hükümler düzeltilmelidir. Aynı şekilde hakim ve savcılarının hukuka aykırı şekilde başvurulmuş koruma tedbirleri nedeniyle tazminat sorumluluğunu düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun

⁶⁶ Karademir, s.261.

141. maddesindeki belirsizlikler ortadan kaldırılmalı, bu madde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tazminat için kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı aramayan düzenlemesi ile koşut şekilde değiştirilmelidir.

IV- Sulh Ceza Hakimliklerinin Mevcut Durumunun Yarattığı Sorunlar ve Değiştirilme Mecburiyeti ⁶⁷

A. Yasal altyapı

16.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı ‘Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 48. maddesi ile, 5235 Sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 10. maddesi yeniden düzenlenerek, Sulh Ceza Mahkemeleri kaldırıldı ve Sulh Ceza Hakimlikleri kuruldu. 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun 10. maddesi:

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla Sulh Ceza Hakimliği kurulmuştur.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla Sulh Ceza Hakimliği kurulabilir. Bu durumda Sulh Ceza Hakimlikleri numaralandırılır. Müstakilen Sulh Ceza Hakimliğinde görevlendirilen hakimler, adli yargı adalet komisyonlarınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Sulh Ceza Hakimliğinde bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel bulunur.

Sulh Ceza Hakimliği, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

⁶⁷ Dr. Murat Önok, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sulh Ceza Hakimliği bulundukları il veya ilçenin adı ile anılır.

Sulh Ceza Hakimliğinin yargı çevresi, bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır.

Ağır Ceza Mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan Sulh Ceza Hakimliğinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir Sulh Ceza Hakimliğinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.”

6545 Sayılı Kanunun 84. maddesi ile, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 6- (1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte Sulh Ceza Mahkemeleri kaldırılmıştır.

(2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yirmi gün içinde Sulh Ceza Hakimlikleri kurulur.

(3) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, Sulh Ceza Mahkemelerinde görülmekte olan dava dosyaları bir ay içinde yetkili asliye ceza mahkemelerine devredilir.

(4) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, kaldırılan Sulh Ceza Mahkemelerinde görülmekte olan işlerden, sulh ceza hâkimliğince bakılması gerekenler, Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasından itibaren on beş gün içinde yetkili Sulh Ceza Hakimliğine devredilir.

(5) Kaldırılan Sulh Ceza Mahkemelerinde görev yapan hakimler Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasından itibaren on beş gün içinde müktesepi dikkate alınarak uygun görülecek bir göreve atanır veya yetkilendirilirler.

(6) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, Sulh Ceza Mahkemelerince verilen kararlardan Yargıtay incelemesinde olanlar hakkında sadece görev nedeniyle bozma kararı verilemez.

(7) Sulh Ceza Hakimlikleri faaliyete geçirilinceye kadar, Sulh Ceza Mahkemelerinin görev alanına giren her türlü kararı vermeye kaldırılan Sulh Ceza Mahkemeleri yetkilidir. Kaldırılan mahkemelerde bulunan ve kesinleşen dosyalara ait arşiv ve emanetler ile diğer evrak ve dokümanlar Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek mahkeme veya mahkemelere ya da hâkimliklere devredilir ve müteakip işlem ve talepler bu mahkemelerce veya hâkimliklerce yerine getirilir veya karara bağlanır.”

Özetle: 6545 sayılı Kanun, kaldırılan Sulh Ceza Mahkemelerinin yargılamaya ilişkin görevlerini Asliye Ceza Mahkemelerine; arama, yakalama, tutuklama kararı verme gibi soruşturma işlemlerine ilişkin diğer görev ve yetkilerini ise, yeni kurulan Sulh Ceza Hakimliklerine vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, Ocak 2015’in ikinci haftasında, bireysel başvuru yoluyla, 6545 sayılı Kanun madde 48 ve madde 74’ün Anayasaya aykırılığına dair itirazı reddetti. Bu, usulden verilen bir red kararıydı, zira bireysel başvuruda Anayasa’ya aykırılık görüşmesi zaten yapılamaz.

Buna karşılık, Eskişehir 1. Sulh Ceza Hakiminin somut norm denetimi yoluyla yaptığı başvuru da, Anayasa Mahkemesi’nin 14.1.2015 tarihli toplantısında

reddedildi⁶⁸ 5235 sayılı Kanunun Sulh Ceza Hakimliklerinin kuruluşunu düzenleyen 10. maddesine yönelik iptal istemi oybirliğiyle, itiraz usulünü düzenleyen CMK madde 268/3-a,b hükümlerinin iptal istemi ise oyçokluğuyla reddedildi.

Nihayet, CHP milletvekilleri tarafından soyut norm denetimi yoluyla, CMK madde 173'te düzenlenen "kovuşturma davası"na dair değişikliğe ilişkin yapılan başvuru da reddedilmiştir.

Tarihi gelişim içerisinde, Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulması, CMK madde 250 ile özel yetili Ağır Ceza Mahkemelerinin kapatılma nedenleriyle de bağlantılıdır. Doktrinde ve uygulamada söz konusu mahkemelere şu eleştiriler getirilmişti:

Temel hak ve özgürlüklere aykırı uygulamalar içinde olmaları;

Tabii hakim ilkesine aykırı olmaları;

Siyasallaşmaları ve belirli bir güç odağının etkisi altında oldukları (TBMM'nin bu mahkemeleri kaldırırken bunların "antidemokratik" olduklarını deklare ettiğini hatırlatalım).

Ne var ki, Sulh Ceza Hakimlikleri kurulurken kamuoyundaki kaygı, başka bir güç odağının, iktidarın özel yetkili organları olma potansiyelleriydi!

Metin Feyzioğlu şöyle demiştir: "Devletler çeşitli sistemler benimseyip asliye-ağır ceza ikiliği getirebilirler, Sulh Ceza Mahkemelerini kaldırıp sadece hakimlik makamı görevleriyle sınırlı tutabilirler. Fakat bunu bilimsel olarak tartışsınız ve doğru ise yaparsınız. Günlük siyasi kaygılarla ve kendini koruma refleksiyle doğruya ulaşılmaz, üstün kamu menfaati var mı, ona bakılır."

⁶⁸ Esas Sayısı: 2014/146, Karar Sayısı : 2015/31, Karar Tarihi : 19.3.2015 (13.6.2015 tarihli ve 29385 sayılı Resmi Gazete).

Ne var ki, bilimsel bir tartışma ortamı olmadan; toplumdaki paydaşların görüşü de alınmadan Sulh Ceza Hakimlikleri kurulmuştur. Prof.Dr. Timur Demirbaş’a göre; 17-25 Aralık operasyonları sonrasında, dönemin Başbakanının “bir projemiz var” dedikten sonra bu organların ortaya çıkması, hakim bağımsızlığı açısından görünüşte kuşku yaratmaktadır. Keza, CMK’nin belki de baş mimarı olan Prof. Dr. Bahri Öztürk adalet bakanlığı heyetine bu girişimin çok yanlış olacağını anlatmıştır.

Dolayısıyla, Sulh Ceza Hakimliklerinin, bilimsel düzeyde yapılan demokratik tartışmalar sonucunda tespit edilen gerçek bir kamusal ihtiyaca binaen kurulduklarını söylemek mümkün gözüküyor.

B. Türkiye’nin sorgu hakimliği tarihçesi ve Fransa örneği

Osmanlı döneminden gelen sorgu hakimliği, 1985 yılında Alman sistemine uymak için kaldırılmıştır⁶⁹. Müstantik hakimi denilen bu kişilerin tüm uzmanlığı, bugünkü ifade ile, sanığın sorgusuydu. Fakat bu kişilerin statüsü, hakimlikle eşit düzeyde görülüyordu. Hatta uygulamada, meslekte başarısız olan, disiplin cezası alanlar buraya atanıyordu. Zamanla bunlar kaldırıldı.

Buna karşılık, soruşturma evresinde Sulh Ceza Mahkemeleri bir nev’i özgürlükler hakimi olarak görev ifa etmeye başladılar. Bunların yerini ise, şimdi Sulh Ceza Hakimlikleri aldı.

Uygulamaya örnek olarak gösterilen Fransa’da, Haziran 2010 tarihinde değiştirilen CMK madde 137/1’de “tutuklama ve özgürlükler hakimi” diye bir kurum var. Fakat Fransa’da bu hakimlik görevini, Asliye Ceza Mahkemesi başkanının görevlendirmesiyle, Asliye Ceza Mahkemesi üyelerinden biri ifa eder.

⁶⁹ 21.5.1986 tarih ve 3206 sayılı Kanun. Sorgu hakimliğinin davayı uzattığı ve adaletin gecikerek tahakkukuna neden oldukları gerekçesine dayanılmıştır

Zira, daha tecrübeli ve etkilenmeyecek olan bir kişiye bu görev yaptırılmak istenmiştir. Sorgu/soruşturma hakimi ise, ayrıca vardır ve davanın açılıp açılmamasına karar verir. Bu hakim, gerektiğinde, Cumhurbaşkanı dahil, herkesi sorgular. Fakat tutuklama kararını, daha tecrübeli görülen Asliye Ceza Mahkemesi hakimisi verir.

Görüldüğü gibi, bu ikili sistemle savcıya verilen yetki önemli ölçüde kısıtlanmıştır. Öte yandan, sorgu hakiminin hem ithamcı hem hakim olması tereddütlü bir statü yaratıyordu. Bunun içindir ki, “tutuklama ve özgürlükler hakimi”, ikinci bir denetim yapmak üzere devreye girmiştir; maksat, bu soruşturma hakiminin işlemlerini denetlemek ve gücünü azalmaktı. Özgürlükler hakimi sadece tutuklama hakkında karar vermekte olup diğer koruma tedbirleri sorgu hakiminin yetkisi kapsamındadır. Özetle, Fransa’daki sistemle bizim Sulh Ceza Hakimlikleri çok farklıdır.

C. Sulh Ceza Hakimliklerinin kuruluş amaçları

6545 sayılı Kanun’nun Genel Gerekçesi

- Yargılama faaliyeti yapan ilk derece ceza mahkemeleri arasında Sulh Ceza Mahkemesi, Asliye Ceza Mahkemesi ayırımının olması, bu mahkemeler arasında sık sık görev uyuşmazlığı sorununu gündeme getirmektedir. Sulh Ceza Mahkemesi, Asliye Ceza Mahkemesi ayırımı hakimlerin yetkilerinin belirlenmesi konusunda da sorunlara yol açmakta, tayinlerden sonra ayrı bir yetki kararnamesi çıkıncaya kadar yargılama faaliyetlerinin aksamasına neden olabilmektedir.

- Ayrıca, mevcut sistemde, Sulh Ceza Mahkemelerinde yargılama faaliyeti yanında müteferrik işler başlığı altında görülen işlerin miktarının çok fazla olması, ancak bu işlerin hakimlerin terfilerinde dikkate alınmaması, bu işlerin önemsiz ya

da niteliksiz kabul edilerek yeterince hassas ve dikkatli inceleme yapılmamasına neden olduğu sık sık dile getirilmektedir.

- Koruma tedbirlerine ilişkin ihtisaslaşmasının sağlamak, temel hak ve hürriyetlerin daha etkin bir şekilde güvence altına almak ve yargılama faaliyetlerinin daha adil bir noktaya taşımak sulh ceza hakimliklerinin kurulma amacı ifade edilmiştir.

Madde Gerekçeleri;

Mevcut ceza muhakemesi sisteminde koruma tedbirlerine karar vermekle görevli müstakil bir hakimliğin bulunmaması pratikte birçok farklı uygulama ve aksaklıkların yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Koruma tedbirleri hakkında yetersiz gerekçeyle karar verilmesi; bu tür kararları veren mahkemeler arasında yeknesak bir uygulama bulunmaması; şüpheli hakkında tutuklama kararı veren hâkimin, dava açılması durumunda aynı dosya hakkında hüküm vermesi veya hükme katılması yoğun eleştirilere neden olmaktadır. Ayrıca, Sulh ve Asliye Ceza Mahkemeleri arasındaki görev ayırımının mahkemeler arasında adaletsiz bir iş dağılımına neden olduğu, bu bağlamda çalışma barışının zedelendiği, bu mahkemeler arasında verilen görevsizlik kararlarının yargılama sürecinin uzamasına sebebiyet verdiği, ayırımın hakimler arasında hiyerarşik bir algıya neden olduğu da ifade edilmektedir.

Bu düzenleme her şeyden önce bu işlemler konusunda bir uzmanlaşma ve uygulama birliği sağlayacaktır.

Bu düzenleme sonrasında zaman içinde Sulh Ceza Hakimliklerinin birbirleriyle olan etkileşimlerinin sağlanmasıyla birlikte koruma tedbirleri alanında verilen kararlarda ülke genelinde bir standart yakalanması amaçlanmaktadır.

CMK madde 268. maddesinin madde gerekçesi;

“Ceza Muhakemesi Kanununun 268’inci maddesinde değişiklik yapmak suretiyle, Sulh Ceza Hakimliğinin kararlarına karşı yapılacak itirazların da uzmanlaşma ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla Sulh Ceza Hakimliklerince incelenmesi sağlanmaktadır.”

D. Sulh Ceza Hakimliklerinin olumlu yönleri

1. Sadece soruşturma işlemlerinde uzmanlaşmış hakimliklerin kurulması fikri, olumludur.

Sulh Ceza Mahkemelerinin esas görevi olarak algıladıkları dava dosyaları yanında, koruma tedbirlerine ilişkin sayısız talebi karara bağlama görevleri vardı. Koruma tedbirlerine ilişkin kararlar “işten sayılmayan”, “angarya” veya “tali” işlerden olarak görölmekteydi.

Keza, eski koşullarda, Sulh Ceza Mahkemesinin sorgu için gelen bir dosyaya hazırlanması neredeyse imkansızdı. Hele bazen sevk maddesi bile olmayan, çuvalar dolusu belge içeren dosya nöbetçi Sulh Ceza Hakiminin önüne konup çok kısa süre içerisinde karar vermesi isteniyordu. Bu kararlar da gerekçeli olamıyordu. Hatta nöbet esasına göre yürütölen işlerde, bazen hukuk hakimlerinin koruma tedbirleri hakkında karar vermesi gerekiyordu.

2. Sulh Ceza Hakimlerinin kovuşturmada görev yapmayacak olmaları da bir güvencedir.

Aslında CMK madde 23/2’e göre “Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.” Ne var ki, Fakat CMK Uygulama Kanunu madde 11, bunu CMK madde 163’teki hallerle, yani “soruşturmanın sulh ceza hakimi tarafından yapılması” durumuyla sınırlandırmıştı.

3. 5237 sayılı Kanun ile kabahat-cürüm ayırımına son verilmiştir.

Eski Türk Ceza Kanunu döneminde Sulh Ceza Mahkemeleri genellikle kabahatlere bakarlardı ve bunların uygulanmasına dair kurallar ve yaptırımlar özellik arz ederdi. Yusuf Solmaz Balo'ya göre, yeni Türk Ceza Kanunu'nda cürüm-kabahat ayırımına son verildiğine göre, Sulh Ceza Mahkemelerine gerek de kalmamıştır.

E. Sulh Ceza Hakimliklerinin eleştiriye açık yönleri

1. Tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin kaygılar

16.7.2014 tarihli HSYK 1.Dairesi kararıyla Sulh Ceza Hakimlikleri kuruldu:

Bakırköy Adliyesi'nde 5, Büyükçekmece Adliyesi'nde 2, Küçükçekmece Adliyesi'nde 2, İstanbul Adliyesi'nde 6, Gaziosmanpaşa Adliyesi'nde 1, İstanbul Anadolu Adliyesi'nde 7, geriye kalan 6 adliyede 1 tane olmak üzere, toplam 29 tane Sulh Ceza Hakimliği kuruldu. Elbette yıllar içerisinde toplam sayıda önemli artış oldu. Fakat yine de, kuruluş dönemi itibarıyla İstanbul Adliyesinde 38 Sulh Ceza Mahkemesi varken, Sulh Ceza Hakimliği sayısı bunun çok altında kaldı.

Keza büyük illerde pek çok Sulh Ceza Mahkemesi vardı. Yürütülen soruşturmada koruma tedbirlerine ilişkin kararların o günkü nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesinden talep edilmesi gerekliydi. Kemal Gözler'in tespit ettiği üzere; o gün nöbetçi olan Sulh Ceza Mahkemesindeki hakim, o olay için atanmış veya nöbet görevi o olay için belirlenmiş bir hakim değildi (en azından hukuki olarak). Bu taleplerin, soruşturma dosyasının numarasına göre UYAP üzerinde dağıtılmasında da aynı güvence söz konusudur. Oysa şimdi, belirli kararların tümünü özellikle seçilmiş belirli isimler verecektir.

Örneğin, İstanbul Adliyesi'nde, eskiden 38 Sulh Ceza Hakiminden birinin verdiği karara itiraz, 55 Asliye Ceza Mahkemesi hakiminden birine – nöbet sırasına göre

– düşüyordu. Şimdi bu kararlar, 93 hakimlik değil, çok daha dar bir havuz içerisinde verilmektedir. Timur Demirbaş’a göre, bu durum hakim tarafsızlığına aykırılık riski doğurmaktadır. Kanaatimizce de, hakim görünüşte/objektif tarafsızlığına dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları gözetildiğinde, bu uyarıda haklılık payı yüksektir. Hatta, görev tanımları gereği Sulh Ceza Hakimlikleri kolluk ile sürekli yakın ilişki içinde olacaklarından, bundan doğacak sübjektiflik riski de göz ardı edilmemelidir.

2. Yeni Sulh Ceza Hakimlikleri, doğal yargıç ilkesi açısından birçok şüpheyi açmıştır.

“Kanunî hakim” veya “olağan hakim” ilkesi de denenen “tabî hakim (doğal yargıç)” ilkesi, bir uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hakim, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olmasını öngören bir ilkedir.

“Tabî mahkeme (olağan mahkeme)”, olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluşu bakımından ilgisi olmayan mahkeme demektir.

Oysa Sulh Ceza Hakimliklerinin kuruluşu, o dönemki bazı güncel olaylarla yakından bağlantılı gözükmemektedir.

Asıl konu, Sulh Ceza Hakimlerinin tarafsız ve bağımsız nitelikte olup olmadığıdır. *Metin Feyzioğlu* vaktinde şu soruyu sormuştur: Her ilde az sayıda atanmış bu hakimler (toplam sayıları başta 111 idi) siyasal iktidarın etkisinde mi çalışacaklar?

İlk emareler soruyu haklı çıkarır nitelikteydi; zira İstanbul Adliyesi’ne atanan 6 hakimden 3’ünün geçmiş kararları kamuoyunda siyasi ve hukuki olarak çok tartışılmıştı. Doktrinde, hakimliklerin kurulmasından sonraki uygulamaların tabii hakim ilkesini ihlal ettiği izlenimi yarattığı ifade edilmişti⁷⁰. Getirilen itiraz sistemi

⁷⁰ Veli Özer Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, s. 121

bakımından doğal hakim güvencesine aykırılık olduğu savını öne sürerek CHP milletvekillerinin yaptığı başvuruda şunlar öne sürülmüştür:

“5271 sayılı Kanunun 173. maddesinin birinci fıkrasında 6545 sayılı Kanunun 71. maddesiyle yapılan değişikliğe göre, yukarıda da belirtildiği gibi, suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı Ağır Ceza Mahkemesinin bulunduğu yerdeki Sulh Ceza Hakimliğine itiraz edebilir. Her ne kadar, Kural bu başvuruyu “itiraz” olarak nitelendirmekte ise de, esasen, bu bir “itiraz” değildir. Zira, itiraz, ancak yargılama makamının kararına karşı başvurulabilen bir “kanun yolu”dur (Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, sh.800; Toroslu-Feyzioğlu, a.g.e., sh.266*). Oysa, burada, Cumhuriyet savcısının verdiği idarî nitelikte olan, kesin hüküm hâlini almayan bir kararı (kovuşturmaya yer olmadığına dair karar / kovuşturmama kararı) söz konusudur. Dolayısı ile, bu karara karşı (öncesinde en yakın ağır ceza mahkemesine yapılan, şimdi ise aynı yerdeki sulh ceza hâkimliğine yapılacak olan) başvuru, kamu davasının açılıp açılmaması konusundaki uyuşmazlığın çözümü için yargılama makamına yapılan başvuru niteliğinde olduğundan “tâlî bir ceza davası”dır ve buna “kovuşturma davası” adı da verilmektedir (Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c.II, İstanbul, 1976, sh.64; Kunter, a.g.e., sh.800-801; Toroslu-Feyzioğlu, a.g.e., sh.266*).

Bu açıdan bakıldığında, kovuşturmaya yer olmadığına dair karara/kovuşturmama kararına karşı suçtan zarar gören tarafından yapılacak olan başvuru, idarî nitelikteki bu kararın yargısal denetimini gerektirdiğine göre, Anayasamızın “Kanunî hâkim güvencesi” kenar başlıklı 37. maddesinde somutlaşan “tabîî hâkim ilkesi” gereği, bu denetimin yargılama/muhakeme görevi yapan makamlarca

yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır. Nitekim, 5271 sayılı Kanunun 173. maddesinde 6545 sayılı Kanunun 71. maddesiyle yapılan değişiklikten önce kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı itiraz mercii, başka bir deyişle “yargısal” denetim makamı, “tabîî hâkim ilkesi” gereği, bir yargılama makamına (Ağır Ceza Mahkemesine) ait idi. Oysa, 5271 sayılı Kanunun 173. maddesinde 6545 sayılı Kanunun 71. maddesiyle yapılan dava konusu değişiklikten sonra, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı itiraz mercii, başka bir deyişle “kovuşturma davası”na bakacak olan makam, bir yargılama makamından (Ağır Ceza Mahkemesinden) alınmakta ve yargılama / muhakeme yapma hakkına ve yetkisine sahip olmayan başka bir makama (Sulh Ceza Hakimliğine) verilmektedir. İşte, yargılama yapma hakkına ve yetkisine sahip bir yargılama makamı tarafından bakılması gereken bir davanın (somut olayda, “kovuşturma davası”nın) o makamdaki (Ağır Ceza Mahkemesinden) alınarak, yargılama yapabilme yetkisine sahip olmayan başka bir makama (Sulh Ceza Hakimliğine) verilmesi, Anayasanın “Kanunî hakim güvencesi” kenar başlıklı 37. maddesinde ifadesini bulan “tabîî hâkim ilkesi”ne açıkça aykırıdır.”

“Başka bir deyişle, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veren Cumhuriyet savcısı ile, bu kararı itiraz mercii olarak inceleyecek olan hakim (Sulh Ceza hakimi), bundan böyle, aynı yargı çevresinde (daha açık bir söyleyişle, muhtemelen aynı adliyede) görev yapıyor olacaktır.

Şüphesiz, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veren Cumhuriyet savcısı ile olası bir itiraz üzerine bu kararı inceleyecek olan hakimin (Sulh Ceza Hakiminin) aynı yerde, özellikle aynı adliye binasında, -deyim yerinde ise- “aynı çatı altında” görev yapıyor olmalarının, itiraz merciiinin (yargısal denetim makamının) her türlü etkiden uzak, sağlıklı ve tarafsız inceleme yapabilmesi bakımından birtakım sakıncaları vardır”.

Anayasa Mahkemesi, bu itirazları da kısa gerekçelerle reddetmiştir:

“Kanun koyucunun mahkemelerin görev, yetki ve yargılama usullerini belirleme yetkisi kapsamında, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara karşı itiraz mercii olarak Sulh Ceza Hakimliklerini yetkili kılması takdir yetkisi kapsamında olup kurallarda hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.”

“Mahkemelere verilen görev ve yetkileri kullanan hakimlerin tarafsızlığı, bağımsızlığı, Anayasa ve kanunlara bağlılıkları açısından aralarında bir farklılığın bulunduğu kabul edilemez (Anayasa Mahkemesinin 4.7.2013 tarihli ve E.2012/100, K.2013/84 sayılı kararı). Sulh ceza hakimleri de diğer tüm hakimler gibi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanmakta ve Anayasa’nın 139. maddesinde öngörülen hakimlik teminatına sahip bulunmaktadır. Bu çerçevede, Sulh Ceza Hakiminin, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların denetimini Ağır Ceza Mahkemelerine nazaran daha etkisiz şekilde yapacağına veya Sulh Ceza Hakiminin, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı veren Cumhuriyet savcısıyla aynı mahalde görev yapması nedeniyle etkisi altında kalabileceğine yönelik iddiaların anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır”.

Bugünkü durum itibariyle, bu başlık altındaki eleştiri geçmişe ait olarak düşünülebilir. Fakat Sulh Ceza Hakimliklerinin kararları AİHM içtihatlarında öngörülen standartların altında kaldığı sürece, tarafsızlık ve bağımsızlık eleştirileriyle birlikte bu husustaki itirazlar artarak sürecektir.

3. Çok temel bir sorun: “kapalı devre” işleyiş!

6545 sayılı kanun ile değişik CMK madde 268/3 hükmüne göre “Sulh Ceza Hakimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla Sulh Ceza Hakimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hakimlik için bir numaralı hakimliğe; Ağır Ceza Mahkemesinin

bulunmadığı yerlerde tek Sulh Ceza Hakimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı Ağır Ceza Mahkemesinin bulunduğu yerdeki Sulh Ceza Hakimliğine; Ağır Ceza Mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek Sulh Ceza Hakimliği varsa, en yakın Ağır Ceza Mahkemesinin bulunduğu yerdeki Sulh Ceza Hakimliğine aittir.”

1 ve 2 no.lu başlık altındaki eleştirileri takviye eden çok önemli bir husus, itiraz yolunun ruhuna aykırı olarak, yatay bir inceleme sisteminin getirilmiş olmasıdır. Denilebilir ki, itirazları, aynı nitelikte ve derecede bir hakimin incelemesi kabul edilemez; daha üst ve başka bir mercie bu yetki tanınmalıdır⁷¹. Mevcut sistem, itiraz kanun yolunun ruhuna aykırıdır⁷². Doktrinde de, 268/3 hükmünün Anayasa madde 36’ya aykırı olduğu; kanunyolu muhakemesinin temel amacının, bir mahkemece verilen kararın bir başka mahkeme tarafından gözden geçirilmesini sağlamak olduğu; yapılan düzenlemenin “başka bir mahkeme” şartını sağlamaktan uzak olduğu ifade edilmiştir⁷³.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi’ne göre:

“İtiraz konusu kuralla, Sulh Ceza Hakimliklerince verilecek olan kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabileceği belirtilerek kişilere kanun yoluna başvurma hakkı tanınmış ve itirazı incelemeye yetkili merciler gösterilmiştir. Sulh Ceza Hakimliklerince verilen kararlara karşı yapılan itirazların yüksek görevli veya bir diğer mahkemece incelenmesini gerektiren anayasal bir norm bulunmamaktadır. Ceza yargılama usulündeki kanun yolunda temel ilke, cezai nitelikte kararların ilk kararı veren mahkemeden bağımsız ve ayrı bir merci tarafından etkili bir şekilde denetlenmesi olup bu merciin yüksek görevli veya üst düzeyde bir merci olması zorunlu değildir (...)

⁷¹ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, s. 888.

⁷² Aynı yönde Centel/Zafer, 11. Bası, s. V.

⁷³ Özbek ve diğerleri, 7. Baskı, s. 809.

Dolayısıyla kanun yolu mercii ile ilgili düzenlemenin Anayasa ve ceza muhakemesi hukuku ilkelerine aykırı olduğu söylenemez. Anayasallık denetiminde kanun koyucunun kanun yolu yöntemi ve merciinin belirlenmesi hususundaki takdir yetkisi, ancak kamu yararı amacının var olup olmamasıyla sınırlı olarak incelenebilir. Başka bir ifadeyle, düzenlemenin yerindeliğinin incelenmesi mümkün olmadığı gibi, itiraz konusu kural bakımından, benimsenen itiraz yönteminin isabet derecesi ile ceza yargılaması hukukunun amaçlarına ne derecede uyduğu hususu denetlenemez. Müstakilen bu işle görevlendirilmeleri nedeniyle koruma tedbirleri konusunda ihtisas kazanacağı değerlendirilen Sulh Ceza Hakimlerinin kararlarına itirazın da diğer bir Sulh Ceza Hakimine yapılması yönteminin öngörülmesinde kamu yararı amacına dayanıldığı anlaşılmaktadır.”

Her ne kadar AYM böyle demiş olsa da, itiraz yolunun etkisiz olduğunu basit bir istatistiki çalışma ile Adalet Bakanlığı’nın da kolaylıkla tespit etmesi mümkün olacaktır: bugüne kadar yapılan tüm itirazların yüzde kaç sonuç vermiştir?

Belirtelim ki, eski kanun döneminde de itiraz yolu, etkisiz idi. Bunun nedenleri:

Dosyanın “esas sahibi” olan Mahkemenin zaten içeriğine daha iyi vâkıf olacağı, itirazı ele alan Mahkemenin daha iyi değerlendirme yapacak durumda olmadığı inancı;

Başka bir Mahkemenin tutuklama kararını kaldırmanın “mesleki nezakete” uygun düşmeyebileceği kaygısı ve hatta bu durumda diğer mahkemelerin de kendilerine aynı şekilde yaklaşabileceği düşüncesi.

Ne yazık ki, Sulh Ceza Hakimliği sistemindeki itiraz sistemi daha da kötü olmuştur. Kararı veren merci ile itirazı karara bağlayacak merci birbirine, gerek görev gerekse fiziksel anlamda, daha yakındır.

Kaldı ki, Türkiye'nin "özel mahkemeler" tarihçesine bakıldığı vakit, kapalı devre sistemin sürekli uygulandığı ve bu esasa göre çalışan sistemlerin hep başarısız olduğu görülmektedir:

Devlet Güvenlik Mahkemelerinde soruşturma evresine ilişkin kararları yedek üye verirdi; onun kararına karşı itiraz mercii, mahkemenin kendisiydi.

AİHM içtihatları sonucu DGM'ler kaldırıldı ama yerlerine CMK madde 250 ile özel yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri geldi. Bunlarda, itiraz usulüne ilişkin özel düzenleme yoktu. Fakat itiraza mutlaka özel yetkili hakimin bakması gerektiği şeklinde bir uygulama yerleşti. Fahri Gökçen Taner'e göre; sanki burada da asın niyet, ihtisaslaşma bir yana, "mahkemeye yakın" birinin bu kararları vermesiydi⁷⁴. Yani, işlerin yine sayıca kısıtlı bir ekip içerisinde dönmesi sağlandı.

Bu sefer, Temmuz 2012'de 6352 sayılı Kanun ile, TMK madde 10 uyarınca terörle mücadelede özel görevli mahkemeler kuruldu. TMK kapsamındaki suçların soruşturulmasında koruma tedbirleri hakkında karar vermek üzere HSYK tarafından hakim görevlendirilmesi usulü, madde 10/3-c'de benimsendi. Kanunda böyle bir ifade yer almasa da, doktrinde buna "özgürlükler hakimi" veya "koruma tedbirleri hakimi" diyenler oldu. Yani, yine "özel yetkili" ve az sayıda kişilere görev verildi. 2014'te bu mahkemeler de kapatıldı.

6545 sayılı Kanun ile Haziran 2014'te Sulh Ceza Hakimlikleri getirildi. Temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendiren birtakım soruşturma işlemleri için yine az sayıda kişi özel olarak görevlendirildi. Sürekli aynı yöntemi deneyip farklı sonuç elde etmeyi ummak, akıllıca bir yol değildir!

⁷⁴ (FGT)

4. Sulh Ceza Hakimliklerinin mahkeme olarak öngörülmemelerine dair eleştiriler

Sulh Ceza Hakimliklerinin Anayasa madde 6 ve 9'a aykırı olduğu öne sürülmektedir⁷⁵. Anayasa madde 6/3'e göre, "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz":

Aslında, mahkeme dışında hakimliklerin de yargılama makamı olarak işlev görmesi mümkündür⁷⁶. Ne var ki, Anayasa madde 9'a göre, "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." Oysa, mahkeme olmayan Sulh Ceza Hakimliklerine bazı yargısal yetkiler verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itirazda ve kararda bu hususa değinilmemiştir.

5.Esas Değerlendirme: Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmaları ile maksut gaye gerçekleşebilecek mi?

Bu noktada, 6545 sayılı Kanunun hangi ihtiyaca cevaben çıkarıldığına önce bakılmalı; daha sonra da, mevcut düzenin bu ihtiyaca ne ölçüde cevap verdiği incelenmelidir.

a)Sulh ceza mahkemesi hakimi olarak görev yapmanın yarattığı mesleki rahatsızlık

Prof. Dr. Durmuş Tezcan'ın bir konferansta aktardığına göre, Sulh Ceza Mahkemesi hakimleri, en az Asliye Ceza Mahkemesi hakimleri kadar tecrübeli olduklarını ve Sulh Ceza hakimi sıfatının kendilerini rahatsız ettiğini ifade etmekteydiler. Aslında kanun gerekçesinde de bu hususa işaret edilmiştir.

⁷⁵ Özbek ve diğerleri, 7. Baskı, s. 120.

⁷⁶ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, s. 136

Fakat bu kişiler Sulh Ceza Mahkemesi hakimi yerine Sulh Ceza hakimine dönüşünce, herhalde bu sıkıntı denecek değildir. Bilakis, artık bir mahkemede bile görevli değildirler!

Bu açıdan bakıldığında, bu ilk gerekçenin Sulh Ceza Hakimliklerinin kuruluşuyla gerçekleşmediği söylenebilir.

b) Temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından ihtisaslaşma gerekçesi.

aa) Sulh Ceza Hakimliklerinin bugüne kadarki işleyişine bakıldığı zaman, verdikleri sayısız kararın ulusal ve uluslararası alanda çok ciddi eleştiriye uğradığı herkesin malumudur. Bu eleştiriler hem siyasi hem de akademik çevrelerden gelmiştir.

Sadece birkaç örnek vermek gerekirse, Dr. Kerem Altıparmak'ın verdiği bilgiye göre, Gölbaşı Sulh Ceza Hakimliği, (o dönemki adıyla) TİB'den gelen 1500 engelleme talebinin tamamına onay vermiştir.

Keza, yapılan bütün uyarılara rağmen, birçok Sulh Ceza hakimi, 5187 sayılı Basın Kanununun madde 3/2 hükmüne dayanarak YAYIN YASAĞI KONULMASINA karar vermiştir. Oysa anılan hükümde Sulh Ceza hakimine (veya herhangi bir hakime) böyle bir yetki tanınmış olmadığı; bu tedbirin yasal dayanağının olmadığı çok sık dile getirilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 11.7.2019 tarihli Genel Kurul kararında (Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. (B. No: 2014/19270)) bunu teyit etmiştir.

Ankara 6. Sulh Ceza Hakimi, Ankara Garı katliamı sonrasında konuya dair her türlü “eleştiri”yi yasaklayan karar bile çıkarabilmiştir.

Attığı tek bir tweet'ten ötürü, 16 yaşındaki bir çocuk Cumhurbaşkanı'na hakaret gibi hafif bir suçtan tutuklanabilmiştir.

Örnekleri çoğaltmak kolaylıkla mümkündür. Genel olarak da, kararların büyük ölçüde gerekçesiz olduğu tüm uygulamacılar tarafından dile getirilmektedir.

bb)Atanan bir çok hakimin mesleki tecrübesinin kısıtlı olduğu da uygulamacılar tarafından sıklıkla dile getirilmektedir. Öyle ki, daha önce Sulh Ceza Mahkemelerinde görev yapan hakimlerin yarısı Sulh Ceza Hakimliklerinde görevlendirilmemiştir. Belki, tecrübesiz olduklarından bahisle, bu yaklaşım mantıklı olabilirdi; fakat yerlerine atananlara bakınca, bir çoğunun onlardan daha tecrübeli olmadığı ifade edilmekte. Genel olarak, oldukça genç (ve tecrübesiz) isimlerin Sulh Ceza Hakimliklerinde görevlendirilebildiği bilinmektedir.

Sonuç olarak; temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında, ihtisasın ve yetkinliğin ön plana geçtiğini (veya bu yönde bir ilerleme olduğunu) gösterir hiçbir emare bugün itibariyle yoktur!

c) Pratik işleyiş bir yana, iş yükü itibariyle uzmanlaşmaya olanak var mıdır?

Sulh Ceza Hakimliklerine tevdi edilen görevlere bakıldığı zaman, bunların çeşitli birçok işlere baktıkları ve münhasıran temel hak ile özgürlüklere ilişkin meselelerle iştigal etmedikleri görülmektedir.

Bir kere, takipsizlik (kovuşturmaya yer olmadığına) kararlarına itirazlar Sulh Ceza Hakimliklerine yapılmaktadır. (Aslında sadece yargılama makamının kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebileceğine göre, CMK madde 173'teki kanun yolu teknik anlamda itiraz olmayıp tali bir yargılama olan "kovuşturma davası"dır). Bu husus iş yükünü inanılmaz artırmaktadır.

Kaldı ki, bu işlere de Sulh Ceza Hakimliklerinin bakmasının yarattığı temel bir sıkıntı vardır: Tecrübe açısından, en ağır davalara bakmak konusunda bir süjenin inceleme yapması doğru olurdu. Örneğin, *Naim Karakaya*'ya göre, yüklenen fiilin intihara yönlendirme mi yoksa kasten öldürme mi teşkil ettiği incelenecek bir

dosya bakımından Sulh Ceza hakiminin tecrübesi kesinlikle yetersizdir. Nitekim, eskiden bu kararı Ağır Ceza Mahkemesi başkanı veriyordu. 2011’de bu yetki başkandan alınıp mahkemeye verildi. Her ikisi de daha güvenceli bir sistemdi.

İdari yaptırım kararlarına karşı itirazlar da bu hakimliklere yapılmaktadır.

Öte yandan, ülke çapında yeknesak bir uygulamaya da bu hakimlikler hizmet edecektir, denilmektedir. Tabii, bunun için, bazı kişilerin sürekli farklı yerlerde ama hep Sulh Ceza hakimi olarak görev yapmaları gerekir. Bu ise, söz konusu kişilerin mesleki beklentilerini karşılamak açısından sorun yaratacaktır. Alternatif olarak, bu kişilerin yakın ilişki içerisinde çalışması sağlanabilir. Fakat bu da, itiraz yolunun işlerliği açısından sıkıntıdır.

Sonuç olarak; kanun gerekçesindeki uzmanlaşma iddiası, bu mahkemelere verilen geniş ve ağır görevlerle bağdaşmamaktadır. Kovuşturma davaları ve idari yaptırıma itirazlar, Sulh Ceza Hakimliklerini fazla iş yüküyle karşı karşıya bırakmaktadır. Büyük şehirlerde, her gün hakim başına onlarca böyle dosya düştüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda, kararlar yine gerekçeli olamayacaktır çünkü hakimlerin buna vakti olmayacaktır!

Öneriler

1) O halde, Sulh Ceza Hakimlikleri kaldırılarak yerine CMK madde 23/2’nin mutlak olarak uygulanması

Yukarıdaki incelemeden, Sulh Ceza Hakimliklerinin eleştiriye açık yönlerinin çok fazla olduğu, bu konudaki çoğu şüphenin giderilmek bir yana, daha da kuvvetlendiği; Sulh Ceza Hakimliklerinin hayatta oldukları kısa süre içerisinde kamuoyunu güvenini önemli ölçüde yitirdikleri ve hatta dış dünyada Türkiye’ye yönelik en ağır eleştirilerin kaynağı haline geldikleri söylenebilir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Komiseri *Nils Muižnieks*’in 15.2.2017 tarihli memorandumu buna

bir örnektir: Türk yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını irdeleyen Komiser “Bu sorun yargının tamamını etkilese de, özellikle Sulh Ceza hakimlerinin oynadığı rol çok kaygı vericidir, zira bu hakimlikler muhalefeti ve meşru eleştiriyi engellemek üzere yargı tacizinin bir aracı haline dönüşmüşlerdir ve yol açmış oldukları ifade özgürlüğü kısıtlamaları, bu hakkın en belirgin ihlalleri arasındadır.” demiştir.

O halde, Sulh Ceza Hakimlikleri kaldırılarak yerine CMK madde 23/2’nin mutlak olarak uygulanması; bunun yanında, iddianameyi kabul eden mahkeme ile davaya bakan mahkeme ayrılması, her açıdan daha güvenceli bir sistem olacaktır.

2) Şayet Sulh Ceza Hakimliklerinin varlığını muhafaza etmek konusunda ısrar varsa, mevcut sistem içerisinde şunlar yapılmalıdır:

- Sulh Ceza Hakimliklerinin sayılarının artırılması gerekir.
- İtiraz bakımından normal (kademeli) sisteme dönülmesi gerekir(77).
- Takipsizlik kararına itiraz (kovuşturma davası) için Ağır Ceza Mahkemelerine veya en azından, 2011 öncesinde olduğu gibi, Ağır Ceza Mahkemesi başkanına gitmelidir(78).
- Ayrıca, her halükarda hakimlik teminatı önemlidir; hakim bağımsız ve tarafsız olması, teminatlı statüsüne bağlıdır. HSYK’nın atama yetkilerindeki şeffaf olmayan, sınırsız takdir yetkisi gözden geçirilmelidir. Olanak ölçüsünde, atama kriterleri bakımından objektif kıstaslar belirlenip ilan edilmelidir.

3) Her durumda, eğitim hayatının bütünü boyunca insan hakları eğitimi verilmelidir.

⁷⁷ Benzer Yenisey/Nuhoğlu, 3. Baskı, s. 888.

⁷⁸ Yine bkz. Yenisey/Nuhoğlu, 3. Baskı, s. 682-683.

Uygulamadaki kaygıların büyük kısmı, yasanın içeriğinden veya yasakoyucunun niyetinden ziyade, ceza muhakemesinin aktörlerine güvenilmemesinden kaynaklanmaktadır. Burada çözüm; bu aktörlerin, insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devleti ilkelerine bağlılığını sağlamaktadır.

Zaten bu zihniyeti sağlayabilirsek, yasaların lafzı pek de sorun olmaz; kaldı ki Anayasa madde 90/son hükmü bir güvenlik çıpasıdır. Oysa, bu noktada bir gözlem yapmakta fayda vardır: gelişmiş demokrasilerdeki yargı organları, açık bir yasal dayanak olmadığı zaman bile, mevcut temel hak ve özgürlükleri içtihat yoluyla genişletmektedirler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesi bunun açık örnekleridir. Her iki Mahkeme de, pozitif dayanağı bulunmayan birçok hakkı yorum yoluyla türetmiştir. Buna karşılık, ülkemizde, mevzuatta açıkça öngörülmüş olan bazı güvencelerin bile, tam aksine bir tavırla, içtihat yoluyla devre dışı bırakılabildiğini görmek üzüntü vericidir.

O halde, şu söylenebilir: nasıl bir yargısal teşkilatlanmaya gidilirse gidilsin; koruma tedbirlerinin uygulanması bakımından mevzuatta ne tür güvencelere yer verilirse verilsin, özgürlükleri korumak bakımından sorun aynıdır: Temel hak ve özgürlüklerin öncelikli önemini içselleştirmiş olan, hukuk devleti ilkesini ve insan haklarının üstünlüğünü benimsemiş, özgürlükçü perspektife sahip, bağımsız iradeli uygulamacıları yetiştirilebilmek. Buna sağlayamadıkça, yapılan yasal değişiklikler uygulamada pek de fark yaratmayacaktır. Zira, önemli olan, “özgürlükler hakimliği” yaratmak değil, meselelere temel hak ve özgürlükler perspektifinden bakabilen kişileri yetiştirip o makamlara yerleştirebilmektir.

Bu açıdan sorunun demokrasi geleneğinin yerleşmesi ve toplumsal kültürle de yakın ilgisi vardır. Bir ülkede demokrasi, sadece demokrasinin dayandığı hak ve özgürlüklerin pozitif hukuk kuralları olarak ifade edilmesiyle sağlanamaz. Bunun için, toplumu oluşturan bireylerin demokrasinin ilkelerini özümsemeleri,

özgürlüklerinin bilincinde olmaları, başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı göstermeleri ve dolayısıyla bir demokrasi geleneği ve kültürüne sahip olmaları gerekir. Zira, 20-25 yaşına kadar bu değerlerle yetişmeyen bir kimsenin, bu noktadan sonra üniversitedeki, meslek stajındaki derslerle bu değerleri özümsemesini beklemek gerçekçi değildir.

Bu bakımdan, ilkokuldan başlayarak insan hakları ve demokrasi bilinci eğitimi verilmelidir; bütün üniversite bölümlerinde insan hakları dersleri en azından seçimlik olarak yer almalı, hukuk fakültelerinde ise zorunlu ders olmalıdır.

V- Adli Kolluk Teşkilatı İhtiyacı⁷⁹.

Yargı Reformu Stratejisi'nde (bundan sonra kısaca "Strateji" olarak anılacaktır) ele alınan hususlardan biri de "adli kolluk"tur. Adli kolluk ile ilgili hususlara özellikle strateji belgesindeki "Amaç 7: Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Artırılması" başlığı altında yer verilmiştir. Buna göre ilgili bölümler şunlardır:

s. 74: "Nitelikli yargılama, ancak yeterli bir soruşturma ile mümkündür. Mahkemelerin, soruşturma sırasında tamamlanması gereken işlemleri yapması ya da yapılmış işlemleri tekrar etmesi, önemli bir verimlilik sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu verimlilik sorunu tarafların örselenmesine de sebep olmaktadır. Bu nedenle Cumhuriyet savcılıklarının ve adli kolluğun güçlendirilmesine ve iddianamenin iadesi müessesesine işlerlik kazandırılmasına olan ihtiyaç açıktır."

s. 76: "Ayrıca soruşturmaların etkinliği için adli kollukla koordinasyonun güçlendirilmesine ve Cumhuriyet savcılıklarının çalışma usul ve esaslarının kurumsal bir anlayışla yeniden ele alınmasına yönelik çalışma yapılmasına da ihtiyaç bulunmaktadır."

s. 76: "Adli kolluk sisteminin güçlendirilmesi, sistemin rasyonel işlemesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda hukuk fakültesi mezunlarının adli kollukta istihdam edilmesinin faydalı olacağı değerlendirilmiştir"

s. 76: "Bu amaç kapsamında, hedefler ve faaliyetler arasında sayılmamakla birlikte savcılık ve kolluk işlemlerinde standartların belirlenmesi de önem taşıyan çalışmalardan olacaktır. Her bir suç tipi için rehber ilkeler ile adli kolluk tarafından

⁷⁹ Dr.Sinan Altunç, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

yapılacak işlemlerle ilgili “standart iş ve kontrol listeleri” oluşturulmasına ilişkin çalışmalar bu dönemde gündemde olacaktır.”

Buna göre Strateji’de adli kolluğa çok geniş bir yer verilmemiştir. Adli kollukla ilgili olarak ileri sürülen ilk husus, adli kolluğun savcılıklarla birlikte güçlendirilmesidir. İkinci olarak ise savcılıklar ile adli kolluk arasında koordinasyonun güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Son olarak ise, savcılık ve adli kolluk işlemlerinde standartların belirlenmesi adına, adli kolluk tarafından yapılacak işlemler bakımından “standart iş ve kontrol listeleri” adı altında listeler oluşturulması öngörülmüştür.

İlk olarak adli kolluğun güçlendirilmesi meselesine değinmek gerekirse, bu güçlendirmenin tam olarak ne anlama geldiği Strateji’nin içeriğinden anlaşılamamaktadır. Bu hususla ilgili olarak net bir şekilde söylenen, hukuk fakültesi mezunlarının adli kollukta istihdam edileceğidir. Bu bakımından güçlendirmeden kastedilenin yetki artırımı mı yoksa bilgi artırımı mı olduğu belirli değildir. Hukuk fakültesi mezunlarının adli kollukta istihdam edilmesi meselesine gelince, mevcut durumda da buna herhangi bir engel bulunmamakla birlikte, kastedilenin adli kolluğun koşullarının daha cazip hale getirilmesi olduğu kanaatindeyiz.

Mevcut düzenlemeye bakarsak, adli kolluğun kavram olarak bilhassa 5271 sayılı CMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra önem kazandığı bilinmektedir. Adli Kolluk Yönetmeliği’nin 3. maddesinde adli kolluk görevlilerinin tanımı yapılmaktadır. Buna göre, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12’nci maddeleri, 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7’nci maddesi, 2/7/1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8’inci maddesi, 9/7/1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil

Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 4'üncü maddesi ve 3/11/1983 tarihli ve 83/7362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapmak üzere, tabi oldukları atama usulüne göre görevlendirilen komutan, amir, memur ve diğer görevlileri" adli kolluk görevlileridir.

CMK madde 160/1 uyarınca, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." CMK madde 160/2'ye göre ise, "Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." Bu hükümden anlaşılan, adli kolluk görevlilerinin, Cumhuriyet savcısının emri altında delil toplayıp bunların muhafazasında görevli olduklarıdır. Mülga CMUK madde 156'da yer alan "Zabıta makam ve memurları suçluları aramakla ve işin tenviri için lazım gelen acele tedbirleri almakla mükelleftir. Bu makam ve memurlar tanzim ettikleri evrakı hemen müddeiumumiliğine gönderirler." benzeri bir hükme CMK'da yer verilmemiştir. Bu suretle, polisin kendiliğinden harekete geçebilmesi imkânı ortadan kaldırılmış, aynı zamanda soruşturma evresinde savcının etkinliğinin artırılması da hedeflenmiştir.

Mevzuat bu yönde olmasına karşın uygulamadaki durum bakımından birtakım eleştiriler de yapılmaktadır. Buna göre, Özbek/Doğan/Bacaksız, mevzuata rağmen uygulamada kolluğun soruşturma evresindeki rolünün değişmediği kanaatindedir. Müelliflere göre, "CMUK zamanında ifade edilen kolluğun uygulamada hazırlık soruşturmasının asıl hükümdarı olduğu yönündeki düşünce değişmemiştir. Savcının basit ve orta ağırlıktaki suçlarda hemen hemen hiç

soruşturma yapmadığı, bu suçlarda genellikle dosyayı hazırlayan makam olduğu yönündeki kanı farklılaşmamıştır”⁸⁰.

Kolluğun bu şekilde kendi içinde idari ve adli olarak ayrılması kimilerince olumlu bulunmuş, kimilerince ise eleştirilmiştir.

Olumlu bulanlar, soruşturma evresinde temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından adli kolluğun önemine dikkat çekmektedir. Öte yandan adli kolluk savcının emir altında çalışacaksa, suç sonrası işlemleri daha sağlıklı yürütebilmesi için hukuk bilgisine sahip olmasında fayda olduğu ifade edilmektedir. Bir yandan da kolluğa duyulan güvensizliğin böyle bir düzenlemeye sebebiyet verdiği belirtilmektedir⁸¹.

Adli kolluk suçun işlenmesinden sonra görev için ve esas görevi delil toplamak olduğu için, delillerin hukuka uygun bir şekilde toplanmasına dikkat etmelidir. Bu noktada savcının gözetimi elbette olacaktır. Öte yandan Adli Kolluk Yönetmeliğinde öngörüldüğü üzere, hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimlerde de bunun üzerinde durulmaktadır. Strateji’de ele alınan hukuk fakültesi mezunlarının istihdam edilmesi suretiyle, delillerin hukuka uygun bir şekilde toplanmasının garanti altına alınmak istendiği anlaşılmaktadır. Bilhassa şüpheli ve sanık haklarını ve hukuka uygun olarak delil elde etmeyi bilmeyen kolluğun, delilden sanığa değil sanıktan delile gittiği düşüncesi ileri sürülmektedir⁸².

Adli kolluk ile ilgili mevzuatın mevcut durumunu eleştirenler de vardır. Buna göre, suç işlendikten sonra araştırma yapılması uzmanlık gerektirir ve bu uzmanlık adli kolluğun uzmanlığıdır⁽⁸³⁾ ve savcı kolluk amiri olarak yetiştirilmediği

⁸⁰ Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2019, s. 215.

⁸¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 215.

⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 209.

⁸³ Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 161.

için, suç araştırması bakımından yetersiz kalacaktır. Adli kolluğun savcıya bağlanması halinde, zayıflayacağı ileri sürülmektedir⁸⁴.

Yine bu fikirle paralel olarak, kolluğun her durumda savcının emrini beklemesinin, suçla mücadelede zafiyet yaratabileceği; bu durumun önüne geçmek için, CMUK'ta kolluğa verilen "...işin tenviri için lazım gelen acele tedbirleri almak" hak ve yetkisinin CMK madde 161/2'ye eklenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁵.

Değerlendirme

Adli kolluğun varoluş sebebi, "insan haklarına saygılı, delil elde etmeyi bilen ve faili en kısa zamanda ortaya çıkararak iyi bir soruşturma yapan kolluk gücünün oluşturulmasıdır"⁸⁶.

Adli kolluğu genel kolluktan ayırt edebilmek için en az üç unsurun olması gerektiği söylenmektedir. Bunlar, adli kolluğun suç şüphesi üzerine harekete geçtiği, adli kolluğun genel kolluktan farklı olarak kriminalistik bilimine vakıf olduğu (bununla ilgili olarak da her türlü teknik bilgiye sahip olduğu) ve adli kolluğun her türlü teknik olanağa sahip olduğudur⁸⁷.

Strateji'ye dönersek, anılan belgede adli kollukla ilgili bu bahsettiğimiz hususlara rastlanamamaktadır. Strateji'de vurgulanan husus, soruşturma evresinde adli kolluk ile savcılık arasındaki koordinasyonun güçlenmesi ve bu suretle soruşturma evresinde yapılması gereken işlemlerin sağlıklı bir şekilde yapılmasının sağlanmasıdır. Belki Strateji gibi bir belgede adli kolluğun

⁸⁴ Yenisey Feridun, Kolluk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 429.

⁸⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 215.

⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 216.

⁸⁷ Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Kırıt Yasemin F./ Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/ Altınok Villemin Derya/Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2019, s. 279-290.

güçlendirilmesinin ayrıntılarına yer verilmesi beklenemeyecektir, ama eğer adli kolluk ile ilgili bir değişiklik/düzenleme yapılacaksa, bunun hukuk fakültesi mezunlarına istihdam alanı yaratılması ile sınırlandırılmaması, güçlendirmeden ne anlaşılması gerektiğinin kısa da olsa belirtilmesi gerekir.

Yapılan düzenleme ile adli kolluğa verilen hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimin kalitesinin artırılması gereklidir. Bunun yanı sıra, adli kolluk suç şüphesi üzerine harekete geçen ve suçla ilgili delil araştıran kolluk olduğundan, hukuki bilgiler dışında adli bilimlere ilişkin bilgilerle de donatılmalıdır⁸⁸.

Adli kolluk işlenen suçlarla ilgili araştırma yapan kolluktur. Suçu kimin işlediğinin önemi yoktur. Adli kolluk üzerinde herhangi bir baskı hissetmeden suçla ilgili araştırma yapabilmeli, delil toplayabilmelidir. Bu da ancak adli kolluğun siyasi iktidardan etkilenmeyecek bir yapıya, teminata kavuşturulmasıyla mümkün olur⁸⁹.

İsviçre’de soruşturma işlemlerini yürüten büyük ölçüde kolluktur. Usul Kanununun 15/2. maddesine göre, kolluk suçlarla ilgili soruşturmasını kendi inisiyatifiyle veya kişilerin veya yetkililerin suç duyurusu üzerine yapar. Bu kapsamda savcılığın gözetim ve talimatlarına tabidir. Bu anlamda kolluğun başlangıçtaki soruşturma işlemlerini gerçekleştirmek bakımında belli ölçüde özerkliği (otonomisi) olduğu söylenmektedir. Bunun ötesinde ise, kolluk bulgularını ve aldığı tedbirleri savcılığa raporlamakla yükümlüdür⁹⁰.

Fransa’da ise, adli kolluğun savcı ile ilişkisi ilk önce CPP art. 12’de belirtilmiştir. Buna göre, adli kolluk Cumhuriyet savcısının idaresi altında görev yapar. Bunun dışında CPP art. 13’e göre de, istinaf mahkemesinin yargı çevresinde bulunan adli

⁸⁸ Yenisey, s. 428.

⁸⁹ Yenisey, s. 428.

⁹⁰ Jeanneret Yvan/Kuhn André, Précis de procédure pénale, Berne, 2013, s. 141-142.

kolluk, savcının gözetimi ve soruşturma dairesinin (*chambre de l'instruction*) denetimi altındadır⁹¹. Öte yandan Fransa'da Türkçeye "Merkezi Adli Kolluk Müdürlüğü" olarak tercüme edilebilecek *Direction Centrale de la Police Judiciaire* isimli bir kurum mevcuttur. Böylelikle Fransa'da adli kolluğun merkezi bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Bu anlamda Türkiye'de de merkezi bir yapının kurulması adli kolluk bakımından hedeflenen güçlendirmeyi sağlayabilecektir. Bunun dışında Adalet Bakanlığı bünyesindeki Ceza İşleri ve Af Müdürlüğü'nün altında bir büro mevcuttur. 2015 tarihli kararname ile bu büro (adli kolluk bürosu – *le bureau de la police judiciaire*), adli kolluğun yürüttüğü tüm soruşturma işlemlerini idareye, denetime ve gözetime yetkili kılınmıştır. Böylelikle Fransa'da hem İçişleri Bakanlığı bünyesindeki Merkezi Adli Kolluk Müdürlüğü mevcuttur; hem de Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan Ceza İşleri ve Af Müdürlüğü vasıtasıyla adli kolluk üzerinde Adalet Bakanlığı etkili kılınmıştır.

Her iki ülkede de görüldüğü gibi, adli kolluğun savcı ile birlikte, onun gözetimi ve denetimi altında çalışması söz konusudur. Öte yandan görevini yaparken belli ölçüde serbestliğe sahip olduğu da görülmektedir. Ancak Fransa'daki gibi merkezi bir yapıya sahip olması, adli kolluğun gerek suçla mücadele gerekse eğitimi bakımından etkili olmaktadır.

⁹¹ Leroy Jacques, *Procédure pénale*, 4^e édition, 2015, s. 86.

Sonuç⁹²

Yukarıdaki çalışmalarda, ülkemizde yaşanan Yargı bağımsızlığı sorunu ve bu sorunun giderilmesi yöntemleri tartışılmış; uluslararası hukuk metinlerinde ve karşılaştırmalı hukukta yargı bağımsızlığı başlığı altında ele alınan konular da irdelenerek ülkemiz hukuku açısından öneriler ortaya çıkarılmıştır. Gerçekten, Yargı Bağımsızlığı hukuk devletinin kurucu unsurudur. Hukuk devletinde yargı bağımsızlığı öncelikle hakimlerin yasama, yürütme ve hatta yargıyı oluşturan organlar karşısında bağımsızlığını zorunlu kılar. Hakimlerin bağımsızlığı, kararlarını verirken hür olmaları, hiçbir baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar baskı yapılabilmesi ihtimali de hakimlerin bağımsızlığını zedeler.⁹³

Yargı faaliyeti ve fonksiyonu, hükme ulaşan hakim gibi, iddia görevini üstlenen savcı ve güçlü bir savunmayı da kapsamına alır. Bununla beraber gerçek anlamda yargı bağımsızlığı, öncelikle hakim bağımsızlığını ve bu bağımsızlığın temel gereği olan hakim teminatlarının varlığını zorunlu kılar. Herkesi bağlayan bir yargı hükmünün herkesten bağımsız ve bu bağımsızlığı teminat altına alınmış bir hakim tarafından verilmesi gereği tereddütsüzdür. Başka bir anlatımla yargı bağımsızlığı ilk olarak, herkesten bağımsız olan ve bu bağımsızlığı teminat altına alınmış hakimi gerekli kılar.

Yargı bağımsızlığı başlığı altında hakim bağımsızlığı, hakimlerin öncelikle idare (yürütme) ve yasama organlarından etkilenmeden faaliyet göstermesini zorunlu kılar. Diğer taraftan bugün için Ülkemiz mevzuatında hakimlerin atanması, terfileri, tayinleri, disiplin işlemleri ve görevden alınmaları gibi konularda yetkili kurul olarak teşkilatlanan Hakimler Savcılar Kurulunun oluşmasında yasama ve

⁹² Mehmet Oral, İstanbul Barosu

⁹³ Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s.561

yürütme erkleri ciddi bir güce sahiptir. Evvelce Adalet Bakanın kurulun başkanı; Bakanlık Müsteşarının Kurulun doğrudan üyesi olduğu Hakimler Savcılar Yüksek Kurulundan bu gün, tüm üyelerinin Yasama ve yürütme erki tarafından seçilen Hakimler Savcılar Kuruluna gelirken; önceki sorunların çözülmeksizin büyüyerek bu güne ulaştığını söylemek mümkün olmaktadır. Bu haliyle kurulun yargı organı dışında yürütme ve yasama organı tarafından seçildiği net olarak görülmektedir. Hakimler Savcılar Kurulunun oluşumunda Yargı'nın etkinliği son derece az ve sınırlıdır. Sadece bu durum dahi ülkemizde yasama ve yürütmenin yargı üzerinde büyük bir güç oluşturduğunu söylemeye yeterli olmaktadır. Bu itibarla öncelikle Kurulun oluşumunda karma bir sistemin belirlenebileceği, kurulun ağırlıklı üyelerinin yüksek mahkemeler, Adalet Akademisi ve Üniversitelerarası Kurulun kendi üyeleri arasından seçecekleri üyelere oluşması sağlanarak karma bir sistemle yargı bağımsızlığı önündeki bu engelin kaldırılabilmesi düşünülmelidir.

Diğer taraftan, hakim ile iddia görevini üstlenen savcılık mesleklerinin aynı teşkilat içinde ve beraber değerlendirilmeleri öteden beri hakim bağımsızlığı sorunda önemli bir konu olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda hakim ve savcılarının terfi ve diğer işlemlerinin tek bir kurul tarafından yapılması da bu iki mesleğin tek bir çatı altında toplanması gibi ciddi bir problemi ortaya çıkarmaktadır. Savcılar, yaptıkları görev bakımından idareye (yürütmeye) bir ölçüde bağlı olup, hakimler ile aynı kapsamda değerlendirilmemelidir. Yargı erki içinde de olsa savcılık işlevinin yürütmeyle bir oranda ilişkili olduğu kabul edilmektedir. Kamu adına iddia görevini üstlenen savcı ile hüküm makamının aynı tanımın içinde olmalarının kabul edilemeyeceği açıktır. Bu sebeplerle Türkiye'de hakim ve savcılarının aynı statüde ve hatta aynı mekanlarda bulunmaları uzunca bir zamandır tartışılmakta ve eleştirilmektedir. Hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı sorunu bakımından hakimler ve savcılarının öncelikle

teşkilat olarak ayrılmaları ve hatta mimari olarak da savcılık teşkilatının Adliye binalarının dışında ayrı birimler olarak konumlandırılması gerekliliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Yine yukarıda, hakim bağımsızlığının, mutlaka, hakimlik mesleğine seçilme usulünde tarafsız, nesnel, denetlenebilir kuralların varlığını da zorunlu kıldığı ifade edilmiştir. Ülkemizde Adalet Bakanlığı bürokrasisinin, hakimlik mesleği adaylarının belirlenmesindeki tartışmasız hakimiyeti, hakim tarafsızlığı ve sonrasında bağımsızlığı kurallarını ciddi şekilde zorlamaktadır. Hakimlik mesleğine kabul için yapılan yazılı sınavdan sonra; Adalet Bakanlığı bünyesinde ve çoğunluğu Adalet Bakanlığı bürokratlarından oluşan Mülakat Kurulları tarafından yapılan seçmelerin, mesleğe seçilen hakimlerin tarafsızlığı konusunda ciddi tereddütler oluşmasına sebebiyet verdiği görülmektedir. Bu itibarla yazılı sınavda başarılı olanlar arasından hakimlik mesleğine uygun olanların seçilmesi anlamına gelen mülakatın, Adalet Bakanlığı bürokratlarından oluşan bir kurul tarafından değil; yüksek mahkeme üyeleri ve Adalet Akademisi üyelerinden oluşturulması gereği, hakimlerin tarafsızlığının temini bakımından hayati önem arz etmektedir.

Aynı şekilde hakimlerin atanmaları, terfileri ve de görevden alınmalarına ilişkin kuralların da objektif ölçütler ile belirlenmiş olması ve bu kararları verecek kurulların ağırlıklı olarak yargının kendi içinden oluşturulması, hakim bağımsızlığı ile doğrudan bağlantılıdır. Nitekim Venedik Komisyonu, hakimlerin objektif bir usulde atanmasını yargı bağımsızlığının temel bir unsuru olarak ele alırken; Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi, 2001 yılı tavsiye kararında; hakimlerin atanmasına veya kariyerine ilişkin tüm kararların nesnel ölçütlere dayanması gerektiğini ifade etmiş olup, bu kararların bağımsız bir kurul tarafından verilmesini ve belirlenen nesnel ölçütler dışında başka kriterlere dayanılarak

karar alınmasını engelleyecek güvenceler sağlanmasını, hakimlerin bağımsızlığı için olmazsa olmaz şartlar olarak belirtmiştir. Benzer olarak, Hakimler Statüsüne Dair Avrupa Şartında da; hakimlerin seçiminden göreve atanmasına kadar, bütün sürecin ve her türlü kararın yasama ve yürütmeden bağımsız bir kurul tarafından alınması gerektiği açık bir şekilde vurgulanmış; hakimlerin atanması ve terfileri ile ilgili kurulun hakimlerce seçilmiş olması veya en azından yarısının yargı organları tarafından belirlenmiş olması gerektiği de ifade olunmuştur. Ülkemiz uygulaması bakımından da hakimlerin terfilerinde nesnel kriterlerin belirlenmesi zaruridir. Lakin hakim bağımsızlığı, hakimlerin Hakimler Savcılar Kurulundan da bağımsız olmasını ifade eder. Bu itibarla hakimlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyebilecek olan meslekte terfi ölçütlerinin herkesçe bilinebilen, denetlenebilen nesnel ölçütler olarak belirlenmiş olması gereklidir. Bu nedenle hakimlerin terfilerinde yazılı sınav ile deneyim ölçütlerinin kullanıldığı karma bir sistemin belirlenmesi gereklidir.

Hakimler Savcılar Kurulunun mevcut yapısı ve kararlarının niteliği dikkate alındığında disiplin soruşturmalarının bu kurul tarafından yapılmasının hakim bağımsızlığı üzerinde ciddi bir tehdit oluşturduğu görülmektedir. Savcılar bakımından bu Kurul'un veya benzer nitelikte bir kurulun disiplin kurulu işlevi görmesi mümkündür fakat hakimlerin disiplin soruşturmaları mutlaka Yargıtay bünyesinde; hakimleri yargılama yetkisi ile görevli dairesinde yapılması gereklidir.

Yine belirtilmelidir ki, hakim bağımsızlığı hakimlere sağlanan bazı teminatları da zorunlu kılar. Hakimlerin kendileri tarafından talep edilmedikçe görev yerlerinin değiştirilmemesi anlamına gelen Coğrafi Güvence önemli bir hakim teminatıdır. 1972 tarihinden bu yana ülkemiz mevzuatında yer almayan bu hususun mutlaka tekrar mevzuata dahil edilmesi ve etkin bir şekilde uygulanması zorunludur.

Ailesiyle beraber bir yargı çevresinde yerleşik olan hakimin, isteği dışında her an başka bir yargı çevresinde görevlendirilmesi ihtimalinin, hakimin tarafsızlığını ve dolayısıyla bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyebileceğine dair tereddüt bulunmamalıdır. Bu sebeple, 1972 yılında mevzuatımızdan çıkarılan Coğrafi Teminatın yeniden mevzuata dahil edilmesi zaruridir.

Coğrafi Teminat dışında, hakimlerin görev yaptıkları mahkemelerin hiçbir hukuki gereklilik ve neden bulunmadan değiştirilmesi şeklinde gelişen uygulamalar, yargıya ve onun bağımsızlığına olan güveni ciddi şekilde sarsmaktadır. Bir davayı gören mahkeme heyetinin hiçbir geçerli sebep olmaksızın aynı yargı çevresinde olsa bile başka bir mahkemeye gönderilmesi veya görülmekte olan bir davanın hakimlerinin değiştirilmesi uygulamaları her şeyden önce doğal yargıç ilkesinin ağır ihlalidir. Davaya göre hakim atanması olarak kabul edilebilecek uygulamalara son verecek düzenlemenin yapılması, Yargı reformu çalışmalarının ilk konularından biri olarak ele alınmalıdır.

Yine Yargı Reformu çalışmaları kapsamında Sulh Ceza Hakimlikleri de değerlendirmelidir. Sulh Ceza Mahkemeleri, hakimlik haline dönüştürüldükleri tarihten bu yana verdikleri kararlar ile çok eleştirilmiş olup, kuruluş amaçlarının uzağına düştükleri devamlı surette ifade olunmuştur. Sulh Ceza Hakimliklerinin görev yaptıkları süre içerisinde kamuoyunun güvenini önemli ölçüde yitirdikleri ve hatta dış dünyada Türkiye'ye yönelik en ağır eleştirilerin kaynağı haline geldikleri söylenebilir. Sulh Ceza Hakimlerinin çalışma usulleri ve kurulduklarından bugüne kadar verdikleri kararlar ciddi tartışmalara sebebiyet verdiği görülmektedir. Bu mercilerin verdikleri kararlara karşı etkin bir kanun yolunun da bulunmuyor olması mevcut rahatsızlığı daha da artırmaktadır. Gerçekten, Sulh Ceza Hakimlerinin verdikleri kararlara karşı itirazların yine aynı yerde görevli bir başka Sulh Ceza Hakimliğine yapılması, itirazın etkinliğini

ortadan kaldırmış, Sulh Ceza Hakimliklerini adeta kapalı devre çalışan bir yargı mercii haline getirmiştir. İtirazlarda üst derece mahkemede yapılacak dikey denetim yerine, aynı yerde görevli bir başka Sulh Ceza Hakimliğinde yapılan yatay denetimin, uygulamada da olumlu neticeler vermediği görülmektedir. Hatta bazı yargı çevrelerinde görevli Sulh Ceza Hakimlerinin kendi aralarında birbirlerinin kararlarına yapılan itirazları kabul etmeme üzere nezaket anlaşmaları yapıldığı dahi ifade edilebilmektedir. Diğer taraftan savcılıklarca verilen kovuşturamama kararlarına karşı itiraz mercii olarak da Sulh Ceza Hakimliklerinin tayin edilmesi, kovuşturamama kararları üzerinde etkin bir denetim imkanını ortadan kaldırmıştır. Evvelce Kovuşturma davalarında yetkili ve görevli makam, kovuşturamama kararı veren savcılığın bulunduğu yer Ağır Ceza Mahkemesine en yakın Ağır Ceza Mahkemesi iken, 2014 yılından sonra kararı veren savcılığın bulunduğu yer Sulh Ceza Hakimliği olarak belirlenmesi kovuşturma davalarının etkisini ciddi oranda düşürmüştür.

Mevcut uygulamalar Sulh Ceza Hakimliklerinin koruma tedbirlerinin uygulanmasında güvence fonksiyonu görmekten çok uzak kararlar verdiklerini göstermektedir. Bu itibarla hakim bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda ciddi problemleri barındıran sulh ceza hakimlikleri uygulamasından vazgeçilmesi yerinde olacaktır. En azından sulh ceza hakimliklerinin kapalı devre çalışmaları usulüne son verilmeli ve kararlarına karşı daha etkin bir kanun yolu incelemesi yapılmasını temin için, itirazların üst derece mahkemeler nezdinde incelenmesi temin edilmelidir. Aynı şekilde savcılıklarca verilen kovuşturamama kararlarına karşı itirazlar bakımından da en yakın ağır ceza mahkemesi uygulamasına devam edilmesi yerinde olacağı görülmektedir.

Yargı bağımsızlığı konusunda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise suç sonrası kolluk işlemleridir. Adli bir kolluk teşkilatının kurulması uzunca bir süredir

tartışılmaktadır. Tüm delillerin toplanması ve onların tasnif edilmesi, soruşturma sonrasında icra edilecek kovuşturma için hayati önem taşır. Önce soruşturmayı sonrasında kovuşturmayı etkileyecek ve hatta onun niteliğini ve rejimini belirleyecek suç sonrası kolluk faaliyetlerinin, idari kolluk yerine adli kolluk vasıtasıyla yapılması; yargının idareye ve yürütmeye karşı bağımsızlığı sorununda önemli bir aşama olarak ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla suç sonrası kolluk faaliyetleri bakımından ayrı olarak teşkilatlanmış bir adli kolluk sistemin kurulması gereği her geçen gün artarak devam etmektedir.