

Bu araştırma,  
"Türkiye Barolar Birliği Faruk Erem Ödülü"nü kazanmıştır.

## ERKLER AYRILIĞI VE YARGIÇ BAĞIMSIZLIĞI

Hasan DURSUN\*

Bir ülkenin medeni seviyesini, o ülkedeki adaletin dağıtım şekliyle ölçmenin olanaklı olacağı yönündeki söz büyük bir gerçeğe işaret eder. Gerçekten de, bir ülkede adaleti sağlamak devletin en başta gelen temel görevlerinden birisidir. İyi adaletin başlıca koşulu ise onu dağıtanların, bir başka deyişle, yargıçların bağımsızlığının sağlanmasıdır. Herhangi bir otoritenin baskı veya etkisi altında hüküm veren bir yargıcın adaleti yerine getiremeyeceği açıktır. Bu gerçeğin bilincine varan bütün hukuk devletlerinde bugün, yargıçların bağımsızlığı temel bir ilke olarak kabul edilmektedir.<sup>1</sup>

Yargının bağımsızlığı ilkesinin doğruluğu yalnızca liberal ve özgürlükçü rejimler tarafından değil, otoriter rejimler tarafından da tanınmaktadır. Bu çerçevede koyu bir çoğunlukçu (mutlakiyetçi) rejim taraftarı olan Bodin'in yargının bağımsızlığı fikrini savunması<sup>2</sup> ve dağılan Sovyet Rusya'nın 1977 Anayasası'nın 155. maddesinde de yargının bağımsız olduğunun ifade edilmesi<sup>3</sup> oldukça ilginçtir. Rusya, günümüzde bile tam olarak demokrasiye geçememesine rağmen 1993 Anayasası'nın<sup>4</sup> 120. maddesinde; yargıçların bağımsız olduğu ve sade-

\* Ankara ÜSB Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

<sup>1</sup> Bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 1.

<sup>2</sup> Bkz. a. e. g.

<sup>3</sup> Bkz. Demirkol, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 55.

<sup>4</sup> Rusya'nın 1993 Anayasası'nın Türkçe tam metni için bkz. Coşar, V. Ahsen, "Üçüncü Bin Yılın Eşiğinde İki Yeni Anayasa Çek Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu Anayasaları", *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999,

ce Rusya Federasyonu Anayasası ile federal hukuka bağlı olduğunun ifade edilmesi de bir diğer ilginç konudur.

Yargının bağımsızlığı konusu ile yargının yasama ve yürütme gibi ayrı ve özgün bir erk sayılıp sayılmayacağı konusu birbirinden farklı konulardır. Gerçekten de yargının bir erk olup olmadığı, erk ise yasama ve yürütme erkinden ayrı ve kendisine özgü bir erk olup olmadığı bütünüyle kuramsal ve spekülatif bir konu olup günümüzde bile tam olarak çözüme kavuşturulamamıştır. Bununla birlikte, yargının bağımsız olduğu ilkesi konusunda ise dünyadaki hukuk öğretisinde tam bir oйдаşı bulunmaktadır.<sup>5</sup> İşte bu oйдаşı bulunduğu için yargının bağımsızlığının uygulamada nasıl gerçekleştirileceği konusunda yoğun tartışmalar yaşanmakta ve kimilerince haklı olarak bunun araçlarından birisi olarak “*erkler ayrılığı*” ilkesine özel bir vurgu yapılmaktadır.

Diğer yandan, görüşlerinden ileride ayrıntılı olarak bahsedilecek olan James Madison ise isabetli bir şekilde; yasama, yürütme ve yargı erkinin aynı elde toplanmasının tiranlığın gerçek tanımı olduğunu ifade etmiştir.<sup>6</sup> Dolayısıyla tiranlığın olduğu bir yerde ise yargının bağımsız olamayacağı açıktır.

Bundan başka, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliği olarak gösterilen hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için erkler ayrılığı ilkesinin uygulanması, daha somut bir deyişle, bir yandan yasama erkinin yürütmeden ayrı bir organ uhdesinde bulunması, diğer yandan ise yargının, daha doğru bir deyişle, yargıçların bağımsız olması gerekir. Çünkü mutlakiyetçi rejimlerde olduğu gibi hükümet veya devlet başkanı şeklindeki idarenin başındaki organ, yasama yetkisine de haiz olursa örneğin kanuni idare ilkesi gibi hukuk devleti ilkesinin gerekleri<sup>7</sup> etkisiz kalır. Nitekim tüzük ve yönetmelik şeklindeki idarenin düzenleyici işlemleri, idare organları tarafından oluşturuldukları için istenen derecede bağlayıcı ve idare edilenler için yeteri kadar güven verici değildir.<sup>8</sup>

---

s. 145-203.

<sup>5</sup> Krş. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 2.

<sup>6</sup> Bkz. Harrigan, *Politics And The Amerikan Future*, s. 38.

<sup>7</sup> Hukuk devleti ilkesinin gerekleri konusunda bkz. Balta, *İdare Hukukuna Giriş I*, s. 62-64.

<sup>8</sup> Balta, *a. g. e.*, s. 64.

Yine, yargıçların, özellikle yürütme organı karşısında bağımsız olmadığı durumlarda ise hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan idare üzerindeki etkin yargısal denetimin yapılması ilkesinin sözde kalacağı açıktır.<sup>9</sup>

Kısacası, her iki bakımdan da erkler ayrılığı ilkesi hukuk devleti anlayışının temel koşullarını oluşturmaktadır.<sup>10</sup> Nitekim erkler ayrımı ilkesini hukuksal kavramlarla açıklayan Montesquieu<sup>11</sup> erkler ayrılığı prensibinin; adaletli, bir başka deyişle, hukuka bağlı bir devlet düzeninin temel bir koşulu olduğunu savlamış ve bu sav çağdaş anayasal sistemlerin temel bir unsuru hâline gelmiştir.<sup>12</sup>

Biz bu çalışmada önce erkler ayrılığı daha sonra, yargıç bağımsızlığı<sup>13</sup> üzerinde duracak, en sonunda ise yargıç bağımsızlığını sağlayabilmek için alınması gereken kurumsal ve öznel önlemler üzerinde duracağız.

## I. ERKLER AYRILIĞI

Çağcıl ülkelerde devlet erki üçe ayrılmıştır. Bunlar; yasama, yürütme ve yargı erkleridir. Yasama erki, kanun yapma, yürütme erki, kanunu uygulama, yargı erki ise kanunu yorumlama ve uyuşmazlıklar hakkında karar vermekle görevlidir. Bu erklerden birisinin diğerini boyunduruk altına almasına izin verilmez.<sup>14</sup> Bu kısımda önce erkler

<sup>9</sup> Krş. Balta, *a. g. e.*, s. 64.

<sup>10</sup> Balta, *a. g. e.*, s. 65.

<sup>11</sup> İleride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere Montesquieu, erkler ayrılığı ilkesinin temel kurucusu değildir. Bu ilkeyi ilk ortaya atan kişi Aristoteles'tir.

<sup>12</sup> Balta, *a. g. e.*, s. 65.

<sup>13</sup> Anayasa'nın 9, 140. maddesinin 2 ve 3, 150. maddesinin 5 ve 159. maddesinin 1. fıkrasında "mahkemelerin bağımsızlığı" kavramına yer verilmektedir. Buna karşın, Anayasa'nın 138. maddesinin kenar başlığı "mahkemelerin bağımsızlığı" ismini taşımakta, maddenin 1. fıkrasında ise hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ifade edilerek "hâkimlerin bağımsızlığı" deyimini ima edilmektedir. İma edilen bu deyim, "mahkemelerin bağımsızlığı" deyiminden daha isabetlidir. Çünkü Kuru'nun da belirttiği üzere bağımsızlık, makamın değil, süjenin bir vasfıdır. Bkz. Kuru, *Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı*, s. 6. Bağımsızlık makamın değil süjenin bir vasfı olduğuna göre biz bu çalışmada, "mahkeme bağımsızlığı" veya "yargı bağımsızlığı" kavramı yerine ağırlıklı olarak "yargıç bağımsızlığı" kavramını kullanacağız.

<sup>14</sup> *Black's Law Dictionary*, s. 1225 "seperation of powers" maddesi.

ayrılığının tarihçesi üzerinde durulacak daha sonra ise erkler ayrılığının günümüzdeki anlamı üzerinde durulacaktır.

## 1. Tarihçe

Erkler<sup>15</sup> ayrılığı ilkesini ilk ortaya atan düşünür, sanılanın aksine Montesquieu değil, Aristoteles'dir. Erkler ayrılığı ilkesini ilk ortaya atan düşünürün Montesquieu olduğunu savlamak üç açıdan isabet-sizdir. Bir kere, ileride ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere Aristoteles, yasama, yürütme ve yargı iş görüsellığı arasında farklılık olduğunu ilk defa ortaya atmıştır. Aristoteles'in tek şanssızlığı bu farklılığı hukuki bir prensip olarak değil siyasi bir ilke olarak ortaya atmış olmasıdır. İkinci olarak, Montesquieu, ilk savlarında yargıyı bir erk olarak kabul etmemiş ve onu profesyonel veya sürekli bir organ olarak kabul etmeyerek geçici bir kurul olarak algılamıştır. Eğer yargı sürekli bir organ değilse yasama veya yürütme erkini frenleyemez. Daha açık bir deyişle, Montesquieu, yargıyı yalnızca hukukun ağzı, dolayısıyla görünmez olarak algıladığı için bir anlamda onu yok saymıştır. Son olarak, Mon-

<sup>15</sup> Kimileri "erkler" kavramı yerine "kuvvetler" kavramını kullanmakta ve bizim "erkler ayrılığı" olarak kullandığımız kavramı "kuvvetler ayrılığı" olarak ifade etmektedir. "Kuvvet" ibaresi fiziksel bir gücü çağrıştırdığı ve Fransızca karşılığı "puissance" olduğu için "erk" ibaresi yerine "kuvvet" ibaresinin kullanılması bütünüyle hatalıdır. Bu hatalı kullanımın temel kaynağını, kanımızca, Montesquieu'nun orijinal kitabı olan *De l'Esprit des Lois Tome 1* s. 163'deki bir tümcede (Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil) kullanılan "pouvoirs" sözcüğünün hatalı olarak "kuvvetler" diye çevrilmesi oluşturmaktadır. Halbuki bırakınız Türkiye'de, dünyada bile sayılı Fransızca dil uzmanı olan Tahsin Saraç "pouvoirs" sözcüğünü hiç bir şekilde "kuvvetler" olarak çevirmemektedir. Saraç'a göre "pouvoirs" sözcüğünün "erk", "iktidar", "yetki" gibi anlamları vardır. "Pouvoirs" sözcüğünün Türkçe bütün karşılıkları için bkz. Saraç, *Büyük Fransızca Türkçe Sözlük*, On Üçüncü Basım, Adam Yayınları, İstanbul, 2005, s. 1096-1097 "pouvoir" maddesi. Biz, "pouvoir" sözcüğünün Türkçe karşılıklarından "erk" ibaresinin daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü "erk" ibaresi isim anlamında; bir işi yapabilme gücü, kudret, iktidar, kondisyon anlamına gelir. Bu ibarenin sosyolojik açıdan anlamı ise bir bireyin, bir toplumsal kümenin, bir toplumun, başka birey, küme veya toplumları egemenliği, baskısı ve denetimi altına alma, hürriyetlerine karışma ve onları belli biçimlerde davranmaya zorlama yetkisi veya yeteneği, iktidar anlamını taşır. "Erk" sözcüğünün tüm Türkçe karşılıkları konusunda bkz. *Türk Dil Kurumu Okul Sözlüğü*, Milliyet Yayınları, 1997, s. 275 "erk" maddesi. Görüldüğü üzere "erk" ibaresinin isim olarak kullanım şekli, konumuz bağlamındaki kullanım şekline tam olarak uygun düşmektedir.

tesquieu, erkler ayrılığını sadece hukuksal kavramlarla açıklamıştır.<sup>16</sup> Erkler ayrılığını sadece hukuksal kavramlarla açıklayan bir yazarın erkler ayrımının kurucusu olamayacağı ortadadır.

Erkler ayrımının kurucusu olan Aristoteles'e (İ.Ö. 384-322) göre bütün anayasalarda üç öge bulunmakta olup ciddi bir yasa koyucunun bunların her biri için en iyi düzenlemeyi araması gerekir. Bu öğelerden birincisi topluca görüşüp düşünmeyi ifade eden "meşveret", bir başka deyişle, ulus çapında önem taşıyan her şeyin tartışılmasıdır. Aristoteles'e göre anayasalarda<sup>17</sup> ikinci öge, bütün görev ve yetkilerin karmaşası, bunların sayıları ve nitelikleri, yetkilerinin sınırları ve seçilme yöntemleri, yani yürütmedir. Aristoteles, anayasalarda üçüncü ögeyi ise yargı olarak ifade etmektedir.<sup>18</sup>

Aristoteles, görüşüp düşünme ya da güdülecek siyaseti kararlaştırma ögesinin yetkilerinin; savaş ve barış, bağlaşımlar yapma ve bozma, yasama, ölüm, sürgün ve malvarlığına el koyma cezaları, görevlilerin seçilmeleri ve görev süreleri boyunca davranışlarını soruşturma konularını kapsadığını ifade etmektedir. Yazar; bütün bunları karara bağlama hakkının ya bütün yurttaşlara verilmesi gerektiğini, ya hepsinin örneğin, bir ya da birden çok resmi organa, ya bazılarının belirli kimselere, ötekilerinin başkalarına ya da bazılarının bütün yurttaşlara, ötekilerinin ise bazılarına verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aristoteles, bütün yurttaşlara tüm konularda egemen erk verilmesinin demokratik nitelik taşıdığını, *demos*'un amacının da işte bu tam eşitlik olduğunu ifade etmektedir.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Montesquieu'nun erkler ayrılığının kurucusu olmadığı hakkında muhteşem bir inceleme için bkz. Stewart, *Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on 'Seperation of Powers' And 'The Rule of Law'*, s. 1-25.

<sup>17</sup> Siyasal kurumları tarihin erken safhalarında tanımlayan Aristoteles'in, siyasi düşüncesinde Anayasa bulunmaktadır. (Jan-Erik Lane, *Constitutions and Political Theory*, s. 33)

<sup>18</sup> Aristoteles, *Politika*, s. 132-133.

<sup>19</sup> Aristoteles, *a. g. e.*, s. 133. Bununla birlikte, Aristoteles'in demokrasiyi sevdiği düşünülmemelidir. Aristoteles'e göre, doğru anayasalar; ortak iyiliği amaçlayan ve bir kişinin yönetimi olan *krallık*, bir kişiden çoğunun, ama bir azlığın yönetimi olan *aristokrasi* ve bütün topluluğun iyiliği için yurttaşların hepsinin uyguladığı yönetim olan *siyasal yönetim*dir. Yazara göre bunlardan sapmalar da şunlardır: Krallıktan *tiranlık*, aristokrasiden *oligarşi*, siyasal yönetim ya da çokluğun anayasal egemenliğinden *demokrasi*. Bkz. Aristoteles, *a. g. e.*, s. 80. Görüldüğü üzere Aristoteles, demokrasiyi, siyasal yönetim ya da çokluğun anayasal egemenliğinden sapan yoz bir rejim olarak görmektedir.

Aristoteles, “hepsine hepsi” ilkesinin uygulanabilmesi olanaklı olan çeşitli yolların bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar, bunlardan birinci yöntemin, bütün yurttaşların sırayla, diğer bir deyişle, kesim kesim tüm bu işleri yapması olduğunu, bu yöntemde yurttaşların, yasama ve anayasa konuları için ve görevlilerin bildirilerini okumak için bir araya gelececeklerini ifade etmektedir. Aristoteles’e göre ikinci yöntem, herkesin (bütün yurttaşların) ortak sorumluluğunu gerektiren bir yöntemdir. Bu yöntemde, yurttaşlar, ancak görevlileri seçmek, yasaları yapmak, savaş ve barışa karar vermek ve soruşturmaları sürdürmek için bir araya gelmekte, geri kalan işler ise her bir iş için özel olmak üzere ya kurayla ya da seçimle atanan özel görevlilerin uygun gördüğü biçimde yürütülmektedir. Yazar, üçüncü yöntemin, bütün yurttaşların görev ve soruşturma konularında, savaş ve bağlaşımları görüşmek ve düşünmek için toplanması olduğunu, ancak geri kalan işlerde, olabildiğince o amaca göre seçilmiş olan görevlilerin her şeye baktığını, bu gibi görevliler için uzmanlık bilgisinin zorunlu önkoşul olduğunu ifade etmektedir. Sonuncu yöntem ise, her şey hakkında görüşüp düşünmek için herkesin bir araya gelmesidir. Bu yöntemde, görevliler hiç bir şeye kesin karar verememekte, ancak geçici kararlar vermektedir. Aristoteles’e göre çağdaş bir aşırı demokrasi bu son yöntemde çalışmakta ve söz konusu yöntem bir erk grubunca yönetilen bir oligarşiye ve gerçekte tiranlık olan bir monarşiye karşılık geleceğini ifade etmektedir.<sup>20</sup>

Aristoteles, bir devlete ait temel görevlerin ayrı ayrı görevlilere mi yoksa tek bir kişiye mi verilmesini büyük ve küçük devletler arasında ayırım yaparak yanıtlamaktadır. Aristoteles’e göre, büyük devletlerde ayrı ayrı ödevleri ayrı ayrı görevlilere, daha somut bir deyişle, ayrı ayrı adama tek olarak özgüleyerek vermek hem olanaklı hem zorunludur. Buna karşın, küçük devletlerde birçok görevin birkaç elde toplanması gerekir. Bununla birlikte, yazar, kimi durumlarda küçük şehirlerin de büyüklerle aynı görevleri ve yasamasının olması gerektiğini, o zaman küçük şehirlerde aynı kimselerin sık sık hizmete koşulmalarının gerekeceğini, büyüklerde ise bu gerekliliğin ancak uzun aralarla ortaya çıkacağını, bundan ötürü, gerçekte, bir tek organa ayrı ayrı birçok sorumlulukların verilmemesi için hiçbir nedenin olmadığını, ancak uygulamada bu görevlerin ayrı tutulabileceğini, insan gücü azlığını karşılamak için de, kurulları birden çok amaca hizmet ettirmenin zorunlu

<sup>20</sup> Aristoteles, *a. g. e.*, s. 133.

olduğunu, bir kancaya kızartma etin de lambanın da asılabileceğini ifade etmektedir.<sup>21</sup>

Aristoteles'in ileri sürdüğü fikirlerden yargıyı ayrı bir erk olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Gerçekten de, Aristoteles'e göre mahkemeleri birbirinden ayıran üç temel bulunmaktadır. Yazar, mahkemelerin; mahkeme üyelerini oluşturan kimseler, yetki alanlarına giren konuların türü ve atanma biçimine göre çeşitli açılardan sınıflandırmaktadır. Yazara göre, bunlardan birincisi açısından önemli olan husus, üyelerinin herkes tarafından mı yoksa bir sınıftan mı seçildiği, ikincisi bakımından kaç türlü mahkeme bulunduğu, üçüncüsü bakımından ise atamaların kurayla mı yoksa seçimle mi oluşturulduğudur. Aristoteles, mahkeme türlerini sekize ayırmaktadır. Bunlar; soruşturmalar, kamu yararına karşı işlenen suçlar, anayasaya karşı işlenen suçlar, görevlilerle başkaları arasında para cezası koyma konusundan çıkan çatışmalar, belirli bir büyüklükteki sözleşmelerden doğan özel yükümlülüklerle ilgili davalar, adama öldürmeler, yabancılar ve son olarak da bir dragma'dan beşe ya da biraz daha çoğuna kadar tutarlara ilişkin küçük alışverişlerden çıkan davalara bakan mahkemeler oluşturur. Aristoteles'e göre bu son tür davalara bakan organlar da mahkemedir, çünkü bu organlar da geniş bir mahkeme olmasa bile yargısal bir karar verilmesini gerektirmektedir. Aristoteles, ayrıca, siyasal topluluğu ilişkin davalara doğru dürüst bakılmazsa, ciddi aykırılıkların hatta anayasalarda devrimci değişikliklerin baş gösterme olasılığının da bulunduğunu ifade etmektedir.<sup>22</sup>

Aristoteles, sınıflandırılan bütün bu davalarda, herkesin ister istemez ya kurayla ya seçmeyle yahut bir kesimi öyle bir kesimi böyle, ya da başka biçimde atanmış olarak özdeş davaların belirli türlerine kimi kurayla kimi seçmeyle bakmak üzere yargıçlık edeceğini ifade etmektedir. Yazar, mahkeme jüriliklerine atamaların genel bir temel üstünden değil, yalnızca bir kesimden yapıldığı dört türün daha var olduğunu, çünkü yine, bir bölümü seçmeyle bir bölümü kurayla olmak üzere yargıçların yalnız bir kesimden seçilebileceğini veya bazı konulara bakan mahkemelerin hem seçilmiş üyelerden hem de kurayla atanmış üyelerden oluşabileceğini ifade etmektedir. Aristoteles, yargı organına atamalarda yöntemlerin bir birleşmesinin olabileceğini,

<sup>21</sup> Aristoteles, *a. g. e.*, s. 136-137.

<sup>22</sup> Aristoteles, *a. g. e.*, s. 139-140.

bir mahkemenin bir bölümünün herkesin arasından, ötekilerinin bazılarının arasından veya ya seçmeyle ya kurayla ya da ikisiyle atanmasından olduğu gibi her ikisinin birden olabileceğini belirtmektedir. Aristoteles'e göre, bütün mahkemelere herkesten yargıcın atandığı durumun demokratik, bazılarının herkesten atandığı durumun oligarşik, bir bölümü herkesten bir bölümüne bazılarının atamanın yapıldığı durumun ise aristokratik ve siyasal olduğunu ifade etmektedir.<sup>23</sup>

Aristoteles'in savunduğu diğer fikirlerden de erkler ayrımına taraftar olduğu anlaşılmaktadır. Aristoteles'e göre, devletin temel olarak iki görevi bulunmaktadır. Bunlar; savunma ile siyaset ve adalet sorunları üstüne görüşüp tartışmadır. Bunların ayrı ayrı kimselere mi verilmesi, yoksa hepsinin birden aynı bir topluluğun eline mi bırakılması gerektiği sorusuna Aristoteles'in verdiği yanıt bir ölçüde biri, diğer bir ölçüde öteki olmaktadır. Gerçekten de, Aristoteles, bu işlerin kendilerinin, en iyi biçimde yapılmaları için yaşamın dönemine göre birbirinden ayrıldıkları, birinin bilgelik, bir başkasının güç gerektirdiği ölçüde ayrı ayrı kimselere verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, Aristo, iradelerini zorla kabul ettirebilecek kadar güçlü olanların başkaları tarafından yönetilmeye katlanmalarına güvenilme-yeceği için o ölçüde de aynı kişilere verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aristoteles, bu görüşüne gerekçe olarak, silahlara sahip olan ve bunları kullanabilen kişilerin anayasanın devam edip etmemesine karar verebilecek durumda olduklarını ifade etmektedir.<sup>24</sup>

Aristoteles, ileri sürdüğü bu görüşten şu sonucu çıkarmaktadır: Gerek askeri gerekse sivil işlevleriyle anayasa aynı bir sınıfın eline bırakılmalıdır, ama her ikisi birden eş anlı olarak değil. Yazara göre daha çok doğayı izlemeliyiz. Yazar, gençlerin gücünün, yaşlıların ise anlayışının bulunduğunu, dolayısıyla, işlerin dağıtımının da bu temele uygun göre yapılmasının hem haklı hem de faydalı olduğunu ifade etmektedir.<sup>25</sup>

Erkler ayrılığı kuramını geliştiren bir başka düşünür John Locke'dir (1632-1704). Locke; yasama iktidarını; devlet gücünün, topluluğun ve topluluk üyelerinin korunması için nasıl kullanılacağını yönlendirme-

<sup>23</sup> Aristoteles, *a. g. e.*, s. 140.

<sup>24</sup> Aristoteles, *a. g. e.*, s. 211.

<sup>25</sup> Aristoteles, *a. g. e.*, s. 211.



ye hakkı olan erk olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, sürekli olarak yürürlükte olması gereken ve güçleri her zaman sürmesi gereken bu yasaların, çok küçük bir zaman diliminde çıkarılabildiklerinden, yasanın, her zaman yapacak bir işinin bulunmadığını ve dolayısıyla her zaman toplantı hâlinde bulunmasının gerekmediğini ifade etmektedir. Locke, iktidarı elinde tutmaya eğilimli olma yönündeki aşırı insani zayıflığın, yasa yapma iktidarına sahip olan kişileri de yaptıkları yasalara itaat etme yükümlülüğünden ayırması tutma; yasayı, hem yapım hem de yürütme aşamalarında kendi özel çıkarlarına uydurma ve böylece toplumun ve devletin amaçlarına aykırı biçimde topluluğun geri kalanından farklı çıkarlara sahip hale gelme ereğiyle yasaların, yürütme iktidarının ellerinde tutulması günahına davet edebileceği görüşünü savunmaktadır. Yazar, bu nedenle, bütünün çıkarının amaca uygun olduğu doğru düzenlenmiş devletlerde, yasanın yeteri kadar toplanan farklı ellere verileceğini, bu kişilerin kendi başlarına ya da başkalarıyla birlikte yasalar yapma iktidarına sahip olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, bu kişiler, yasaları yaptıktan sonra yeniden ayrılmakta ve kendileri de kendi yaptıkları yasalara tabi olmaktadır. Yazar, bunların aralarında özen göstermeleri gereken yeni ve yakın bağın, bu yasaların, onlar tarafından kamu yararı için yapılmış olduğunu ifade etmektedir.<sup>26</sup>

Locke, ancak bir kez ve kısa sürede yapılan yasaların sabit ve sürekli bir güce sahip olduklarından aralıksız ve sürekli bir yürütmeye gereksinim duyacaklarını, dolayısıyla, çıkarılan yasaların yürütülmesini gözetleyecek ve yürürlükte kalacak sürekli toplantı halinde olan bir iktidarın varlığının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu çerçevede, yasama ile yürütmenin çoğu kez birbirinden ayrılacağını ifade etmektedir.<sup>27</sup>

Yukarıda belirtildiği üzere ilk çalışmalarında yargıyı bir erk olarak kabul etmese de, daha sonraki çalışmalarında erkler ayrılığını hukuksal kavramlarla açık ve kesin bir şekilde açıklayan yazar Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755) olmuştur. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* adlı eserinin XI. Kitabının İngiliz Anayasası Üzerine başlıklı VI. Konusunda bu konuyu berrak bir şekilde anlatmıştır.

<sup>26</sup> Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, s. 121-122.

<sup>27</sup> Locke, *a. g. e.*, s. 122.

Montesquieu; her devlette üç çeşit erk bulunduğunu, bunlardan ilkinin yasama erki, ikincisi devletler hukukuna bağlı şeyleri uygulama erki, üçüncüsü ise medeni hukuka bağlı olan şeyleri uygulama erki olduğunu ifade etmiştir. Yazar, yasama erkinde, hükümdar ya da bu işe memur edilmiş kimsenin ya bir süre için ya da her zaman için yürürlüğe girecek kanunları yapacağı, önceden yapılmış olanları ise ya düzeltereğini ya da yürürlükten kaldıracığını, devletler hukukuna bağlı şeyleri uygulama erkinde, ya barışı sağlayacağını ya da savaş açacağını, büyük elçiler göndereceği ya da kabul edeceğini, ülkesinde güveni sağlayacağı ve istilaları önleyeceğini, sonuncu erk olan medeni hukuka bağlı olan şeyleri uygulama erkinde ise suçluları cezalandıracağı ya da kişiler arasındaki anlaşmazlıkları çözümleneceğini ifade etmektedir. Yazar, bu üçüncü erki yargılama erki, ikincisini de sadece devletin uygulama yetkisi ya da yürütme yetkisi olarak adlandırmaktadır.<sup>28</sup>

Montesquieu; yasama erkiyle uygulama ya da yürütme erkinin aynı kişiye ya da aynı memurlar topluluğuna verilmesi durumunda ortada özgürlük diye bir şeyin kalmayacağını, çünkü, aynı hükümdarın ya da aynı senatonun şiddet kullanıp uygulamak üzere ağır kanunlar yapmasından korkulacağını ifade etmiştir.<sup>29</sup>

Montesquieu; yargılama erkinin, yasama erkiyle uygulama erkinden ayrılmadığı durumlarda da ortada yine özgürlüğün kalma- yacağını, yargılama erkinin yasama erkiyle birleştirildiği durumlarda yurttaşların yaşamı ve özgürlüğü üzerindeki yetkinin keyfi olacağını, çünkü yargıcın aynı zamanda kanun koyucusu konumuna geçeceğini ifade etmektedir. Yazar, yargılama erkinin yürütme erkiyle birleştirilmesi durumunda ise yargıcın elinde uygulama erkinden başka, bir de baskı iktidarının bulunacağını ifade etmiştir.<sup>30</sup>

Montesquieu; ayrıca, yasama, yürütme ya da yargılama erkinin eş anlolu olarak aynı kişinin, ya da yüksek memurların, kişizadelerin, halktan oluşan aynı toplulukların elinde bulunması durumunda devlette her şeyin yıkılacağını belirtmiştir.<sup>31</sup>

Montesquieu, yasama organının davranışları üzerinde teminat ve-

<sup>28</sup> Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, s. 296.

<sup>29</sup> Montesquieu, *a. g. e.*, s. 296-297.

<sup>30</sup> Montesquieu, *a. g. e.*, s. 297.

<sup>31</sup> *A. e. g.*

recek durumda olan yurttaşları hapsedmek yetkisini uygulama (yürütme) organına verildiği durumlarda yine ortada özgürlük diye bir şeyin kalmayacağını, ama sanıkların, kanunun yerinde bulunduğu bir suçtan ötürü hemen sorguya çekilmek üzere yakalanıp hapsedilmişlerse o zaman işin değişeceğini, bu gibi hallerde gerçekten hür sayılacaklarını, çünkü doğrudan doğruya kanunun gücüne boyun eğeceklerini ifade etmiştir.<sup>32</sup>

Montesquieu, yasama organının, devlete karşı bir suikasttan ya da düşmanla bir anlaşmadan ötürü kendisini tehlikede görürse yürütme organına kısa ve sınırlı bir süre için şüpheli yurttaşları tutuklama olanağını vereceğini, ancak bu yurttaşların sonsuz bir özgürlüğe kavuşmak üzere hürriyetlerini ancak bir süreliğine yitirmiş olacaklarını ifade etmiştir.<sup>33</sup>

Erkler ayrılığı idesine çok önemli katkı sağlayan bir başka düşünür, Amerikalı James Madison olmuştur. Madison, Federalist 47<sup>34</sup> adlı makalesinde; yasama, yürütme ve yargı olarak bütün erklerin ister seçimle, ister atamayla isterse babadan oğla miras yoluyla geçsin bir, bir kaç veya bazı ellerde toplanmasının tam anlamıyla tiran (zalim) idaresi anlamına geleceği görüşünü savunmuştur. Madison'a göre, kötü niyetli kişilerin daima devlete girme olasılığı bulunduğundan, söz konusu kişilerin despotluğundan korunmak için egemenliğin değişik organlar arasında bölüşülmesi gerekir.<sup>35</sup>

Madison, Federalist 51 adlı yazısında ise Erkler Ayrılığına/Fren ve Dengeye (Checks and Balances) insanın doğasında bulunan eksiklikler yüzünden gereksinim bulunduğunu ifade etmiştir. Yazar, bu yazısında şu ifadelere yer vermiştir: “... Birçok gücün aşamalı bir şekilde aynı organda toplanmasını önleyebilmek için her bir organın yöneticilerine gerekli anayasal araçlar ve diğerinin tecavüzlerine karşı koyacak kişisel güdülerin bulunması

<sup>32</sup> Montesquieu, *a. g. e.*, s. 300.

<sup>33</sup> Montesquieu, *a. g. e.*, s. 300.

<sup>34</sup> Federalist Yazılar (The Federalist Papers) New York Eyaleti'nin Amerika'nın ilk Anayasası'nı kabul etmesini sağlamak üzere Alexander Hamilton, John Jay ve James Madison tarafından yazılan toplam 85 makaleyi ifade eder. Bu yazarlar, anayasanın felsefi temellerini açıklamak üzere özgün yazılar üretmişlerdir. Bkz. Harrigan, *a. g. e.*, s. 52.

<sup>35</sup> Harrigan, *a. g. e.*, s. 38-39.

gerekir. ... İhtirasın karşısında diğer bir ihtirasın bulunması gerekir.<sup>36</sup> Yazar, kişinin haklarının, anayasal haklarla bağıntılandırılması gerektiğini, bu tip araçların, yetkisini kötüye kullanan devletleri kontrol etmek için gerekli olan insan doğasının yansımaları olduğunu ifade etmektedir. Yazar; insan doğasının bütün iyi yönlerinin toplumsal yaşama yansıdığı durumlarda devletin bir işe yaramayacağını, daha açık bir deyişle, bütün insanların melek olduğu durumda, devlete bir gereksinim duyulmayacağını ifade etmektedir.<sup>37</sup>

Madison, yine, Federalist 51 adlı makalesinde, demokrasinin temel çıkmasını şu şekilde ifade etmiştir: Kişilerin kişiler tarafından yönetildiği bir devleti tasarlarken en büyük güçlük şudur: İlk önce, devletin yönetilenleri kontrol etmeleri sağlanacak, bundan sonra ise devletin kendi kendisini kontrol etmesi sağlanacaktır ki<sup>38</sup> bunların doğru bir şekilde yapılmasındaki güçlük ortadadır.

Buraya kadar erkler ayrılığı üzerinde düşünce ileri süren yazarların görüşleri salt kuramsal bir nitelik taşımamış, bunun yanında, uygulama alanı da bulmuştur. Gerçekten de, Madison'un "Fren ve Denge" düşüncesi, erkler ayrılığını hukuksal kavramlarla açıklayan Montesquieu'nun fikirlerine aşılması sonucu Madison devlet modeli ortaya çıkmış,<sup>39</sup> bu model, 1787 tarihli Amerikan Anayasası'nın temel direğini oluşturmuştur. Hatta, Madison, kimi zaman "Anayasanın Babası" olarak adlandırılmıştır.<sup>40</sup> Bu çerçevede, Madison'un fikirlerini yaşama geçirebilmek için Birleşik Devletleri'nin 1787 Anayasası'nda çeşitli kurumsal düzenekler oluşturulmuştur. Daha açık bir deyişle, söz konusu anayasada, erkler ayrılığı esasına göre, devletin üç temel erkinin (yasama, yürütme ve yargının) her birisinin diğerinden biraz bağımsız şekilde iş görmesi esas benimsenmiş, fren ve denge esasına göre ise her erkin diğer erkin faaliyetlerini kontrol edecek belirli bir güce sahip olması anlayışı kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, Amerika Birleşik Devletleri'nde, örneğin, Kongre'nin, Başkanı bütçe yoluyla kontrol etmesi esas benimsenmiş, bunun karşılığında Başkanın da Kongre'yi veto gücüyle kontrol etmesi yolu kabul edilmiştir.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Türk atasözüyle konuyu ifade edersek; "Dinsizin hakkından imansız gelir."

<sup>37</sup> Harrigan, a. g. e., s. 38-39.

<sup>38</sup> Harrigan, a. g. e., s. 38.

<sup>39</sup> Harrigan, a. g. e., s. 39.

<sup>40</sup> Harrigan, a. g. e., s. 26.

<sup>41</sup> Harrigan, a. g. e., s. 39.

Madison modeli, temel olarak, devlet gücünün farklı kurumlar arasında paylaşılmasını esas aldığından Amerika bu esasa uygun olarak yapılandırılmıştır. Bu çerçevede, örneğin, yasama gücü; kanun çıkarma yoluyla Kongre, kanunu yorumlama yoluyla mahkemeler, Kongre'ye kanun teklif etme, kanunu uygulayarak kısmi sorumluluğu üzerine alma ve istemediği kanunu veto yoluyla Başkan tarafından paylaşılmaktadır. Bunun gibi, Başkanın kanunları uygulama ve devleti yönetme gücü de çeşitli organlar arasında paylaştırılmıştır. Bu çerçevede, mahkemelerin idari organlar üzerinde yargısal rehber ilkeler kabul etmesi, Kongre'nin kamu kurum ve kuruluşlarının bütçesini geçirmesi ve söz konusu kurum ve kuruluşların kendilerini savunmaları için Komite toplantısı düzenlemesi yürütme erkinin çeşitli organlar tarafından paylaşılmış olduğunun somut bir kanıtıdır. Yargı gücü de devletin çeşitli organları paylaşılmış bir konumdadır. Gerçekten de, Kongre, yargının kararını beğenmediği durumda, o kararın tam aksine kanunlar çıkartabilmekte, Başkanlar da mahkemelerin kendi düşünceleri doğrultusunda karar vermelerini ümit ederek kendi dünya görüşüne yakın kimseleri mahkeme yargıçlıklarına atayabilmektedir.<sup>42</sup> Bu olgu da yargı gücünün çeşitli organlar arasında paylaşıldığının somut bir kanıtıdır.

Madison'un erkler ayrılığı/fren ve denge modelinin Amerika Birleşik Devletleri'ne başka bir yansıması; azlıktan bulunanın vetosu durumunda nitelikli çoğunluğu arayan demokratik bir devlet dizgesinin kurulması olmuştur. Daha açık bir deyişle, Birleşik Devletler'de, Başkanın bir kanunu veto etmesi durumunda o kanunun geçmesi için Kongre'nin her iki kanadında da 2/3 çoğunluğu, bir diğer deyişle, nitelikli çoğunluğu arayan demokratik bir devlet dizgesi kurulmuştur. Birleşik Devletler'de alınan bu önlemlerin temel ereği, çoğunluğun azınlığı ezmesini önleyebilmektedir.<sup>43</sup>

Erkler ayrılığı düşüncesi, 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaşlık Hakları Bildirgesi'ne de yansımıştır. Gerçekten de, bu Bildirge'nin 16. maddesinde; hakları teminat altına alınması sağlanamamış ve erklerin ayrılığı belirtilememiş her toplumun asla bir kuruluşa sahip olamayacağı belirtilmiştir.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Harrigan, *a. g. e.*, s. 39.

<sup>43</sup> Krş. *a. g. e.*, s. 39.

<sup>44</sup> Çalışmanın oylumunu bütütmek için ayrıntıya girilmekten kaçınılmıştır.

## 2. Erkler Ayrılığının Günümüzde Kazandığı Anlam

Erkler ayrılığı idesi, günümüzde orijinal hâlimden oldukça farklı bir içeriğe kavuşmuştur. Bu farklı içeriği incelemeyden önce oldukça fazla olarak karıştırılan bir husus üzerinde durmak isabetli olacaktır. Kimileri, erklerin yasama-yürütme-yargı şeklinde üçe ayrılmasından egemenliğin de bu şekilde üçe ayrılacağı düşüncesini taşımaktadır. Bu düşünce, temelden yanlıştır. Gerçekten de, Özbudun'un isabetli olarak belirttiği gibi egemenlik veya devlet kudreti tek olup bu kudret, devletin, organları vasıtasıyla toplum adına iradesini belirtme, kendi iradesini toplum bireyleri üzerinde hakim kılma iktidarı anlamını taşır. Yazar, devlet kudretinin kullanılmasında başvuru işlemlerinin şekli ve içeriği birbirlerinden ne kadar farklı olsa da, bütün bu işlemler sonuçta devlet iradesinin tezahürlerinden başka bir şey olmadığını, devlet kudretinin ise tek ve bölünmez olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, yazar, bu kudretin, birden çok olan iş görüselliklerini (fonksiyonlarını) ve gene birden çok olan organlarından ayırt etmek gerektiğini, iktidarın iş görüselliklerinin, bu iktidarın değişik tezahür şekilleri, bir diğer deyişle, değişik kullanım biçimleri olduğunu, örneğin, kanun yapmak, devlet kudretinin kullanım biçimlerinden, iktidarın iş görüselliklerinden biri olduğunu, iktidarın organlarının ise, iktidarın çeşitli iş görüselliklerini yerine getirmekle görevli kişi veya kuruluşlar olduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede, yazar, örneğin, yasama organının, devlet kudretinin yasama iş görüselliklerini yerine getiren organ olduğunu belirtmektedir.<sup>45</sup>

İşte günümüzde erkler veya iktidarlar ayrılığı deyimi kullanılırken kastedilen ve pozitif hukuk verilerine göre kastedilmesi gereken, gerçekte iş görüsellikler ayrılığıdır. Diğer bir deyişle, devlet iktidarının çeşitli iş görüselliklerinin aralarında bir işbirliği bulunan değişik organlarca yerine getirilmesidir.<sup>46</sup>

Erkler ayrılığının günümüz dönüşümü olan "iş görüsellikler ayrılığında" söz edilirken, buradaki "iş görüsellik" ibaresi bütünüyle hukuki anlamda kullanılır. Kuşkusuz, devlet iş görüsellikleri, bu iş görü-

<sup>45</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 137.

<sup>46</sup> Özbudun, *a. g. e.*, s. 137., Kapanı, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 16 dip not, 14.

selliklerin maddi içeriklerine veya konularına göre de tasnif edilebilir. Bu anlamda, örneğin devletin savunma iş görüşelliğinden, güvenlik iş görüşelliğinden, dış ilişkileri yürütme iş görüşelliğinden, ekonomik iş görüşelliğinden, eğitim iş görüşelliğinden söz edilebilir. Bu iş görüşelliklerin nitelikleri ve kapsamaları zamana, topluma ve siyasal sistem tipine göre büyük farklılıklar gösterebilir. Ancak kamu hukukunu birinci derecede ilgilendiren iş görüşellikler, devletin maddi anlamdaki iş görüşellikleri değil, hukuki anlamdaki iş görüşellikleridir. Diğer bir deyişle, hukuki açıdan önemli olan, belirli devlet faaliyetlerinin konuları, amaçları veya maddi içerikleri değil, bu faaliyetlerin hukuk alanındaki etki ve sonuçlarıdır. Devlet, belirli bir amaca ulaşabilmek için, bir takım hukuki işlemler yapar; bu işlemler de, hukuk dünyasında -bazı değişiklikler yaratır. Örneğin, ya bir objektif hukuk kuralı yaratır, bildirir, değiştirir veya kaldırır veya bir sübjektif hukuki durum yaratır, bildirir, değiştirir veya ortadan kaldırır. Kısacası, devletin hukuki sonuçlar doğuran faaliyetleri, onun hukuki iş görüşelliklerini oluşturur.<sup>47</sup>

Devletin hukuki iş görüşelliğinin yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrıldığı gerek kamu hukuku öğretisinde gerekse pozitif anayasa hukukunda hemen hemen tartışmasız olarak kabul edilmektedir.<sup>48</sup> Erkler ayrılığı üzerindeki bu açıklamalardan sonra yargı bağımsızlığının incelenmesi uygun olacaktır.

## II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Bu kısımda yargı bağımsızlığının tanımı, tarihçesi, türleri ve kime karşı korunması gerektiği üzerinde durulacaktır.

### 1. Tanımı

Yargı bağımsızlığının tanımını incelemeye geçmeden önce bazı hususlara vurgu yapmak uygun düşecektir. Bu çerçevede, yargı bağımsızlığı kavramı içerisinde geçen "bağımsızlık" ibaresi sözlük olarak; bağıllık, bağımlılık ve kontrolden uzak kalma anlamını taşır.<sup>49</sup> Yargı

<sup>47</sup> Özbudun, *a. g. e.*, s. 137 vd.

<sup>48</sup> Özbudun, *a. g. e.*, s. 138.

<sup>49</sup> *Black's Law Dictionary*, s. 693 "independence" maddesi.

bağımsızlığının sözlük anlamı ise yargının özerk olup yasama, yürütme veya diğer herhangi bir dış gücün diktesine bağımlı olmaması anlamını taşır.<sup>50</sup> Diğer yandan, yargı bağımsızlığı kavramından her zaman için anlaşılması gereken husus “yargıç bağımsızlığı” olmalıdır. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere bağımsızlık, makamın değil, süjenin<sup>51</sup> bir vasfıdır. Bu doğrultuda, Kunter’in de isabetli olarak belirttiği üzere savcılar bağımsız olmadığı gibi onların bağımsızlıklarının temenni dahi edilmemesi gerekir.<sup>52</sup> Bu açıklamalardan sonra yargıç bağımsızlığının tanımına geçilmesi uygun olacaktır.

Yargıçların bağımsızlığı, yazarlar tarafından değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Kuru’ya göre yargıçların bağımsızlığı; yargıçların gerek yürütme gerekse yasama organına bağlı olmaması, onlardan müstakil olması, bu iki organın yargıçlara emir ve talimat verememesi ve tavsiyelerde bulunamaması demektir.<sup>53</sup> Günday ise yargı bağımsızlığının, yargıçların yasama ve özellikle yürütme organına ve İdareye bağlı olmamaları, bu organlardan bağımsız olmaları ve bu organların yargıçlara emir ve talimat verememeleri ya da tavsiyede bulunamamaları anlamına geleceğini ifade etmektedir.<sup>54</sup>

Bununla birlikte, Kuru’nun ve Günday’ın yapmış olduğu bu tanımlar dar ve eksiktir. Öğretide en doğru ve geniş açılı yargı bağımsızlığı tanımını yapan yazar Kunter olmuştur. Gerçekten de, Kunter’e göre, yargıç bağımsızlığı; yargıcın kararını verirken hür olması, hiç bir dış baskı ve tesir altında bulunmaması demektir. Yazarın da belirttiği gibi yargıca baskı yapılması kadar, baskı yapılabilmesi olasılığının bulunması da yargıcın bağımsızlığını zedeler.<sup>55</sup>

Daha açık bir deyişle, yargıç, davada, çatışan menfaatler arasında adalet denilen dengeyi bulacaktır. Adalet dağıtma da denilen yargı-lamanın iyi işleyebilmesi için adalet terazinin ne eksik ne fazla, sadece, tam tartması gerekir. Tam tartmanın bir şartı, yargıca dış etkilerin bulunmaması, yargıcın muhakeme dışı toplumsal nitelikteki etkilere kapılmadan karar verebilmesi, bir kelime ile yargıcın bağımsızlığının

<sup>50</sup> Krş., *Black’s Law Dictionary*, s. 693 “independence” maddesi.

<sup>51</sup> Yargıcın.

<sup>52</sup> Kunter, *Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 348.

<sup>53</sup> Bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 6.

<sup>54</sup> Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, s. 46.

<sup>55</sup> Kunter, *a. g. e.*, s. 347.



sağlanmış olmasıdır.<sup>56</sup> Yargının, daha açık bir deyişle, yargıcın bağımsızlığı hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra, yargı bağımsızlığının tarihi üzerinde durmak uygun olacaktır.

## 2. Tarihçe

Yargının bağımsızlığının tarihçesi, erkler ayrılığı kuramından çok daha eskiye gitmektedir. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacak olan “*yargıç teminatının*” en önemli unsurlarından birisi olan “*yargıçların azil olunamamaları*” ilkesi, kimi yazarlarca XIV ve XV. yüzyıldan itibaren başlatılsa da, uygulamada benimsenen bir esasa göre Fransa’da daha XVI. yüzyıldan itibaren uygulama alanı bulmuştur.<sup>57</sup> Yargı bağımsızlığı ilkesi, İngiltere’de, uygulaması daha önceye gitse de bir hukuk kuralı olarak 1701 tarihli “*Act of Settlement*” Kanunu ile benimsenmiştir.<sup>58</sup>

Yargı bağımsızlığı ilkesinin asıl önem ve değeri “*hukuk devleti*” ilkesinin kabul edilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Çünkü yargı erki, ayrı bir erk olarak kabul edilsin veya edilmesin hâkimlerin azil olunamamaları ilkesi, bütün hukuk devletlerinde yargıç bağımsızlığının ilk şartı ve adaletin başlıca teminatı olarak tanınmış ve yerleşmiştir.<sup>59</sup> Ayrıca, yukarıda da belirtildiği gibi hukuk devletinin temel gereklerinden birisi; idarenin bağımsız yargı tarafından denetlenebilmesidir. Bu çerçevede, yargı bağımsızlığının tarihçesini bilmek için hukuk devletinin tarihçesini bilmek gerekir. Hukuk devletinin tarihçesini öğrenmek için ise kendisinden önce geçerli olan polis devleti üzerinde durmak gerekir.

Polis devleti (*polizeistaat*) XVII. ve XVIII. yüzyıllarda Kara Avrupa’sı ülkelerindeki mutlakıyetçi rejimleri açıklamak için kullanılan ve ilk defa Almanya’da ortaya çıkmış olan bir kavramdır.<sup>60</sup> Burada ifade edilen *polis* sadece kolluk gücü anlamında kullanılmamakta, kamunun refahı, esenliği ve güvenliği için kamu gücü ve kudretini kullanan bütün devlet organlarını ifade etmek için kullanılıyordu.<sup>61</sup> Dolayısıyla,

<sup>56</sup> Kunter, *a. g. e.*, s. 348.

<sup>57</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 12.

<sup>58</sup> *A. g. e.*

<sup>59</sup> *A. g. e.*

<sup>60</sup> Günday, *a. g. e.*, s. 36.

<sup>61</sup> Bkz. Türkiye Barolar Birliği’nce 18-19 Ekim 2007 tarihinde Ankara’da düzenlenen

polis devletini; halkın refahı, esenliği ve güvenliği için her türlü önlem alabilen, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğince müdahale edebilen, onlara külfetler yükleyebilen ve fakat tüm bunları yaparken İdaresi hukuka bağlı olmayan devlet<sup>62</sup> şeklinde tanımlamak olanaklıdır.

Gerçi polis devletinde de İdare başıboş ve düzensiz değildi. Tam aksine, İdare içerisinde yönetenlerin uyması gereken kurallar bulunmaktaydı. Bununla birlikte, yönetenlerin uyması gereken söz konusu kurallar, yönetenleri yönetilenlere karşı bağlamıyordu. Kısacası, polis devletinin ayırıcı özelliği, yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkileri düzenleyen ayırıcı kuralların bulunmamış olmasıdır.<sup>63</sup>

Aydınlanma felsefesinin ve liberalizmin etkisiyle polis devleti karşısında bütünüyle korumasız ve güvencesiz olan yönetilenler için polis devletine karşı gene Almanya'da *Hazine Kuramı* (fiskusteorie) geliştirilmiş ve uygulamaya konulmuştur. Bu kuram çerçevesinde, devletin işlem ve eylemlerinden, özellikle, mameleki varlıkları zarar gören vatandaşlara bir özel hukuk tüzel kişiliği olarak düzenlenen devlet hazinesinden yargı yolu ile uğradıkları zararların karşılanması olanağı sağlanmaktaydı.<sup>64</sup> Bu kurama çerçevesinde devlet hazinesine kralın dışında ve tamamen özel hukuka tabi bir tüzel kişilik tanınmakta ve böylece kamu güç ve kudretini temsil eden ve kullanan, yaptığı işlemlerden dolayı hiç bir hukuk kuralına ve denetime tabi olmayan devlet ile özel hukuk hükümlerine tabi olan ve aleyhine yargı yoluna başvuru hazine birbirinden ayırt edilmekteydi.<sup>65</sup>

Hazine kuramı uygulamaya konulduktan sonra da devletin keyfi ve gelişigüzel davranma yolları açık bulunmaktaydı. Bununla birlikte, hazine kuramı, kamunun refahı, esenliği ve güvenliği için eylem ve işlem yaparken vatandaşlara karşı bir zarar verse bile kendisine karşı bir hak talebi bile yöneltilmeyen polis devleti tipine göre bir hayli ileri bir

---

*Eksiksiz Demokrasi Sempozyumu'nun "Çağdaş Demokrasinin Önkoşulu: Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü" adlı birinci oturumunda Mumcuoğlu'nun Yaptığı Konuşma, s. 7.*

<sup>62</sup> Günday, *a. g. e.*, s. 36.

<sup>63</sup> Günday, *a. g. e.*, s. 37.

<sup>64</sup> Mumcuoğlu'nun anılan konuşması, s. 8.

<sup>65</sup> Günday, *a. g. e.*, s. 37.

aşama olduğu açıktır.<sup>66</sup> Ancak, hazine kuramı, devleti hükümdar ve hazine olarak ikiye bölmek ve devletin mali işlemlerini tümüyle özel hukuk hükümlerine tabi kılmak suretiyle yanlış bir temelden hareket etmiştir. Nitekim devletin hazinesi ile birlikte tek bir kamu tüzelkişisi olduğu ve faaliyetlerinde de hukuk kurallarına tabi olması gerektiği yolundaki düşünceler benimsendikçe hazine kuramı terk edilmeye başlanmıştır.<sup>67</sup>

Hazine kuramı, *polis devletine* göre vatandaşları koruma bağlamında önemli bir aşama olsa da vatandaşın gerçek korunması hukuk devleti ilkesinin yerleşmesiyle gerçekleşmiştir. Bu ilke, XVIII. yüzyılın sonunda başlayıp XIX. yüzyılda gelişen anayasacılık hareketleri sonucunda gerçekleşmiştir.<sup>68</sup> Hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kavramı da, polis devleti kavramı gibi önce Almanya'da ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, bu kavram Fransa'da geliştirilmiş ve Fransa bu konuda hem Almanya'ya hem de öteki Kıta Avrupa'sı ülkelerine örnek olmuştur.<sup>69</sup>

Polis devletinin tersine, hukuk devleti; faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukuki güvenceler sağlayan devlettir. Daha açık bir deyişle, hukuk devleti, sadece yönetilenlerce uyulacak kurallar koyan devlet olmayıp, aynı zamanda koyduğu hukuk kurallarıyla kendisini bağlı gören devlettir.<sup>70</sup> Kısacası, hukuk devleti; hukukun devlete tabi olmasından ziyade, devletin hukuka tabi olduğu devlettir.<sup>71</sup> Günümüzde, hukuk devleti, çağcıl ülkelerin karakteristik bir vasfı hâline gelmiştir.<sup>72</sup>

### 3. Yargı Bağımsızlığının Türleri ve Kime Karşı Korunması Gerektiği

Bu kısımda yargı bağımsızlığının türleri, bir diğer deyişle, çeşitleri ile yargı bağımsızlığının kimlere karşı korunması gerektiği üzerinde

<sup>66</sup> Mumcuoğlu'nun anılan konuşması, s. 8.

<sup>67</sup> Günday, *a. g. e.*, s. 37.

<sup>68</sup> Mumcuoğlu'nun anılan konuşması, s. 8.

<sup>69</sup> Günday, *a. g. e.*, s. 38.

<sup>70</sup> *A. g. e.*

<sup>71</sup> Fazla bilgi için bkz. Wade, *Administrative Law*, s. 6.

<sup>72</sup> Hukuk devleti anlayışının tarihi gelişimi konusunda fazla bilgi için bkz. Yüce, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, s. 5-8.

durulacaktır.

### a. Yargı Bağımsızlığının Türleri

Yargı bağımsızlığının türleri; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlığı<sup>73</sup> öznel (sübjektif) ve nesnel (objektif) olmak üzere iki açıdan değerlendirilmelidir. Bunlardan öznel açıdan bağımsızlık ve tarafsızlık; doğrudan doğruya yargıya ya da yargıçlara ilişkin olup, bunların kişisel anlamda önyargılı ve tarafsız olup olmadıkları hususuna bağlıdır. Buna karşın nesnel tarafsızlık ve bağımsızlık ise, aynı zamanda kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılmakta ve yargılama organının her tür kuşkudan uzak olmasını sağlayacak biçimde gerekli güvencelere sahip olmalarına bağlı olan bir husustur.<sup>74</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; yargının nesnel yönden bağımsız ve tarafsız olup olmadığına, o ülkenin kurumsal ve anayasal düzenlemelerine bakılarak yanıt verileceği görüşündedir. Bu noktada, yargılama organının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması açısından, yürütme ve yargılamanın ayrılığı, bir başka deyişle, yargılamanın yürütme organına karşı bağımsızlığı olgusu büyük önem taşımaktadır.<sup>75</sup>

Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bu iki koşulun yanında, yargıcın bağımsızlığı açısından daha başka koşullar da gerekmektedir. Bu çerçevede, en önemli unsur, yargıçlara tanınan güvenceler ve yargıçların konumudur. Eğer hükümet ya da idari organlar, yargıçların görevine son verebiliyorsa, bu noktada yargıçların nesnel açıdan bağımsızlıkları yok demektir. Hatta yargılama dışı kurumlar, mahkemeler ya da hâkimler üzerinde etkili olabiliyorlarsa bu durum yine mahkemelerin bağımsızlığının olmadığı anlamını taşımaktadır. Bu etkileme ya da denetleme, değişik biçimlerde; yargıçların aylıkları-

<sup>73</sup> Avrupa İnsan hakları Mahkemesi "yargının bağımsızlığı" kavramını hemen daima "tarafsızlık" unsurunu da katarak "yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı" şeklinde kullanmaktadır. İleride ayrıntılı olarak açıklanacak nedenlerle, "yargının bağımsızlığı" kavramının içersinde "yargının tarafsızlığı" kavramı da saklıdır. Bununla birlikte, "yargının tarafsızlığı" kavramının "yargının bağımsızlığı" kavramı yanında ayrıca kullanılmasının bir mahzur doğurduğu kanısında değiliz.

<sup>74</sup> *Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, s. 27.

<sup>75</sup> *Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, s. 28.

nın ödenmesi, görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilebilmesi biçiminde ortaya çıkabilmektedir.<sup>76</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bunun yanında, bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına karar verirken; üyelerinin atanması biçimi, görev süreleri, dışarıdan baskılara karşı garantilerin varlığı ve kurumun bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı sorunu gibi değişik hususları göz önünde bulundurarak karar vermektedir. Bundan başka, Mahkeme, mahkemenin hem yürütmeden hem de taraflardan bağımsız olması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>77</sup> Bu unsurlar üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmak uygun olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir mahkemede adli veya hukuki açıdan nitelikli üyelerin bulunmasının bağımsızlığa ilişkin güçlü bir gösterge olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, örneğin Sramek Avusturya'ya karşı (22 Ekim 1984) davasında ilgili organın (Bölge Em-lak Alım-Satım Dairesi) bağımsız olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, bu sonuca, söz konusu organın yargılamada bir taraf olduğu gibi, hükümetin temsilcisinin de mahkeme tetkik sorumlusunun üstü konumunda bulunmasını gerekçe olarak göstermiştir.<sup>78</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bir mahkemenin üyelerinin yürütme tarafından atanıyor olması tek başına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali anlamına gelmez. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olabilmesi için, başvuruçunun atama uygulamasının bütünüyle tatminkârlıktan yoksun olduğunu ya da belirli bir mahkemenin oluşumunun davanın sonucunu etkileme gibi bir amaca yönelik olabileceğini göstermesi gerekir.<sup>79</sup>

Mahkeme, ayrıca, eğer bir mahkemenin üyeleri sabit bir süre atanıyorsa, bunu bir bağımsızlık garantisi olarak algılamaktadır. Mahkeme, örneğin, Le Compte, Van Leuven, De Meyere Belçika'ya karşı (23 Haziran 1981) davasında Danıştay üyelerinin sabit altı yıllık görev sürelerinin bir bağımsızlık garantisi olduğuna hükmetmiştir.

Yine, Mahkeme, Campbell ve Fell Birleşik Krallığa karşı (28 Haziran 1984) davasında Cezaevi Ziyaret Heyeti üyeleri için olan üç yıllık

<sup>76</sup> A. g. e.

<sup>77</sup> Mole ve Harby, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 26-27.

<sup>78</sup> Mole ve Harby, *a. g. e.*, s. 27.

<sup>79</sup> Mole ve Harby, *a. g. e.*, s. 27-28.

atama süresini de uygun bulmuştur Mahkeme bu sonuca ulaşırken, bu sürenin kısa olduğunu kabul etse de, görevin ücret karşılığı yapılmaması ve gönüllü bulmakta zorlanıldığı gerekçeleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ihlalinin bulunmadığını ifade etmiştir.<sup>80</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bağımsızlık görünümüyle ilgili kuşkların bir ölçüde nesnellik temeline dayandırılması gerekli olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme, Belilos İsviçre'ye karşı (29 Nisan 1988) davasında, kimi küçük suçlarda yargıç sıfatıyla hüküm veren yerel "Polis Kurulu" tek bir kişiden oluşuyordu ki, o kişi de kendi sıfatıyla hareket eden bir polis memuruydu. Mahkeme'ye göre, her ne kadar polis memuru, emirlere tâbi olmasa, yemin etmiş bulunsa ve görevinden alınmasa da, bu kişi sonradan emniyetteki görevine döneceği için ve emniyet güçlerinin, üstlerinin emrinde ve arkadaşlarına sadık bir üyesi gibi görülebilecek olduğundan, bu durum bir mahkemenin yaratması gereken güvenilirlik hissini zedeleyecektir. Mahkeme'ye göre, Polis Kurulu'nun bağımsızlığına ve teşkilatlandırılmasındaki tarafsızlığa ilişkin meşru kuşklar olduğundan 6. maddesinin 1. fıkrasındaki koşullar yerine getirilmemiştir.<sup>81</sup>

Mahkeme, bağımsızlık açısından mahkemenin adli olmayan hiçbir organ tarafından değiştirilemeyecek bağlayıcılıkta karar verme yetkisine sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, Divan-ı Harp ve diğer askeri disiplin kurumları bu bağlamda 6. maddeyi ihlal eder nitelikte bulunmuştur. Mahkeme'ye göre yürütme, üyelerin genel anlamda görevlerini yerine getirmekte uygulanacak kuralları belirleyebilir ancak bu kurallar gerçekte davaların nasıl karara bağlanacağına ilişkin talimatlar niteliğinde olamaz.<sup>82</sup>

### **b. Yargı Bağımsızlığının Kendisine Karşı Korunması Gereken Kişi ve Organlar**

Yargı bağımsızlığının kime karşı korunması gerektiği sorusuna yanıt verilirken olaya oldukça geniş açılı olarak yaklaşılmalı ve yargı

<sup>80</sup> A. g. e.

<sup>81</sup> Mole ve Harby, *a. g. e.*, s. 28.

<sup>82</sup> A. g. e.

bağımsızlığının kendisine karşı korunması gereken kişi ve organların sayısı oldukça geniş olarak tutulmalıdır.

#### aa. Yargı Bağımsızlığının Yargıca Karşı Korunması

Yargı bağımsızlığının kendisine karşı korunması gerekli olanların başında bizzat yargıçlar gelir. Yargı bağımsızlığının yargıca karşı korunabilmesi için yargıcın nesnelliğinin (objektifliğinin) sağlanması gerekir. Yargıcın nesnelliğinin iki yönü bulunmaktadır. Bunlar; yargıcın tarafsızlığı ile kişiliğinden sıyrılmasıdır. Daha açık bir deyişle, yargıcın nesnelliğini sağlayabilmek için onun tarafsız ve kişiliğinden sıyrılması gerekir.<sup>83</sup> Yargıcın taraflar (davacı ve davalı) bakımından objektif olmasına, bir başka deyişle, taraflar bakımından öznel davranmamasına yargıcın tarafsızlığı denilir. Bu tarafsızlık, taraf makamlarında aynı durumda başkaları olsa da aynı kararın verilmesini gerektirir. Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında da herkesin kanun önünde eşit olduğu ifade edilirken bu durum kastedilmektedir. Adaletin sembolünün, elinde terazisi bulunan gözü kapalı bir kişi olarak kabul edile gelmesi de, yargıcın taraflardan birinin olumlu veya olumsuz etkisi altında kalmaması gerektiğini gösterir. Daha açık bir deyişle, yargıcın gözü ne kadar kapalı olursa, bir başka deyişle, taraflara yabancı kalabildiği ölçüde isabetli ve doğru karar verir.<sup>84</sup>

Yargıç tarafsızlığının, kanımızca, iki unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yargıcın taraflarla bir durum benzerliğinin olmaması gerektiğidir. Bununla birlikte, Kunter'in isabetli olarak belirttiği gibi yargıcın taraflarla durum benzerliği olmamasının %100 gerçekleşmesi olanaksızdır. Gerçekten de, yargıcın taraflardan biri gibi, baba veya ana konumunda veya onunla aynı dinden veya sosyal gruptan olabilmesi olanaklıdır. Bu şekildeki genel ve ikincil derecedeki durum benzerliklerinin yargıcın tarafsızlığını zedelemeyeceği kabul olunabilir. Buna karşılık, yargıcın, eşinin veya çocuğunun davasına bakarken tarafsız kalamayacağı yaşam deneyimleriyle sabittir.<sup>85</sup>

Yargıç tarafsızlığının ikinci unsurunu, yargıcın davanın tarafları (justiables) karşısında bağımsızlığının bulunması oluşturur. Bu unsur,

<sup>83</sup> Fazla bilgi için bkz. Kunter, *a. g. e.*, s. 358 vd.

<sup>84</sup> Kunter, *a. g. e.*, s. 357.

<sup>85</sup> *A. g. e.*

yargıcın maddi veya ekonomik bağımsızlığı olarak da adlandırılmaktadır. Yargıcın, adaleti tam bir iç huzuru ile dağıtabilmesi için maddi kaygı ve sıkıntılardan kurtulmuş, belirli bir gönenç seviyesine ulaşmış bulunması ve taraflarca ileri sürülebilecek her türlü mükâfat önerisi karşısında tamamen uzak ve ona karşı eğilimsiz olması gerekir. Bu türlü bağımsızlık, yargıca tatmin edici bir ücret vermekle sağlanır.<sup>86</sup>

Yargının nesnellığının, bir diğer deyişle, öznel davranmamasının ikinci yönünü de yargıcın kendi kişiliğinden sıyrılması oluşturur. Gerçekten de Kunter'in belirttiği gibi terazi kimin elinde olursa olsun tartının değişmemesinde olduğu gibi, yargıç da karar verirken kişisel görüşlerine ve değer ölçülerine göre hareket etmemeli, onun yerinde başka bir yargıç olsaydı nasıl karar verecek idiyse o kararı vermelidir. Yazar; "*kanun herkesi için eşittir*" denilirken belirtilmek istenileninin de bu husus olduğunu, bir diğer deyişle, kararın yargıcın kendisinin değil makamın kararı olduğunu ifade etmektedir.<sup>87</sup>

### bb. Yargı Bağımsızlığının Yasamaya Karşı Korunması

Yargı bağımsızlığının etkin bir şekilde sağlanabilmesi için yargıçların yasama organı karşısında da bağımsızlığının bulunması gerekir. Yasama organının, yargıçların kararlarına hiç bir surette müdahale edememesi, bu kararları değiştirememesi, bozamaması ve hükümlerinin infazına engel olamaması, yargı bağımsızlığının yasamaya karşı korunmasının somut görünümüdür.<sup>88</sup> Nitekim yargıçların yasama organı karşısında bağımsızlığını sağlamak üzere Anayasa'nın 138. maddesinin 3. fıkrasında; görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisi'nde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı belirtilerek, bu maddenin 4. fıkrasında ise yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği ifade edilerek bu husus temin edilmeye çalışılmıştır. Yargıçların yasama

<sup>86</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 4.

<sup>87</sup> Kunter, *a. g. e.*, s. 357.

<sup>88</sup> Krş. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 4.



organına karşı bağımsızlığının sağlanmasında günümüzde pek fazla sorunla karşılaşılmamaktadır.

### cc. Yargı Bağımsızlığının Basına Karşı Korunması

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde sağlayabilmek için yargıçların basın karşısında da bağımsızlığının bulunması gerekmektedir. Bu hususu sağlamak üzere, 9.6.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesine; hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içinde, cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimsenin 2000 YTL'den 50.000 YTL' ye kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacağı, bu cezanın bölgesel süreli yayınlarda 10.000 YTL'den az olamayacağı, görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da aynı cezaların uygulanacağı şeklinde bir hüküm konulmuştur.

Yargı bağımsızlığının basına karşı korunmasında 5187 sayılı Kanun'un 19. maddesi hükmünün uygulanmasında bir takım sorunlar bulunmasına rağmen söz konusu hükmü ilke olarak yerinde bulmaktayız.

### dd. Yargı Bağımsızlığının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde sağlayabilmek için yargıçların üçüncü kişilerin doğrudan veya dolaylı etkilerine karşı da bağımsız olduğu esasının benimsenmesi gerekir.

Yargıçların bağımsızlığı, onların içinde buldukları ortamlardan bir başka deyişle, muhakeme dışı faktörlerden de etkilenebilir. Ortam müdahaleleri, çok çeşitli olup, baskı grupları, sermaye grupları, aşiretler, siyasi partiler, sendikalar, şirketler ve hatta tek ferde kadar uzanabilir.<sup>89</sup>

Yargı bağımsızlığını üçünü kişilere karşı koruyabilmek için Türk pozitif hukukunda bir takım hükümler bulunmaktadır. Gerçekten

<sup>89</sup> *Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, s. 29.

de, Anayasa'nın 138. maddesinin 2. fıkrasında; hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı ifade edilmiş, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 277. maddesinde; bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verileceği, teşebbüsün iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek cezanın altı aydan iki yıla kadar olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümlerin; üçüncü kişilerin yargıyı dolaylı veya dolaysız etkilemesine karşı iyi etkin bir savaşım vermeye yeteceği<sup>90</sup> kanısındayız.

### ee. Yargı Bağımsızlığının Yürütmeye Karşı Korunması

Son olarak<sup>91</sup> yargıçların yürütme organı karşısında bağımsızlıklarının sağlanması gerekir. Yargıçların bağımsızlığına karşı en büyük tehdit daima yürütme organından gelmiştir. Bu hususta Anayasaya hükümler konulması da<sup>92</sup> yeterli değildir. Yargıçlara yönelik çeşitli işlemler ve bu işlemler dolayısıyla yargıçların yürütme organı ile ilişkileri için özel hükümlere gereksinim vardır. Bütün sorun, bu hükümlerin saptanması ve uygulanmasındadır. Yargıçların bağımsızlığı konusunda mevcut bütün sistemler ve kurumlar, hemen hemen sadece yargıçların yürütme organı karşısında bağımsızlığını sağlamak amacıyla düşünülmüş ve konulmuştur.<sup>93</sup>

Yargıcın kurumsal ve öznel bağımsızlığı açılarından yargılama organının karşı karşıya kaldığı en önemli sorun, yargı bağımsızlığı-

<sup>90</sup> Mevcut hükümlerin iyi bir şekilde uygulanması koşuluyla.

<sup>91</sup> Ancak önem açısından son değil. Hatta, en önemlisi olarak.

<sup>92</sup> Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrasında; hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlarına göre hüküm verecekleri ifade edilmiş, 4. fıkrasında ise yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği ifade edilmiştir.

<sup>93</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 4-5.

nın yürütme organının müdahalelerine karşı korunmasıdır. Bu konuda Türk uygulamasında büyük aksaklıklar göze çarpmaktadır. Gerçi, Anayasa'nın 138. maddesinin 2. fıkrasında, hiç bir organının yargılama yetkisinin kullanılmasında yargıçlara emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı ifade edilmesine rağmen uygulamada siyasi iktidarların çeşitli şekillerde yargılama organına müdahale etkileri görülmektedir.<sup>94</sup>

Yargılama organının yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı, yürütme organının mahkeme kararlarına uymak zorunda olup bunları değiştirememesinin ve bunların yerine getirilmesini geciktirememesini de gerektirir. Bu husus Anayasa'nın 138. maddesinin 4. fıkrasında açıkça ifade edilmesine rağmen uygulamada bu açıdan da büyük aksaklıklar gözlenmektedir.<sup>95</sup> Daha somut bir deyişle, uygulamada yargı kararlarının özellikle idari yargı kararlarının yerine getirilmesi konusunda büyük sorunların bulunduğu yadsınamaz. Özellikle üst kademe yöneticilerinin atanması ve görevden alınması ile özelleştirmenin iptali konusunda verilen idari yargı kararlarının İdare tarafından yerine getirilmemesi konusunda adeta milli birlik ve beraberlik de(!) oluşmuştur. Ancak hukukumuzda yargı kararlarının yerine getirilmesini sağlamak için yeterli düzeneklerin bulunmadığı da savlanamaz. Çünkü Anayasa'nın 138. maddesinde ve 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesine göre, İdare, yargı kararını yerine getirmekle yükümlü bulunmaktadır. Diğer yandan, yargı kararlarının yerine getirilmemesi; Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarıyla görevi ihmal suçunu oluşturmakta ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla da ağır hizmet kusuru oluşturarak davacıya maddi ve manevi tazminat verilmesini gerektiren bir neden olarak görülmektedir.

Yargıçların yürütme organına karşı bağımsızlıklarının sağlanmasında vahim olan nokta; Kapani'nin de belirttiği gibi yargıçların yürütme organı karşısında bağımsızlıklarını sağlamaya yönelik ülke dizgelerinin hiç birisinin kusursuz ve mükemmel olmamasıdır. Yazar, haklı olarak, henüz dünyanın hiç bir yerinde, yargıçların bağımsızlığı prensibinin noksansız ve ideal bir şekilde ettirilebilmiş olduğu söylenemeyeceğini, ancak bazı ülkelerin ideale göreceli olarak yaklaşmış olmalarına ve istikrar kazanmış olan sistemlerinde şimdiki halde ra-

<sup>94</sup> *Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, s. 29.

<sup>95</sup> *A. g. e.*

dikal bir değişiklik yoluna girme gerekliliğini hissetmemelerine karşın, diğer bazı ülkelerin, hakimlerin bağımsızlığını daha etkin bir şekilde sağlamak için hayli yetersiz olan sistemlerini tamamen veya kısmen değiştirmek gereği ile karşı karşıya bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar, hali hazırda ülkemizin de bu sonuncular arasında olduğunu söylemek gerektiğini ifade etmektedir.<sup>96</sup> Bize göre de, yargı bağımsızlığının sağlanmasında en önemli engel yürütme organı olduğundan bu bağlamda oldukça köklü önlemlere yer verilmesi gerekir. Aşağıda yargı bağımsızlığının etkin bir şekilde sağlanması için alınması gereken kurumsal ve öznel önlemlere temas edilirken bu önlemlerin daha çok yargının yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlamak için savunulduğu unutulmamalıdır.

### III. YARGI BAĞIMSIZLIĞINI GERÇEKLEŞTİREBİLMEK İÇİN ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

Bu başlık altında, yargı bağımsızlığını sağlayabilmek için alınması gereken nesnel ve öznel önlemler üzerinde durulacaktır. Söz konusu önlemleri incelemeye geçmeden önce şu hususu belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın veya kanunun yargıç bağımsızdır demesi ile yargıç bağımsızlığı sağlanamaz. Bunu sağlayacak çarelere, bir başka deyişle, nesnel (kurumsal) ve öznel teminatlara gereksinim bulunmaktadır. Kurumsal veya öznel teminatlar az veya çok olabilir, ancak yargıç bağımsızlığı ya vardır ya da yoktur. Bu nedenle yargıç bağımsızlığı konusunda önemli olan teminatların bağımsızlığı sağlayıp sağlamadığıdır. Söz konusu teminatlar yargıç bağımsızlığını sağlamaya yetiyorlarsa, az da olsa herhangi sorun yoktur.<sup>97</sup>

#### 1. YARGININ NESNEL BAĞIMSIZLIĞINI SAĞLAYABİLMEK İÇİN ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

Yukarıda da belirtildiği üzere yargı bağımsızlığının kavramsal olarak nesnel ve öznel boyutları bulunmaktadır. İşte, bu kısımda, yar-

<sup>96</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 151.

<sup>97</sup> Krş. Kunter, *a. g. e.*, s. 349.

gının nesnel bağımsızlığını sağlayabilmek için alınması gereken önlemlere temas edilecektir.

### a. Adalet Bakanlığının İsmi, Görev ve Yetkileri ile Personel Düzeneginin Değiştirilmesi

Adalet Bakanlığı'nın mevcut ismi, görev ve yetkileri ile personel düzenegi, kanımızca, bütünüyle yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı düşmektedir. Her şeyden önce Adalet Bakanlığı'nın ismi yargı bağımsızlığı ilkesine aykırıdır. *Adalet Bakanlığı* ismi, adaletin yönetimi gibi bir anlam taşımaktadır. Bir yürütme organı olan Adalet Bakanlığı tarafından değil adaletin yönetilmesi, adalete yapılabilecek en küçük bir etki bile adaleti bozmak için yeterlidir. Bu yüzden, yargı bağımsızlığını organizasyon temelinde etkin bir şekilde yaşama geçirebilmek için Adalet Bakanlığı'nın isminin *Adli İşler Bakanlığı* veya *Adliye Bakanlığı* olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Adalet Bakanlığı'nın mevcut görev ve yetkileri de yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı düşmektedir. Gerçekten de, aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, Adalet Bakanlığı'nın mevcut görev ve yetkileri adeta adaleti yönetmek üzere tasarlanmıştır. Yargı bağımsızlığı ilkesine uygun bir şekilde hareket etmek açısından; Adalet Bakanlığının görev ve yetkilerinin hukuki konularda araştırma, araştırma sonuçlarına göre kanun tasarısı hazırlama, mevcut kanunu değiştirme ve ortadan kaldırma ile yargıya salt lojistik destek verme şeklinde bir konuma sokulması gerekir. Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı'na yargıçlar üzerinde tanınan her türlü anayasal ve yasal yetkilerin kaldırılması da gerekir.

Ayrıca, Adalet Bakanlığı'nın mevcut personel düzenegi de yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir. Anayasa'nın 159. maddesinin 6. fıkrasında; Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkimlerin muvafakatlerini alarak atama yetkisinin Adalet Bakanı'na ait olduğu belirtilmekte, 140. maddesinin 7. fıkrasında ise adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışan hâkimlerin, hâkimler hakkındaki hükümlere tabi olduğu, bunların hâkimlere ait esaslar dairesinde sınıflandırılacağı ve derecelendirileceği, hâkimlere tanınan her türlü haklardan yararlanacakları ifade edilmektedir.

24.12.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 34. maddesinde; hakim ve savcı olup da Adalet Bakanlığı merkez, bağ-

lı ve ilgili kuruluşlarındaki görevde çalışanların hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabi olduğu, bunların hakimlere ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılacağı ve derecelendirilecekleri, hakimlere ve savcılara tanınan her türlü haktan yararlanacakları, bu görevlerde geçen sürelerinin hakimlik ve savcılık mesleğinde geçmiş sayılacakları, adli veya idari yargıda görevli hakim veya savcılarla adli veya idari hakim ve savcı olup da Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlardaki görevlerde çalışanların sınıf ve dereceleri bakımından eşit oldukları ifade edilmekte, 37. maddesinde ise; Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda; Bakanlık tetkik hâkimliğine, adalet müfettişliğine, Adalet Bakanlığı Müsteşarlığı'na, yüksek müşavirliklerine, müsteşar yardımcılıklarına, Teftiş Kurulu Başkanlığı'na, genel müdürlüklerine, Strateji Geliştirme Başkanlığı'na, Teftiş Kurulu başkan yardımcılıklarına, belirli koşulu taşıyan hakim ve savcılar arasından atama yapılacağı belirtilmektedir.

Yargıçların Adalet Bakanlığı'ndaki idari görevlere atanabilmesi, yargıç açığını artırdığı gibi konunun yargı bağımsızlığı ile de yakın bir ilgisi bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, yargıçların idari görevlere atanması yargı bağımsızlığına bütünüyle aykırıdır. Yargıçlık görevinden idari görevlere yapılacak atamalarda ilgilinin muvafakatinin aranacağı belirtilmesi de yargı bağımsızlığına aykırılığı önleyemez. Gerçekten de, bir raporda da belirtildiği üzere ilgilinin rızasının "kayıma" biçiminde tersine işlemesi ve bundan da yine yargı bağımsızlığının zarar görmesi olasılığı vardır.<sup>98</sup>

Ayrıca, yargıçlık ve bürokratik birbirinden ayrı nitelik ve birimleri gerektiren meslekler olup bir diğerrinin olmazsa olmaz koşulu (*conditio sine quo non*) değildir. Bu nedenle yargıçların Adalet Bakanlığı'ndaki her türlü göreve atanmasından vazgeçilerek, Bakanlığın profesyonel bir idari yapıya kavuşturulması uygun olacaktır.

## b. Yargıçlar Yüksek Kurulu Kurulması

Türkiye'de yargı bağımsızlığını risk altına sokan en önemli unsur Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kuruluş ve oluşum tarzıdır. Bir kere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) kuruluş tarzı yargı bağımsızlığına aykırıdır. Daha açık bir deyişle, HSYK'nun

<sup>98</sup> Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD, s. 180.

kendisine özgü bir bütçesi, sekreteryası ve binasının bulunmaması ile adalet müfettişlerinin söz konusu kurulun emri altında çalışmaması yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir.<sup>99</sup>

HSYK'nın oluşum tarzı da yargı bağımsızlığına aykırıdır. Anayasa'nın 159. maddesinin 2. fıkrasında; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının, Adalet Bakanı olduğu, Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın kurulun doğal üyesi olduğu, kurulun üç asıl ve üç yedek üyesinin Yargıtay Genel Kurulu'nun, iki asıl ve iki yedek üyesinin Danıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içerisinden Cumhurbaşkanınca dört yıl için seçileceği, süresi biten üyelerin yeniden seçilebileceği, Kurul'un, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçeceği ifade edilmiştir. Kurul'un bu oluşum tarzı, kanımızca, yargı bağımsızlığına aykırı düştüğü gibi demokratik temsil esaslarına da aykırı düşmektedir. Bir kere, Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın Kurul'da bulunması yargı bağımsızlığına aykırıdır. Yine, Kurul üyelerinin Yargıtay ve Danıştay'dan seçilmesi ile Cumhurbaşkanı tarafından atanması da, kanımızca, yargı bağımsızlığını zedelemektedir. Çünkü, HSYK'nın yasma, yürütme ve hatta bizzat yargılama organından bağımsız olması gerekir. Kurul üyelerinin Yargıtay ve Danıştay'dan seçilmesi ve Cumhurbaşkanı tarafından atanması, Kurul'un, yürütme<sup>100</sup> ve yargılama organından<sup>101</sup> bağımsız olmadığı somut bir göstergesidir. Diğer taraftan, Kurul üyelerinin dört yıllığına atanması da yargı bağımsızlığına aykırıdır. Çünkü yürütmenin istemlerine karşı direnen bir üyenin görev süresi uzatılmayabilir. Çünkü üye, salt dört yıllığına seçildiğinden ancak kısıtlı bir görev güvencesine sahiptir.

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde sağlayabilmek için kanımızca, her şeyden önce, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kaldırılarak Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun kurulması gerekir. Bu kurulun, kuruluş tarzını yargı bağımsızlığına uygun bir hale getirebilmek için Kurulun kendisine özgü bir bütçesi, sekreteryası ve binası bulunmalı,

<sup>99</sup> Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kuruluş yapısının yargı bağımsızlığına nasıl aykırı düştüğü konusunda fazla bilgi için Avrupa Birliği Komisyonu tarafından İngilizce olarak hazırlatılan ve Adalet Bakanlığı tarafından tercüme edilen *Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi İstisari Ziyaret Raporu* (28 Eylül 2003-10 Ekim 2003) s. 48-51 arasına bkz.

<sup>100</sup> Anayasa 104. maddesinin çerçevesinde, Cumhurbaşkanı, yürütmenin başıdır.

<sup>101</sup> Yargıtay ve Danıştay'dan.

bunun yanında, adalet müfettişleri de söz konusu kurulun emri altında çalışması gerekir.

Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun oluşum tarzını da yargı bağımsızlığına uygun bir şekilde düzenlemek gerekir. Söz konusu kurulun oluşum tarzının nasıl olması gerektiği sorusunu yanıtlamadan önce Kurulun başkanlığını kimin yapması gerektiği sorusunu yanıtlamak daha uygun olacaktır.

İtiraf etmek gerekir ki, 2007 yılına kadar, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun Başkanlığını Cumhurbaşkanının yapması gerektiği fikrini taşımaktaydık. Bununla birlikte, 2007 yılından sonra bu fikrimizi değiştirmiş bulunmaktayız. Gerçekten de, Anayasa'nın 101 ve 102. maddelerinde, 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir.<sup>102</sup> Yapılan bu değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin "*parlamentar sistem*" olan hükümet rejimi "*başkanlı parlamenter sisteme*" dönüşmüştür. Başkanlı parlamenter sistemde neden Cumhurbaşkanının Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun Başkanı olamayacağını göstermek açısından başkanlı parlamenter sistem ve sakıncaları üzerinde durmak uygun olacaktır.

Parlamentar sistemin ana unsurlarını sabit tutup, sisteme halk tarafından seçilen bir devlet başkanının eklendiği durumlarda ortaya çıkan sistemin adı başkanlı parlamenter sistem olur. Bu sistem bir parlamenter sistem değildir, çünkü devlet başkanı halk tarafından seçilmektedir, bir yarı-başkanlık sistemi de değildir; çünkü başkanlı parlamenter sistemdeki bir devlet başkanının yetkileri, yarı-başkanlık sistemindeki bir devlet başkanından daha azdır. Daha açık bir deyişle, başkanlı parlamenter sistemdeki bir devlet başkanının hükümeti azil ve parlamentoyu fesih yetkisi yoktur; yasama, atama ve olağanüstü hal yetkileri ise oldukça kısıtlıdır. Başkanlı parlamenter sistem kısaca, "*halk tarafından seçilen sembolik yetkili bir devlet başkanı + parlamentoya karşı sorumlu bir hükümet*" olarak ifade edilebilir. Günümüzde, İran, Bulgaristan ve Slovakya'da uygulanan hükümet sistemleri başkanlı parlamenter sistemin örneklerini oluşturur.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 21.10.2007 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilmiş ve buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulu Kararı 31.10.2007 tarih ve 26686 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanmıştır.

<sup>103</sup> Gönenç, *Hükümet Sistemi Tartışmalarında "Başkanlı Parlamenter Sistem" Seçeneği*, s.



Başkanlı parlamenter sistem, parlamenter hükümet sistemine göre iki açıdan sakınca doğurur. Bu sakıcalar, tarafsızlık tartışması ve meşruiyet krizidir.<sup>104</sup> Gerçekten de parlamenter sistemin en temel özelliği, sistemde uygulanan siyasi programın teklifiğidir. Daha açık bir deyişle; seçmenlerin belirli bir siyasi partiyi tercih etmesine neden olan, o siyasi parti parlamentoda çoğunluğu elde ettikten sonra içinden çıkardığı hükümetin temel hedeflerini belirleyen ve hükümetin görevde kaldığı sürece uyguladığı program daima aynı programdır. Parlamenter sistemin işleyişi göz önüne alındığında, icrai yetkilerin esas olarak hükümete ait olduğu, hükümetin de bu yetkileri seçimlerden iktidara sürekliliğini koruyan siyasi programı yaşama geçirmek için kullandığı söylenebilir. Bu tablo içerisinde devlet başkanı, herhangi bir siyasi programı olmayan partiler-üstü “tarafsız” bir unsurdur.<sup>105</sup>

Başkanlı parlamenter sistem açısından düşünüldüğünde ise, parlamenter sistemdeki temel mantığın sarsıldığı görülür. Bu sistemde; sadece parlamentoya girmek için yarışan, bu yarışta kazandıktan sonra parlamentodaki çoğunluğu ve hükümeti kontrol eden siyasi parti değil, devlet başkanı da bir siyasi programla seçmenlerin karşısına çıkacaktır. Halk tarafından tercih edilmek için devlet başkanı, aynen siyasi partiler gibi seçim meydanlarına çıkacak, propaganda yaparak seçmenlere bir takım vaat ve söz verecektir. İşte, başkanlı parlamenter sistemde esas sorun burada başlamaktadır. Eğer devlet başkanı, hükümet ve parlamento çoğunluğu aynı dünya görüşüne sahipse, büyük olasılıkla bu üç aktör birbirine engel olmayacak, tam tersine aynı siyasi programı yaşama geçirmek için işbirliği yapacaktır. Bu durumda, meşruiyet krizi azalsa da devlet başkanının tarafsızlığı büyük ölçüde zedelenecektir. Bir başka deyişle, bir dünya görüşü lehine bir iktidar toplanması ortaya çıkacak ve devlet başkanının tarafsızlığı iktidardaki dünya görüşü lehine bozulacaktır.<sup>106</sup>

Tersi bir durum söz konusu olduğunda, bu sefer de iktidar toplanması değil iktidar çatışması, dolayısıyla bir yandan tarafsızlık tartışması yaşanacak, diğer yandan meşruiyet krizine yol açacak bir kutuplaşmanın zemini hazırlanacaktır. Daha açık bir deyişle, devlet

---

3.

<sup>104</sup> Gönenç, a. g. m., s. 5.

<sup>105</sup> A. g. e.

<sup>106</sup> A. g. e.

başkanı ve hükümet-parlamento çoğunluğu farklı dünya görüşlerine sahip olduğunda, “siyasi programın teklifi” ilkesi işlemeyecektir. Şöyle ki, devlet başkanı ve çoğunluk partisi farklı programlarla seçmenlerin karşısına çıkacak, iktidara geldiklerinde yapmayı vaat ettikleri icraatlar farklı dünya görüşlerini yansıtacaktır. Yarışan siyasi partiler iktidara geldiğinde yasama çoğunluğunu ve hükümetin yetkilerini programlarını yaşama geçirme doğrultusunda kullanabilirler. Buna karşın devlet başkanının, seçim meydanlarında verdiği sözlerin yerine getirilmesinde büyük güçlüklerle karşılaşılacaktır. Çünkü başkanlı parlamenter sistemde, devlet başkanı halk tarafından seçilse de yetkisiz<sup>107</sup> bir devlet başkanıdır. Yetkisiz olduğu için devlet başkanı, seçmenlere sözleri yerine getirebilmek için anayasal yetkilerini zorlaması kaçınılmaz olacaktır. Bundan daha da önemlisi, sözlerini yerine getirmek isteyen bir devlet başkanı tarafsızlığını tamamen bir kenara bırakabilir. Daha açıkça, devlet başkanı programını uygulayabilmek için parlamentoda kendisine yandaş arayabilir, siyasi partilerle açık-gizli ittifaklara yönelebilir, hatta kendi dünya görüşüyle uyuşmayan hükümetlerin düşürülmesi için muhalefetle işbirliği dahi yapabilir. Bu tür yönelimlerin devlet başkanının tarafsızlığına ne kadar büyük bir zarar vereceği ortadadır. Bundan da önemlisi, bu tür bir “yarışan siyasi programlar senaryosu” meşruiyet krizine dahi kapı açabilir. Bir başka deyişle, bu kutuplaşma büyük olasılıkla halkın gerçek temsilcisinin kim olduğu sorusunu gündeme getirecektir. Devlet başkanı mı yoksa parlamento çoğunluğu mu? Kuşkusuz her iki aktör de, halk tarafından seçildikleri için aynı şekilde meşruiyet iddiasında bulunmaya hakkı olduğunu düşünecek ve bu da sistemin kilitlenmesine yol açacaktır.<sup>108</sup> Dolayısıyla, başkanlı parlamenter sistemde Cumhurbaşkanının konumu daima tarafsızlık ve meşruiyet sorunlarına yol açacağı için Cumhurbaşkanının Yargıçlar Yüksek Kuruluna başkanlık etmesi düşünülemez. Bunun yerine, Yargıçlar Yüksek Kurulu’nun başkanlığını Türkiye Temyiz Mahkemesi Başkanı’nın<sup>109</sup> yürütmesinin en uygun hal çaresi olduğunu düşünmekteyiz.

<sup>107</sup> Uygulandığı ülkelerde, her ne kadar parlamenter sistemdeki devlet başkanına göre biraz daha fazla yetkisi olsa da gene yetkileri diğer başkanlık (başkanlık, süper başkanlık ve yarı başkanlık) sistemlerine göre oldukça azdır.

<sup>108</sup> Gönenç, a.g.m., s. 5-6.

<sup>109</sup> İleride ayrıntılı olarak görüleceği üzere biz Yargıtay dışında tüm yüksek mahkemelerin kaldırılmasını veya idari organa dönüştürülmesini ve Yargıtay’ın isminin

Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun Başkanlığı sorununu bu şekilde çözümledikten sonra söz konusu kurulun üye yapısının oluşum tarzı üzerinde durmak uygun olacaktır. Bu sorunu çözümlene çabalarımızın hemen başında ifade edelim ki, bir çokları tarafından ileri sürülen ve hâkimlere yönelik her türlü işlemler hususunda sadece hâkimlerden oluşan bir kurulun (kooptasyon dizgesi) veya kooptasyon dizgesinin bir yansıması olan doğrudan doğruya Temyiz mahkemesinin yetkili kılınmasını içeren teklifin kabulüne Kapani gibi biz de taraftar değiliz.<sup>110</sup> Çünkü Kapani'nin de belirttiği gibi tam bir kooptasyon dizgesi ciddi sakıncalar taşımaktadır. Bu dizge içerisinde, zümre (caste) zihniyeti baskın olur, dizge, yaşama ve toplumsal hareketlere kapalı ve her türlü değişim ve yeniliğe karşı gelen imtiyazlı bir yargıçlar sınıfının bulunmasına neden olur ve böyle bir zümre içerisinde kendisini göstermesi ve gelişmesi doğal olan akraba ve eş-dost kayırma eğilimi sonucunda yargıçlığın çok geçmeden salt belirli ailelere ve onların mensuplarına özgülenmiş kapalı bir meslek hâline gelmesi olgusuyla karşılaşılır. Bu olgunun baş göstermesi üzerine halk arasında, adaletin dağıtım işinin belirli ailelerin yararına yapılmakta olduğu kuşkusuna doğar ki, bu kuşku, bütün yargıçlar topluluğunun itibarını düşürmeye yetecek derecede ciddidir. Bir toplumda, adaletin temsilcileri olan yargıçların, halkın güvenini kaybetmeli kadar o toplum için endişe verici başka bir durumu imgelemek güçtür.<sup>111</sup> Bu yüzden, yargıçlar hakkında her türlü işlemi yapmaya yetkili olmak üzere üyeleri salt yargıçlardan oluşan bir Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun vahim sakıncalar doğuracağı unutulmamalıdır.

Kapani gibi biz de tam bir kooptasyon dizgesine taraftar olmakla birlikte, Kapani'nin belirttiği gibi bu hususta en iyi çözüm yolunun, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun, Fransa ve İtalya'da olduğu gibi, üyelerinin bir kısmının yargıç, bir kısmının ise Meclis tarafından seçilecek kimselerden oluşan karma bir yüksek organ olarak tasarlanması uygun olacaktır.<sup>112</sup> Oluşturulması gereken bu karma yüksek kurulun üye yapısı hakkında ayrıntılı olarak durmak yerinde olacaktır.

Yargı bağımsızlığına uygun hareket etmek açısından, Yargıçlar

---

de Türkiye Temyiz Mahkemesi olarak değiştirilmesini savunmaktayız.

<sup>110</sup> Bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152.

<sup>111</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 53-54.

<sup>112</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152.

Yüksek Kurulu'nda, çoğunluğu İtalya'da olduğu gibi hakimlere vermek ve Türkiye Temyiz Mahkemesi Başkanını, "Kurulun Başkanı" olarak kabul etmek doğru olur.<sup>113</sup> Bununla birlikte, kooptasyon dizgesine fazla yaklaşmamak açısından İtalya'da olduğunun aksine, yargıçların, Kuruldaki çoğunluğu üçte ikiyi bulmamalı,<sup>114</sup> fikrimizce Kurul'un üye tamsayısının yarısından bir fazlası olmalıdır. Ayrıca, Yargıçlar Yüksek Kurulu'na şimdiki dizgenin aksine salt Yargıtay ve Danıştay'dan üye seçilmesi yoluna gidilmemeli, yargı bağımsızlığına uygun hareket etmek,<sup>115</sup> demokratik ve bütün yargıçların temsili esaslarına uygun davranabilmek açısından Türkiye'de görev yapan tüm yargıçlar arasından yine yargıçların oyuyla seçim esasını benimsemek gerekir.

Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun geri kalan üyeleri, daha somut bir deyişle Kurul'un üye tamsayısının yarısından bir eksiği Meclis tarafından seçilmelidir. Meclis tarafından seçilecek üyelerin salt Meclis dışından seçilecekleri belirtilmekle yetinilmemeli ve gene 1948 tarihli ve hâlen yürürlükte olan İtalyan Anayasası'nda yapıldığı gibi<sup>116</sup> bu üyelerin üniversite hukuk profesörleri ile asgari 15 yıl avukatlık yapmış kimseler arasından seçilecekleri esasını benimsemek gerekir. Bu yolla, Meclis tarafından ehliyetsiz kişilerin seçilmesi olasılığı önlenmiş olur.<sup>117</sup>

Diğer taraftan, Meclis tarafından Yargıçlar Yüksek Kurulu'na üye seçimi yoluna gidilirken siyaset kaygısını olanaklar ölçüsünde ortadan kaldırmak açısından mülga 1946 tarihli Fransız Anayasası'nca belirtilen, seçilmek için Meclis'in üçte ikisinin çoğunluğunun oyunu alma koşulunu da kabul etmek gerekir.<sup>118</sup> Çünkü politikanın ayırıcı karakterinden birisi, onun sadece bir çatışma değil aynı zamanda uzlaşma

<sup>113</sup> Krş. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152.

<sup>114</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152.

<sup>115</sup> Yargıçlar Yüksek Kurulu'na salt Yargıtay ve Danıştay'dan üye seçmek yargı bağımsızlığına aykırıdır. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere yargının gerçek anlamda bağımsız olabilmesi için bizzat yargılama organından da bağımsız olması gerekir. Yargıçlar Yüksek Kurulu'na salt Yargıtay ve Danıştay'dan üye seçmek, yargının yargılama organına bağlı olduğunun somut bir göstergesidir.

<sup>116</sup> İtalyan Anayasası'nın 104. maddesine bkz.

<sup>117</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 153.

<sup>118</sup> Bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 153. Yürürlükte olan 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın Yüksek Yargı Konseyi'nin oluşumu ile ilgili 65. maddesinde böyle bir koşul öngörülmemektedir.

alanı olmasıdır. Gerçekten de, günümüzde siyasal faaliyet; genellikle karar alma, emir verme ve bunları yürütme şeması içerisinde ele alınmaktadır. Halbuki siyasetin gerçek oluşumu ise bu şemanın ifade ettiğiinden daha karmaşık ve daha değişiktir. Toplumda değişik sosyal gruplar değişik istekler öne sürmekte ve bunların gerçekleştirilmesi için iktidar üzerinde etki yaratmaya çalışmaktadırlar. Uygulamada, bu isteklerden herhangi birisinin hiçbir değişikliğe uğramaksızın aynen kabul edildiği ve karar hâline geldiği nadiren görülmektedir. Genellikle siyasal kararlar, çeşitli yönlerden gelen etkileme çabalarının karşılıklı olarak birbirini dengelendirmeleri sonucunda az çok bir uzlaşma olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>119</sup> Meclis tarafından Yargıçlar Yüksek Kurulu'na üye seçimi yapılırken Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyunun bulunması koşulu aranınca, partiler arasında bir uzlaşma olanağı aranacak ve iktidara yakın olan kimselerin üye seçilmesi yerine olanaklar ölçüsünde tarafsız kişilerin söz konusu kurula seçilmesi yolu açılacaktır.

Yargıçlar Yüksek Kurulu, yargıçların bağımsızlıklarını korumakla yükümlü bulunmalı ve onların mesleğe kabul, hizmet içi eğitimi ve disiplin işleri konusunda yetkiyi haiz olması gerekir.<sup>120</sup> Diğer yandan, istikrarı sağlamak açısından; Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun üyeleri, Fransa'nın yürürlükten kaldırılmış 1946 tarihli Anayasası'nda olduğu gibi bir defaya mahsus olmak üzere altı yıllık bir dönem için seçilmeli<sup>121</sup> ve Kurul üyelerinin başka bir resmi veya özel işte çalışmasının yasaklanması gerekir.

Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun oluşturulmasından sonra Anayasa'nın 140. maddesinin 6. fıkrasında değişikliğe gidilerek; yargıçların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı yerine Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bağlı oldukları esasının getirilmesi gerekir. Ayrıca, yargıçların idari görevlerinin somut bir şekilde çıkartılması gereken Yargıçlar

<sup>119</sup> Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, s. 4.

<sup>120</sup> Krş. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152. Kapani, eserinin burasında, söz konusu organının yargıçların terfi ve nakilleri konusunda da yetkili olmasını savunmaktadır ki, biz yargıçların terfi ve yer değiştirmelerine karşı olduğumuzdan Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun böyle bir yetkisinin bulunmaması gerektiğini düşünürüz.

<sup>121</sup> Bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 153. Yürürlükte olan 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın Yüksek Yargı Konseyi'nin oluşumu ile ilgili 65. maddesinde yine böyle bir koşul öngörülmemektedir.

Kanunu'nda gösterilmesi gerekir. Mevcut durumda, Anayasa'nın söz konusu hükmünde yargıçların idari yönden Adalet Bakanlığı'na bağlı oldukları ifade edilmekte ve bu esas, 2802 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrasında da tekrar edilmektedir. Bir raporda da isabetli olarak belirtildiği üzere, yargıçların idari yönden Adalet Bakanlığı'na bağlı sayılmaları yargı bağımsızlığına derin bir şekilde zarar vermektedir. Çünkü yargıçlar açısından yargısal/idari görev ayrımı pek ince bir ayırım olup onların kendilerini sürekli bir tedirginlik altında tutmasına yeterlidir.<sup>122</sup> Bu sakıncayı önlemek açısından yargıçların idari görevlerinin açık ve kesin olarak belirtilmesi<sup>123</sup> yerinde olacaktır.

### c. Yargı Birliğine Geçilmesi

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde yaşama geçirebilmek için yargı birliğine geçilmesi mutlak bir gereksinimdir. Türkiye'de yargı; adli, idari, anayasa ve askeri yargı düzeneği kurularak bölünmüştür. Yargının bölünmesi, kanımızca, bizatihi yargı bağımsızlığına aykırıdır. Gerçekten de ünlü bir Latin atasözü "*böl ve hükmet*" (divide et impera) der. Bu atasözünün anlamı; birisini yenebilmek veya etki altına alabilmek için onu parçalamaya başvurmanın gerekli olduğudur. Bu atasözü, Türk diline "*böl ve yönet*" olarak geçmiştir. Türkiye'de yargı farklı düzeneklere bölündüğü için yargı bağımsızlığı zedelenmiştir.

Türkiye'de yargı birliğini sağlayabilmek tek bir yargı düzeneği kabul edilmeli ve Yargıtay dışındaki diğer yüksek mahkemeler ile yargı organları ya bütünüyle kaldırılmalı ya da idari bir organa dönüştürülmelidir. Bu çerçevede, Anayasa'da yargı organı olarak düzenlenmiş olan Sayıştay'ın yargı organı niteliğinin kaldırılarak onun idari bir organa dönüştürülmesi; Anayasa'da yüksek mahkeme olarak düzenlenmiş olan Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yargıtay,<sup>124</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bütünüyle

<sup>122</sup> *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD, s. 180.

<sup>123</sup> Yargıçlar, idari açıdan, Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bağlı olsalar bile.

<sup>124</sup> Sadece, Askeri Yargıtay'ın kaldırılması ile yetinilmemeli, bunun yanında, ilk derece askeri mahkemeler ile disiplin mahkemelerinin de kaldırılması, kısacası askeri yargının bütünüyle ilga edilmesi gerekir. Çünkü askeri yargı, doğası gereği komutan etkisi altında bulunur. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Dursun, *Askeri Yargıya Genel Bir Bakış*, s. 5-13. Doğası gereği, komutan etkisi altında bulunan bir yargı düzeninin bağımsız olabilmesi mantiken olanaksızdır.

kaldırılması, yine Anayasada yargı organı olarak düzenlenmiş olan Yüksek Seçim Kurulu ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ilga edilmesi gerekir. Temyiz mahkemesi olarak sadece, o da ismi Türkiye Temyiz Mahkemesi değiştirilmek kaydıyla Yargıtay'ın bırakılması gerekir.

Esasen, Yargıtay dışında, başka yüksek mahkeme veya yargı organının bulunması erkler ayrılığı ilkesine de aykırıdır. Gerçekten de, erkler ayrılığı düşüncesini ister orijinal anlamında<sup>125</sup> isterse günümüzdeki anlamı olan ve yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan iş görüsellikler ayrılığı bağlamında kabul edelim yargı görevinin etkin bir şekilde yerine getirilmesi için yalnızca bir temyiz mahkemesine gereksinim vardır. Nitekim Amerikan Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının ilk tümencesinde; Amerikan yargı erkini, *bir temyiz mahkemesi* ile bu mahkemenin altındaki alt derece mahkemelerinin oluşturacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Amerika'da yargı erkini sonul aşamada Amerikan Temyiz mahkemesinin temsil ettiğini söyleyebilmek olanaklıdır. Halbuki Türkiye'de birden çok yüksek mahkeme veya yargı organı olduğundan yargı erkini sonul aşamada kimin temsil ettiğini saptayabilmek kolay değildir. Erkler ayrılığı idesine uygun davranabilmek açısından da Yargıtay hariç diğer yüksek mahkeme ya da yargı organlarının ya kaldırılması ya da idari organa dönüştürülmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Esasen, Yargıtay dışında diğer yüksek mahkeme ya da yüksek yargı organının bulunması, kanımızca, erkler ayrılığı ilkesine göre düzenlenen Anayasa'nın, yargıyı erk düzenleyen 9. maddesine de aykırılık oluşturur. Gerçekten de, Anayasa'nın bu maddesinde; yargı yetkisinin, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilmektedir. Bu hükmün özü, Özarpat'ın da isabetli olarak belirttiği üzere yargı yetkisinin kullanılmasının yalnızca bir organa ait olmasıdır. Özarpat, haklı olarak, yargı yetkisinin değişik organlar tarafından kullanılması durumunda hem kişilerin doğal olarak bağlı olmaları gereken mahkemelerinden uzaklaştırılacağını, hem de değişik yargı organları arasında içtihat farklarının doğmasına yol açılacağını, bu durumun ise mahkemelere beslenen güveni sarsabileceği gibi adaletsizlik de doğurabileceğini ifade etmektedir.<sup>126</sup> Kuşkusuz, Yargıtay dışında-

<sup>125</sup> Yasama, yürütme, yargı.

<sup>126</sup> Bkz. Özarpat, *Askeri Ceza Yargılama Usulü Hukuku*, s. 24.

ki yüksek mahkemeler ya da yüksek yargı organlarının da anayasal dayanakları bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu mahkeme veya yargı organlarının Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olmadığı savlanabilir. Ancak, fikrimizce Yargıtay dışındaki söz konusu mahkeme ya da yargı organlarının anayasal dayanağının bulunması Anayasa'nın 9. maddesine olan aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bu durumu olsa olsa Anayasa'ya aykırı Anayasa hükümleri olarak değerlendirmek daha doğru olur.<sup>127</sup>

Esasen yargı birliğine geçilmesinde mantıksal bir zorunluluk da vardır. Gerçekten de, Kunter'in belirttiği gibi devletin egemenliğine dayanarak yaptığı bir faaliyet olan yargılamanın, devletin egemenliği gibi tek olması mantıki bir zorunluluktur. Yazara göre, ya bir devlet vardır, o halde egemenlik de tektir yahut egemenlik birden fazladır o halde bir devletten de bahsedilemez. Yazar, egemenlik denilen erkin,<sup>128</sup> yasama, yürütme ve yargılama erklerinden oluştuğunu, bir devlet içinde birden fazla yasama erki veya birden fazla yürütme erkinin olmadığı gibi yargılama erkinin de birden fazla olamayacağını, bir başka deyişle, yargılama erkinin bir olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, yazara göre, yargılama birliği prensibinin ifade etmek istediği anlam; her devlet içinde yargılamanın egemenlik gibi tek oluşu ve o devletin egemenliğine tabi bütün şahısların bir tek yargılama erkine bağlı oluşudur.<sup>129</sup>

Bu konuyu kapatmadan önce bir hususu belirtmek yerinde olacaktır. Yargı birliğine geçilmesi, egemenliğin millete ait olması ilkesi ile doğal yargıç ilkesine de uygun düşecektir. Gerçekten de, Taner'in belirttiği gibi egemenlik millete ait olduğuna göre, yargı hakkı da millete ait olmalıdır. Yazar, yargı hakkının kullanılmasında birlik bulunmasının çok doğru bir davranış olduğunu ve esas teşkil etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Taner, yargı birliğinin sağlanamadığı durumlarda hüküm ve kararlarda karışıklık, çelişki, içtihat farklılıkları ve mercilerde duraksamanın doğabileceğini ifade etmektedir. Yazar, herkesin doğal yargıcına tabi olması gerektiğinden yargı hakkının bir organla yönetilmesinin, herkesinin doğal yargıcına tabi olması hakkının en uy-

<sup>127</sup> Daha açık bir deyişle, Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olan anayasa hükümleri.

<sup>128</sup> Yazar, hatalı olarak, "erk" kavramı yerine "kuvvet" kavramını kullanmaktadır.

<sup>129</sup> Kunter, *a. g. e.*, s. 142-143.



gun bir surette sağlanmasına da yardım edeceğini ifade etmektedir.<sup>130</sup>

#### d. Savcılığın Kaldırılması

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde yaşama geçirebilmek için alınması gereken bir başka kurumsal önlem, savcılığın ortadan kaldırılmasıdır. Yürürlükteki dizgedeki savcılarının konumu bütünüyle yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir. Her şeyden önce, diğer yargı sistemlerinin aksine, Türkiye’de yargıç ve savcılar arasında açık bir beraberlik durumunun bulunması, daha açık bir deyişle, her ikisinin de hem kanun önünde hem de uygulamada eşit kabul edilmesi, yargıç ve savcılar arasında organik bir ilişkinin bulunması, Yargıçların Bağımsızlığı Konusundaki Avrupa Konseyi 2 Numaralı İlkesi’nin 1. fıkrasında; devlet kurumları veya temsilcileri de dahil olmak üzere bir dava ile ilgili olan tüm kişilerin yargıcın otoritesi altında bulunması gerektiğini ifade edilmesine dolayısıyla savcının yargıçlıktan ayrı fakat ona tali bir durumda olması gerekirken savcının yargıca bağlı ve yargıçla eşit bir konumda bulunması yargı bağımsızlığı ilkesine derin bir şekilde zarar vermektedir.<sup>131</sup>

Çağcıl kamu yönetimi ilkelerine uygun davranabilmek açısından savcılığın kaldırılması gerekmektedir. Gerçekten de, Anayasa’nın 140. maddesinin 6. fıkrası gereği, savcı ve yargıçlar idari yönden Adalet Bakanlığı’na bağlıdır. Savlayan ile karar verenin idari yönden olsa bile aynı makama (Adalet Bakanlığı’na) bağlanması, çağcıl kamu yönetimi ilkelerine de aykırı düşer. Çağcıl kamu yönetimi anlayışı; savlayan ile karar veren organın aynı makama bağlanmasına hiç bir şekilde izin vermez.

Hukukun üstünlüğü ilkesini yaşama geçirebilmek açısından da savcılığın kaldırılması gerekir. Gerçekten de, hukukun üstünlüğü ilkesi, silahların eşitliği olarak adlandırılabilir savunma avukatı ile savunma avukatının eşit konum ve rollere sahip olmasını ve öyle bir görünüm verilmesini gerektirir. Savcılık kurumu mevcut olduğu müddetçe Türkiye’de silahların eşitliği ilkesini yaşama geçirebilmek ve dolayısıyla ceza yargılamasının temel özelliği olan diyalektiğe ula-

<sup>130</sup> Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 26.

<sup>131</sup> Bu konuda fazla bilgi için bkz. Avrupa Birliği Komisyonu’nun yukarıda bahsedilen İstisari Ziyaret Raporu (28 Eylül 2003-10 Ekim 2003) s. 54-58.

şabilmek de kolay değildir. Bu açıdan savcılığın kaldırılarak, serbest avukat ile eşit konumda bulunacak sav avukatlığının kurulması gerekir.

Suçlarla etkili bir savaşım verilebilmesi amacıyla da savcılığın kaldırılması gerekir. Gerçekten de, günümüzde, polisin, genellikle, C. Savcısının gözetimi altında suç soruşturma ve kovuşturmasını yürütmemesi suçla savaşım açısından bir zayıflık doğurmaktadır. Bu kanıya Adalet İstatistiklerinin incelenmesi sonucu da ulaşılabilir. Gerçekten de özellikle 1990'lı yıllardan itibaren Cumhuriyet Savcılarının ceza mahkemelerine açtıkları davalar hakkında, sanıklar bakımından verilen kararların dağılımının incelenmesinden %50 dolaylarında (genellikle %45 - %55 arasında) bir mahkumiyet kararı elde edilebildiği, bir başka deyişle Cumhuriyet savcıları tarafından mahkemeye açılan her iki davadan yaklaşık birisinin boş yere açıldığı anlaşılmaktadır.<sup>132</sup> Halbuki Japonya'da ceza mahkemelerine açılan davalarda sanıklar hakkında %100'e yaklaşan (%99 civarında) oranda mahkumiyet kararı elde edilmektedir.<sup>133</sup> Kanımca bunun temel nedenlerinden birisi, Japonya'da suç soruşturma ve kovuşturmalarının savcı gözetimi altında polis tarafından yürütülmesidir.

Bu çerçevede; savcılığın bünyesinde taşıdığı olumsuzluklardan kurtulmak için Cumhuriyet Savcılığı kaldırılarak "*Sav Avukatlığı Kurumu*" oluşturulmalı ve sav avukatlığı kurumu ile polis teşkilatı aynı bakanlık (Devlet Bakanlığı) ile ilişkili hâle getirilmelidir. Kurumsal açıdan yapılacak bu düzenlemeyle birlikte bütün suçların soruşturma ve kovuşturması sav avukatının gözetiminde polis tarafından yapılmasının yolu açılarak mahkemeye açılacak ceza davalarında sanıklar bakımından daha fazla bir yüzdeyle mahkumiyet kararı elde edilebilecek ve sav avukatı ile serbest avukat arasında "*silahların eşitliği*" ilkesi tam olarak sağlanacaktır.

Sav avukatı ve polis aynı Devlet Bakanlığı ile ilişkili hâle getirilebilirse, polisin görev ve sicil olarak kime bağlanması gerektiği tartışmaları biteceği gibi birden çok coğrafi bölgeyi kesen suçların soruştur-

<sup>132</sup> Adalet Bakanlığınca hazırlanan en son 2006 Yılı Adli İstatistikler Raporu s. 40'ta söz konusu mahkumiyet oranının % 46.1 olduğu göze çarpmaktadır.

<sup>133</sup> Bu konuda fazla bilgi için bkz. Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Yayınları, Ankara, 2007, s. 36.

ma ve kovuşturmasını yürütmek üzere kurulması savunulan Türkiye Cumhuriyeti Başsavcılığı kurulmasına da gerek kalmayacaktır.

### e. Yargıç Adaylarının Seçimi, Staj ve Mesleğe Kabul Dizgesinin Değiştirilmesi

Yargıç adaylarının seçiminde Adalet Bakanlığı'nın yoğun bir etkisi görülmektedir. Gerçekten de, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrasında; yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösteren kişilerin hâkim adaylığına atanacağı ifade edilmekte, 9/A maddesinin 1. fıkrasında; yazılı yarışma sınavının Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılacağı ifade edilmekte, bu maddenin 5. fıkrasında ise, "Mülakat Kurulu"nun; Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulu'nun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşacağı ifade edilmiştir.

Yargıç adaylarının seçiminde Adalet Bakanlığı'nın yoğun etkisinin bulunması, bütünüyle yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir. Gerçekten de, 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkeleri'nin "yeterlik, seçim ve eğitim" başlıklı prensibinde; yargıçlık mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireylerin seçileceği, seçim yönteminde, amaca aykırı düşenlerin rol oynamasını engelleyecek önlemlerin alınması gerektiği, yargıçların seçiminde, bir kişiye, karşı ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, millî veya sosyal menşe ve mal varlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacağı, ancak yargıç adayının ülke vatandaşı olma koşulunun ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>134</sup> Adalet Bakanlığı'nın başında siyasi bir kimlik taşıyan bakan bulunduğu göre yargıç adaylarının seçiminde Adalet Bakanlığı'nın etkisi, Birleşmiş Milletler'in söz konusu prensibine açıkça aykırıdır. Çünkü Adalet Bakanı ile aynı veya benzer siyasi düşünceyi paylaşan bir kişi salt bu özelliği nedeniyle yargıç adayı olabilecektir.

<sup>134</sup> Birleşmiş Milletlerin 1985 tarihli Yargı Bağımsızlığı İlkelerinin Türkçe tam metni için bkz. (<http://www.taa.gov.tr/abhukuku/AB/yetik.pdf>, Erişim Tarihi, 14.2.2008).

Bununla birlikte, yargıç adaylarının seçimi işinin Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bırakılması görüşünü benimsemiyoruz. Yargıçlar Yüksek Kurulu, yargıç adaylarının mesleğe kabulünden itibaren devreye girmesi gerektiği görüşündeyiz. Eğer, Türkiye'deki staj dizgesi bir düzene sokulur ve bakanlığın gözetimi altında yargıç ile avukatların staj dizgesi aynı usul ve esaslara tabi tutulabilirse bu durum yargı bağımsızlığına pek fazla zarar vermeyecektir.

Türkiye'deki staj dizgesinin bir düzene sokulabilmesi için her şeyden önce yargıç ve avukatlık stajının aynı usul ve esaslara bağlanması gerekir. Ülkede, yargıç ve avukatlık stajı oldukça farklı usul ve esaslara bağlanmıştır. Gerçekten de, 23.7.2003 tarih ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında; adli ve idari yargıda hâkim ve savcı adaylığına atananların meslek öncesi eğitim süresinin iki yıl olduğu, bu sürenin hazırlık eğitimi, staj dönemi ve son eğitim dönemi olmak üzere üç dönemi kapsayacağı, staj döneminin son altı ayında adayların yabancı dil eğitimi için yurt dışına gönderilebileceği, bu dönemlerin süreleri, hazırlık eğitimi ve son eğitim döneminde adaylara öğretilecek konuların, stajın yaptırılacağı yerler ve bunların sürelerinin, yabancı dil eğitimi için yurt dışına gönderilme usul ve esasları ile Yargıtay ve Danıştay'da yapılma şekli ve eğitimden sayılmayan sürelerin ne suretle tamamlanacağına dair hususların yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiş, maddenin 2. fıkrasında ise hazırlık eğitimi ve son eğitimin Adalet Akademisi Eğitim Merkezi'nde yapılacağı ifade edilmiştir. Buna karşın, 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasında; avukatlık staj süresinin 1 yıl olduğu, ilk altı ayının mahkemelerde ve kalan altı ayının da en az beş yıl kıdemli olan bir avukat yanında yapılacağı ifade edilmiştir. Diğer yandan, yargıç adayları stajları boyunca ücret alırken, avukat adayları herhangi bir ücret alamamaktadır.

Bu farklılıkların staj dizgesini tam bir çıkmaza götürdüğü ve yargının önemli bir asli unsuru olacak olan avukat adayları bakımından açık bir haksızlık doğurduğu ortadadır. Stajın verimli ve faydalı olmasını sağlamak için Almanya'da uygulanan dizgeye geçmek gerekmektedir.<sup>135</sup> Bu çerçevede, Almanya'da uygulanan staj dizgesi-

<sup>135</sup> Alman sistemi hakkında bilgi için bkz. Reisoğlu, *Federal Almanya Cumhuriyeti Adalet Cihazı*, s.21.

ne benzer şekilde, Adalet Bakanlığı,<sup>136</sup> hâkimlik stajına başlamak için ÖSYM'ye yaptırdığı yarışma sınavı gibi avukat ve yargıç adayları için ortak bir hukuk stajı yeterlilik sınavı açtırmalı ve bu sınavı kazananlar staja başlatılmalıdır. Avukat ve yargıç adayları stajlarını beraber yapmalı ve ortak bir staj programı uygulanmalıdır. Daha açık bir deyişle, avukatlık ve hâkimlik stajı şeklindeki ayırım terk edilerek; yapılacak stajda süre, ücret ve diğer yönlerden eşit şartlar uygulanmalıdır. Stajın bitiminde, yine Adalet Bakanlığı'nca ÖSYM'ye sınav yaptırılarak bu sınavı başaranlar "*yargı mensupluğu belgesi*" almalıdır. Bu belgeyi alanlardan yargıç olmak isteyenler Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun açacağı sınava katılmalı, sav avukatı olmak isteyenler "*Sav Avukatlığı Kurumu*"na, serbest avukat olmak isteyenler ise çalışmak istediği baroya başvurmalıdır.

Böyle bir yöntemin uygulamaya geçilmesi, yargıç ile sav avukatı ve serbest avukat arasında karşılıklı anlayış, sevgi ve saygının artırılması bakımından büyük yararlar getireceği ve ayrıca hukuk fakültesi öğrencilerinin mezun olduklarında avukat olmak için de başarmak zorunda oldukları ağır sınavları düşünerek daha çok çalışmalarını sağlayacağı açık olduğu gibi<sup>137</sup> yargıçlığa atanmada bütün yetkiyi Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bıraktığı için yargı bağımsızlığı ilkesine de uygundur.

#### f. Türkiye Adalet Akademisi'nin Adalet Bakanlığı ile Bağının Kesilmesi

Yargı bağımsızlığı ilkesini yaşama geçirebilmek için alınması gereken bir diğer kurumsal önlem; Türkiye Adalet Akademisinin Adalet Bakanlığı ile her türlü bağını keserek, söz konusu akademiye kurulması gereken Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bağlamaktır.

23.7.2003 tarih ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu ile Türkiye Adalet Akademisi'nin kuruluş ve görevleriyle ilgili esaslar düzenlenmiştir. Akademinin görevi; salt yargıçların meslek içi eğitimini düzenlemek olması gerekmesine rağmen Kanun'un 5. maddesinde eğitim, danışma ve yardım, inceleme, araştırma ve yayın, doküman-

<sup>136</sup> Bakanlığın ismi yukarıda da belirtildiği gibi "Adli İşler Bakanlığı" veya "Adliye Bakanlığı" olarak değiştirilmek koşuluyla.

<sup>137</sup> Bkz. Karayalçın, *Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod - Problem Çözme*, s. 30.

tasyon, meslek öncesi eğitim, staj ve diğer görevler olmak üzere oldukça geniş olarak sayılmıştır. Akademi'nin görevlerinin oldukça geniş tutulması, onun kuruluş felsefesine de aykırıdır.<sup>138</sup>

4954 sayılı Kanun'un, Adalet Bakanlığı'na, Akademi üzerinde geniş yetkiler tanımıştır. Gerçekten de, Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında; Akademinin ilgili olduğu Bakanlık Adalet Bakanlığı olarak saptanmıştır. Kanun'un 7. maddesinde, Akademi'nin organlarını; Başkanlık, Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu'nun oluşturacağı ifade edilmiştir. Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında; Başkan ve başkan yardımcılarının Bakanlar Kurulu'nca atanacağı ifade edilmiştir. Kanun'un 12. maddesinin 1. fıkrasında ise Akademi Genel Kurulu'nda; Adalet Bakanlığı'nı temsilen Adalet Bakanı, Bakanlık Müsteşarı, Ceza İşleri Genel Müdürü, Hukuk İşleri Genel Müdürü, Kanunlar Genel Müdürü, Avrupa Birliği Genel Müdürü, Personel Genel Müdürü, Eğitim Dairesi Başkanı'nın bulunacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Kanun'un, Adalet Bakanlığı'na, Akademi üzerinde tanıdığı yetkiler ilgili Bakanlığa tanınan yetkileri oldukça fazla olarak aşmış, adeta bir ağır vesayet yetkisine dönüşmüştür. Bu durum yargı bağımsızlığı ilkesine derin zarar vermektedir.

Gerçekten de, 12-13 Mayıs 2000 tarihli orta ve batı Avrupa ülkelerinin yer aldığı Yargı Eğitimi Merkezleri Yıllık Konferansı çerçevesinde kabul edilen Chisinau Deklarasyonu'nda; yargı mensuplarının eğitiminin, bizatihi yargı tarafından bağımsız bir yöntemle yapılması esası kabul edilmiştir. Bu esasa uyum sağlamak açısından Adalet Bakanlığı'nın, Akademi üzerindeki tüm yetkilerinin kaldırılması uygun olacaktır.<sup>139</sup> Daha doğru bir deyişle, Bakanlığın, Akademi üzerindeki tüm yetkilerinin kurulması gereken Yargıçlar Yüksek Kurulu'na devredilmesi yerinde olacaktır.

### **g. Yargıçların Örgütlenmesinin Önündeki Engellerin Kaldırılması**

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkelerini tehlikeye sokan etkenler sadece devletin Adalet örgütünün düzenlemiş biçimiyle ilgili

<sup>138</sup> Çünkü, Akademi'nin kuruluş felsefesi, salt yargıçların meslek içi eğitimini iyi bir şekilde sunmak olmalıdır.

<sup>139</sup> Bu konuda fazla bilgi için bkz. Avrupa Birliği Komisyonunun yukarıda bahsedilen İstişari Ziyaret Raporu (28 Eylül 2003-10 Ekim 2003) s. 44.

değildir. Yargılama sürecinin temel unsuru olan yargıcın mesleki örgütlenme sorunları da bu alanı yakından etkilemektedir. Yargıçların kendilerini ve mesleki değerlerini korumalarını ve savunmalarını sağlayan örgütler bulunmamaktadır. Oysa yargı ve yargıç bağımsızlığını ve bunların mesleki güvencelerini sağlayacak olan sadece devlet içi düzenlemeler değil, aynı zamanda bunların serbestçe örgütlenebilmeleridir. Fransa'da yargı ve yargıç bağımsızlığı ile güvencesini gerçekleştiren asıl gücün "Yargıçlar Sendikası" (*Syndicat de la Magistrature*) olduğu ifade edilmektedir.<sup>140</sup>

Yargıçların örgütlenmesi sorunu çözebilmek amacıyla Türkiye Hâkimler ve Savcılar Birliği (THSB) Tasarısı hazırlanmış ve Tasarı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bulunmakta ise de<sup>141</sup> söz konusu tasarının yargıçların örgütlenme sorununu çözebileceği düşünülmektedir. Çünkü THSB'ye hem yargıçlar, hem de savcılar üye olabilecek ve yargıçlar bunun dışında başka bir örgütlenmeye gidemeyeceklerdir. Yargıçların, savcılardan ayrı olarak ve THSB dışında örgütlenmemesi yargı bağımsızlığına aykırıdır.

Halbuki yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde sağlayabilmek için yargıçlar, bağımsızlıklarının sağlanması, çıkarlarının korunması, mesleki etiklerinin geliştirilmesi, düşüncelerinin açıklanması ve görevlerinin sürdürülmesi veya adaletin idaresi ile ilgili konularda tutum saptanmasına olanak sağlayacak tarzda serbestçe mesleki birlikler oluşturabilmeli ve organize edebilmelidir.<sup>142</sup> Nitekim, Birleşmiş Milletlerin 1985 tarihli Yargı Bağımsızlığı İlkeleri'nin "ifade ve dernek kurma özgürlüğü" başlıklı prensibinin 2. fıkrasında; yargıçların, menfaatlerini savunmak, mesleki eğitimlerini geliştirmek ve bağımsızlıklarını korumak amacı ile serbest bir şekilde dernek kurmak veya kurulmuş bir derneğe üye olmak hakkına sahip olacakları ifade edilmiştir. Bu açıdan, THSB Tasarısı'nın geri çekilerek yargıçların serbestçe örgütlenebilmelerini öngören bir yasal düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

<sup>140</sup> *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD, s. 180.

<sup>141</sup> 1.9.2008 tarihi itibarıyla.

<sup>142</sup> Bkz. Avrupa Birliği Komisyonunun yukarıda bahsedilen İstisari Ziyaret Raporu (28 Eylül 2003-10 Ekim 2003) s. 53 vd.

## h. Mahkemelerin Kuruluşu ile İl ve İlçe Kurulma Dizgesinin Değiştirilmesi

Mahkemelerin kuruluş dizgesinde Adalet Bakanlığı'nın yoğun bir etkisinin olduğu göze çarpmaktadır. Gerçekten de, 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un<sup>143</sup> 5 ve 9. maddelerinin 1. fıkralarında hukuk ve ceza mahkemelerinin, her il merkezleri ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulacağı ifade edilmekte, bu kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasında ise bölge adliye mahkemelerinin, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı'nca kurulacağı belirtilmektedir.

İdari yargı organlarının kuruluşu bakımından da Adalet Bakanlığı'nın yoğun bir etkisi görülmektedir. Gerçekten de, 6.1.1982 ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında; bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin, bölgelerin coğrafi durumları ve iş hacmi göz önünde tutularak Adalet Bakanlığı'nca kurulacağı ve yargı çevrelerinin saptanacağı ifade edilmektedir. Mahkemelerin kuruluşu açısından bir yürütme organı olan Adalet Bakanlığınca tanınan bu yetkiler yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir.

İl ve ilçe kurulması için de somut ölçütler bulunmamaktadır. Gerçekten de, 10.6.1949 tarih ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 1. maddesinde; Türkiye'nin merkezi idare kuruluşu bakımından coğrafya durumuna, iktisadi şartlara ve kamu hizmetinin gereklerine göre illere; iller ilçelere ve ilçelerin de bucaklara ayrıldığı ifade edilmekte, 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ise; il ve ilçe kurulması, kaldırılması, merkezlerinin belirtilmesi, adlarının değiştirilmesi, bir ilçenin başka bir il'e bağlanmasının kanunla yapılacağı belirtilmektedir. 5442 sayılı Kanun'da il veya ilçe kurulması için somut bir ölçütün aranması da yargı bağımsızlığına aykırıdır. Çünkü mahkemeler il veya ilçe

<sup>143</sup> Bkz. 7.10.2004 tarih ve 25606 sayılı *Resmî Gazete*.



merkezinde kurulacağına ve il ile ilçelerin kuruluşunda nesnel bir ölçüt bulunmadığına göre kurulması gerekmeyen çok küçük il veya ilçe merkezlerine bile siyasal kaygılarla mahkemeler kurulabilecektir. Bu durumun da yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturduğu ortadadır.

Yargı bağımsızlığı ilkesine uygun hareket edebilmek açısından her şeyden önce mahkemelerin kuruluşunda Adalet Bakanlığı'na verilen yetkilerin tümüyle Yargıçlar Yüksek Kurulu'na devredilmesi gerekir. Ancak, Yargıçlar Yüksek Kurulu'na mahkemelerin kuruluşunda yetki tanınırken söz konusu kurulun nesnel bir takım ölçütler çerçevesinde mahkeme kurmasına izin verilmelidir. Kurulun nesnel ölçütler temelinde mahkeme kurmasının ilk adımını, somut ölçütler çerçevesinde il ve ilçelerin kuruluşu oluşturur.

Esasen kamu hizmetlerinin ve devlet idaresinin etkin bir yürütülmesi bakımından da il ve ilçelerin kurulmasında nesnel ve somut ölçülerin bulunması mutlak bir zorunluluktur. Bu çerçevede, bir il kurulabilmesi için nüfusunun en az 250.000 olması, alanının 5.000 km<sup>2</sup> den az olmaması, merkez ilçe dışında en az beş ilçeye sahip olması, kendisinden ya da kendilerinden ilçe ya da köy alınan illerin bu ölçütlerin altına düşmemesi, coğrafya durumunun, ekonomik şartlarının, mali yeterliliğinin ve kamu hizmetlerine olan gereksinimin göz önünde tutulması gerekir.<sup>144</sup>

İlçe kurulması için de nesnel koşulların bulunması gerekir. Bu çerçevede, bir ilçe kurulabilmesi için kurulacak ilçenin; nüfusunun en az 15.000 olması, merkez belediyesi dışında en az toplam 10 köy ve belediyeye sahip olması, alanının en az 600 km<sup>2</sup> olması, ilçe merkezi nüfusunun en az 3000 olması, coğrafya durumunun, ekonomik şartlarının, mali yeterliliğinin ve kamu hizmetlerine olan gereksinimin göz önünde tutulması gerekir.<sup>145</sup>

Bu çerçevede, yargı bağımsızlığına uygun davranabilmek açısından ilk önce il ve ilçe kurulması nesnel ölçütlere bağlanmalı ve il ve ilçe merkezlerinde bir takım somut ölçütlere bağlı olarak Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun hukuk ve ceza mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemesi kurmasını sağlayıcı bir düzeneğin getirilmesi gerekir. Bölge Yüksek

<sup>144</sup> Bkz. *Yerel Yönetimler Yasa Taslağı*, TÜSİAD, s. 163.

<sup>145</sup> Bkz. *Yerel Yönetimler Yasa Taslağı*, TÜSİAD, s. 163.

Mahkemeleri'nin hangi il merkezinde kurulacağı ise yasada açıkça saptanmalıdır.<sup>146</sup>

### 1. Yargıçların Denetim Düzenine Değiştirilmesi

Yargı bağımsızlığı ilkesini yaşama geçirebilmek için alınması gereken bir başka kurumsal önlem; yargıçların denetlenmesi bakımından Adalet Bakanlığı'nın sahip olduğu her türlü yetkinin kaldırılarak denetim düzenine bütünüyle Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bağlamaktır. Bu düzenin nasıl kurulması gerektiğini incelemeye geçmeden önce iki hususu vurgulamak gerekir.

Bunlardan ilki, yargı bağımsızlığının; yargıçların görevlerini tam ve hakkıyla yapabilmeleri için kabul edildiğinden onların görevlerini yapmamaları veya kötü yapmaları sonucunu doğuramayacağı, keyfiliğe dönüşmeyeceği ve adalet düzenine felce uğramasına sebep olamayacağıdır.<sup>147</sup> Kısacası, yargının bağımsız olması hiç bir şekilde onun denetimsiz olmasını ifade etmez. Ülkemizde 1961- 1971 yılları arasında yargının denetimsizliğinden doğan keyfiliğin<sup>148</sup> oluşmasındaki temel etken, kanımızca, yargı bağımsızlığının denetimsizlik sonucunu doğuracağı şeklindeki yanlış sanıdır.

İkinci olarak, yargıçların denetim düzeni bütünüyle Yargıçlar Yüksek Kurulu'na verilse bile söz konusu kurulca bile yargıçların yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin fiil ve eylemlerinin hiç bir şekilde denetim konusu yapılamayacağıdır. Daha açık bir deyişle, Anayasa'nın 138. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde, Yargıçlar Yüksek Kurulu bile yargı yetkisinin kullanılması bakımından yargıçları hiç bir zaman denetleyemez. Yargı yetkisinin kullanılması bakımından denetim yargıç

<sup>146</sup> Biz ilk derece mahkemeleri olarak sadece hukuk ve ceza mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemelerinin kurulması gerektiği fikrini savunmaktayız. Diğer yandan, bölge idare mahkemelerinin de kaldırılmasını savunduğumuzdan idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf yolu olarak, ilga edilmesi gereken Bölge Adliye Mahkemeleri yerine tüm ilk derece mahkemeleri açısından geçerli olan ve kurulması gereken Bölge Yüksek Mahkemeleri'ne başvurulmalı, söz konusu yüksek mahkemelerin kararlarının temyiz yeri ise yine oluşturulması gereken Türkiye Temyiz Mahkemesi olmalıdır.

<sup>147</sup> Kunter, *a. g. e.*, s. 348.

<sup>148</sup> Bkz. Özek, Çetin, *Yargının İdari Denetimi, İHFM (Atatürk'e Armağan)*, C. XLV-XLVII, S. 1- 4, 1979 - 1980 - 1981, s. 971 vd.

sonu kararını verdikten sonra ancak bir üst mahkeme tarafından yapılabilir. Bu hususları hatırlattıktan sonra, yargıçların mevcut denetim düzeneğinin incelenmesi uygun olacaktır.

1982 Anayasası ile yargıçların denetiminde neredeyse bütün yetki Adalet Bakanlığı'na verilmiştir. Gerçekten de, Anayasa'nın 144. maddesinde hâkimlerin görevlerini; kanun tüzük, yönetmelik ve idari nite-likteki genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştı-ırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturmanın Adalet Bakanlığı'nın izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılacağı, Adalet Bakanı'nın soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabileceği ifade edilmiştir.

Bu hüküm, 2802 sayılı Kanun'un değişik hükümlerinde somutlaş-tırılmıştır. Bu çerçevede; Kanun'un 82. maddesinin 1. fıkrasında; hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sı-fat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılmasının Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı olduğu, Adalet Bakanı'nın inceleme ve soruşturmayı, ada-let müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kı-demli hakim veya savcı eliyle yaptırabileceği ifade edilmiş, 89. madde-sinin 1. fıkrasında ise hakimler hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde evrakın, Adalet Bakanlığınca ilgilinin yargı çev-resinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahke-mesi Cumhuriyet Savcılığına; Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında görevli hakim ve savcılar hakkındaki evrakın ise An-kara Cumhuriyet Savcılığı'na gönderileceği belirtilmiştir. Kanun'un 99. maddesinin 1. fıkrasında; Adalet Bakanlığı'nda, Bakan'a bağlı bir başkan, bir başkan yardımcısı, yeteri kadar adalet müfettişinden olu-şan Teftiş Kurulu'nun bulunacağı, 100. maddesinde; adalet müfet-tişlerinin, hâkimlerin görevlerini, kanun, tüzük, yönetmelik ve idari genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını ve adalet daireleri ile idari yargı dairelerini denetleme, hâkimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemleri-nin sıfatları ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve ge-rektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerini yapacakları,

idari yargıdan atanan adalet müfettişlerinin sadece bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin denetimi ile idari yargı hâkimleri hakkındaki soruşturmalarda görevlendirilecekleri ifade edilmiştir. Kanun'un 101. maddesinde ise, adalet müfettişlerinin lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinleyeceği, gerektiğinde istinabe yoluna başvurabileceği ve soruşturmanın zorunlu kıldığı hallerde arama yapacakları, sübut delillerini, gereken bilgileri bütün daire ve kuruluşlardan doğrudan doğruya toplayacakları, adalet müfettişlerince yapılacak denetim, inceleme ve soruşturmalarda ilgili kuruluş ve kişilerin istenecek her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorunda oldukları ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, yargıçların denetimi konusunda gerek Anayasa hükmü, gerekse 2802 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri yargı bağımsızlığına açıkça aykırı düşmektedir. Çünkü yargıçların, idari yönden olsa bile bir yürütme organı olan Adalet Bakanlığı tarafından denetlenmesi yargı bağımsızlığına derin zarar verir. Bu yüzden yargıçların idari yönden denetlenmesi işi, bütünüyle Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bırakılması ve söz konusu kurulun kendi teftiş organı ile yargıçların idari yönden denetiminin sağlanması gerekir. Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı'nın sahip olduğu yargıca yapılacak soruşturmaya izin verme yetkisinin de Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bırakılması uygun olacaktır.

### **i. Yalnızca Hukuk Fakültesi Mezunlarının Yargıç Olabilmesi**

Yargı bağımsızlığı ilkesini yaşama geçirebilmek için alınması gereken son kurumsal önlem; yalnızca hukuk fakültesi mezunlarının yargıç olabileceği esasını benimsemektir. Hukuk fakültesi olmayan bir mezunun idari yargıda yargıç olabilmesi olanaklıdır.<sup>149</sup> Gerçekten de, 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun "*adayların nitelikleri*" başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, idari yargıya, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışında alınacak adayların her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği

<sup>149</sup> Hukuk fakültesi mezunu olmayan kişinin örneğin salt Kara Harp Okulu'nu bitiren bir kişinin askeri mahkeme ve disiplin mahkemesinde de yargıç olabilmesi olanaklıdır. Ancak biz askeri yargının bütünüyle kaldırılmasını savunduğumuzdan bu sorun üzerinde durmayı gereksiz buluyoruz.

kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olanların idari yargı hâkim adayı olabileceği esası öngörülmüştür.

Hukuk fakültesi olmayan bir kişinin yargıç olabilmesi yukarıda incelenen 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkeleri'nin yeterlik, seçim ve eğitim prensibine uygun düşmediği gibi yargı bağımsızlığı ilkesine de uygun düşmemektedir. Esasen, hukuk fakültesi mezunu olmayan bir kimse yargıç olsa bile meslek olmayan yargıç unvanını alır. Halbuki Kunter'in ifadesiyle yargı bağımsızlığının meslekten olmayan yargıçlara sağlanması olanaksız denecek kadar ölçüde güçtür. Bu yüzden, yazar, haklı olarak meslek-dışı yargıçların kabulünü yargı bağımsızlığı yönünden tehlikeli bulmaktadır.<sup>150</sup> Bu çerçevede, çağdaş hukukun asla kabul edemeyeceği ve yargı bağımsızlığına aykırılığı açık olan hukuk fakültesi mezunu olmayan kimselerin yargıç olabilmesi yolunun derhal kapatılması, hatta bu nitelikteki söz konusu yargıçların da yargıçlık görevine son verilerek idari kadrolara atamalarının yapılması gerekir.

## 2. YARGI ÖZNEL BAĞIMSIZLIĞINI SAĞLAYABİLMEK İÇİN YARGICA TANINMASI GEREKEN TEMİNATLAR

Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için sadece yargıçların kurumsal bağımsızlığının sağlanması yeterli değildir. Bunun yanında, yargıçların öznel bağımsızlığının da sağlanması gerekmektedir. Yargıçların öznel bağımsızlığının sağlanabilmesi için de yargıçlara teminat tanınması gerekir. Sağlanacak teminatların yargıçların öznel bağımsızlığını sağlamaya yetebilmesi için yargıcın dürüst, bilgili, olgun ve faziletli olması ön koşuldur.<sup>151</sup>

Bununla birlikte, salt yargıcın dürüst, bilgili, olgun ve faziletli olması ile yargıcın öznel bağımsızlığı sağlanamaz. Gerçekten de, Kapani'nin belirttiği gibi yargıçların, kendi öznel bağımsızlıklarını, bizzat kendi ahlak ve karakterlerinin dayanıklılığında bulacaklarına dair sık sık tekrarlanan söz bir hakikat payını içermekle beraber demagojiye de oldukça müsaittir. Yargıcın yüksek ahlak ve kuvvetli bir karaktere sahip olması kuşkusuz gereklidir, ancak bu nitelikler kendisinin öznel

<sup>150</sup> Kunter, *a. g. e.*, s. 348-349.

<sup>151</sup> Krş. Balta, *a. g. e.*, s. 64.

bağımsızlığını sağlamak için yeterli değildir. Çünkü unutmamak gerekir ki, yargıç da nihayet bir insandır ve iktidar kendisi üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilmek serbestisine sahip olduğu müddetçe onun bağımsızlığından bahsetmeye olanak yoktur. Bundan dolayı, yargıcın gerçekten hür ve bağımsız olabilmesi için kendisine hukuk tarafından teminat tanınması gerekir.<sup>152</sup>

Yargıcın öznel bağımsızlığını sağlayabilmek için yargıca tanınması gereken teminatlar çeşitli şekillerde tanımlanabilmektedir. Bu çerçevede, yargıçlık teminatı; yargıcın, iktidar karşısında kendisini tam bir güvende hissetmesi ve kararlarını her türlü korku ve endişeden uzak olarak verebilmesi olarak tanımlanabileceği<sup>153</sup> gibi yargıçlara bağımsızlıklarının korunması amacı ile tanınmış bulunan hak ve ayrıcalıklar olarak da tanımlanabilir.<sup>154</sup>

Yargıçlık teminatı, yargıç bağımsızlığını korumaya hizmet eden müesseselerden sadece birisi ve fakat en önemlisidir.<sup>155</sup> Daha açık bir deyişle, yargıcın bağımsızlığını tam olarak sağlayabilmek için yukarıda da ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere yargıcın kurumsal bağımsızlığını tanımak gerekli olduğu gibi çeşitli defalar belirtildiği üzere yargıcın öznel bağımsızlığını (şahsi bağımsızlığını) sağlayabilmek için yargıca teminatların tanınması gerekir. Yargıcın öznel bağımsızlığını sağlayabilmek için yargıca teminatlar tanınmazsa yargı bağımsızlığı hiç bir zaman tam olarak sağlanamaz. Ancak yargıca şahsi teminatlar tanındıktan sonra, yargıç, her türlü maddi etki ve endişeden uzak olarak, huzur ve sükûn içerisinde görev yapabilir.<sup>156</sup>

Yargıçlık teminatını dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırmak olanaklıdır. İleride ayrıntılı olarak görüleceği üzere bunlardan dar anlamda teminat; hâkimlerin azil edilememeleridir. Geniş anlamda teminat ise yargıçların yalnızca azil edilememeleri değil, bunun yanında, yargıca coğrafi teminat tanınması, yargıcın belirli bir yaştan önce emekli edilememesi ve onun aylık ve ödeneklerinden mahrum bırakılmamasıdır.<sup>157</sup>

<sup>152</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 83-84.

<sup>153</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 85.

<sup>154</sup> Bkz. Günday, *a. g. e.*, s. 46.

<sup>155</sup> Bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 6.

<sup>156</sup> Krş. Kuru, *a. g. e.*, s. 29.

<sup>157</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 84-85.

Türk pozitif hukukunda yargıç teminatı geniş anlamda düzenlenmiştir. Gerçekten de, Anayasa'nın 139. maddesinde; hâkimlerin azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacağı, bir mahkemenin kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağı ifade edilmiş, bu durumların ayrık hâlleri olarak ise meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olmak, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılmış olmak veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmiş olmak olarak gösterilmiştir. Bu hükme, 2802 sayılı Kanun'un 44. maddesinde de benzer bir şekilde yer verilerek yargıçlık teminatının geniş anlamda düzenlenmiştir.

Yargıçlık teminatının neleri içermesi gerektiğini ayrıntılı bir şekilde incelemeye geçmeden önce önemli bir hususa vurgu yapmak uygun olacaktır. Yargıçlık teminatı, hukuki niteliği itibarıyla, yargıçların şahsı çıkarı için tanınan bir hak ve imtiyaz olmayıp, halk için kabul edilmiş bir teminattır. Gerçekten de, demokrasi ile yönetilen ülkelerde kanun tarafından yargıçlara tanınan güvenceler, yargıcın şahsı için (*intuitu personae*) değil, fakat bütün toplum için daha açık bir deyişle, toplumda adaletin iyi bir şekilde dağıtılması için oluşturulmuştur. Kısacası bahis konusu olan husus, yargıcın menfaati değil, kamunun menfaatidir. Amaç, yargıçların nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından ziyade, onların serbestçe ve tarafsız olarak hüküm verebilmelerini sağlamak ve dolayısıyla halka, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven ve itimat aşılmasıdır. Bu çerçevede, yargıç teminatı, adaletin ve adalete inancın başlıca koşulu ve zamanı olarak değerlendirilmek gerekir.<sup>158</sup> Bu çerçevede, yargıca tanınması gereken teminatları şu şekilde sıralamak olanaklıdır.

### a. Yargıcın Azil Edilememesi

Dar anlamda yargıçlık teminatı denilince hakimlerin azlolunmaması anlaşılır. Bu ilke "azilden bağımsızlık (*masuniyet*) ilkesi" olarak da adlandırılmaktadır.<sup>159</sup> Anayasa'nın 139. maddesinin ilk fıkrasının

<sup>158</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 85-86.

<sup>159</sup> Kuru, *a. g. e.*, s. 30.

da, “hakimlerin azlolunamayacağı” ibaresine yer verilerek dar anlamda yargıçlık teminatı düzenlenmiştir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda da örtülü bir şekilde yargıçların azlolunamayacağı esası benimsenmiş, bunun ayrıksı durumu ise 69. maddesindeki “meslekten çıkarma cezası” olarak düzenlemiştir. 2802 sayılı Kanun’un 69. maddesinde sayılan durumlarda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kararıyla bir daha mesleğe alınmamak üzere yargıcın görevine son verilebilmektedir.

Bununla birlikte, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yargıcı meslekten çıkarma cezasına karşı yargı yoluna başvurulmasının engellenmesi yargıçların azil olunamama teminatının özüne aykırı düşmektedir. Daha açık bir deyişle, bir yargıcın meslekten çıkarılması idari işlem olduğuna ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bu bağlamda idari karar aldığına göre Anayasa’nın 159. maddesinin 4. fıkrasında, söz konusu kurulun tüm kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı belirtilmesi yargıçların azlolunamaması ilkesini etkisizleştirir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yargıca meslekten çıkarma cezası verirken bir idari işlem yaptığına ve idari işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden birisi ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptal edilmeleri olanaklı iken<sup>160</sup> her zaman için hukuka aykırı olma olasılığı bulunan, dolayısıyla, iptal edilmesi olanaklı olan meslekten çıkarma cezasına karşı yargı yoluna başvurulmasının önlenmesi yargıçlara tanınan söz konusu teminatı sözde bıraktığı açıktır.

Ancak, yargıç hakkında verilen disiplin cezasının yargı organının denetimine sokulması ise çeşitli sakıncaları beraberinde taşır. Şöyle ki, dürüstlükle ilgili etik kuralları ihlal eden, hatta ihlal görüntüsü veren yargıç kadar adaleti lekeleyen, dolayısıyla, kişileri, toplumu ve devleti bozan ve çürüten başka bir kimse düşünülemez. Bu yüzden böyle bir yargıca sadece meslekten çıkarma cezası verilmelidir. Örneğin, dürüstlükle ilgili etik kuralları ihlal görüntüsü veren bir yargıca meslekten çıkarma cezası verildiğini düşünelim. Bu cezaya muhatap olan yargıcın mahkemeye başvurursa mahkemenin cezanın hukuka aykırı olup olmadığını saptaması olanaksız değilse bile oldukça güçtür. Çünkü yargıcın aldığı ceza, yargıcın dürüstlükle ilgili bir etik kuralı ihlal görüntüsü, dolayısıyla, bir algı sonucu verilmektedir. Mahkemenin bir

<sup>160</sup> Bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi.



görüntü veya algının oluşup oluşmadığını saptaması neredeyse olanaksızdır. Bu yüzden, yargıç için öngörülen disiplin düzeneğini değiştirmek daha yerinde olacaktır.

Bu çerçevede; yargıçların yolsuzluk olaylarını en az bir seviyeye indirebilmek Yargıçların Etik İlkeleri Kanunu çıkartılmalıdır. Gerçi, 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun kimi maddelerinde yargıçların uymaları gereken bir takım etik ilkelere yer verilmişse de, yapılan düzenleme iki açıdan yetersizdir. Bir kere, Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda yargıçların uymaları gereken etik ilkeler; kısmi ve eksik bir şekilde yer verilmiştir. İkincisi, söz konusu yasa da etik kuralların ihlali hâlinde yargıçlara, diğer kamu görevlilerine öngörülen uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme ve meslekten çıkarma gibi çeşitli disiplin cezaları öngörülmüştür. Halbuki yukarıda da belirtildiği gibi özellikle dürüstlikle ilgili etik kuralları ihlal eden, hatta ihlal görüntüsü veren yargıca sadece meslekten çıkarma cezası verilmelidir. Çünkü dürüstlikle ilgili etik kuralları ihlal eden, hatta ihlal görüntüsü veren yargıç kadar adaleti lekeleyen dolayısıyla kişileri, toplumu ve devleti bozan ve çürüten başka bir kimse düşünülemez.

Bu açıdan yargıda etkin bir şekilde dürüstlüğü sağlamada önemli bir kilometre taşı oluşturacağı düşünülen Yargıçların Etik İlkeleri Kanunu'na mutlak bir gereksinim bulunmaktadır. Yargıçlara yönelik etik yasası çıkartılırken; 2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri; [R (94) 12] sayılı Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı ve Birleşmiş Milletler'in 1985 tarihli Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri'nden<sup>161</sup> yararlanılmalıdır.

Yargıçların etik ilkelere etik bir şekilde uyumunu sağlamak için mevcut düzenek de değiştirilmelidir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere mevcut dizgede, 2802 sayılı Kanu'nda gösterilen disiplin kurallarını ihlal ettiği öne sürülen yargıç, Adalet Bakanlığı müfettişlerince soruşturulmakta ve soruşturma tamamlandıktan sonra dosya, gereği için Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na sunularak, söz konusu Kurul tarafından yargıca disiplin cezası verilmektedir. Yargıcın gerek Ada-

<sup>161</sup> Yargı etiği ve yargı bağımsızlığı konusundaki bu uluslararası belgelerin Türkçe tam metni için bkz. (<http://www.taa.gov.tr/abhukuku/AB/yetik.pdf>, Erişim Tarihi, 14.2.2008).

let Bakanlığı müfettişlerince soruşturulması, gerekse idari nitelikte bir karar veren Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararına karşı yargı yoluna gidilememesi<sup>162</sup> yargıç bağımsızlığı ilkesine aykırıdır.

Bu doğrultuda, yargı bağımsızlığı ilkesine uygun olarak yargıçların etik ilkelere etkin bir şekilde uyumunu sağlamak için farklı bir soruşturma ve meslekten atılma düzeneği oluşturulmalıdır. Dürüstlükle ilgili etik kuralları ihlal ettiği öne sürülen veya böyle bir görüntü veren yargıcı, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun görevlendireceği müfettişler soruşturmalı, iddialar doğru çıkarsa ilgili yargıcın meslekten çıkarılması için durum Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne iletilmelidir. Yargıcın azil edilememesi ilkesinin zarar görmemesi ve iktidar parti veya partilerinin kendi siyasi düşüncelerine uymayan yargıcı kolayca meslekten atmasının önüne geçilmesi ve yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere siyasetin bir uzlaşma kurumu olması gereğini dikkate alarak Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte ikisinin oyuyla ilgili yargıcın meslekten çıkartılmasına karar verilmelidir. TBMM ilgilinin meslekten çıkartılmasına karar verirse, söz konusu karar yargı denetimine tabi olmayacaktır. Çünkü Anayasada gösterilen ayrıksı durumlar dışında TBMM kararları yargı denetimine tabi değildir. Yargıcın meslekten çıkartılmasına dair TBMM kararının yargı denetimine tabi olmaması; hukuk devleti ilkesine de aykırılık taşımaz, çünkü hukuk devleti ilkesi sadece yürütmenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasını gerektirir. Yargıcın meslekten çıkartılmasına dair kararın TBMM tarafından verilmesi anayasal sistematığe de uygun olacaktır. Zira Anayasa'nın 9. maddesi gereği yargı yetkisi; Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. TBMM kararıyla ilgili yargıcın meslekten atılması, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına o yargıç tarafından kullanılamayacağı anlamını taşır.

### **b. Yargıca Zorunlu ve Süresiz Coğrafi Teminat Öngörülmesi**

Coğrafi teminat; bir yargıcın rızasının aksine terfi suretiyle olsa dahi bulunduğu yerden başka bir yere nakledilemeyeceği anlamını taşır.<sup>163</sup>

<sup>162</sup> Yönetmelik nitelikte idari tasarruflarda bulunan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması, ayrıca, hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Çünkü bir hukuk devletinde, idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı denetiminin açık olması gerekir.

<sup>163</sup> Bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 40.

Türk pozitif hukukunda yargıçların sınırlı coğrafi teminatı bulunmaktadır. Gerçekten de, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrasında; yargıçların, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun hazırlayacağı Atama ve Nakil Yönetmeliği'ne uygun olarak, aynı veya başka yerlerdeki eşit veya daha üst görevlere kazanılmış hak aylık ve kadro dereceleriyle naklen atanacakları, 2. fıkrasında ise adli ve idari yargı teşkilatı bulunan yerlerin; coğrafi ve ekonomik şartları, sosyal, sağlık ve kültürel olanakları, mahrumiyet dereceleri ile ulaşım ve diğer durumları dikkate alınarak bölgelere ayrılacağı ve her bölgedeki görev sürelerinin saptanacağı ifade edilmiştir.

Yargıçların, sınırlı coğrafi teminatının esasları yönetmeliklerle saptanmıştır.<sup>164</sup> Adli yargı yargıçları hakkındaki, Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin<sup>165</sup> 2. maddesinin 1. fıkrasında, adalet teşkilatı bulunan yerler beş bölgeye ayrılmış, 3. maddesinin 1. fıkrasında ise ayrık durumlar dışında en az hizmet süresi beşinci bölgede iki, dördüncü bölgede üç, üçüncü bölgede üç, ikinci bölgede beş, birinci bölgede ise yedi yıl olduğu ifade edilmiştir.

İdari yargı yargıçları hakkındaki İdari Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliği'nin<sup>166</sup> 2. maddesinin 1. fıkrasında ise bölge idare mahkemesi teşkilatı bulunan yerler üç bölgeye ayrılmış, 3. maddesinin 1. fıkrasında ise ayrık durumlar dışında en az hizmet süresi üçüncü bölgede beş, ikinci bölgede yedi ve birinci bölgede on yıl olarak saptanmıştır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere yargıçlar için sınırlı bir coğrafi teminat dizgesi öngörülmüştür. Daha açık bir deyişle, örneğin, beşinci bölgede iki yıl görev yapmış bir adli yargı yargıcısı, kendisi istemese bile başka bir bölgeye tayin edilebilecek, bu yargıcının coğrafi teminatı ancak iki yıllık görev süresi boyunca olabilecektir. Yine, üçüncü bölgede beş yıl görev yapmış bir idari yargı yargıcısı, kendisi istemese bile başka bir bölgeye tayin edilebilecek, söz konusu yargıcının coğrafi teminatı ancak beş yıllık görev süresi boyunca olabilecektir.

<sup>164</sup> Yargıçların coğrafi teminatı, yargıcının bağımsızlığıyla yakın bir ilgisi bulunması nedeniyle Anayasada düzenlenmesi gerekirken konunun yönetmeliklerle düzenlenmesi tam bir garabet örneği teşkil etmektedir.

<sup>165</sup> Bkz. 19.2.1988 tarih ve 19730 sayılı *Resmî Gazete*.

<sup>166</sup> Bkz. 19.2.1988 tarih ve 19730 sayılı *Resmî Gazete*.

Yargıçların sınırlı bir coğrafi teminata sahip olması, yargıç bağımsızlığına derin bir zarar vermektedir. Gerçekten de, belirli bir zaman dilimi sonra rızasına bakılmaksızın yerinin değiştirilebilmesi, yargıçta bir kaygı yaratır. Özellikle yerinden memnun olmasına<sup>167</sup> rağmen yerinin değiştirileceğini düşünen bir yargıcın huzuru bozulur, gayret ve dikkati söner, hatta yer değiştirme süresi yaklaşan bir yargıç, bu hissi düşünce ve davranışlarının etkisiyle giderayak adaleti rencide edecek kararlar verebilir.<sup>168</sup> Söz konusu bu tip durumların yargı bağımsızlığını ne kadar rencide edebileceği ortadadır.

Yargıçların, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararıyla yer değişikliğine tabi tutulması da, yargı bağımsızlığına aykırılığı önlemeye yetmez. Gerçekten de, yukarıda belirtildiği gibi özellikle yerinden memnun olmasına rağmen yer nakline tabi tutulan bir yargıcın huzuru bozulur. Huzuru bozulan yargıç ise mesleğinden istifa edebilir. Anayasa Mahkemesi'nin 15.5.1963 tarih ve E.1963/125, K. 1963/112 sayılı kararında da isabetli olarak belirtildiği şekilde; mesleğini kaybedebileceği endişesine kapılacak bir yargıcın, görevini adaletin icaplarına uygun şekilde yapmakta güçlüğü düşebileceği ve bağımsızlığını kaybedebileceği, yalnızca bir yargıcın bu duruma düşebilmesi olasılığının dahi, Anayasada düzenlenen yargıçlık teminatının ve mahkemelerin bağımsızlığı esasının zedelenmesine yeterlidir.<sup>169</sup>

Yargıcın öznel bağımsızlığını sağlayabilmek için tanınması gereken teminatlardan en önemlisi olan coğrafi teminatın gereklerini yerine getirebilmek için yargıcın belirli bir yere ataması yapılıncı -aşağıda yargıçların terfisi kısmında ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere Bölge Yüksek Mahkemesi ve Yargıtay'a sınavla üye seçilme durumu dışında- onun emekli olmasına kadar o yerde kalmasını öngören bir dizgenin benimsenmesi gerekir. Daha açık bir deyişle, yargıcın kendi isteği olsa bile başka bir yere ataması yapılmamalıdır. Bir yargıcın ilk görev yeri neresi ise yargıcın rızası olsa bile o görev yerinin hiç bir şekilde değiştirilmemesi gerekir. Bu dizgeyi "*zorunlu ve sınırsız coğrafi teminat*" olarak adlandırmak olanaklıdır.

Önerdiğimiz bu dizgenin, dünyada bir uygulamasının olmadığı

<sup>167</sup> Hatta kimi zaman yerinden memnun olmasa bile.

<sup>168</sup> Bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 49. Yargıçlara sınırsız coğrafi teminat verilmesi lehinde ileri sürülen gerekçeler hakkında fazla bilgi için bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 45-49.

<sup>169</sup> Karar hakkında fazla bilgi için bkz. 28.6.1963 tarih ve 11440 sayılı *Resmi Gazete*.

düşünülmemelidir. Bu dizge, İngiltere’de uygulanmaktadır. Gerçekten de, Yalçinkaya’nın aktardığına göre, İngiltere’de yargıcın belirli bir görevle bir yere ataması yapılıncaya kadar orada görev yapmaktadır. Çünkü herhangi bir mahkemedeki yargıçlık kadrosu boşaldığı zaman o mahkemeye en uygun, bu görevi en iyi yerine getirecek kişi atandığına göre yer ve görev değişikliğinin haklı bir nedeni ve gereği bulunmamaktadır.<sup>170</sup>

Yargıçlara zorunlu ve sınırsız coğrafi teminat tanınması düşüncesinin öğretide oybirliğiyle kabul edildiği düşünülmemelidir. Örneğin, Demirkol, yargıçlar için mevcut uygulamadaki sınırlı coğrafi teminat dizgesinin daha uygun olduğu görüşünü savunmaktadır. Yazara göre, her yargıcın, ülkenin sosyal, kültürel ve ekonomik ölçütlere göre sıralanmış bölgelerde belirli sürelerle görev yapmalarını öngören mevcut dizgenin bir yerde adaleti sağladığını ifade etmektedir. Yazar, sosyal, kültürel ve ekonomik yönden gelişmemiş bir bölgede devamlı görev yapmanın, sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan ileri bölgede görev yapan iki meslek mensubu arasında bir adaletsizlik doğuracağını, bu açıdan farklı farklı bölgelerde görev yapmanın yararları bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre her bölge farklı bir takım özellikler taşıyacağından farklı özelliklerin yaratmış olduğu durumlara uygulanacak adli faaliyetlerin yerine getirilerek bir derecede eşit şekilde deneyim ve bilgiye sahip olunacaktır.<sup>171</sup> Yazarın ortaya koyduğu bu görüş, kanımızca, yargıç teminatının ereğiyle bağdaşmadığı gibi ekonomi biliminin gerçeklerine de aykırı düşmektedir.

Demirkol görüşünde, her yargıcın değişik bölgelerde görev yapması sonucu yargıçların kişisel huzurlarının sağlanacağını ima etmektedir ki, her şeyden önce bu ima, yargıçlık teminatının ereğine aykırı düşmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere yargıçlık teminatı, yargıçların kişisel çıkarları için değil, toplumun çıkarı için kabul edilmiştir. Yargıçlık teminatının konulmasındaki erek; yargıçların nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından ziyade, onların serbestçe ve bağımsız olarak hüküm verebilmesini sağlamak ve dolayısıyla halka, adaletin her türlü tazyik ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven ve itimat vermektir.<sup>172</sup>

<sup>170</sup> Yalçinkaya, *İngiliz Hukuku*, s. 162.

<sup>171</sup> Bkz. Demirkol, *a. g. e.*, s. 123.

<sup>172</sup> Fazla bilgi için bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 50.

Diğer yandan, yazarın, yargıcın, ülkenin her bölgesinde görev yapmasının adaleti sağlayacağı görüşü de doğru değildir. Gerçekten de, bir kimsenin yargıçlığa atanması şart işlemidir. Şart işlem; belirli bir kişiyi, genel hukuk kurallarınca önceden düzenlenmiş bulunan nesnel ve kişilik dışı bir hukuki statüye sokan işlemidir. Nesnel ve kişilik dışı hukuki statünün kapsamı önceden genel hukuk kurallarınca düzenlenmiş olduğu için şart işlemlerin bu hukuki durumun kapsamını düzenlemesi söz konusu olmaz.<sup>173</sup> Dolayısıyla çıkartılması gereken Yargıçlar Kanunu'nda gerekli düzenlemeler yapıldıktan sonra kişinin belirli bir yere yargıçlığa atanınca yer naklinin olmayacağı esasının benimsenmesi şart işlemin bünyesine uygun düşmektedir. Çünkü yargıç, önceden genel bir hukuk kuralı ile kapsamı düzenlenmiş bir hukuki statüye sokulmaktadır. Kişinin sokulduğu hukuki statü, herkes için aynı olan, kişiden kişiye değişmeyen bir durumdur. Bir diğer deyişle, atama işlemi ile yargıç, kendisi için yeni ve özel bir duruma sokulmamakta, mevcut ve doğmuş bir duruma sokulmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir statüye sokulan yargıca adaletsizlik yapıldığı savında isabet payı bulunmamaktadır.

Demirkol, Türkiye'de bölgeleri sosyal, kültürel ve ekonomik yönden gelişmemiş bölgeler ve sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan ileri bölgeler, kısacası bölgeleri, kalkınmamış ve kalkınmış bölgeler olarak ikiye ayırarak ekonomi biliminin gerçeklerine aykırı davranmıştır. Gerçekten de, Türkiye'nin en büyük sorunu kalkınmamışlık sorunudur. Todaro'nun belirttiği gibi kalkınma; temel sosyal yapılarda, uygun bakış açılarında ve yerel kuruluşlarda değişimi içerdiği gibi ekonomik büyümenin hızlanması, gelir dağılımı eşitsizliğinin azaltılması ve yoksulluğun ortadan kaldırılmasını da içeren oldukça geniş açılı bir kavramdır.<sup>174</sup> Türkiye'nin hiç bir bölgesi, ayrıntıya girmeden ifade etmek gerekirse Todaro'nun isabetli olarak yapmış olduğu "kalkınmışlık" tanımına uymamaktadır. Dolayısıyla, Türkiye'nin hiç bir bölgesine "kalkınmış" denilemez. Esasen kalkınma bütünsel bir kavramdır; bu çerçevede, bir ülkenin bir kısım bölgelerini kalkınmış, bir kısmı ise kalkınmamış olamaz. Nitekim bugün kalkınmış(!) olduğu ileri sürülen bölgelerin içerisinde yer alan Ankara, İstanbul ve İzmir gibi kentleri

<sup>173</sup> Günday, a. g. e., s. 116.

<sup>174</sup> Bkz. Todaro, *Economic Development*, s. 16.

düşünelim. Bu kentler günümüzde sağlıklı, kimliksiz ve niteliksiz<sup>175</sup> bir konumdadır. Söz konusu kentler, yaşamlarını buralarda sürdürmeye çalışan insanlar için büyük bir ıstırap kaynağı haline gelmiştir. Dolayısıyla, yargıç için zorunlu ve sınırsız coğrafi teminat dizgesinin öngörülmesi, ekonomi gerçekliğine de aykırı değildir.

### c. Yargıçların Terfi Yoluyla Yükselmesi Düzeneginin Kaldırılması

Türk pozitif hukukunda yargıçlar için terfi yoluyla yükselme düzeneği bulunmaktadır. Bu çerçevede, 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasında, yargıçlık mesleği; üçüncü sınıf, ikinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıf olmak üzere dört sınıfa ayrılmış, 18. maddesinin 1. fıkrasında ise yargıçlık mesleğinde bulunanların her yıl kademe ilerlemesi ve her iki yılda bir derece yükselmesi yapacakları ifade edilmiştir. 2802 sayılı Kanun'un "*derece yükselmesinin koşulları*" başlıklı 21. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; hâkimlerin derece yükselmesi yapabilmesi için ahlaki gidişleri, mesleki bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve nitelikleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hâl kağıtları ve sicil fişleri, kanun yolu incelemesinden geçen iş sayısı ve bu inceleme üzerine verilen notları, örnek karar ve mütalaaları ve varsa mesleki eser ve yazıları ile katıldıkları meslek içi ve uzmanlık eğitimleri göz önünde tutularak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca ilan edilen derece yükselmeleri ilkelerinde aranan koşulları taşımaları gerektiği ifade edilmiştir.

Bu düzenek, yargıcın öznel bağımsızlığına bütünüyle zarar vermektedir. Her şeyden önce, Adalet Bakanlığına bağlı olan müfettişlerce, yargıçlar hakkında düzenlenen hâl kağıtları ve sicil fişlerinin yargıcın derece yükselmesinde dikkate alınması yargıcı yürütmeye tabi kıldığı için sakıncalıdır.<sup>176</sup>

Diğer yandan, yargıçların derece ilerlemesinde Yargıtay'ın verdiği

<sup>175</sup> Daha açık bir deyişle, bir "beton yığını".

<sup>176</sup> Bkz. Demirkol, s. 118.

notların göz önüne alınması da yargı bağımsızlığına önemli bir darbe vurmaktadır. Çünkü Yargıtay'ın verdiği notların derece yükselmesinde dikkate alınması yargıçta sürgit bir şekilde terfi ümit ve korkusu doğurmaktadır. Terfi ümit ve korkusu bulunan bir yargıcın, kanımızca, öznel olarak tam bağımsız olması olanaksızdır. Notu veren merciin Yargıtay olması da yargı bağımsızlığına aykırı olan bu durumu önleyemez. Çünkü Yargıtay, ancak yargı yetkisinin kullanılmasını gerektiren işlerin kapsamı çerçevesinde<sup>177</sup> mahkemelerin ve yargıçların sonul hüküm ve kararlarını inceler. Bunların dışında kalan işlerde, yargıca, Yargıtay tarafından olsa bile müdahale edilmesi yargı bağımsızlığını zedeler. Esasen yargı bağımsızlığının bizzat yargıya karşı korunması gereğinin bulunduğu da unutulmamalıdır.

Öte yandan, dar anlamda yargıçlık teminatı, başlı başına yargıçların öznel bağımsızlığını korumak ve sağlamak için yeterli değildir. Yargıçların öznel bağımsızlığının tam olarak sağlanabilmesi için yargıcın azledilememek ve yerinden oynatılamamak hususunda olduğu kadar terfi hususunda da huzur ve istikrara kavuşturulması gerekir. Bu çerçevede, sürgit bir şekilde zihni işgal eden terfi ümit ve endişesi, yargıçların bağımsızlığına, görevden azledilmek korkusundan daha fazla zarar getirir.<sup>178</sup>

Kanımızca, yargıçların öznel bağımsızlığını tam olarak sağlayabilmek için onların, terfi yoluyla yükselme düzeneğinin bütünüyle kaldırılması gerekir. Daha açık bir deyişle, yargıçları sınıflara ayıran ve onların terfi yoluyla yükselmesini öngören bütün hükümlerin mevzuattan çıkartılması gerekir. Bu durumun ayırksı hali olarak, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun açacağı yeterlilik sınavında başarılı gösterenlerin, asgari 5 yıl yargıçlık yapması koşuluyla Bölge Yüksek Mahkemesi'ne, asgari 10 yıl yargıçlık yapmak koşuluyla Türkiye Temyiz Mahkemesi'ne seçilmesi esasını öngören yeni bir düzeneğin getirilmesi uygun olacaktır.

Yargıçlar bakımından terfi rejiminin olmamasının dünyada çeşitli örnekleri bulunmaktadır. Bu çerçevede, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yargıçlar açısından kural olarak bir terfi rejimi bulunmamaktadır. Daha somut bir deyişle, İngiltere'de belirli bir terfi düzeneği bulunmamakta ve yargıçlar ayırksı durumlarda yüksek bir

<sup>177</sup> Yargıca Yargıtay tarafından not verilmesi, yargı yetkisinin kullanılmasının denetlenmesi kapsamına girmemektedir.

<sup>178</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 115.



göreve tayin edilmektedir. Bir kontluk mahkemesi yargıcı, görevini sonul olarak değerlendirmekte ve Yüksek Mahkeme hâkimliğine terfii beklememektedir.<sup>179</sup>

İngiltere’de olduğu gibi Amerika Birleşik Devletlerinde de federal yargıçlar için bir terfii rejimi hemen hiç yoktur. Birleşik Devletler’de bir bölge yargıçlığını kabul eden kimse, ileride Yüksek Mahkeme üyeliğine tayin olunmak olanaklarını ortadan kaldırıyor demektir. Kısacası, İngiltere’de olduğu gibi Birleşik Devletler’de de yargıçlık bir basamak değil, hedef-amaç olarak kabul edilmekte ve ilk tayinden sonra yargı organının yürütme organı ile hiçbir ilişkisi kalmamaktadır.<sup>180</sup> Yargının öznel bağımsızlığını sağlamak bakımından muhteşem olan bu düzeneğin Türkiye açısından da benimsenmesi gerekir.

#### d. Yargıçların Emeklilik Yaşının Yükseltilmesi

Türk pozitif hukukunda yargıçların zorunlu emeklilik yaşı 65 olarak saptanmıştır. Gerçekten de, Anayasa’nın 140. maddesinin 4. fıkrasında hâkimlerin altmış beş yaşını bitirinceye kadar hizmet görecekları, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 44. maddesinde ise hâkimlerin kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk olunamayacakları ifade edilmiştir.

Yargıçların zorunlu emeklilik yaşının 65 olarak saptanması yargı bağımsızlığına aykırı değildir. Gerçekten de, 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri’nin “görev şartları ve süresi” başlıklı prensibinin 2. fıkrasında; seçilmiş veya atanmış olsun yargıçların zorunlu bir emeklilik yaşına veya sürelerinin dolamsına kadar görevde kalmaları teminat altına alınacaktır denilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, yargıçlar için genel bir zorunlu emeklilik yaşının<sup>181</sup> saptanması yargı bağımsızlığına aykırı değildir.

Bununla birlikte, yargıçların zorunlu emeklilik yaşının 65 olarak belirlenmesine itiraz edilmesi gereken husus, bu yaşın kamu görevlilerinin zorunlu emeklilik yaşıyla aynı hatta daha düşük saptanma-

<sup>179</sup> İngiltere’de terfii rejiminin yokluğu konusunda fazla bilgi için bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 117-118.

<sup>180</sup> Fazla bilgi için bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 119.

<sup>181</sup> Türkiye’de 65.

sıdır. Gerçekten de, 8.6.1949 tarih ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 40. maddesinin 1. fıkrasında; memurların zorunlu emeklilik yaşı 65 olarak belirtilmiş, bu fıkranın (b) bendinde ise, üniversite öğretim üyelerinin zorunlu emeklilik yaş haddi 67 yaş olarak saptanmıştır.

Yargıçlar, memur olmadığına göre kendilerini her ne bakımdan olursa olsun memur statüsüne, bu bağlamda memurlarla aynı hatta daha düşük zorunlu emeklilik yaş haddine tabi tutmak hatalıdır. Yargıçlar hakkında yaş haddi ve emekliye ayrılma usulleri memurlardan farklı olarak kendi özel kanunları ile nesnel esaslara bağlanmalı,<sup>182</sup> bu doğrultuda, yargıçların zorunlu emeklilik yaşı kamu görevlilerinden daha yüksek olarak (örneğin, 70 olarak) saptanmalıdır.

Zorunlu emeklilik yaşının düşük tutulmasından dolayı ülkemizde bir çok yargıç mesleğinin en verimli ve tecrübeli döneminde emekliye ayrılarak yargı hizmetine gerekli katkıyı sağlayamamakta, kaybolup gitmektedir.

Nitekim, İngiltere'de yüksek yargıçlar, Amerika Birleşik Devletleri'nde ise federal yargıçlar için zorunlu bir emeklilik yaşı saptanmamış ve bu yargıçlar, söz konusu görevlerine yaşam boyu atanmışlardır. Bu ülkelerde söz konusu yargıçlar için zorunlu bir emeklilik yaşının saptanmamasının altında yatan temel neden; mesleğinin en verimli ve yetişmiş dönemlerinde kendilerinin hizmetlerinden mahrum kalmama düşüncesidir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nin en büyük yargıçların birisi olarak kabul edilen Oliver Wendell Holmes, 1932 yılında emekliliğini istediği zaman 90 yaşına yaklaşmış bulunduğunu anımsatmak gerekir.<sup>183</sup> İngiltere ve Amerika'daki bu durumu aktararak yargıçların yaşam boyu görevlerine atanmasına savunmuyoruz. Çünkü yaşlılık dolayısıyla yargıcın da fiziki, ruhsal ve sosyal sağlığında bozulmaların olabileceğini kabul ediyoruz. Burada anlatmak istediğimiz husus, tıp bilimindeki gelişmelere koşut olarak insanların ortalama yaşam ile sağlıklı yaşam süreleri sürgit bir şekilde büyüdüğü için yargıçların zorunlu emeklilik yaşı olan 65 yaşının yetersiz olduğunu, bunun 70 yaşına yükseltilmesi gerektiğidir.

<sup>182</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 106.

<sup>183</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 103 dip not 48.

### e. Yargıçların Maaş Düzenine Değiştirilmesi

Yargıca tanınması gereken mali teminat, yargıcın özne bağımsızlığını sağlamak bakımından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Gerçekten de, Anayasa'nın 140. maddesinin 3. fıkrasında; yargıçların aylık ve ödeneklerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği ifade edilerek bu gerçeğe vurgu yapılmıştır. Anayasa'daki bu hükme rağmen yargıçların maaş düzeni söz konusu anayasal esaslara göre düzenlenememiştir. Gerçekten de, 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 102 ve devamı maddelerinde yargıçların kıstas aylık ve yargı ödeneği toplamından oluşan mali hakları düzenlenmiştir. Kanun'un 102. maddesinde, kıstas aylık; en yüksek devlet memuruna mali haklar kapsamında fiilen yapılmakta olan her türlü ödemeler toplamının brüt tutarını, yargı ödeneği ise görevin niteliği ve gereği olarak Kanun'un 106. maddesinde gösterilen oranda hesaplanan tutarı ifade edeceği belirtilmiştir. Bu Kanun'un 103. maddesinde, yargıçlara verilen kıstas aylık; yargıcın "*Yüksek Mahkeme*"lerde başkan ve üyesi olması ile birinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve derecesine göre farklı olarak öngörülmüştür. Kanun'un 106. maddesinin 1. fıkrasında ise yargıçlara, brüt aylıklarının %10'u tutarında yargı ödeneğinin verileceği öngörülmüştür.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere yargıca verilen maaş yeterli bir seviyedir. Yargıcın maaş düzenine itiraz edilmesi gereken temel nokta, yargıcın maaşının en yüksek devlet memurunun maaşına endekslenmiş olmasıdır. En yüksek devlet memurunun maaşı, her yıl çıkartılan Bakanlar Kurulu kararıyla belirlendiğine göre yargıcın maaşı da dolaylı olarak Bakanlar Kurulu kararına bırakılmış olmaktadır. Yargıcının maaşını, bir yürütme organı olan Bakanlar Kurulu kararına bırakmak, yargıçlık teminatı ve yargı bağımsızlığının açık bir ihlalidir.

Yargıcın maaş düzenine itiraz edilmesi gereken bir başka nokta; yargıcın maaşının oldukça karmaşık ve gereksiz yere farklı bir şekilde belirlenmiş olmasıdır. Halbuki yargıçlar; ilk derece mahkemesi, Bölge Yüksek Mahkemesi ve Türkiye Temyiz Mahkemesi yargıcı olarak üçe ayrılmalı ve her bir gruba giren yargıca aynı maaşın ödenmesi gerekir. Daha açık bir deyişle, yargıcın derece ve sınıflara göre ayrımının kaldırılmasını önerdiğimizden dolayı yargıçlar sadece yukarıda belirtildiği gibi üç gruba ayrılmalı ve her bir gruba giren yargıca verilecek maaş,

Kanunda standart bir şekilde saptanmalıdır. Böyle bir usul, yargıcın mali teminatını gerçek anlamına kavuşturacaktır.

#### f. Yargıçların Aylık, Ödenek ve Diğer Özlük İşlerinden Yoksun Bırakılamayacağı Teminatının Yeniden Düzenlenmesi

Son olarak inceleyeceğimiz ve yargıçların öznel bağımsızlığını sağlamada önemli bir yer işgal eden bu teminatın anayasal ve yasal dayanakları bulunmaktadır. Gerçekten de, Anayasa'nın 139. maddesinde; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa yargıçların aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinden yoksun bırakılmayacakları ifade edilmiştir. Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması durumunda ne gibi bir işlem yapılacağı ise 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 45. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddede, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle görevsiz kalanlara mahkemenin veya kadronun kaldırılma zamanında açık bulunan veya ilk açılacak olan aylık ve derecelerine eşit yargıçlık görevinin teklif edileceği, ilgilinin birinci teklifi reddedebileceği ancak ikinci teklifi kabul etmeyen kişinin meslekten çekilmiş sayılacağı ifade edilmiştir. Yapılan bu düzenlemelerin mevcut düzenek içerisinde pek fazla eleştirilecek bir yönü bulunmamasına rağmen, yargı hakkında bir takım yapısal önlemler önerdiğimiz için bu teminatın da söz konusu önerilerimize uygun olarak yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Bu çerçevede, her şeyden önce belirtmek gerekir ki, yargıçlar için zorunlu ve süresiz bir coğrafi teminatın öngörülmesi ve mahkemelelerin kuruluşunu nesnel ölçütlere bağlı olmasını önerdiğimizden bu teminatın uygulanmasına da oldukça ayrıksı durumlarda başvurulması gerekir. Yine, bu çalışmada ileri sürülen fikirlerin doğal sonucu olarak kadro kaldırılması sorunuyla da karşılaşılması gerekir. Çünkü yargıçlar için kadro ve derece dizgesinin kaldırılmasını savunduğumuz ve ilk derece mahkemesi, Bölge Yüksek Mahkemesi ve Türkiye Temyiz Mahkemesi yargıcı olarak üç tür yargıç tipi kabul ederek yargıcın şahsına kadro verilmeyip görev yaptığı mahkemeye tabi kılınmasını önerdiğimizden yargıçlar için kadronun kaldırılması sorunuyla karşılaşılacaktır.

Her ne kadar yargıçlar için kadronun kaldırılması sorunu doğmayacak olsa da ayrıksı durumlarda yargıcın görev yaptığı mahkeme-

nin kaldırılması sorununun doğabileceğini biz de kabul etmekteyiz. Ancak nasıl ki, bir mahkemenin kurulmasının nesnel ölçütlere bağlı kılınmasını savunduğumuz gibi bir mahkemenin kaldırılmasının da nesnel ölçütlere tabi tutulmasını savunmaktayız. Bu çerçevede, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun takdir hakkına dayalı olarak bir mahkemenin kaldırılması yoluna gidilmemeli, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun kararıyla olsa bile ancak yasada gösterilecek nesnel nedenler çerçevesinde mahkemenin kaldırılması yoluna gidilmelidir.<sup>184</sup>

Mahkemesinin kaldırılması sebebiyle de olsa yargıcın aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinden yoksun bırakılmayacakları teminatın etkin bir şekilde işlenmesini temin edebilmek için şöyle bir düzenek işletilmelidir: Mahkemesinin kaldırılması durumunda yargıcın yeni bir yere tayini yapılmıncaya kadar mali ve diğer özlük işlerinden aynen yararlanacağı esası kabul edilmelidir. Mahkemesi kaldırılan yargıca, kaldırılan mahkeme türündeki boş olan ilk derece mahkemelerinden<sup>185</sup> tümünün kuraya katılması koşuluyla Yargıçlar Yüksek Kurulu huzurunda kura çektilmeli, kura sonucu çıkan yere gitmeyi kabul etmeyen yargıcın istifa etmiş sayılacağı esası benimsenmelidir. Mahkemesi kaldırılan yargıca, kaldırılan mahkeme türündeki boş olan bir mahkemenin bulunmadığı durumlarda ise bir mahkemenin boşalması beklenilmelidir. Eğer mahkemesi boşalan yargıç sayısı tek, boşalan mahkeme sayısı da tek ise<sup>186</sup> yargıca, Yargıçlar Yüksek Kurulu ilk boşalan mahkeme teklif edilmeli, kabul etmezse yine yargıcın istifa etmiş sayılacağı esası benimsenmelidir.<sup>187</sup> Yapmış olduğumuz bu önerinin yargıca başka bir seçim hakkı tanımadığı için katı ve acımasız olduğu savunulabilir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi yargıçlar için zorunlu ve süresiz coğrafi teminat taraftarı olduğumuzdan aksi bir düşünce kendimizle çelişme anlamına gelecektir.

<sup>184</sup> Örneğin, deprem ve sel gibi doğal afetler veya göç sonucu bir yerleşim yerinin ilçe niteliğini kaybetmesi durumunda o yerdeki mahkemenin Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun kararıyla kaldırılacağına yasada belirtilmesi kabul edilebilir bir tutumdur.

<sup>185</sup> İstinaf ve temyiz mahkemesinin kaldırılabilmesi pek düşünülmemeyeceği için sadece ilk derece mahkemelerinin kaldırılabilmesi esasının unutulmaması gerekir.

<sup>186</sup> Bu iki koşul, eş anlı olarak sağlanamazsa kura usulüne başvurulmalıdır.

<sup>187</sup> Kuru'nun önerdiği düzenek ile krş. Kuru, *a. g. e.*, s. 33.

## SONUÇ

Kökeninde yasama-yürütme-yargı erkleri arasında bir ayırım yapılmasını savunan erkler ayrılığı kuramı, yasama-yürütme erkleri ayrılığı bakımından<sup>188</sup> siyasi parti dizgesinin etkisiyle günümüzde oldukça köklü değişikliklere uğramıştır. Ancak bu konuda hemen şu hususu belirtmek gerekir ki, çoğunlukla sanıldığığının aksine tek parti ve iki parti sistemleri, erkler ayrılığını köklü bir değişikliğe uğratmaz. Duverger'in belirttiği gibi tek parti ve iki parti sistemleri arasındaki köklü fark, iktidarın sınırlandırılması ve bir muhalefetin varlığı bakımındandır; yoksa erkler ayrılığı, daha doğrusu, erklerin toplanması bakımından bunlar birbirine oldukça yakındır.<sup>189</sup>

Tek ve iki parti sistemleri arasında erkler ayrılığı bakımından aralarında anlamlı bir fark bulunmasa da, ülkenin hangi hükümet sistemini benimsediği olgusuna göre siyasal partilerin erkler ayrılığı üzerindeki etkisi de farklılık göstermektedir. Bu çerçevede, başkanlık sistemlerinde bir parti, aynı zamanda hem başkanlığı, hem de meclis çoğunluğunu elinde bulduğu takdirde, anayasal erkler ayrılığı hemen hemen ortadan kalmaktadır.<sup>190</sup> Ancak, bu esasın ayırksı halî, Amerikan Birleşik Devletleri'dir. Çünkü az sonra anlatılacağı üzere siyasal partilerin iç yapısı, erkler ayrılığını derinden etkilemektedir. Birleşik Devletler'de siyasi partilerin oy disiplininin uzak oluşu ile ademi-merkeziyetçi ve türdeş olmayan yapısı, Başkan ile Kongre çoğunluğu aynı siyasi partiden olsa bile Başkanın otoritesini ve erklerin toplanmasını zayıflatmaktadır. Birleşik Devletler'de, Başkanın, Kongre çoğunluğu ile aynı partiden olmaması durumunda bile erkler ayrılığı açısından pek fazla fark doğmamaktadır. Çünkü az önce sözü edilen siyasal partilerin iç yapısı, Başkanla Kongre arasındaki rekabeti hafifletmekte ve hükümet düzeneğinin felce uğramasını önlemektedir. Bu çerçevede, Amerikan sistemi, erkler ayrılığıyla erkler toplanmasının ortasında yer almakta ve Kongre'yle Başkanlığın karşı partilerin elinde olduğu ayırksı dönemlerde bunlardan ilkinde, normal zamanlarda ise ikincisine yaklaşmakta; her iki durumda da, Başkanın kişisel prestiji, erklerin ayrılık ya da toplanmasının derecesini etkilemektedir.<sup>191</sup>

<sup>188</sup> Yargı, çağcıl devletlerde her zaman için bağımsız ve müstakil bir erklerdir.

<sup>189</sup> Duverger, *Siyasal Partiler*, s. 503.

<sup>190</sup> Duverger, *a. g. e.*, s. 505.

<sup>191</sup> Duverger, *a. g. e.*, s. 509.

Az önce bahsedildiği üzere siyasal partilerin iç yapısı da, erklerin ayrılık ya da toplanma derecesini büyük ölçüde etkilemektedir. Gerçekten de, parlamenter rejimde çoğunluk partisinin disiplin ve tutarlılığı toplanmayı açıkça artırmaktadır. Çoğunluk partisinin, oy disiplini sıkıysa ve parti-içi hizipler de güçsüz ya da itaatkar kılınmışlarsa, parlamentonun görevi hükümet kararlarını tescilden ibaret kalır ki bu kararlar da uygulamada parti kararlarının aynısı olur. Gerçi, tescil işlemi, azınlık partisinin muhalefetini belirtebileceği özgür tartışmalara yol açarsa da, bu durum platonik olmaktan öteye bir anlam taşımaz. Buna karşılık, çoğunluk partisinin oy disiplini o kadar sıkı değilse, hükümetin çoğunluğu da pek garantili olmaz, iktidar partisi kendi içerisindeki hizipler arasındaki savaşmaları hesaba katmak zorunda kalır; çünkü bunlar, partinin parlamentodaki durumunu tehlikeye düşürebilir; parlamentonun itibarı yükselir ve erkler ayrılığı bir dereceye kadar güç kazanır. Bu yüzden iktidar partisinin değişmesi rejimin niteliğini değiştirmeye de yetebilmektedir. Örneğin, İngiltere’de disiplin, merkezîyet ve tutarlılık, İşçi Partisi’nde Muhafazakar Parti’den daha ileridedir; dolayısıyla, İşçi Partisi çoğunlukta iken daha büyük bir erkler toplanması görülür. XIX. yüzyılda, İngiliz partilerinin örgütleri günümüzdeki kadar güçlü değilken, iki parti sistemi, erkler ayrılığını günümüzdeki kadar etkisiz kılmamıştı. İngiliz parlamenter sistemini, yasa ile yürütme arasında bir denge rejimi, bir “*frenler ve dengeler*” sistemi olarak nitelendiren klasik tanımları bu olguyla açıklayabiliriz. İngiltere’de partilerin yapısındaki gelişimin anlaşılmasını sonuçunda günümüzdeki İngiliz parlamenter rejiminin bile bir “*fren ve denge*” modeli olduğu görüşü yaygınlığını devam ettirmektedir ki<sup>192</sup> bu görüşlerin yanlış olduğu açıktır.

Parlamentoların iki ya da çok partili olması da erkler ayrılığını etkilemektedir. Gerçekten de, çok partili parlamento genellikle erkler ayrılığına yol açmaktadır. Bunun türlü nedenleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bu tip parlamentolarda anayasada ifade edilen erklerin ayrı olduğu prensibinin serbestçe işlenmesidir. İkinci olarak, çok partili parlamentolarda hükümet genellikle bir ortak partiler koalisyonuna dayanmak zorundadır. Bu koalisyonun her an için bozulma riski bulunduğu gibi meclis kulislerin de mevcut koalisyonu bozup yerine bir başkasını getirmek için sürgit bir şekilde entrikalar tasarlanır. Çok

<sup>192</sup> Duverger, *a. g. e.*, s. 507-508.

partili sistemlerde meclisler hükümet karşısında özgürlüklerini yeniden ele geçirir ve muhalefetin platonik protestoları arasında bir damga basma göreviyle yetinmekten kurtulurlar. İki-parti sisteminde yapay bir nitelik taşıyan, parlamentoya hükümet arasındaki etkileşme araçları, çok partili sistemde yeniden etkinlik kazanır. Çok partili sistemde, bir erkler dengesinden, bir diğer deyişle, fren ve denge sisteminden bahsetmek olanağı doğar; parlamentoya hükümeti düşürme yetkisi veren güvensizlik oyuyla, hükümete parlamentoyu seçime götürme olanağı sağlayan fesih yetkisi arasındaki simetri, bu dengeyi sembolleştirir. İki-partili parlamentolar, hükümetle ilişkilerinde soruyu kullandıkları halde, çok-partili parlamentolar, gensoru yöntemini tercih ederler; aradaki fark çok anlamlıdır. İki-parti sisteminde güvenoyu, hemen hemen otomatik hale gelir ve bütün gerçek anlamını kaybeder; meclis, denetimini yapabilmek için hiç bir yaptırım olmayan soru ile yetinmek durumundadır. Çok-partili rejimlerde ise, güvenoyu, her an hükümetin varlığını tehlikeye sokabilir; bir oylamayla sonuçlanan gensorunun önemi de bu durumdan ileri gelmektedir.<sup>193</sup>

Çok-parti sistemlerindeki hükümet bileşmelerinde kimi zaman görülen tarafsızlaştırma taktığının uygulanması nedeniyle de, çok parti sistemi, erkler ayrılığına daha uygun düşmektedir. Gerçekten de, çok parti sistemi, anayasadan ya da kurumların niteliğinden doğan erkler ayrılığına, bazen bir ikincisinin eklenmesine de yol açmaktadır. Klasik erkler ayrılığı, çeşitli defalar belirtildiği üzere devlet görevlerinin hukuki niteliklerine göre ayrılmasına dayanır; buna göre, parlamento, genel kapsamlı işlemler olan kanunları yapar; hükümet de, bunları bireysel işlemlerle uygular. Bunun karşısında, yine yukarıda anlatıldığı üzere, erkler ayrılığının günümüzde kazandığı anlam çerçevesinde devletin maddi görevleri (mali, ekonomik, sosyal, kolluk, yargısal, eğitsel, askeri, diplomatik vb.) arasında da bir ayrıma gidilebilir. Bu çerçevede, çeşitli bakanlıkları türdeş sektörler halinde yeniden gruplandırmak suretiyle, devlet faaliyetlerini yatay bakımdan sınıflandırmak olanaklıdır. Böylece; ekonomik sektör (endüstri, ticaret, tarım, deniz ticareti, maliye), sosyal sektör (sosyal refahla, ekonomik bakımdan zayıf kimselerle, az gelirli sınıflarla uğraşan "eşitlikçi" sektör), kamu düzeni sektörü (polis ve adalet), ideolojik sektör (öğretim, eğitim, propaganda, sanat ve edebiyat eserlerinin denetimi, vb.),

<sup>193</sup> Duverger, *a. g. e.*, s. 510.



diplomatik sektör (dış işleri ve ordu) ortaya çıkacaktır. Çok partili bir parlamenter rejimde, bazen bu yatay erkler ayrılığı, geleneksel dikey ayrılığa eklenir. Hükümete ortak olan her parti, kendi seçmen kütlesiyle ilgili olan ya da siyasal stratejisini geliştirmesine olanak veren belirli bir faaliyet sektörünü isteme eğilimi gösterir. Ancak, her zaman böyle bir uzmanlaştırma bulunmaz. Bazı hükümet bileşikleri, tam aksine tarafsızlaşma taktiğini uygularlar. Bunda, birbirini tamamlayıcı bakanlıklar rakip partilere verilir ve böylece her bakanın siyasetinin karşı partiye mensup olan komşusu tarafından yatıştırılması sağlanır ya da bu bakana, kendisini gözetlemek ve sınırlandırmak üzere başka partiden bir siyasal müsteşar verilir<sup>194</sup> ki bu uygulamaların erkler ayrılığının gerçekleşmesine yapacağı katkı ortadadır.

Bununla birlikte, Türkiye’de ister çok partili koalisyon dönemlerinde<sup>195</sup> isterse iki partili dönemlerde<sup>196</sup> olsun yoğun bir erklerin toplanması olayıyla karşılaşmaktadır. Daha açık bir deyişle, yasama-yürütme arasındaki erkler ayrılığı eski gücünü kaybetmiştir. Çünkü temel olarak parlamenter hükümet sistemi rejimine sahip olan ülkemizde, hükümetlerin, Meclisteki çoğunluk partisi liderlerinden kurulması gerekmekte, çoğunluk partisi liderlerinden kurulan bir hükümet ise parti kanalıyla meclise kolaylıkla hakim olabilmektedir. Bir başka deyişle, yürütmenin başındaki hükümetler, parlamentodaki çoğunluk partisi üzerindeki nüfuzları sayesinde istedikleri kanunları meclisten geçirme olanağını bularak Meclisi, adeta hükümetin bir tasdik organı konumuna indirgemişlerdir.<sup>197</sup> Türkiye’de erklerin toplanması olgusuyla karşılaşılmasının temel nedeni, kanımızca, siyasal partilerin oy disiplininin bulunması, merkezîyetçi ve türdeş bir yapıya sahip oluşudur.

Türkiye’de yasama-yürütme arasındaki ayrımın neredeyse ortadan kalkması, söz konusu ayrımın önemsiz bir hale geldiğini göstermez. Gerçekten de, Balta’nın belirttiği gibi yasama-yürütme ayrımının yine de pratik bakımdan büyük önemi bulunmaktadır. Balta, haklı olarak, siyasi hürriyetli demokratik bir rejimde iktidar partisi karşısında teşkilatlı bir muhalefetin mecliste yer alarak hükümeti denetlemesine, eleştirileriyle ilgililer ve halkoyuna uyarak aykırılıkların önlenme ve

<sup>194</sup> Duverger, *a. g. e.*, s. 510-511.

<sup>195</sup> 1970’li yıllarda.

<sup>196</sup> 1950’li yıllardan itibaren 1970’li yıllar hariç olmak üzere.

<sup>197</sup> Krş. Balta, *a. g. e.*, s. 65.

giderilmesine, kanunların yapılışında ve kararların alınmasında isabet sağlanmasına hizmet edeceği görüşünü savunmaktadır.<sup>198</sup>

Yine, tüm dünyada, yasama-yürütme arasındaki erkler ayrımının eski gücünü kaybetmesi, yargının müstakil ve bağımsız bir erk olmasının değerini, hatta bütün erkler arasındaki ayırım yapılması gereğinin önemini hiç bir şekilde azaltmaz. Gerçekten de, Erem'in doyum-suz anlatımıyla, erklerin birbirinden ayrılması oldukça önemlidir. En basit, hatta ilkel diyebileceğimiz anlayış, kanunu yapan güç ile onu uygulayan güç arasında bir üçüncü güce yer ve konu bulunamayacağı esasını benimser. Kuşku yoktur ki, bütün erklerin aynı elde toplanmasından sonraya rastlayan yasama-yürütme ayrımı daha ileri bir gelişme göstermiş, yasama-yürütme-yargılama ayırımına ulaşmıştır. Kanunu yapmakla belirli bir olayda kanunun dediğini ortaya koymak aynı şey değildir. Eğer yargıç olmazsa kanun da yok demektir. Çünkü yürütme organı kanunu dilediği gibi uygulayacaktır. O halde yargı erki bir bakıma hukuk devletinin koşuludur. Yürütmenin karşısında yargıç olmazsa, kanun diye uygulanan şeyin keyfi bir uygulama, dolayısıyla yürütmenin arzuladığı bir kanun olması mümkündür. Bu suretle, yürütme, yasamanın yerine geçmiş olur. Demek ki, yargılamanın iş görüselliklerinden en önemlisi yasama ile yürütmeyi ayrı ayrı, hatta birbirlerine karşı koruyabilmektir. Yargının bağımsızlığı sebeplerinden birisi de budur.<sup>199</sup>

Öte yandan, hukuk devleti ilkesinin tam olarak yaşama geçmesi bakımından da erkler ayrılığı düşüncesine uygun olarak yargının bağımsız ve müstakil bir erk olarak kabul edilmesi mutlak bir gereksinimdir. Çünkü hukuk devletinin ilkelerinden birisi, idarenin faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygunluğunun yargı denetimine tabi olması, kısacası idarenin yargısal denetimidir.<sup>200</sup> Ancak idarenin yargısal denetiminin etkili, doğru ve sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için mahkemelerin bağımsızlığının tam anlamıyla sağlanmış olması gerekir.<sup>201</sup> Dolayısıyla, yargının bağımsız ve müstakil bir erk olduğu kabul edilmediği müddetçe, hukuk devleti ilkesini yaşama geçirmek ham bir halden öteye geçmeyecektir.

---

<sup>198</sup> Bkz. A. g. e.

<sup>199</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 23.

<sup>200</sup> Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Günday, *a. g. e.*, s. 45 vd.

<sup>201</sup> Krş. Günday, *a. g. e.*, s. 46.

## KAYNAKLAR

- Aristoteles, *Politika* (Çeviren, Mete Tuncay), 9. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2006.
- Balta T. Bekir, *İdare Hukukuna Giriş I*, TODAİE Yayınları No: 117, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- Black's Law Dictionary With Pronunciations, Fifth Edition*, West Publishing Co., 1979, USA.
- Demirkol, Ferman, *Yargı Bağımsızlığı*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 94, İstanbul, 1991.
- Dursun, Hasan, Askeri Yargıya Genel Bir Bakış, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 66, Ocak 2001, Sayı: 1.
- Duverger, Maurice, *Siyasal Partiler* (Çeviren, Ergun Özbudun), İkinci Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1974.
- Erem, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Bası, AÜHFY No: 231, Ankara, 1968.
- Gönenç, Levent. Hükümet Sistemi Tartışmalarında "Başkanlı Parlamento Sistemi" Seçeneği ([http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/makaleler/hukümet\\_sitemi\\_tartismalari\\_pdf](http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/makaleler/hukümet_sitemi_tartismalari_pdf), Erişim Tarihi: 1.9.2008)
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.
- Harrigan, John J., *Politics and The American Future*, Third Edition, McGraw Hill, Inc., USA, 1992.
- Kapani, Münci, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, AÜHFY: 93, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956.
- , *Politika Bilimine Giriş*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, AÜHFY No. 431, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Karayalçın, Yaşar, *Hukukda Öğretim - Kaynaklar - Metod - Problem Çözme*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 1986.
- Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Dokuzuncu Bası, İstanbul, 1989.
- Kuru, Baki, *Hâkim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı*, AÜHFY No: 214, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966.
- Locke, John, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, (Çeviren, Fahri Bakırcı), Babil Yayınevi, Ankara, 2004.
- Mole Nuala ve Harby Catherina, *Adil Yargılanma Hakkı*, (Council Of Europe, 2001), Türkçe olarak çoğaltan Türkiye Barolar Birliği, İn-

- san hakları el kitapları, No. 3, Ankara, 2005.
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, (Çeviren Fehmi Baldaş), Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1963.
- Mumcuoğlu, Maksut, *Çağdaş Demokrasinin Önkoşulu: Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü in Eksiksiz Demokrasi Sempozyumu (18-19 Ekim 2007)*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.
- Özarpat, M. Hilmi, *Askeri Ceza Yargılama Usulü Hukuku*, İkinci Basım, Harpokulu Basımevi, Ankara, 1950.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1988.
- Reisoğlu, Kemal, *Federal Almanya Cumhuriyeti Adalet Cihazı*, Ankara, 1954.
- Stewart, Iain, *Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on 'Seperation of Powers' and 'The Rule of Law'*, Macquarie Law Journal, 2004, 9 (<http://austlii.law.uts.edu.au/journals/MqLJ/2004/9.html>, Erişim Tarihi, 1.8.2008).
- Taner, Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, Üçüncü Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- Todaro, M., *Economic Development*, Fourth Edition, Longman, USA, 1994.
- Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD, İstanbul, 1997.
- Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, İstanbul, 1998.
- Wade, H.W.R., *Administrative Law*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, London, 1961.
- Yalçınkaya, Namık Kemal, *İngiliz Hukuku, Kaynakları, Kurumları ve Temel İlkeleriyle*, Eroğlu Matbaası, Ankara, 1981.
- Yerel Yönetimler Yasa Taslağı*, TÜSİAD, Ocak 1997, İstanbul.