

# AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

*Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ \**

## **ANLATIM DÜZENİ:**

### **I- GİRİŞ VE GENEL AÇIKLAMALAR**

### **II- AİHM KARARLARINDAN ÖRNEKLER**

A- AİHM Kararlarında Mahkeme

B- Yasal Mahkeme

C- Bağımsız Mahkeme

- 1) Mahkeme Üyelerinin Nitelikleri
- 2) Mahkeme Üyelerinin Güvenceleri
  - a) Atanmaları
  - b) Görevden Alınamamaları
  - c) Dış Baskılardan Korunmaları

3) Mahkemelerin Görünümü

D-Tarafsız Mahkeme

- 1) Farklı Rollü Yargıçlar
- 2) Çifte Rollü Mahkemeler
- 3) Uzmanlık Mahkemeleri
- 4) Yargıcın Davayla Bağlantısı
- 5) İç Hukuktaki Düzenlemeler
- 6) Bozma Üzerine Karar Verme

### **III-HUKUKUMUZLA İLGİLİ KİMİ DEĞERLENDİRMELER**

---

\* Yargıtay 11. Ceza Dairesi Üyesi

## I- GİRİŞ VE GENEL AÇIKLAMALAR

Demokratik devletler hukuk devletiyle birlikte kabul edilmektedir. Sadece hukuk devleti değil, “demokratik hukuk devleti” kavram ve kurumları üzerinde durulmaktadır<sup>1</sup>. Hukuk devleti demokrasinin vazgeçilmez ilkesidir. Bu nedenle anayasanın değiştirilemezleri arasındadır (1982, m.2 ve 4). Demokrasi ilkesinin değiştirilmezliğinde, seçimsiz demokrasi olamayacağı gibi, hukuksuz demokrasi de olamaz. O nedenle yasama ve yürütme gibi yargı da kaynağını anayasadan almaktadır. Yasama gibi yargı da “yetki” olarak kabul edilmiştir (m.7 ve 9)<sup>2</sup>. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak bu iki organ yetki olarak düzenlenmiş ve kaynağını anayasadan ilk elden almaktadır. Yürütme ise, yasamanın içinden çıktığı için, 1961 Anayasasında yerinde bir kavramla “görev” olarak kabul edilmiş (m.6), ancak 1982 Anayasasında, yürütmenin kimi anayasal yetkileri nedeniyle, hem “yetki” hem de “görev” olarak düzenlenmiştir (1982, m.8; ayrıca 91).

Anayasa bu düzenlemeleriyle, üç organın da yetkisinin kaynağının anayasa olduğunu belirttiği gibi, anayasadan alınmayan yetkilerin olamayacağına ve böyle bir yetkinin kullanılamayacağına da

<sup>1</sup> 1982 Anayasasının 2'nci maddesinde, “demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir” kavramları birlikte kullanılmaktadır. Çağlar, Bakır: “Hukuk”la Kavranan “Demokrasi” Ya da “Anayasal Demokrasi”, Anayasa Yargısı, Ankara 1993, no:10, s.236’da “Demokrasi, çoğunluk kuralı ile temel prensip ve hakların korunması, <Seçimsel Meşruiyet>(légitimité électorale) ile <Hukuki Meşruiyet> (légitimité juridique) sürekli gerilimin sonucudur” derken; Çağlar, B.: Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi, Anayasa Yargısı, Ankara 1993, Yayın no:27(9), s.228’de, plüralizmin demokratik toplumun kurucu unsuru olduğu, AİHM’ne göre, demokratik toplumun plüralizm, hoşgörü, düşüncenin açıklığı ve farklı olma hakkına saygıyı esas aldığı hakkında bilgi verilmektedir; Touraine, Alain: Demokrasi Nedir? Ç. Olcay Kunal, İstanbul 2000, s.61’de “Demokrasi modern devlete ve hatta insan haklarına daha çok saltık tekerkliğe hizmet etmiş hukuk devletine karşı oluşmuştur” denmektedir. Kaboğlu, İ.Ö.: Anayasa Yargısı, İstanbul 2000, s.189’da “Yalnızca demokratik yönetim sistemlerinde insan hakları saygı görme şansına sahip olabilir. Buna karşılık hakların ve özgürlüklerin hiçbir etkili korumaya sahip olmadığı sistemde demokrasi yaşayamaz”, denmektedir.

<sup>2</sup> Ancak Özbudun başkanlığındaki komisyon tarafından hazırlanan Taslakta yargı içi “yetki” ve “görev”(m.8) kavramlarına yer verilmektedir ki, bunun yargıyı güçsüzleştirceği tartışma dışıdır. Çünkü yetki kavramı içerisinde zaten görev de vardır. Ancak yargı için ayrıca “görev” kavramının getirilmesi, Taslağın bütünlüğü dikkate alındığında bir çok sakıncayı taşıdığı anlaşılabacaktır.

işaret etmiştir (m.6/3). Dolayısıyla ulus egemenliğini (m.6/1), hiçbir kayıt ve koşula bağlı olmaksızın, ancak “yetkili organları eliyle kullanır” (m.6/2).

Anayasanın üstünlük ve bağlayıcılığı gereğince (m.11), her organın yetkisini, kendine ayrılmış alan içerisinde yerine getirmesi ve bunu ihlal etmemesi gerekir.

Anayasa koyucu her organa bu gereklere uyma, anayasadaki ilkelerden ayrılmama (yeminler, m.81, 103, 112/4) ve anayasanın bağlayıcılık ve üstünlüğüne saygı duyma yükümlülüğü (m.11) getirmiştir. Anayasada hukuk devleti ilkesinin yer alması adil yargılanma ilkesinin de kabul edildiğini göstermektedir. Kaldı ki Anayasamız 36/1’inci maddesinde adil yargılanma hakkına ayrıca yer vermiştir. Ayrıca “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir” (m.38/11).

Anayasa koyucu tüm bunların yanında, olası anayasaya aykırı tutumları bertaraf etmek/anayasanın üstünlük ve bağlayıcılığını yaşama geçirmek için, hukuk devletinin olmazsa olmazı olan yargıya yer vermiştir. Yargı organlarının hukuk devletinin bekçileri olduklarını söylemeye bile gerek yoktur. Yargıya verilen yetkilerin büyüklüğü dikkate alındığında, bu yetkinin kullanımında yargının bağımsızlığının ve dolayısıyla tarafsızlığının da sağlanması gerekmektedir. Anayasalar ve uluslar arası belgelerde yargının güvence addedilmesinin nedenlerinin başında, yasama ve yürütmenin özgürlüklere aşırı ve belirlenmiş ölçütlerin dışına çıkılması ile uygulamada aykırı davranışlarının olduğu/olabileceği yönündeki yaşanmışlıktan kaynaklanan kanı gelmektedir. Çünkü iktidarı elinde bulunduranların hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin durdurulması amacıyla, bu iki organdan ayrı ve tamamen bağımsız bir organa gereksinim duyulması sonucu yargı ortaya çıkmıştır.

Dolayısıyla yargının bağımsızlığı tartışmasız kabul edilmektedir. Özellikle yargının karar verirken bağımsızlık ve tarafsızlığının zorunlu olması nedeniyle, anayasa ve ilgili yasalarda bunu sağlayacak düzenlemeler ve bunun pratikte gerçekleştirilmesini sağlayacak düzeneklerin sağlanması zorunludur.

Artık yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı olsun mu olmasın mı aşaması bitmiştir: yargı bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır. Bu zorunluluk vatandaşların böyle bir yargıya gereksinimlerinin olduğunu

isteme hakları da vardır. Bu hak, iktidar tarafından gözardı edilemez. Öyleyse kağıt üzerindeki bu gerçekliğin somutlaştırılması için gerekenlerin yapılması zorunludur.

Yargı bağımsızlığının sağlanması zorunludur. Bu nedenle yargıçların profesyonellikleri önem kazanmaktadır. Profesyonelliğin kaliteyi artıracığına ilişkin yaygın kanaat vardır. Yargının kalitesi yoksa bağımsızlığının anlamı yoktur. O nedenle yargının bağımsızlığı ile kalitesinin birlikte düşünülmesi gerekir<sup>3</sup>. Kalitenin yakalanmasında önemli bir husus olarak Yargıçların mesleki profesyonellikleri ve meslek etiği kurallarına bağlılıkları aranmaktadır<sup>4</sup>.

Bağımsızlığı sağlamaksızın yargının kalitesinden de söz edilemez. Özellikle ceza yargısı bakımından meslekten yargıçlardan vazgeçilmesinin sakıncalı olduğunun aksini iddia edecek insan sayısı yok denecek kadar azdır. Yargı bağımsızlığının en iyi hangi ülkede gerçekleştirildiğine ilişkin değişik görüşler ileri sürülmekle beraber, henüz en idealinin bulunduğu söylenemez. O nedenle yargının bağımsızlığını sürekli aradığı üzerinde durulmaktadır<sup>5</sup>.

Fransa'da kurucu iktidar döneminde krallık yargı gücüne güvenmiyordu. Orada seçilmiş yargıçlar, yürütme ve yasamadan bağımsızdı, fakat yine de yargının yetkisi sınırlıydı. Eğer halk egemense, yargıçları da o belirleyecek ve halk adına yetkiyi yargıç kullanacak, yargıçlar halk tarafından seçilecekti. Fakat yargıçlar sadece belli bir süre için seçileceklerdi. Madem ki yasa genel iradenin ifadesiydi, yargıç yasanın sadık bir hizmetkarı olacaktı. Yargıç efsanesi o tarihlerde "yasanın ağzıdır" biçiminde kabul ediliyordu. 1791 Anayasası'nın 3'üncü maddesindeki düzenlemeye göre,

---

<sup>3</sup> L'indépendance de la justice, Communication de Jean-François Burgelin, procureur général honoraire près la Cour de cassation, prononcée en séance publique devant l'Académie des sciences morales et politiques le lundi 20 mars 2006; Adresse de cet article: <http://www.canalacademie.com/L-independance-de-la-justice.html>

<sup>4</sup> Ludet, Daniel: "Quelle Responsabilité Pour Les Magistrats?", Pouvoirs (Revue Français D'Etudes Constitutionnelles et Politiques), Les Juges, 74 Seuil, 1995, s.133-137.

<sup>5</sup> L'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE; Par le Doyen Charles DEBBASCH, Président Honoraire de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille; <http://www.wikio.fr/article/5653887> (siteyi ziyaret tarihi: 15.4.2008)

“yasanın üzerinde üstün bir güç yoktu”<sup>6</sup>. Yargıç yasanın bir memuru olarak düşünüldüğünden, bu memurun görevini pozitif hukuka göre yapması gerekiyordu<sup>7</sup>.

Oysa yargıcın yorumu, O'nun sadece yasanın ne dediğini söylemek biçiminde değerlendirilmesine engeldir. Zira yargıç bir değerlendirmede bulunabilmekte ve gerektiğinde, yasada hüküm olmayan hallerde konu elverdikçe, yaratıcı da olabilmektedir. Özellikle ceza yargısı gibi bir alanda bile yargıç bireyselleştirmede, sanığın özelliklerinin değerlendirilmesi sırasında yasayı canlı hale getirmektedir. Bu bize yargıcın, yasanın ne dediğini söylerken, yorum yoluyla, “kısmi yasayıcı” rolüne sahip olduğunu göstermektedir<sup>8</sup>. O nedenle günümüzde içtihadi hukuktan söz edilmektedir.

Bağımsızlık, iki organ arasındaki ilişkinin niteliği ile ilgili kavram olup, bu organlardan birinin fonksiyonel açıdan diğerinin etki ve karşılığı olmaksızın çalışabilmesidir<sup>9</sup>. Yargıç, karar verirken, hiçbir biçimde, hiçbir nedenle, hiç kimsenin etkisi altına girmeyen kimsedir. Yargıcın bu şekilde karar verebilmesi için hem bu niteliği kazanabilecek biçimde yetiştirilmesi, hem de anayasal ve yasal düzenlemelerin gerekli ortamı sağlaması gerekir<sup>10</sup>. Bağımsız yargı hukuk devletinin/hukukun üstünlüğünün en iyi şekilde gerçekleştiren sistem olarak kabul edilmektedir. 1962 tarihli Lagos Konferansı sonunda ortaya konan görüşlerde yargıçların atama, tayin ve

<sup>6</sup> Batinder, Robert: “Une si Longue Défiance”, Pouvoirs (Revue Française D'Etudes Constitutionnelles et Politiques), Les Juges, 74 Seuil, 1995, s.8.

<sup>7</sup> Garapon, Antoine: “La Question Du Juge”, Pouvoirs (Revue Française D'Etudes Constitutionnelles et Politiques), Les Juges, 74 Seuil, 1995, s.18.

<sup>8</sup> Halkın iradesinin de doğrudan katıldığı yasama işleminde yargı iradesinin de katılımıyla, anayasa yargısının “kısmi yasayıcı” oluşuna göre, yukarıda belirttiğimiz biçimlerden biri yoluyla referandum işlemlerinin (önceden veya sonradan) denetimi kaçınılmaz olacaktır. Kaboğlu, Ö.İ. Anayasa Yargısı, İstanbul 2000, s.184-185'de “Anayasa yargıcı, kısmi yasayıcıdır”.

<sup>9</sup> Keskin, Serap: “Yargıç Bağımsızlığı”, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.130; Geniş bilgi için bkz. Demirkol, Ferman: Yargı Bağımsızlığı, İstanbul 1991, s.45 vd; Ünal, Şeref: Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, TBMM Kültür Sanat Yayınları, Ankara 1994, s.6 vd.

<sup>10</sup> Prof.Dr.Bülent Tanör'ün anısına “Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri” 10.Yıl Güncellemesi, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği Yayını, Aralık 2006, s.225.

azilerinin tam bir çözüme kavuşturulamadığı ve bağımsızlıklarının sağlanamadığı ülkelere yönelik tavsiyelerde özetle şunlara dikkat çekilmiştir: Bu işlemler yasama ve yürütmenin elinden alınmalı ve bağımsız organa verilmelidir; yargı bağımsızlığının bu ilkelere uygun olarak tam sağlanamadığı ülkelerde ise, bu ilkeler başta ceza yargıçları olmak üzere bütün yargıçlar hakkında uygulanmalıdır. Ayrıca özellikle ceza yargısında hukuk eğitimi görmemiş kimselerin veya idarenin denetiminde olan memurların görev almaları halinde hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkün değildir<sup>11</sup>. Türkiye’de yargının yeterince bağımsız olmadığı söylemleri için bu sonuçlar ışık tutabilir<sup>12</sup>.

Yargı bağımsızlığı, bir yargılamada, iddia ve savunma taraflarının katkılarıyla, yargılama işlemleri içerisinde toplanan kanıtlarla, iç ve dış baskı ve etkilerden uzak, güven verici bir ortamda karar verilmesini ifade etmektedir.

Yargının tarafsızlığı ise, yargısal faaliyette çıkar ilişkisinin bulunmaması anlamında bağımsızlığın ayrılmaz bir parçasıdır<sup>13</sup>. Bu iki ilke gerek iç hukukumuzda, gerekse uluslar arası/ulusal üstü hukukta, temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması bakımından büyük öneme sahiptir. Çünkü bu iki temel ilke bir demokratik hukuk devletinde hakların korunmasında “dürüst” ve “adil yargılanma” ilkelerinin temelini oluşturmaktalar. O nedenle ülkemizle yakından ilgili olan AİHS ile diğer uluslar arası metinlerde ve Anayasamızda yargı bağımsızlığı ilkesi açık bir biçimde düzenlenmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de “bağımsız ve tarafsız mahkeme”ye dikkat çekilmektedir (m.10).

Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmede, “Herkesin yasayla kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve açık olarak yargılanmaya hakkı vardır” (m.14/1).

<sup>11</sup> Ünal, Şeref: Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Ankara 1997, s.90-93.

<sup>12</sup> Bu nedenle bizde Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin Yargıtay ve Danıştay üyeleri tarafından seçilmeleri gerekir. Farklı görüş için bkz. Anayasa Mahkemesi üyelerinin kendilerine tanınacak kontenjanlara göre, Cumhurbaşkanı, TBMM, Yargıtay, Danıştay ve Üniversiteler tarafından seçilmeleri gerekir; Tanör’ün anısına, s.230.

<sup>13</sup> Tezcan, Durmuş-Erdem, M. Ruhan-Sancakdar, Oğuz: Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s.253.

AİHS'nin 6'ncı maddesinde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı tek bir kavram olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir”.

AİHM, “Yüksek Sözleşmeciler Taraf sayısına eşit sayıda yargıçtan oluşur” (m.20). Yargıçlık görevi için aranan koşulları AİHS, “Yargıçlar üstün ahlaki vasıflara ve yüksek bir hukuki göreve atanmak için gerekli niteliklere sahip veya ehliyetleriyle tanınmış hukukçu olmalıdırlar” (m.21/1); “Yargıçlar Mahkemeye kendi adlarına katılırlar” (m.21/2); “Görev süreleri içerisinde, yargıçlar bağımsızlıkları, tarafsızlıkları ve daimi görevin gerekleri ile bağdaşmayan herhangi bir görev üstlenemezler; bu fıkranın uygulanmasından doğan sorunlar Mahkeme tarafından karara bağlanır” (m.21) biçiminde belirlemektedir.

AİHM yargıçlarının seçiminde izlenen yöntem, “Yargıçlar, her Yüksek Sözleşmeciler Taraf için, o Yüksek Sözleşmeciler Taraf tarafından gösterilen ve üç aday içeren bir liste üzerinden Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğu ile seçilirler” (m.22/1).

AİHM'ne “Yargıçlar altı yıl için seçilirler. Tekrar seçilmeleri mümkündür. Bununla beraber ilk seçilen yargıçlardan yarısının görev süresi üç yıl sonunda sona erecektir” (23/1); “İlk üç yıllık sürenin sonunda görevleri sona erecek olan üyeler, ilk seçimlerin yapılmasından hemen sonra, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından kura çekmek suretiyle saptanır” (m.23/2); “Yargıçların imkan ölçüsünde yarısının her üç yılda bir yenilenmesini sağlamak için, Parlamenterler Meclisi bir sonraki seçime geçmeden önce seçilecek yargıçlardan bir veya birkaçının görev süresinin veya sürelerinin üç yıldan az veya dokuz yıldan çok olmamak şartı ile, altı yıl dışında bir süre olmasına karar verebilir” (m.23/3); “Birden fazla üyenin görev süresinin söz konusu olduğu durumlarda ve Parlamenterler Meclisi'nin yukarıdaki fıkrayı uygulaması halinde, görev sürelerinin üyelere dağılımı, Genel Sekreter'in, seçimden hemen sonra yapacağı kura sonucu belirlenir” (m.23/4); “Görev süresi bitmemiş bir yargıcın yerine seçilen yargıç, selefinin görev süresini tamamlar” (m.23/5); “Yargıçların görev süreleri 70 yaşında sona erer” (m.23/6) ve “Yargıçlar, yerlerine başkası seçilinceye kadar görev

yaparlar. Yerlerine başkası seçildikten sonra da kendilerine havale edilmiş olan davalara bakmaya devam ederler” (m.23/7).

“Mahkeme, önüne gelen başvuruları incelemek üzere üç yargıçlı Komiteler, yedi yargıçlı Daireler ve onyediyar yargıçlı bir Büyük Daire şeklinde toplanır. Mahkemenin Daireleri belirli bir süre için Komiteleri oluşturur” (m.27/1); “Büyük Daire ayrıca Mahkeme Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları ve Mahkeme içtüzüğüne göre seçilecek diğer yargıçlardan oluşur. 43. madde uyarınca Büyük Daireye sevk edilen başvuruların incelenmesi sırasında, Daire Başkanı ve başvuruda konu edilen Devletin yargıçı dışında, bu kararı veren Daire yargıçları Büyük Dairede yer alamazlar” (m.27/3).

Büyük Daire, “Daireler tarafından 30. madde uyarınca kendisine gönderilen veya 43. madde uyarınca önüne gelen, 33. veya 34. maddeler uyarınca yapılan başvuruları ve 47. maddede öngörülen görüş bildirme taleplerini inceler” (m.31).

AİHM İçtüzüğü'nün 24'üncü maddesindeki düzenlemeye göre Büyük Daire, “1. Büyük Daire, on yedi asil ve üç yedek yargıçtan meydana gelir. 2. Büyük Daire, bu İçtüzüğü'nün 8. maddesine göre Mahkeme Başkanının seçildiği tarihten başlayarak üç yıllık bir süre için oluşturulur. 3. Büyük Dairede, Mahkeme Başkanı ve Başkan Yardımcıları ile Bölüm Başkanları yer alır. Büyük Daire üyelerinin tamamlanması için Mahkeme genel kurulu, Başkanın önerisi üzerine diğer bütün yargıçlar, her dokuz ayda bir değişecek olan ve üyelikleri Sözleşmeciler Devletler arasında mümkün olduğu kadar coğrafi dengeyi ve değişik hukuk sistemlerini yansıtacak biçimde iki gruba ayrılır. Her bir dokuz aylık dönem içinde Büyük Daireye gönderilen davaları görecek asil ve yedek yargıçlar, her grup içinde rotasyona tabi tutulurlar; bu yargıçlar, yargıçlık görev süreleri sona ermiş olsa bile, yargılamanın tamamlanmasına kadar Büyük Daire yargıçı olarak kalmaya devam ederler. 4. İlgili Sözleşmeciler Devlet bakımından seçilen bir yargıç, bu maddenin üçüncü fıkrası dolayısıyla Büyük Dairede yer alamaması halinde, Sözleşme'nin 27. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları gereğince Büyük Dairede re'sen (ex officio) yer alır. 5. (a) Bir Bölüm Başkanının, Büyük Dairede yer alamaması halinde onun yerine Bölüm Başkan Yardımcısı yer alır. (b) Diğer yargıçların yer almalarına engel bulunması halinde, bu yargıçların yerine 3. maddedeki seçiliş düzenlerine göre yedek yargıçlar yer alırlar. (c) Büyük Dairenin tamamlanması için ilgili grupta yeterli yedek yargıç bulunmaması halinde, diğer grubun üyeleri arasından kur'a ile yedek yargıçlar görevlendirilir.



6. (a) Büyük Dairenin, Sözleşme'nin 43. maddesine göre yapılan talepleri ele almak üzere toplanacak olan beş yargıçlı kurul aşağıdaki şekilde meydana gelir:

- Mahkeme Başkanı,

- davayı görmüş olup, verdiği karar Büyük Daire önüne götürülmek istenen Daireyi oluşturan Bölümün dışındaki Bölüm Başkanları, Bölüm Başkanlarının yer almasında engel varsa Bölüm Başkan Yardımcıları,

- davayı gören Daire yargıçlarının dışında diğer yargıçlar arasından rotasyon ile görevlendirilen başka bir yargıç.

(b) ilgili Sözleşmecî Devletin vatandaşı olan veya nezdinde seçilen yargıç, beş kişilik kurul üyesi olamaz.

(c) Kurulda yer almayan herhangi bir üyenin yerine, davayı görmüş Dairenin üyesi olmayan ve rotasyon usulüne göre görevlendirilen bir yargıç geçer”.

AIHM yargıçlarının yeminleri: "Bir yargıç olarak görevlerimi şerefli, bağımsız ve tarafsız bir biçimde yerine getireceğime ve müzakerelerin gizliliğini koruyacağıma yemin ederim -veya and içerim-" (İçtüzük, m.3/1).

İçtüzüğün 4'üncü maddesinde yargıçların tarafsızlıkları, bağımsızlıkları ve görevleriyle bağdaşmayan hususlara yer verilmektedir. Buna göre, "Sözleşme'nin 21. maddesinin üçüncü fıkrasına göre yargıçlar, görevleri süresince herhangi bir siyasi veya idari faaliyette veya bağımsızlık ya da tarafsızlıkla veya tam gün çalışma esasının gerekleriyle bağdaşmayan mesleki bir faaliyette bulunamazlar. Her yargıç, bütün ek faaliyetlerini Mahkeme Başkanına bildirir. Mahkeme Başkanı ve ilgili yargıç arasında uyumsuzluk çıkması halinde, ortaya çıkan bir sorun hakkında Mahkeme genel kurulu karar verir”.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararında<sup>14</sup>, "Yargıçların bağımsızlıklarını geliştirmek, korumak ve saygı göstermek için gerekli tüm önlemler alınmalıdır" (İlke 1/1); "Mahkemeler dışında hiçbir organ, mahkemelerin yetkisi hakkında söz sahibi olmamalıdır" (İlke 1/2-a-iii); "Yasama ve yürütme organları

<sup>14</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Yargıçların Rolü, Etkinlikleri ve Bağımsızlıkları" ile İlgili 12(94) Numaralı Tavsiye Kararı.

yargıçların bağımsızlığını temin etmeli ve bunu tehlikeye atacak adımlar atmamalıdır” (İlke 1/2 -b); “Yargıçların seçilmesi ve kariyeri konusunda karar veren mercii, hükümetten ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciiin bağımsızlığını güvence altına almak için, üyelerinin yargı mensupları tarafından seçilmesi ve usul kurallarını kendisinin belirleyebilmesi gibi önlemler” alınabilmeli (İlke 1/2-c); “Karar verme sürecinde yargıçlar bağımsız olmalı ve herhangi bir çevre ve makamdan ya da herhangi bir neden için; doğrudan ya da dolaylı hiçbir kısıtlama, uygunsuz etki, teşvik, baskı, tehdit veya müdahale altında kalmaksızın çalışabilmelidirler” (İlke 1/ 2-d).

Anayasamızdaki düzenlemeye göre, “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” (m.138/1); “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” (m.138/2); “Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz” (m.138/3).

Anayasamızda yargı bağımsızlığından söz edilmekle beraber, tarafsızlığı konusuna açık biçimde yer verilmemiştir. Ancak “Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” düzenlemesi ile bağımsızlığa açıkça yer verilmesi nedeniyle, tarafsızlık konusunda açık bir düzenleme olmasa da, tarafsızlığın varlığının kabul edilmesi gerekir. Bu düzenlemede yargıcın “hukuka” uygun karar verebilmesi nedeniyle, anayasa ve yasaya oranla çerçevesi çok açık çizilmemiş olması nedeniyle, özgür karar verebilme olanağı yüksektir. Bu da yargıcın hukuka, anayasaya ve yasaya uygun vicdani kanaatine göre karar verebilmesindeki bağımsızlığını genişletebilmektedir<sup>15</sup>. Kaldı ki, konuyla ilgili açık düzenlemelerin büyük kısmı ilgili yasalarda yer almaktadır.

<sup>15</sup> Centel, Nur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s.13’de, “Nitekim, hakimler, sadece yasaya bağlı buldukları için bağımsızlığa sahiptir. Nitekim hukuka bağlılık, hakimin, bağımsızlığının sınırlandırılması değil, onun varlık nedeni olmaktadır”; Çınar, A.Rıza: “Erkeler Ayrılığı Açısından Yargı Bağımsızlığı ile Yargıcılık ve Savcılık Güvencesi”, Suç ve Ceza(Ceza Hukuku Dergisi), Sayı:1, Ocak-Şubat- Mart 2008, s.8’de, “Anayasa’nın 138. maddesinin 1. fıkrasında ‘yargıç bağımsızlığı’ ilkesine yer verildiği gibi(,) bağımsızlığın sınırı da gösterilmiştir. Buna göre, yargıçlar, Anayasa’ya, kanunu, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” denmektedir.

## II- AİHM KARARLARINDAN ÖRNEKLER

### A- AİHM Kararlarında Mahkeme

AİHM, Mahkemeyi, yasayla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makam olarak tanımlamaktadır<sup>16</sup>. Bir anlaşmazlık veya suçlamanın, bu niteliklere sahip bir organ önüne götürülmesi, Sözleşmenin 6'ncı maddesinin bireye sağladığı adil yargılanma güvencesinin temel ve yapıcı unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

AİHM, mahkeme kavramını Sözleşmedeki anlamını göz önünde bulundurarak açıklamaktadır. Buna göre, mahkeme kavramının diğer nitelikleri ise, “yargısal rol” ve “adli fonksiyona” sahip olmasıdır. AİHM içtihatlarında mahkeme kavramına kendine özgü bir anlam vermektedir<sup>18</sup>. Bu kavramlardan hareketle AİHM mahkemeyi, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan karar verme yetkilerini elinde tutan organ olarak nitelemektedir<sup>19</sup>.

AİHM, işin esasıyla ilgili karar veren organ için mahkeme kavramını kullanırken, sadece görüş bildirmekle görevli kılınmış makamların mahkeme olmadığına karar vermektedir<sup>20</sup>. Ancak AİHM, sadece görüş bildiren makamı mahkeme saymamakla beraber, hem yargılama yapan ve hem de görüş bildiren makamı ayırmaktadır. Bu şekilde yargısal işlem ile görüş bildirmenin birlikte gerçekleştirilmesi halinde o makamı mahkeme kabul etmektedir. Bu makamın, yukarıda belirttiğimiz koşulları taşımak kaydıyla, “genel” ve “olağan” yargılama

<sup>16</sup> Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.254.

<sup>17</sup> De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, 18.6.1971, A.12; Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A.13; McMichael/İngiltere, 24.2.1995, A.308-B ve Gözübüyük, A.Ş-Gölcüklü, F.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s.279-280'deki diğer kararlar.

<sup>18</sup> İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s.154.

<sup>19</sup> Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A.84;Doğru, 2003, s.780 vd.; Benthem/Avusturya, 23.10.1985, A.97; Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A.132.

<sup>20</sup> Benthem/Avusturya, 22.5.1984, A.78; De Jong, Baljet ve Vanden Brink/Hollanda, 22.5.1984.

makamları dışında yer alması<sup>21</sup> veya yargısal işlev (fonksiyon) yanında başka görevler de yürütmekte olması kendisinin mahkeme sayılmasına engel olarak kabul edilmemektedir<sup>22</sup>.

Bizde Danıştay'ın yargısal iş yapmasının yanı sıra, kimi durumlarda görüş de bildirmekle, hukukumuzda Yüksek Mahkeme olduğu gibi, AİHM kararında belirtildiği gibi bir mahkemedir<sup>23</sup>.

AİHM'ne göre, tam yargısal yetkiye, bir başka deyişle dava konusu olayı hem fiil ve hem de hukuk açısından inceleme yetkisine sahip olmayan makamlar mahkeme değildir<sup>24</sup>.

AİHM mahkeme kavramını özerk bir kavram olarak nitelendirdiği için, iç hukukta mahkeme olarak nitelendirilmese bile, kimi koşullara sahip olması halinde bunları mahkeme olarak nitelendirebilmektedir. Bu yaklaşım sonucu mahkeme kavramı sadece olağan mahkemeyi değil, disiplin kurulları veya uzmanlık kurulu yahut mahkemelerini de içermektedir. Örneğin bir kararında AİHM, Taşınmaz Muameleler Kurulunu, iç hukukta idari bir kurul olarak kabul edilmesine karşın, mahkeme olarak kabul etmiştir<sup>25</sup>.

AİHM'nin değerlendirmesine göre, bir mahkeme üyelerinin bir bakan veya hükümet kararı yahut tavsiyesi ile atanmasının her zaman ve mutlaka bağımsızlığın yokluğu anlamına gelmez<sup>26</sup>. Bu yaklaşımıyla AİHM, disiplin suçlarının istinaf derecesinde incelendiği

---

<sup>21</sup> De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, 18.6.1971, A.12.

<sup>22</sup> McMichael/İngiltere, 24.2.1995, A.308-B.

<sup>23</sup> Anayasanın 155/2'nci maddesi: "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir".

<sup>24</sup> Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A.132; Zumbotel/Avusturya, 21.9.1993; Colozza ve Rubinat/İtalya, 12.2.1985; Gradinger/Avusturya, 23.10.1995; Gözübüyük-Gölcüklü, s.280.

<sup>25</sup> Sramek/Avusturya; İnceoğlu, s.154-155; Doğru, 2003, s.780 vd.

<sup>26</sup> Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, A.80; Doğru, 2003, s.722; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A.84.

Belçika Hekimler Odası'nı<sup>27</sup>, İngiltere'deki cezaevi disiplin kurulu görevini yürüten Cezaevi Müfettişler Komitesini<sup>28</sup>, Avusturya'daki Gayrimenkullere İlişkin Ticari İşlemler Bölge Komisyonunu<sup>29</sup> ve Hollanda'daki Patent Ofisini<sup>30</sup> sözleşmenin 6'ncı maddesi anlamında mahkeme olarak kabul etmiştir.

AlHM'ne göre bir idari kurul eğer tarafsızlığını ortadan kaldırıcı işlemler yapıyorsa mahkeme sayılması için yeterlidir<sup>31</sup>.

Mahkemede görev alacak olan yargıçların tamamının veya bir kısmının meslekten (profesyonel) yargıçlardan oluşması şart değil<sup>32</sup>; bağımsızlık ve tarafsızlığın sağlanması, yargısal rol üslenmesi, hukukten düzenlenmiş usul kuralları çerçevesinde görev yapması, maddi ve hukuki açıdan inceleme yapabilmesi ve bağlayıcı (zorlayıcı) karar verebilmesi koşuluyla, memurların da görev alabilmeleri mümkündür Ancak memurun yargıçlık görevini ifa edebilmesi için, taraflardan birinin astı olmaması gerekir<sup>33</sup>. Bu nedenle zorlayıcı (bağlayıcı) karar vermeyen, sadece mütalaa ve tavsiye vermekle yetkili kılınmış makamlar mahkeme olarak kabul edilmemektedir<sup>34</sup>. Ancak mütalaa ve tavsiye vermenin yanında mahkeme olarak nitelenebilme koşullarını taşıyan diğer kararlar (işin esasıyla ilgili karar

<sup>27</sup> Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A.43; Albert ve Compte/Belçika, 10.2.1983, A.58.

<sup>28</sup> Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, A.80; Doğru, 2003, s.722.

<sup>29</sup> Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A.13; Doğru, 2003, s.84 vd.

<sup>30</sup> British American Tobacco/Hollanda, paragraf: 64; İnceoğlu, s.166; Demircioğlu, Yaşar: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvencesi, Ankara 1997, s.64-65'de Hakem mahkemesinin AlHS'nin 6'ncı maddesi anlamında mahkeme olmadığı, ancak adil yargılanmanın temel unsurlarını taşımak zorunda olduğuna işaret edilmektedir.

<sup>31</sup> Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, A.80 (Hapishane Teftiş Kurulu disiplin ve hapishanenin gözetimi işlevi görmesi); Procola/Luksembourg, 28.9.1995, A.326.

<sup>32</sup> Ettl/Avusturya, paragraf: 38; Engel ve diğerleri/Hollanda; İnceoğlu, s.155, s.165.

<sup>33</sup> İnceoğlu, s.166.

<sup>34</sup> Benthem/Hollanda, paragraf:40; İnceoğlu, s.155; Doğru, 2003, s.906.

verme) da verebilen makamların sırf mütalaa ve tavsiyede bulunması o makamı mahkeme olmaktan çıkarmamaktadır<sup>35</sup>.

İç hukukta mahkeme olarak kabul edilmeyen idari kurulun AİHS'nin 6'ncı maddesi anlamında mahkeme olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır<sup>36</sup>.

- AİHM, kimi kararlarında ceza hukuku alanında suç olmayan, disiplin yargılamaları ve idari cezaları 6'ncı maddenin korumasında kabul etmektedir. Örneğin askeri disiplin sayılan disiplin odasında hapis yaptırımının ağırlığını dikkate alarak 6'ncı maddenin koruma alanında kabul etmiştir<sup>37</sup>.

- Türkiye'de Valinin bir memur hakkında (aylıktan kesme, sendikanın izinsiz basın bildirisini dağıtması olayında) verdiği disiplin cezasını, disipliner nitelikte olduğu, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili olmadığı ve "bağımsız ve tarafsız" bir yargılama sonucu verilmediğinden, yetki alanı dışında görüp kabul edilemez bulmuştur<sup>38</sup>.

- Bir Savcının iki kez disiplin yaptırımına uğramasını 2802 sayılı Yasaya aykırılıktan (m.69) HSYK meslekten çıkarır. Başvurucu adil bir yargılama olmaksızın meslekten çıkarıldığını ileri sürer, AİHM disipliner nitelikte bir yaptırım olduğu gerekçesiyle 6'ncı madde kapsamında kabul etmez<sup>39</sup>.

- Buna karşın AİHM<sup>40</sup>, okuduğu gazete ve izlediği TV nedeniyle hakkında HSYK tarafından yer değiştirme cezası verilen yargıcın başvurusunu, iç hukukumuzda yer değiştirme kararı yargıçlar bakımından ağırlığı dikkate alınsa bile disiplin cezası olduğu halde inceledi ve 10'uncu maddenin ihlal edildiğine karar verdi.

<sup>35</sup> Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, A.80; İnceoğlu, s.155; Doğru, 2003, s.722.

<sup>36</sup> Benthem/Hollanda, paragraf:40

<sup>37</sup> Engel ve diğerleri/Hollanda, 8.6.1976.

<sup>38</sup> Yokuş ve arkadaşları/Türkiye, 23143/93; oysa Komisyon 3.4.1993 günü başvuruyu kabul edilebilir bulmuştu; Özdek, Yasemin: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004, s.200.

<sup>39</sup> Altın/Türkiye, 39822/98; Özdek, s.200.

<sup>40</sup> Albayrak/Türkiye, 38406/97, 31.1.2008(3.Daire).

- Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararları bakımından ise AİHM, disipline ilişkin kabul edip denetim dışı tutmuştur<sup>41</sup>.

Mahkemenin bir davayı kesin karara bağlayabilmesi aranmaktadır. Bu nedenle mahkemenin kararının yerine getirilebilmesi başka bir organın takdirine bırakılmışsa, o makam uyuşmazlığı veya suç isnadını karara bağlayan bir mahkeme olarak kabul edilmemektedir. Örneğin Hollanda Endüstri İstinaf Mahkemesinde açılan davaların %2'sinin kazanılabildiği; bunun nedeninin ise, bu kararların uygulanmaması yönünde Kraliyet tarafından emredilme olasılığının olduğu, bu nedenle AİHM'nce bu makamın Sözleşme anlamında mahkeme sayılamayacağına karar verilmiştir<sup>42</sup>.

Bunun gibi bir askeri mahkemenin kararı eğer komutanın onayı ile infaz edilebiliyorsa, AİHM'ne göre, mahkeme kavramının en önemli ögesi, mahkemenin “yargı dışı bir mercii tarafından değiştirilemeyen, bağlayıcı karar verme yetkisinin” olmasıdır. Bu ilke mahkemenin “bağımsızlığı” olarak kabul edilmektedir<sup>43</sup>.

Fransa'da Uluslar arası bir sözleşmenin yorumu konusunda yetkili olmayan ve bu konuda İçişleri Bakanlığının yorumu ile bağlı olan Danıştay, başvuruçunun davasını çözmeye tam yetkili bağımsız bir mahkeme olarak kabul edilmemiştir<sup>44</sup>.

1982 Anayasasının 138/son maddesindeki, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” şeklindeki düzenleme, gerek kararla ilgili olarak idari merciinin mahkemenin yorum yetkisini engelleyememesi ve gerekse idarenin mahkeme kararının uygulanmasında takdir yetkisinin bulunmaması nedenleriyle AİHM kararlarıyla uyumludur.

<sup>41</sup> Örnekler, Pektaş, Soysever vs kararları; Özdek, s.201, dipnot:206'daki kararlar.

<sup>42</sup> Van de Hurk/Hollanda, paragraf: 54-55; İnceoğlu, s.157.

<sup>43</sup> Findlay v.U.K; İnceoğlu, s.158.

<sup>44</sup> Beaumartin/Fransa, paragraf:38-39.

## B- Yasal Mahkeme

AİHS'nin 6'ncı maddesinde yer alan "yasanın öngördüğü mahkeme" kavramı, doğal/yasal yargıç güvencesine işaret etmektedir. Bilindiği gibi doğal yargıç ilkesi gereği olarak, hem mahkemelerin kuruluş ve yetkileri, hem izleyecekleri yargılama yöntemi, dava konusu olay ortaya çıkmadan önce yasayla belirlenecektir. Böylece kişi veya olaya göre yargı organı oluşturma yolu kapanacak ve bu yolla keyfiliklerin önüne geçilebilecektir<sup>45</sup>.

Doğal yargıç ilkesinin çiğnenmesi durumunda yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığından söz edilemez<sup>46</sup>.

İtalya yasasında Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı ve Bakanların işledikleri görev suçlarına bakmaktadır. Düzenlemeye göre bağlantılı suçlar bakımından bakanın suçunun iştirakçilerinin de Anayasa Mahkemesinde yargılanacaklarına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Başvurucular olağan mahkemede değil de böyle özel bir mahkemede yargılandıklarını ileri sürerek 6'ncı maddenin ihlal edildiğini iddia etmişler; ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK), Anayasa Mahkemesinin yasayla kurulmuş bir mahkeme olduğu gerekçesiyle şikayetin kabul edilemezliğine karar vermiştir<sup>47</sup>.

Mahkemenin yasayla kurulmuş olması yetmez, mahkemede görev alan yargıçların da yasada belirtilen kurallara uygun olarak çalışması gerekir<sup>48</sup>. Nitekim yasayla kurulmuş olmakla beraber, Milli Savunma Bakanının kararlarına uygun çalıştıkları için Yunanistan Albaylar rejimi Sıkıyönetim Mahkemelerinin bağımsız olmadıklarına karar verilmiştir.

Mahkemelerin kimi suçlar (terör veya devlete karşı işlenmiş suçlar) bakımından özel olarak kurulması, yasayla kurulmak kaydıyla, 6'ncı maddeye aykırı görülmemektedir<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Engel ve diğerleri/Hollanda, 8.6.1976, A.22; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A.84; Bulut/Avusturya, 22.2.1996; Gözübüyük-Gölcüklü, s.280.

<sup>46</sup> Demircioğlu, s.70.

<sup>47</sup> Crociani/İtalya, 8603/79; İnceoğlu, s.160.

<sup>48</sup> İnceoğlu, s.161.

<sup>49</sup> X ve Y/İrlanda, 10.10.1980; İnceoğlu, s.160.



Ancak yasallık ilkesi gereğince yasamanın yargının işleyişiyle ilgili tüm hususları düzenlemesi gerektiği biçiminde anlaşılıp anlaşılmayacağı tartışılabilir. AİHK kararında, “demokratik bir toplumda yargı teşkilatı Yürütmenin takdirine bağımlı olmamalı, Meclis tarafından çıkarılmış yasayla düzenlenmelidir” demiş; ancak yargıya ilişkin temel kuralların yasayla düzenlenmesi yeterli görülmeyle beraber, kimi hususların yetki devri yoluyla yürütme organına bırakılması ve yürütmenin bu konudaki işlemlerinin de hukuka aykırılığı ve keyfi olup olmadığı konusunda yargı yolunun açık tutulmasının yasallık ilkesine aykırı olmayacağı sonucuna varmıştır<sup>50</sup>. Buradan çıkan sonuç, kural olarak mahkemeler yasayla kurulacak, ancak teferruata ilişkin hususlarda, örneğin mahkemenin nerede kurulacağına ilişkin olarak, yürütmeye yetki verilmesi, yasallık ilkesine aykırı olmayacaktır<sup>51</sup>.

Yasallık ilkesi gereğince yürütme işlemiyle mahkeme kurulması yasaktır. Örneğin Yasa Gücünde Kararnemelerle veya diğer yürütme işlemleriyle mahkeme kurulamaz. Anayasanın 121/3’üncü maddesinde, “Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnemeler çıkarabilir. Bu kararnemeler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İttüzükte belirlenir” şeklindeki düzenleme, burada

---

<sup>50</sup> Zand/Avusturya, paragraf: 68,70-73; İnceoğlu, s.159.

<sup>51</sup> 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının 11/1’nci maddesindeki düzenlemeye göre, “Sıkıyönetim bölgelerinde, 25 Ekim 1963 gün ve 353 sayılı Kanuna göre Millî Savunma Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde yeteri kadar askeri mahkeme kurulur. Bunlar buldukları yerin Sıkıyönetim askeri mahkemesi olarak adlandırılır ve birden fazla olması halinde numaralandırılırlar”. Bu düzenlemenin iç hukukumuzda, mahkemenin Millî Savunma bakanlığınca kurulması nedeniyle Sözleşmenin 6’ncı maddesine aykırı olup olmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre (Özbudun, E::Türk Anayasa hukuku, Ankara 2005, s.119’da “suçun işlendiği anda mevcut olmayan ve kurulup kurulmayacağı önceden bilinmeyen bir mahkeme tarafından görülmektedir”); bir diğer görüşe göre (İnceoğlu, s.160), Zand/Avusturya kararı çerçevesinde 6’ncı maddeye aykırı değildir. Ancak bence bu mahkemelerin yasayla önceden belirlenmiş ve kuruluş biçimi düzenlenmiş ve kamuya duyurulmuş olmakla beraber, nerede kurulacağı konusunda yürütmenin takdirinin bulunması ve nerelerde kurulabileceğinin objektif olarak belirtilmiş olmaması nedeniyle, 6’ncı maddeyle çelişmektedir.

belirtilen “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda”<sup>52</sup> Yasa Gücünde Kararname çıkarılabileceğinden, bu tür kararnamelerle mahkeme kurulması mümkün değildir. Çünkü mahkemelerin yasayla kurulacağına ilişkin açık hükmüm yer alması ve bunun aksine bir hükmün de bulunmaması nedeniyle, mahkemeler ancak yasayla kurulabilirler<sup>53</sup>. Kaldı ki “doğal/yasal yargıç” ilkesi gereği de olağanüstü yargı mercii kurulması mümkün değildir<sup>54</sup>. Çünkü sadece yasaya göre yetkili kılınmış, doğal yargıç, bağımsız ve tarafsız yargıç olabilir<sup>55</sup>.

Mahkemenin yasayla kurulmasının bir diğer sonucu da devletin vatandaşlara hak arama yolunu güvenceleriyle açık tutmayı sağlamasıdır. Yasal mahkeme kurulmasına karşın ilgililer tarafsız mahkeme hakkından kendi istekleriyle vazgeçebilirler<sup>56</sup>. Ancak bu vazgeçmenin açık ve net olması gerekir<sup>57</sup>. Tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkı, önemi nedeniyle tarafların her konuda istedikleri gibi bu haktan vazgeçebilecekleri anlamına da gelmez. Fakat AİHM kararlarında vazgeçme (feragat) konusunda tam bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak istenildiğinde ve her koşulda bu haktan vazgeçilemeyeceğinin ipuçlarını vermekte ve tarafsız bir mahkemede yargılanmanın önemine dikkat çekmektedir.

Vatandaşların haklarının korunabilmesi için devletten bağımsız ve tarafsız mahkeme kurulmasını isteme hakları vardır. Eğer ilk derece mahkemeleri bu güvenceyi vermiyorsa, kimi durumlarda üst mahkemelerde bazı aykırılıkların giderilebilip giderilemediği üzerinde durulması gerekir. Bu itibarla üst mahkemelerin ilk derece

<sup>52</sup> Olağanüstü hallerle düzenlemeler için bkz. Anayasanın 119 ve 120'nci maddeleri.

<sup>53</sup> Anayasanın 142'nci maddesi: “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir”.

<sup>54</sup> Anayasanın 37'nci maddesindeki düzenleme: “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz”. Olağanüstü yargı mercii kurulamaması yasamaya yasak alan getirmektedir.

<sup>55</sup> Centel, 1996, s.34.

<sup>56</sup> Komisyon, D/İrlanda.

<sup>57</sup> AİHM, Oberschlick/Avusturya.

mahkemelerinin baktıkları davalarla ilgili olarak esastan ve usülden incelemede bulunulup bulunmadığı noktası göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılabilir. Nitekim AİHM bir kararında, ilk derece mahkemesindeki bağımsızlık ve tarafsızlık hatalarının üst mahkemenin incelemesiyle giderilemeyeceğine dikkat çekerken<sup>58</sup>, bir başka kararında, üst mahkemenin ilk derece mahkemesinin bu hataları gidermeye “tam yetkili” olmadığına işaret ederken<sup>59</sup>; bir kararında da, üst mahkemede davanın yeniden ele alınması nedeniyle ilk derecedeki bu aykırılıkların giderilmiş olduğuna karar vermiştir<sup>60</sup>. Kuşkusuz üst mahkemenin ilk derece mahkemesince verilen karar bakımından bağımsızlık ve tarafsızlık kuralına aykırılığı giderebilmesi için, kendisinin de bağımsız ve tarafsız olması gerekir.

### C- Bağımsız Mahkeme

Kavram olarak bağımsızlık, herhangi bir kişi veya makamdan (organdan) emir almamak, özellikle davanın taraflarının veya yasama ve yürütme organlarının ve diğer dış etkilerin (ekonomik ve sosyal gruplar) baskı alanları dışında olmak demektir<sup>61</sup>. Anayasa Mahkemesine göre, yargıç “bağımsızlığını sadece yürütme organına karşı değil, demokratik bir toplumda, devlet yapısı içinde tüm kurum, kuruluş ve kişilere karşı da düşünüp sağlamak gerekir”<sup>62</sup>.

Yargı bağımsızlığı hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Yargı bağımsızlığını ve dolayısıyla tarafsızlığını sağlamadan hukuk devletinin kurulduğunu iddia etmek mümkün değildir<sup>63</sup>. AİHM, mahkemenin davanın taraflarına karşı tarafsız davranması zorunluluğunu da bağımsızlık kavramı çerçevesinde

<sup>58</sup> De Cubbar/Belçika ve Findlay/U.K.

<sup>59</sup> İncal/Türkiye.

<sup>60</sup> Hele/Finlandiya, 19.12.1997.

<sup>61</sup> Özbudun, s.358; Kunter, N.-Yenisey,F.:Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1998, s.315 vd.

<sup>62</sup> AMK, 28.2.1989, 1988/32, 1989/10; AMKD, Sayı:25, s.118. Benzeri karar, AMK, 27.4.1993, 1992/37, 1993/18, AMKD, Sayı:31, C.1, s.99.

<sup>63</sup> Tanör, B.:Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, s.390'da, demokratik ve hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir ülkede, ister kuvvetler ayrılığı, isterse kuvvetler birliği kabul edilmiş olsun, yargı bağımsızlığının sağlanması zorunludur.

değerlendirmektedir<sup>64</sup>. Ancak bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları birbirine çok yakın kavramlar olmakla beraber, mahkemenin davanın taraflarından bağımsız görev yapması bağımsızlıktan çok tarafsızlıkla ilgilidir<sup>65</sup>. Çünkü bağımsızlık, mahkemenin/yargıcın kendi dışında olan ve özgür karar verilmesini etkileyen bir husustur. Oysa tarafsızlık, yargıcın kendinden/şahsından kaynaklanan bir durumdur<sup>66</sup>. Yargıcın kendinden kaynaklanan nedenlerle davada tarafsız olamaması, karar verirken duygularına esir olması bağımsızlıkla açıklanamaz. Bir başka deyişle tarafsızlık mutlaka bağımlılık demek olmamakla beraber, bağımsızlığı etkileyen her durum yargıcın tarafsızlığını etkiler. O nedenle, yargı bağımsızlığı kavramının tarafsızlığı içerecek biçimde geniş kabul edilmesi gerekir. Ancak yargıç, kendi kendine değil de, davanın taraflarının baskısı altında istemediği kararı veriyorsa, bu durumda yargıcın kendiliğinden öyle karar verdiği söylenemeyeceğinden, burada bağımsız olmadığından ve dolayısıyla buna bağlı olarak da tarafsız davranmadığından söz etmek gerekir.

AİHM kararlarında daha çok objektif tarafsızlıkla bağımsızlığı birlikte kullanmaktadır<sup>67</sup>. Objektif tarafsızlığın, kurum olarak Mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven vermede tarafsız bir görünümde olup olmadığı yönünden değerlendirdiğimizde, tarafların mahkemeye bakışına göre tarafsızlık bağımsızlık olarak değerlendiriliyor ki, bu yaklaşıma katılmak mümkün değil. Çünkü, yargıcın (bağımsızlık veya tarafsızlık) durumunun taraflara göre değerlendirilmesi yerine, yargıcın istenmeyen (objektiflikten uzak) davranışının nedeninin ne olduğunun belirlenmesinden sonra, bağımsızlık mı tarafsızlık mı ön plana çıkıyor, bunun tespitinden sonra değerlendirmede bulunmak gerekir. Davanın taraflarına karşı bağımsızlığın adı tarafsızlık olduğundan, dıştan

---

<sup>64</sup> Beaumartin/Fransa, paragraf:38.

<sup>65</sup> İnceoğlu, s.163.

<sup>66</sup> Demicoli/Malta, 27.8.1991, paragraf:40; Demircioğlu, s.75.

<sup>67</sup> İnceoğlu, s.163.

baskıya dayalı bir taraflı davranma söz konusu değilse, buna tarafsızlık demek gerekir<sup>68</sup>.

AİHM, yargı bağımsızlığını açıklarken kuvvetler ayrılığıyla bağlantısı üzerinde durmuyor; ancak yargı bağımsızlığı için temel ilkeleri ortaya karken, ayırım yapmaksızın, yargının karar verirken dış etkenlerden (yasama-yürütme veya başka organlar) etkilenmemesine dikkat çekiyor. Bunun için AİHM, kuvvetler ayrılığı ilkesinden değil, somut durumda yargının bağımsızlık ve tarafsızlığını değerlendirirken 6'ncı maddedeki koşullara uygun davranılıp davranılmadığı üzerinde durmaktadır.

AİHM, bu konudaki değerlendirmesini yaparken, bir mahkemenin bağımsızlığını, mahkeme üyelerinin atanma ve görevden alınma yöntemine, görev sürelerine, bu üyelere emir vermeye yetkili her hangi bir organın bulunup bulunmadığına, her türlü dış etkiden korunmalarını sağlayacak mekanizmanın bulunup bulunmadığına, sonuç olarak mahkemenin genel bir değerlendirme ile "bağımsız görünüm"e sahip olup olmadığına bakarak değerlendirmektedir<sup>69</sup>.

Bunlar üzerinde sırasıyla duracak olursak;

### 1) Mahkeme Üyelerinin Nitelikleri

Mahkeme üyelerinin nitelikleri tek başına bağımsızlığın değerlendirilmesinde bir anlam ifade etmemekle beraber, bağımsızlığın göstergelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Örneğin mahkeme üyelerinin hukukçu/olağan yargı mensubu olmaları bağımsızlık bakımından güçlü bir gösterge olarak kabul edilmektedir<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Ünal, Şeref: Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, Ankara 1994, s.17'de, mahkemenin bağımsızlığı üzerinde dururken, yargıcın davanın taraflarına karşı da bağımsızlığından söz etmektedir.

<sup>69</sup> Findlay/İngiltere, 25.2.1997, Recueil 1997-1, s.281; Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.254 ve 261; Engel ve diğerleri/Hollanda, 8.6.1976, A.22; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A.84; Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A.132; Bryan/İngiltere, 22.11.1995, 335-A; Benthem/Hollanda, 23.10.1985; Gözübüyük-Gölcüklü, s.281; İnceoğlu, s.163.

<sup>70</sup> Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, paragraf:57-58; Doğru, 2003, s.415 vd. Karara konu Tabipler Birliği İtiraz Konseyi meslekten yargıçlar ve tabiplerden oluşuyor. Kurul üyelerinin bir kısmının yargı mensubu olmasının hem bağımsızlıkları hem de tarafsızlıkları bakımından güvence olarak kabul edilmiştir; İnceoğlu, s.165.

## 2) Mahkeme Üyelerinin Güvenceleri

### a) Atanmaları

Mahkeme üyelerinin atanmasında her ülkede farklı uygulama bulunmaktadır. AİHS'de mahkeme üyelerinin atanmalarıyla ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak AİHM çeşitli kararlarında yargıç bağımsızlık ve tarafsızlığı konusunda değerlendirmelerde bulunmaktadır.

AİHM yargıçların yürütmeye karşı bağımsızlığına dikkat çekmekle beraber, hangi organ tarafından atandıkları hususunu tek başına mahkemelerin bağımsızlığını etkilediğini kabul etmemektedir. AİHM'ne göre önemli olan yargılama yaparken yargıçların talimat almamalarıdır<sup>71</sup>.

AİHK, yasama tarafından<sup>72</sup>; AİHM de yürütme tarafından atanmayı<sup>73</sup> bağımsızlık ve tarafsızlığa aykırı bulmamaktalar.

### b) Görevden Alınamamaları

Sözleşmede yargıçların görev süreleriyle ilgili bir düzenleme yoktur. Bu nedenle görev süresinin kısıtlılığı tek başına bağımsızlığın olmadığı biçiminde anlaşılmamaktadır. Örneğin, Tabipler Birliği İtiraz Konseyi üyelerinin 6 yıllık görev süreleri yeterli bulunmuştur (disiplin işleri)<sup>74</sup>. Buna karşın Türkiye bakımından DGM'lerinde görev yapan yargıçların 4 yıllık süreleri kısa bulunmuştur<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> İngiltere'de Teftiş Kurulu'nun üyeleri İçişleri Bakanı tarafından atanıyor, 8 ile 24 üye arasında değişen üyelerden en az 2'sinin Sulh Yargıç olması gerekiyor, 3 yıl süreli görev yapıyorlar, tekrar seçilebiliyorlar, yeni atamalarda mevcut üyeler tarafından aday gösterilebiliyor; Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, paragraf: 79; İnceoğlu, s.168-169; Doğru, 2003, s.722.

<sup>72</sup> Crociani/İtalya, 8603/79.

<sup>73</sup> Belilos/İsviçre, paragraf: 66; Sramek/Avusturya, paragraf: 38; İnceoğlu, s.169; Doğru, 2003, s.780 vd.

<sup>74</sup> Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 23.6.1981, paragraf: 57.

<sup>75</sup> İncal/Türkiye.

Esasen yargıçların görev süreleri dış baskılardan uzak kalmaları bakımından önemli bir güvence olarak kabul edilmektedir<sup>76</sup>. Yargıçların görevden alınamayacaklarına dair açık bir düzenleme olmaması bağımsızlığın olmadığı biçimde anlaşılabilir. Önemli olan yürütme tarafından yargıçların görevlerinden alınamayacağına ilişkin açık düzenlemenin olması değil, fiilen bu güvence sağlanmış ve diğer gerekli güvencelerin de mevcudiyetidir; bu varsa bağımsızlığın varlığı kabul edilmektedir<sup>77</sup>.

Türkiye bakımından ise, Anayasanın 139'uncu maddesinin 1'inci fıkrasındaki düzenlemeye göre, "Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaz"; maddenin 2'nci fıkrasındaki düzenlemeye göre de, "Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır".

Emekli yaşı bakımından şu düzenleme vardır: "Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir" (Anayasa, m.140/4; 2802, m.44); "Anayasa Mahkemesi üyeleri altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar" (m.147/1).

"Askeri hakim sınıfı subayların görev yerleri ve sıfatları ne olursa olsun emeklilik yaş hadleri diğer subaylar gibidir. Askeri hakim subayların kanunlarda belirtilen yükümlülük sürelerini tamamlamaları halinde özel kanununda yazılı belli şartlar içinde emekliliklerini isteme hakları vardır.

Bu Kanunda belirtilen esaslara göre; (kadrosuzluk,) yetersizlik, disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle ayırma ve askeri hakim subay olmaya engel suçluluk halleri hariç, askeri hakim subaylar

<sup>76</sup> Sramek/Avusturya, 22.10.1984, paragraf:38.

<sup>77</sup> Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, paragraf: 80; Doğru, 2003, s.722.

rütbelerinin yaş haddine kadar hizmete devam ederler” (Askeri Hakimler Kanunu, 357, m.21)<sup>78</sup>.

Yine Türkiye’de yargıçların meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma yetkisi HSYK’na aittir. “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar” (m.159/1); “Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekilini seçer” (m.159/2); “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir” (m.159/3); “Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” (m.159/4); “Kurulun görevlerini yerine getirmesi, seçim ve çalışma usulleriyle itirazların Kurul bünyesinde incelenmesi esasları kanunla düzenlenir” (m.159/5); “Adalet Bakanlığının merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılarının muvafakatlarını alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir” (m.159/6); “Adalet Bakanı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hâkim ve savcılarını geçici yetki ile görevlendirebilir” (m.159/7).

Anayasadaki düzenlemeye göre, “Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup

<sup>78</sup> 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasasının 49’uncu maddesinde General ve Amirallerin emeklilikleri ile ilgili düzenleme.



uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir” (m.144);“Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar” (m.140/6).

AİHK, HSYK'nun kararı ile ilgili başvuruda, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasını, yargıç bağımsızlığı için yeterli bir neden olarak görmemiştir<sup>79</sup>.

### c) Dış Baskılardan Korunmaları

Mahkemelerin bağımsızlıklarının olup olmadığına sadece yukarıda belirttiğimiz hususlara bakılarak değil, ayrıca mahkemeler ile diğer organların (otoritelerin) aralarındaki ilişkiler yönünden de bakmak gerekmektedir. AİHM bu bağlantıyı sadece mevzuatta düzenlenmiş olması veya olmamasına bakarak değil, fiili işleyişe bakarak değerlendirmektedir.

Örneğin, bakanlığın sadece yol gösterici olsun diye “genel ilkeleri belirleyen” yazı göndermesini bağımsızlığın ihlali olarak kabul etmemektedir<sup>80</sup>.

Ancak AİHK, yargılama sonucunda hüküm vermek üzere müzakereye çekilen heyetin görüşmesinin dış baskılara karşı koruma amaçlı olduğunu belirlediği gibi, yürütmeye verilen genel ve özel af yetkisinin, yargının işlevini zayıflatacak biçimde kullanılmaması gerektiğine işaret etmiştir<sup>81</sup>.

Fransa'da Danıştay'ın Sözleşmelerin yorumlanmasında Dışişleri Bakanlığından alınana görüş (yorum) doğrultusunda karar vermesini, tam yetkili olmama ve bağımsızlıkla bağdaşmaz bulmuştur<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Uslu/Türkiye, 29860/96. Bu davada sadece Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı oluşu yönünden başvuruda bulunulmuştur; İnceoğlu, s.171-172.

<sup>80</sup> Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, paragraf: 79; Doğru, 2003, s.722.

<sup>81</sup> İnceoğlu, s.172.

<sup>82</sup> Beaumartin/Fransa.

Hiç kimsenin kamu görevlileri ve medya tarafından mahkum edilmemesi gerekir. Bu yaklaşım sadece davası olanların korunmaları için değil, yargının etki altına alınmaması için de kabul edilmektedir.

Ülkemiz bakımından ise, Anayasa hükümlerine göz attığımızda;

Anayasamız, “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” (m.138/1); “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” (m.138/2); “Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz” (m.138/3); “Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar” (m.140/5) biçimindeki düzenlemelerle, hem yargıç bağımsızlığı, hem de tarafsızlığına işaret edilmiştir.

Ancak Anayasamızdaki “Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar” (m.140/6) biçimindeki düzenleme, doğrudan olmasa bile, bu bağlılık ile müfettişlerin Adalet Bakanına bağlı olması ve hem denetleme, hem ceza talep etme, hem de Bakanın Kurul başkanı olması gibi tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde bağımsızlığa zarar verici olmaktadır. Bu anlamda yargıçların karar verme süreci üzerinde, fiilen olumsuz sonuçlar doğurmaya veya davanın taraflarında bu kanaatin oluşmasına sebebiyet vericidir. O nedenle, AİHM kararlarında dile getirildiği gibi, yargı bağımsızlığına dönük fiili duruma bakmak gerekir.

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında yargı bağımsızlığı ile ilgili şu kararlar dikkat çekicidir:

- “Yargı yetkisinin serbestçe kullanılabilmesi için mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esastır. Yargı görevinin bağımsızlığını sağlayacak unsurların başında hakim teminatı gelir. Hakimlerin bağımsız olmaları ise bu teminata kavuşmaları ile mümkündür. Bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması hukuk devletinin temel unsurudur. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır. Bu nedenle yargı organlarının bağımsızlığı bu denetimin ciddiyeti ve etkisi bakımından gereklidir”<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> AMK, 29.3.1966, 1963/109, 1966/17; AMKD, Sayı: 4, s.113.

- “Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin bir gereği de (...) yargı işlerinin, dışarıdan gelecek etkilerden uzak ve yalnız hukuki ölçülere göre değerlendirip hükme bağlanmasını sağlamaktır. Buna göre bir yargıç kararının bir başka yargıç tarafından denetlenmesi, Anayasa'nın 132. maddesindeki hükme ters düşmez”<sup>84</sup>.

- “Hukuk devletinde sıkı sıkıya bağlanılan mahkemelerin bağımsızlığı ve onun başlıca ögesi olan hakimlik teminatı ilkeleri, kişilerin, mahkemelerin genellikle hiçbir etki ve özellikle yürütmenin etkisi altında kalmaksızın, tam yansız olarak görevlerini yerine getireceklerinden emin olmaları, mahkemelere güvenmeleri, inanmaları, bu yönden herhangi bir kaygı, tedirginlik içinde kalmamaları için benimsenmiş bir düzenin temelini oluşturur”<sup>85</sup>.

- “Çağımızda (...) demokraside erkler ayrılığı ilkesinin yaşama geçirilişi, yargının özel yerinin korunmasıyla değerini sürdürmektedir. Yargı erkinin varlığı yeterli olmayıp(.) bağımsızlığı vazgeçilmez geçerlik koşuludur. Yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığı korunan yargı, genelde yönetime karşı, yönetilenlerin güvencesidir (...) Hukuk devletinin en belirgin özelliği, güçler ayrılığına anlam kazandıran yargı bağımsızlığıdır. Hukuk devleti kendisini bağımsız yargısıyla korur. Günümüzde insan hak ve özgürlüklerinin başlıca güvencesi bağımsız yargıdır. Bağımsız olmayan yargı, gerçek bir yargı olarak karşılanamaz. Bağımsızlık yargının karakteridir (...) Devlet olmanın koşulu olan yargı bağımsızlığı, uygarlık savaşının en önemli alanını oluşturmuştur. Demokrasinin ögesi durumuna yükselen yargı bağımsızlığı, yasama ve yürütme organının etki alanı dışına çıkarılarak sağlanmıştır. (...) Bağımsız yargı, mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlik güvencesinin temeli bulunduğundan(.) çoğunlukla birisiyle öbürü de anlatılır ya da özetlenir. (...) Mahkemelerin bağımsızlığı, yargının, yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, yetkilerini kullanmayı, görevlerini yerine getirmeyi anlatmaktadır. Hakimlerin bağımsızlığı ise, yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan Anayasa'ya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanılarına göre hüküm vermelerini amaçlar. Öğretide objektif bağımsızlık ve kişisel bağımsızlık olarak ikiye ayrılan hakim bağımsızlığında, kişisel

<sup>84</sup> AMK, 1967/11, 1968/7; AMKD, Sayı: 6, s.122.

<sup>85</sup> AMK, 9.6.1977, 1977/16-86.

bağımsızlık göreve ilişkin objektif bağımsızlığın güvencesi sayılmaktadır”<sup>86</sup>.

- Anayasa Mahkemesi bir kararında<sup>87</sup>, “Nitelik saptamadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceğine göre, hakim ve savcılarının nitelikleri, mesleğe kabulden önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenecektir. Bu nedenle, hakim ve savcılarının diğer özlük haklarının yanısıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa’nın 140. maddesinde belirtilen ‘hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları’ ile 159. maddesindeki ‘adli ve idarî yargı hakim ve savcılarının mesleğe kabulü ve atanması’nın ‘mahkemelerin bağımsızlığı’ ve ‘hakimlik teminatı’ esaslarına göre yürütüleceği yolundaki kuralın adaylığa kabul dönemini de kapsadığının kabulü gerekir. Anayasa, hakimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınış ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir. Bu da hakimlik ve savcılık mesleğine girmek isteyenlerin (ister adaylıktan, isterse avukatlıktan geçiş yoluyla olsun) yeterli sınavlarının yürütmenin etkili olamayacağı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca belirlenecek bir sınav kurulu tarafından objektif ölçme ve değerlendirme esaslarına göre yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Yasa’da belirlenen biçimde Bakanlıkça yapılacak bir yeterlik sınavı öncelikle hakimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgelemektedir. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek zorunda olan bir bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterlik sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların, kendilerini her türlü maddî ve manevî etkilerden uzak ve özgür hissetmeleri zorlaşacaktır. Onlar hakimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşısalar bile kamu vicdanında daima tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum ise, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatını düzenleyen Anayasa’nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılık oluşturur. Dava konusu ‘Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı’ sözcüklerinin iptali gerekir”.

<sup>86</sup> AMK, 28.2.1989, 1988/32, 1989/10; Polatcan, İsmet: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gereklçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler, İstanbul 1989, s.359-366.

<sup>87</sup> AMK, 14.12.1995, 1995/19-64.

- Anayasa Mahkemesi kararında<sup>88</sup>, “Yargı bağımsızlığı da yargının hiç bir organ ve makama bağlı olmadan, emir ve talimat almadan görevlerini özgür biçimde yerine getirebilmesidir. Yargı görevine ilişkin olarak Mahkemelere hiçbir telkin ve tavsiyede bulunulamaz ve genelge gönderilemez. Herhangi bir baskının yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler. Yargı bağımsızlığından yargının yalnızca yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı anlaşılmaz. Bu bağımsızlığın yürütme organı yanında yasama organı ile devlet ve toplumda etkili olan sosyal-ekonomik baskı grupları karşısında da gerçekleştirilmesi gerekir. Yasamaya yürütmeye yada öteki güçlerin denetimine bağlı ve etkisini açık olan, ‘yargı’ bağımsız olamaz.

Bağımsız yargı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesidir. Çünkü, hukuk devleti özünü yargının bağımsızlığında bulur.(...)

Mahkemelerin bağımsızlığı, yargının, yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, bu doğrultuda yetkilerini kullanmayı, görevlerini yerine getirmeyi anlatmaktadır. Hâkimlerin bağımsızlığı ise yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan Anayasa’ya ve hukuka uygun olarak vicdanî kanılarına göre hüküm vermelerini amaçlar. Öğretide, objektif bağımsızlık ve kişisel bağımsızlık olarak ikiye ayrılan hâkim bağımsızlığında, kişisel bağımsızlık göreve ilişkin objektif bağımsızlığın güvencesi sayılmaktadır. Anayasa, bu doğrultuda ‘bağımsızlık’ ve ‘teminat’ı ayrı başlıklar altında düzenlemişse de, mahkemelerin bağımsızlığıyla hâkimlerin bağımsızlığı birbirini tamamlayan, birbirinden ayrılması olanaksız biri olmayınca öbürü de olmayan, durumları anlatan hukuksal kurumlardır.

Hâkimlerin görevlerine ilişkin nesnel (objektif) bağımsızlık, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Çekinme ve endişe duymadan, Anayasa’nın öngördüğü gereklerden başka hiçbir şeye bağlı olmadan yansız tutumla, özgürce karar verme olgusunu sağlayan bağımsızlık, mahkemeler ve hâkimler için bütünlük taşıdığından 138. maddenin başlığı ‘Mahkemelerin bağımsızlığı’dır.

---

<sup>88</sup> AMK, 27.4.1993, 1992/37, 1993/18.

Hâkimlerin görevlerine ilişkin nesnel bağımsızlıkları, yani yargılama faaliyetinde bulunurken hiç bir dış etki altında kalmamaları Anayasa'nın 138. maddesinin ilk fıkrasında;

'Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler' biçiminde genel olarak tanımlandıktan sonra, bu bağımsızlığın sağlanması için öngörülen kurallar daha sonraki fıkralarda şöyle belirtilmiştir:

'Hiç bir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunulamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında yasama Meclisin de yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare; mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez'.

Anayasa'da, bu bağımsızlığı sağlamaya yönelik başka kurallara da yer verilmiştir. Anayasa'nın 140. maddesindeki 'Hâkimlerin ve savcılarının yasadaki belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiç bir görev alamamaları' ve 'hâkimlerin tüm özlük işlerinin mahkemelerin' bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre yasayla düzenlenmesini öngören kurallar ile 159. maddesindeki hâkimlerin ve savcılarının atama, yükselme, disiplin, yer değiştirme gibi özlük işleri hakkında karar verme yetkisinin bağımsız Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ait olduğu ve 'Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağı ve görev yapacağı' yolundaki kuralların tümü, hâkimlerin (mahkemelerin) bağımsızlığını sağlamaya yöneliktir. Yine, 142. maddede 'Mahkemelerin kuruluşu görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir' denilerek yargı bağımsızlığı ilkesi güçlendirilmek istenmiştir. Böylece, hâkimlerin bağımsızlığı, onların yürütme ve yasama organına bağlı olmadıkları ve bu organların yargı yetkisinin kullanılması dolayısıyla hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı anlamına gelmektedir.

Hâkimlik teminatı ise, hâkimlerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik kurumların en önemlisidir. Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin

objektif bağımsızlığı olduğu halde, hâkimlik teminatı hâkimlerin kişisel bağımsızlığıdır. Hâkimlik teminatı, hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değil, toplum için kabul edilen ve hâkimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Burada sözkonusu olan, hâkimin kişisel yararı olmayıp, kamunun yararadır. Hâkimlik teminatının amacı, hâkimlerin kişisel nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından çok, hâkimlerin özgür ve tarafsız karar verebilmelerini sağlamak, dolayısıyla topluma, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermektir”.

### 3) Mahkemelerin Görünümü

AİHM mahkemelerin bağımsız olmalarının yetmediğine, görünülerinin de bağımsız olması gerektiğine dikkat çekmiştir. AİHM bunu, “adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir” biçiminde izah etmiştir<sup>89</sup>. Mahkemenin kamu otoritelerinden emir alıp almadığı üzerinde durulduğu gibi, bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı da önemlidir. Çünkü davanın taraflarında mahkemenin bıraktığı izlenim (kanaat) büyük öneme sahiptir. Tarafların bu konudaki izlenimleri de tek başına yetmez, AİHM'nin bu kuşkunun var olup olmadığı yönünde objektif değerlendirmede bulunarak, dava taraflarının mahkemenin bağımsız olmadığına ilişkin gerekçelerinin yerinde olup olmadığını değerlendirmesi gerekiyor.

Bu bakış açısına göre, mahkeme heyetinde memurların da yer alması tek başına bağımsızlığı zedeliyor olmasa bile, memur yargıcın altı ile ilgili karar vermesi durumunda bağımsızlığından söz edilemeyecektir<sup>90</sup>.

Lozan Polis Masası adlı kurumun yargısal fonksiyona sahip olmasına karşın, üyelerinin idare tarafından atanmaları ve görevleri sona erdikten sonra tekrar polis olmaları dikkate alınarak, demokratik bir toplumda yargıya duyulması gereken güveni zayıflattığından, kararlarına karşı Yüksek Mahkemeye başvurulma olanağı

<sup>89</sup> Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, paragraf: 81.

<sup>90</sup> Sramek/Avusturya, paragraf: 41-42; İnceoğlu, s.175.

bulunmasına karşın, görünüm olarak bağımsızlık ve tarafsızlığına duyulan kuşkular yerinde bulunmuştur<sup>91</sup>.

- AİHM, İncal/Türkiye kararında<sup>92</sup>, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde bir askeri üye bulunmasını Sözleşmenin 6'ncı maddesinde yer alan bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine aykırı bulmuştu. AİHM'ne göre, bir sivilin, kısmen de olsa, askeri yargıçla oluşturulan bir mahkemede yargılanması, yargılanan kimsede ister istemez davada başka mülahazalarla hareket edilebileceği endişesini ciddi biçimde uyandırabileceğinden, DGM'sinin "bağımsız ve tarafsız mahkeme" sayılmasına engel oluşturacaktır. Burada AİHM yargılanan kimsenin düşünce ve duygusunu, hissettiklerini dikkate alarak değerlendirmede bulunmuştur. AİHM, mahkemenin yasayla ve olaydan önce kurulmuş olmasını dikkate almaksızın, askeri yargıcın görev almasını, kavramları birlikte yazarak, "bağımsızlık ve tarafsızlık" ilkesine aykırı kabul etmiştir.

AİHM, yargıçların statülerindeki kimi yönler durumlarını kuşku hale getirmektedir. İlk, yürütmeye bağlı ve emir alan ordu mensubudurlar; ikincisi, sicilleri ordu tarafından verilmektedir; üçüncüsü, göreve atanmalarına ilişkin kararlar ordunun idari makamlarınca alınmaktadır; dördüncüsü, DGM'lerindeki görev süreleri 4 yıl olup, yenilenebilmektedir.

AİHM, ülkemiz açısından çok önemli bir hususa dikkat çekerek, risk altında olan demokratik toplumlarda mahkemelerin halka, her şeyden önemlisi yargılama süreci bakımından sanığa vermesi gereken güven duygusu olduğunu önemsemektedir. Bu konuda sanığın görüşleri belirleyici olmamakla beraber, önem taşımakta olup, başvuruçunun kuşkularının nesnel olarak haklılığının kabul edilip edilmemesi önem taşımaktadır.

- Türkiye ile ilgili bir kararında AİHM<sup>93</sup>, DGM'sindeki yargılamada, askeri yargıcın yargılama tamamlanmadan değiştirilmiş olmasını dahi bağımsızlık bakımından ihlal olarak kabul etmiştir.

AİHM, DGM heyetlerinde yer alan askeri yargıçların statülerinin belli yönlerinin onların yürütmeden bağımsızlıklarını tartışmalı hale

<sup>91</sup> Belilos/İsviçre, paragraf: 67-72.

<sup>92</sup> İncal/Türkiye, 9.6.1998; benzeri karar, Çıraklar/Türkiye, 28.10.1998.

<sup>93</sup> Kenar/Türkiye, 67215/01, 13 Aralık 2007.



getirdiğine ilişkin önceki kimi kararlarına yollamada bulunduktan sonra<sup>94</sup>, askeri yargıcın yargılama sırasında katıldığı ve hükme esas alınan bir ya da daha fazla ara kararda yer alması halinde yargılama devam ederken karardan önce onun yerine sivil bir yargıcın getirilmesinde, DGM'de uygulanan müteakip usul bunu gideremiyorsa (tekrarlanmıyorsa) başvuruçunun mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili makul şüphelerini dağıtamadığı gerekçesiyle ihlal sonucuna varmıştır.

Bu davada AİHM, başvuruçunun bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkının ihlal edildiği tespitini dikkate alarak, somut dava koşullarında başvuruçunun yargılamanın adil olmadığı yönündeki şikâyetini incelemeye gerek görmemiştir.

- Ağın/Türkiye<sup>95</sup> kararında AİHM, milli güvenliğe ilişkin suçlardan DGM önüne çıkarılan başvuruçunun, aralarında askeri yargıcın da bulunduğu mahkeme heyeti önüne çıkmaktan çekinmesinin anlayışla karşılanacağı saptamasından sonra, bu mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında başvuruçunun tarafından duyulan şüphelerin objektif olarak kanıtlandığı düşünülebilir demıştır.

- AİHM, Askeri Yüksek İdare Mahkemesini, üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanması, Anayasa tarafından dışarıdan gelebilecek müdahalelere karşı korundukları, görev yerleri ve süreleri askeri hiyerarşi veya idari kararlarla değiştirilemez olduğu gerekçeleriyle, asker kişilerin yargılanmaları bakımından<sup>96</sup>, bağımsız ve tarafsız olmadıkları iddiasını yerinde bulmamıştır<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> İncal/Türkiye, Karar Raporları 1998-IV; Çıraklar/ Türkiye, Raporlar 1998-VII; Öcalan/ Türkiye, no. 46221/99.

<sup>95</sup> Ağın/Türkiye, 46069/99, 29 MART 2005 (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/agin.doc>; ziyaret tarihi: 3.4.2008); ASLAN/Türkiye, 15 Temmuz 2005 (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/aslan.doc>; siteyi ziyaret tarihi: 3.4.2008); Özdemir/Türkiye no: 59659, paragraf: 35-36, 6 Şubat 2003.

<sup>96</sup> Ancak Türkiye bakımından Anayasadaki "Askerî mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler"(m.145/2) düzenlemenin asker olmayanlar bakımından aynı şeyi söylemek güçlüğü vardır.

<sup>97</sup> Yavuz/Türkiye, 25.5.2000; İncaoğlu, s.180-181.

Ancak AİHM, kararın uygulanması için komutanın onayının gerekmesi nedeniyle, İngiltere'deki askeri yargının bağımsız ve tarafsız olmadığına karar vermiştir<sup>98</sup>.

- Sıkıyönetim ve Askeri Mahkemeler üzerinde dururken, bağımsızlık ve tarafsızlıkla ilgili alınmış olan önlemler ile asker kişilere tanınan komutan onayını bağımsızlığa aykırı bulmuştur<sup>99</sup>.

- Yine bir kararında AİHK, iki sivil, iki askeri yargıç ile meslekten olmayan subay üyeden kurulu Sıkıyönetim Askeri Mahkemesinin askeri yargıçların kariyer ilerlemelerinde hiyerarşik amiri olan subayların olumlu sicil vermeleri şartının aranmasının bağımsız olmadıklarını gösterdiği; subay üyenin ise, herhalükarda bağımsız olmadığı, dolayısıyla mahkemenin bağımsız ve tarafsız olamayacağına karar verirken<sup>100</sup>; AİHM aynı konuyla ilgili olarak, yerleşik içtihatlarını tekrarlayarak, konuya yargıçların atanma biçimleri, görev süreleri, dış baskılara karşı güvencelerinin olup olmadığı, mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediği, bakımlarından yaklaşarak, askeri yargıçların statülerinin kimi yönlerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını kuşkuyla kıldığı sonucuna varmıştır. Askeri yargıçlar yönünden, bunların yürütmenin emrinde ve ordu mensubu oldukları, bu itibarla askeri disiplin ve sicile tabii oldukları, atanmalarıyla ilgili kararların idari makamlar ve ordu tarafından alındığı; subay üyenin ise, komutanın emri altında olduğu ve hiçbir biçimde bağımsız olmadığı sonucuna varmıştır<sup>101</sup>.

- Yasayla kurulmuş olmakla beraber, Milli Savunma Bakanı kararlarına uygun çalıştıkları için Yunanistan Albaylar rejimi Sıkıyönetim Mahkemelerinin bağımsız olmadıklarına karar verilmiştir<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> Findley/İngiltere, paragraf: 75-80.

<sup>99</sup> Findlay/İngiltere, 25.2.1997; Cable ve diğerleri/İngiltere ve Hood/İngiltere, 18.2.1999; Moore ve Gordon/İngiltere ve Smith ve Ford/İngiltere, 29.9.1999; Mills/İngiltere, 5.6.2001.

<sup>100</sup> Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, 15530/89, 15531/89, Komisyon kararı, 8.12.1994.

<sup>101</sup> AİHM, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, 25.3.1996; Özdek, Yasemin: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004, s.206-208.

<sup>102</sup> İnceoğlu, s.160.

Türkiye ile ilgili olarak AİHM<sup>103</sup>, Sıkıyönetim Mahkemelerinin bağımsız ve tarafsız olamayacağına karar vermiştir. Bu kararında Mahkeme, iki askeri yargıç ve bir subay ile iki sivil yargıçtan oluşan Sıkıyönetim Mahkemesinin, burada görev yapan yargıçların Sıkıyönetim Komutanının emri altında bulunmaları nedeniyle, başvurusunun bu mahkemenin tarafsız ve bağımsız olamayacağına ilişkin kuşkusunu yerinde bulmuştur.

#### D- Tarafsız Mahkeme

Bağımsızlık ile tarafsızlık kavramları birbirleriyle yakından ilgilidirler. AİHM bu iki kavramın yakınlığına çeşitli kararlarında yer vermiştir<sup>104</sup>. Tarafsızlık, bir davanın çözümünde yargıcın “önyargılı” olmamasıdır. Bu önyargı bakımından mahkeme üyelerinin davanın taraflarının lehine veya aleyhine olmamaları veya bunlarla ilgili herhangi bir çıkara sahip olmamalarıdır<sup>105</sup>. Bir başka deyişle, yargıcın yargılama yaparken yan tutmaması, taraflara karşı objektif olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesi demektir<sup>106</sup>.

Sözleşme anlamında tarafsızlık koşulu iki yolla belirlenebilir: Birincisi, bir yargıcın davaya bakarken kişisel inancının nasıl olduğunun belirlenmesiyle ilgili; İkincisi ise, tarafsızlık konusunda herhangi bir ciddi kuşkuyu ortadan kaldıracak yeterli güvencelerin olup olmadığıdır<sup>107</sup>.

AİHM tarafsızlığı, objektif ve sübjektif olarak iki farklı açıdan ele almaktadır. Objektif tarafsızlık, kurum olarak Mahkemenin kişide bıraktığı izlenimi, yani hak arayanlara güven vermede tarafsız bir görünümde olup olmadığını; sübjektif tarafsızlık ise, mahkemede görevli yargıcın birey olarak, kişisel tarafsızlığını ifade etmektedir.

<sup>103</sup> Arı/Türkiye, 25.9.2001

<sup>104</sup> Langborger/İsveç; Debled/Belçika, 22.9.1994,A.292-B.

<sup>105</sup> Piersack/Belçika, 1.10.1982, A.53; Holm/İsveç, 25.11.1993, A.279; Sander/İngiltere, 9.5.2000, (Mahkemede görevli halk jürisi üyelerinin ırkçı ve önyargılı oldukları iddiası üzerine); Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.254.

<sup>106</sup> Centel, Nur: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ile Tarafsızlığı ve Türk Hukuku”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s.45.

<sup>107</sup> Gautrin ve diğerleri/Fransa, 20.5.1998, Recueil 1998, paragraf: 58; Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.261.

Tarafsızlığı sağlamak için alınan önlemlerin, ister objektif ister sübjektif açıdan olsun, mahkemenin tarafsızlığı konusunda makul ve her türlü kuşkuyu ortadan kaldıracak biçimde olması gerekir<sup>108</sup>.

Sübjektif tarafsızlığın aksi sabit oluncaya kadar varlığı kabul edilmektedir<sup>109</sup>. Ancak kimi haklı nedenlerle tarafsızlığından kuşkuya düşülen yargıcın o davadan çekilmesi gerekir<sup>110</sup>.

Objektif tarafsızlık bakımından ise, mahkemenin ortaya koyduğu görünümü dikkate almak gerekir. Bunu ise mahkemenin davada, özellikle ceza davasında sanığa verdiği güven hissiyle değerlendirmek gerekir<sup>111</sup>. AİHM, bu nedenle çoğu kararlarında, “adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazımdır” biçiminde değerlendirmelerde bulunmuştur. Örneğin AİHM’ne göre, sivillerin işledikleri suçlar bakımından, askeri yargıcın bulunması, “özde olmasa bile”, “dış görünüm bakımından” sanıkta şüphe yaratmasında haklılık vardır. AİHM’ne göre, “demokratik bir toplumun mahkemelerinin ceza davalarında sanıklardan başlayarak, davanın taraflarına güven verme zorunluluğu vardır. Kesin bir rol oynaması gerekme bile, bir mahkemede bağımsızlık ve tarafsızlığın bulunmadığı konusunda haklı bir nedenin varlığını ifade etmek için, sanığın görüşü dikkate alınır. Belirleyici unsur, ilgili kişinin değerlendirmelerinin objektif olarak haklı sayılabilir olmasıdır”<sup>112</sup>.

Esasen AİHM, İncal kararına konu olayda Terörle Mücadele Yasasının değil, 765 sayılı Türk Ceza Yasasının 312’nci maddesinin uygulanması nedeniyle, askeri yargıcın bu davanın mahkemesi olan DGM’lerde yer almasını Sözleşmeye aykırı saymıştır. Çünkü AİHM, TCY’nın 312’nci maddesiyle ilgili yargılamanın DGM’sinde yapılmasını, bu mahkemelerin kuruluş amacıyla bağdaşmaz

<sup>108</sup> Piersack/Belçika, 1.10.1982, A.53; De Cubbar/Belçika, 26.10.1984, A.86 ve Gözübüyük-Gölcüklü, s.282’deki içtihatlar.

<sup>109</sup> Hauschild/Danimarka, 24.5.1989, A.154; Padovani/İtalya, 26.2.1993, A.257-B; Fey/Avusturya, 24.2.1993, 255-A.

<sup>110</sup> Rojas Morales/İtalya, 16.11.2000 ve Wettstein/İsviçre, 21.12.2000.

<sup>111</sup> Gautrin ve diğerleri/Fransa, 20.5.1998, Recueil 1998, paragraf: 58; Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.261.

<sup>112</sup> İncal/Türkiye, 9.6.1998, paragraf: 71; Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.264.

olduğuna karar vermiştir<sup>113</sup>. Mahkeme kararının gerekçesinden çıkan sonuç, terörle mücadele bakımından DGM'lerinde askeri yargıcın bulunabileceğidir. Ancak ülkemizde bu konuyla ilgili olarak yapılan çalışmalar sonucu 1982 Anayasasının 143'üncü maddesindeki düzenleme ile konuya ilişkin düzenleme getiren 2845 sayılı yasa yürürlükten kaldırılmıştır. Şu an için bu husustaki tartışmalar bitmiştir.

Objektif tarafsızlık kavramı değerlendirilirken de, mahkemenin kuruluş (organik) ve görevin yerine getirilmesi biçimi (fonksiyonel) üzerinde durulmaktadır<sup>114</sup>.

Anayasamızın 138/1'inci maddesindeki "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" düzenleme hem yargı bağımsızlığını, hem de tarafsızlığını ifade etmektedir.

- Yargılama sırasında yargıç tarafından yapılan yorumlar ve müdahaleler, tek başına değil, yargılama süreci bütün olarak ele alındığında önyargı olarak kabul edilmemektedir<sup>115</sup>. Buna karşın duruşma esnasında sarf edilmemekle beraber, dava sürecinde ırkçı söylemleri olduğu tanık beyanlarıyla iddia edilen jüri üyesinin tarafsızlığı konusunda yeterli delil olmadığı için öznel tarafsızlık bakımından değil, ancak nesnel tarafsızlık açısından değerlendirilmiştir<sup>116</sup>.

- Yargıcın tarafsızlığı konusunda taraflarda kuşku varsa ve bu meşru nedenlere dayanıyorsa davaya bakılmaması gerekir<sup>117</sup>.

- Dava sırasında yapılan yayınlar nedeniyle mahkeme üzerinde yoğun halk ilgisinin mahkemeyi etki altına alacağı söylenebilir ise de, Sözleşme organları profesyonel yargıçların genel olarak bu tür dış etmenlerin farkında olacakları ve bunların kendilerini etkilemelerine izin vermeyecekleri gibi, üst mahkemede kararın yeniden gözden

<sup>113</sup> İncal/Türkiye, 9.6.1998, paragraf:71; Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.264.

<sup>114</sup> Delcourt/Belçika, 17.1.1970,A.11; Piersack/Belçika, 1.10.1982, A.53; De Cubbar/Belçika, 26.10.1984, A.86.

<sup>115</sup> İnceoğlu, s.183.

<sup>116</sup> Remli/Fransa, 23.4.1996; benzeri karar, Sander/U.K, 9.5.2000, paragraf: 27-28; İnceoğlu, s.184.

<sup>117</sup> Piersack/Belçika, 1.10.1982.

geçirilmesinin de bu tür olumsuzluklara karşı bir güvence oluşturduğu kanısındalar<sup>118</sup>.

- Anayasa Mahkememiz yargıçlık güvencesini değerlendirirken, tarafsızlığa da vurgu yapmakta ve şunları dile getirmektedir<sup>119</sup>:

“Hâkimlik teminatı, hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değil, toplum için kabul edilen ve hâkimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Burada sözkonusu olan, hâkimin kişisel yararı olmayıp, kamunun yararadır. Hâkimlik teminatının amacı, hâkimlerin kişisel nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından çok, hâkimlerin özgür ve tarafsız karar verebilmelerini sağlamak, dolayısıyla topluma, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermektir”.

Yargılaması devam eden konularla ilgili haber verilmesi, hem haber alma, hem basın özgürlüğü, hem de düşünce özgürlüğü bakımından önem arz etmekte ve bunlar vatandaşlar için birer haktır. Ancak, haber vermenin sınırlanması anayasa, yasa ve sözleşmede yer alan ölçüler çerçevesinde olabilecektir. Günümüzde demokrasinin “kamuoyu” veya “kanaat demokrasisi”<sup>120</sup> olduğu ve temsili meclisler yanında çoğulcu yapının da zorunlu olduğu üzerinde durulmaktadır.

Sözleşmenin 10/2’nci maddesindeki düzenlemeye göre, “Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, (...) suç işlenmesinin önlenmesi, (...) yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”.

Anayasamızda, düşünceyi açıklama özgürlüğü bakımından, “Bu hürriyetlerin kullanılması, (...) suçluların cezalandırılması, (...) yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir” (m.26/2); Basın özgürlüğü bakımından, “Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için,

<sup>118</sup> İnceoğlu, s.185.

<sup>119</sup> AMK, 27.4.1993, 1992/37, 1993/18.

<sup>120</sup> Günümüzde “ortak kanaat ve siyasal toplumunun artık bu kanaatin egemenliği(imparatorluğu) altında yaşadığı” ifade edilmektedir. Pascal ise, kanaati “dünyanın kraliçesi” olarak kabul etmektedir. Merchet, Jean-Dominique: “Sous L’empire de la Démokratie D’opinion”, Libération, 20 Mart 2008, s.13.

kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz” (m.28/5); yargılama bakımından, “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” (m.38/4); yargıçlarla ilgili olarak ise, “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” (m.138/1); “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” (m.138/2); “Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz” (m.138/3) düzenlemeleri yer almaktadır.

AİHS'nin 10/2'nci maddesinde dile getirildiği gibi, düşünceyi açıklama özgürlüğü, “yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”; Anayasamızdaki düzenlemeye göre de, “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir” (m.26/2) ve basın özgürlüğü bakımından ise, “Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde” kısıtlanabilir (m.28/5).

Tüm bu ve artırılabilir diğer gerekçelerle, soruşturma ve kovuşturmalar esnasında, düşünce açıklamasına ve basın özgürlüğüne sınırlamalar getirilebilir. Bu sınırlamalar, düşünceyi açıklama özgürlüğünün veya basın özgürlüğünün kısıtlanması amaçlı olmayıp soruşturma ve kovuşturmaların selameti içindir.

Konuyla ilgili olarak TCY ve Basın Yasasında da cezai yaptırıma ilişkin hükümler vardır: 5237 sayılı TCY'nin “*Yargı görevi yapanı etkileme*” başlıklı 277'nci maddesindeki düzenleme: “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 verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır”; 5187 sayılı Basın Yasasının “*Yargıyı etkileme*” başlıklı 19'uncu maddesi: “Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının

açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, ikimilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda onmilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmimilyar liradan az olamaz.

Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır” biçimindedir.

### 1) Farklı Rollü Yargıçlar

- Davada yargıç karar vermeden önceki aşamada o işle ilgili kimi işlemler yapmışsa, sadece böyle ikili görev yapmış olması tek başına tarafsızlığının kalmadığı anlamına gelmez. Tarafsızlığın ihlal edildiğinden bahsedebilmek için, duruşma öncesi aşamada yapılmış olan işlemin kapsamı ve niteliğine bakılması gerekir. Örneğin, yeni ceza yargılama yasamızdaki kavramlardan hareketle, dava yargıcı soruşturma aşamasında yaptığı işlemlerle, karara etki edebilecek bir işlem yapmış ve bu davanın esasına ilişkin konunun ön kararı niteliğinde ise, 6/1’inci maddenin ihlali olacaktır<sup>121</sup>.

- Davayı esastan karara bağlayacak mahkemenin de üyesi olan yargıcın aynı zamanda sorgu yargıcı olup, sanık hakkında kimi hazırlık soruşturması işlemleri yapmış olması söz konusudur. Hükümet savunmasında sorgu yargıcının sadece sanığın suçluluğunu ortaya koymaya çalışmadığını sanığın lehine ve aleyhine deliller topladığını, savcıdan farklı ve bağımsız olduğunu, savcılığın bir enstrümanı olmadığını, savunma ve iddia makamı arasında denge oluşturduğunu ileri sürmüştür.

AİHM, iç hukuktaki konuya ilişkin düzenlemeleri inceledikten sonra, sorgu yargıcının Kraliyet Savcıları ve o’nun yardımcıları gibi, polis kriminal memuru statüsünde olup, Başsavcının gözetimi altında olduğunu belirler; ve bu tespitler arasında konumuzla yakın ilgisi olan, sorgu yargıcının soruşturma aşamasındaki yetkilerinin de çok geniş olduğu, bu aşamanın gizli olması nedeniyle tarafların hazır bulunamadıkları, ayrıca bu yargıcın duruşmaya geldiği sırada

<sup>121</sup> Fey/Avusturya; İnceoğlu, s.185.



dosyayla ilgili olarak diğer meslektaşlarına oranla daha detaylı bilgilere sahip olduğu, bu haliyle de sanığın gözünde duruşma öncesi aşamada hakkında önceden oluşmuş bir karar izlenimi uyandırdığı, tüm bunların mahkemenin tarafsızlığı konusunda şüphe doğurabileceğinden 6/1'inci maddenin ihlal edildiği sonucuna varır<sup>122</sup>.

Oysa benzeri bir başka olayda AİHM, sorgu yargıcı tarafından istinabe yoluyla istenen kimi işlemleri yapan yargıcın, istinabe işlemlerinden sonra o davaya bakmış olmasının tarafsızlığı ihlal edip etmediği tartışmasında, istinabe yoluyla yaptığı işlemlerin işin esasıyla ilgisinin olmaması, sadece talep üzerine sorgu yargıcı tarafından sorulan soruları sorup evrakı iade etmesi ve davanın kendisine geleceğini de bilmemesi nedenleriyle, nesnel olarak tarafsızlığın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır<sup>123</sup>.

- Bir başka olayda AİHM, sorgu yargıcı sıfatıyla iki tanık ifadesi alınmasından sonra duruşmada görev alan yargıcın, iki tanık ifadesini alma dışında usuli bir işlem yapmadığı ve delil değerlendirmesinde bulunmadığı gerekçesiyle tarafsızlığın ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır<sup>124</sup>.

- Komisyon, esas hakkında karar veren yargıcın sanığı tutuklamaya karar vermiş olmasını tarafsızlıkla bağdaşmaz bulmamıştır. Komisyona göre, tutuklama kararı veren yargıç savcılığa bağlı olmadığı gibi, somut olayda bu kararı savcının ve başvurucunun avukatının talebi üzerine vermiş; taraflar savunmalarını rahatlıkla yapabilmişler, karar başvurucunun huzurunda ve aleni olarak verilmiştir. Danimarka hukukunda sorgu yargıçlığından farklı olarak, tutuklama kararı veren yargıç duruşmaya da katılabilmektedir. Komisyon bu yargıcın tarafsız olmadığı iddiasını yerinde bulmamıştır<sup>125</sup>.

Aynı konuyu inceleyen AİHM ise, iç hukuktaki usul yasasının 762'nci maddesinin 2'nci fıkrasındaki düzenlemeye bakarak,

<sup>122</sup> De Cubbar/Belçika, 26.10.1984, paragraf: 28-30; Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, I, Adalet bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, İstanbul 2003, s.792-803.

<sup>123</sup> Fey/Avusturya, paragraf: 34-36.

<sup>124</sup> Bulut/Avusturya, 22.2.1996, paragraf: 34.

<sup>125</sup> Komisyon, Hauschildt/Danimarka, 16.7.1987, paragraf: 109-114.

tutukluluğun sürdürülmesi konusunda sanığın suçu işlediği konusunda “özel olarak teyit edilmiş bir kuşku” konusunda açık bir kanaat getirilmesi arandığından, tutukluluğun devamı ile işin esası arasında karar verme bakımından fark kalmadığı veya çok azalmış olduğu için, mahkemenin tarafsızlığı kuşkuya açık bulunmaktadır demiştir<sup>126</sup>.

- Burada önemli bir örnek olarak Piersack/Belçika (1.10.1982, Résolution DH (85) 12) kararından söz edebiliriz: Cinayetle suçlanan başvuru, hazırlık soruşturması sırasında soruşturmayı yürüten Savcının amiri olan Savcı, görev değişimi sonucu yargıç olur ve başvuruçunun yargılandığı 12 jüri mahkeme heyetinin başkanı olur. Başkanların jüri heyetine kimi teknik hukuk konularında bilgi aktarması söz konusu olduğu için, karara katılmanın yanısıra hukuku bilmeyen halktan jüriye de bu şekilde bilgi aktarması söz konusu olduğundan verilecek karar üzerinde etkisi büyük olmaktadır. Yargılama sonucu başvuru atılı suçtan mahkum olur; Başkanın tarafsızlığı konusu da temyize götürülür; ancak temyiz mahkemesi başvuruyu reddeder.

Konuyu inceleyen AİHK (Komisyon), önceden hazırlık soruşturmasını yürüten Savcının amiri olup, sonra aynı dosyanın duruşmasında heyet başkanı olan yargıcın durumunu AİHS'nin 6/1'nci maddesinde yer alan “tarafsızlık” ilkesi ile çelişme halinde bulur.

Konuyu inceleyen AİHM de Komisyon gibi değerlendirmede bulunur ve olayda Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varır.

Belçika iç hukukuna göre tekrar duruşma açılır ve yapılan yargılamaya önceki karara katılan ve mahkeme başkanı olan yargıç katılmaz; başka yargıçla duruşmalar tamamlanır ve yargılama sonucu başvuru yeniden mahkum olur<sup>127</sup>.

Sonuç olarak, bir kimse, savcılık biriminde görev yaptıktan sonra, aynı davada yargıçlık yaparsa, halk, tarafsızlık güvencesinin yeterince olmadığı konusunda haklı olur. Böyle bir durumda kanıt ile tarafsızlığın belgelenmesi şart olmayıp, işin esasıyla ilgili karar

<sup>126</sup> AİHM, Hauschildt/Danimarka, paragraf: 51-52.

<sup>127</sup> Doğru, 2003, s.501.

verecek mahkemenin tarafsızlığının kuşkuya açık olması yeterli görülmüştür<sup>128</sup>.

- Yargıcın duruşma öncesi dosyada yaptığı tutuklama işleminin, yargıcın dosyanın esasına ilişkin işlem olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer tutuklama kararını verdikten sonra mahkemeye katılan yargıcın yaptığı işlem yüzeysel/ bir bakışla yapılan işlem ise, tarafsızlık zedelenmiyor; buna karşın yargıç duruşma öncesi işleminde başvurunun suçlu olup olmadığı konusunda bir görüş oluşturacak kadar davaya nüfuz etmişse, tarafsızlıktan söz edilemeyecektir<sup>129</sup>.

Özetle, tarafsızlığın devam edip etmediğinin belirlenmesinde önemli olan husus, yargılama öncesi aşamada yargıcın dosyanın esasın ilişkili olarak ne ölçüde işlem yaptığının belirlenmesidir. Bunun derecesinin de her olayda nesnel olarak belirlenmesi gerekmektedir<sup>130</sup>.

- Bu nedenle AİHM her olayda ihlal görmemektedir. Örneğin, bir kararında sorgu yargıcının duruşmaya da çıkmasını, yargıcın duruşma öncesi aşamada yaptığı işlemlerin işin esasına etkili olup olmadığını dikkate alarak, somut olayda suçunu kabul etmiş sanığın psikiyatrik müşahadesine ve tutuklanmasına karar vermiş olmasını, nihai karar için belirleyici olmadığını ve ayrıca başvurunun menfaatlerinin yargılama aşamasında avukatı aracılığıyla korunmasının mümkün olduğu ve bu karara karşı istinaf mahkemesine başvuru olanağının da bulunduğu gerekçesiyle tarafsızlığın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır<sup>131</sup>.

- Yasama faaliyeti sırasında dava konusu düzenlemenin çıkarılmasına katıldığı halde, ceza davası dışı olup davadan önce

---

<sup>128</sup> Piersack/Belçika, paragraf: 30-31.

<sup>129</sup> Hauschildt/Danimarka(tutuklama kararı esasında işin esasına ilişkin inceleme yapmış olduğundan ihlal var); Sainte-Marie/Fransa( iddia dairesinde görevli iki yargıç salıverilme isteminin reddine karar verdikleri halde duruşmaya katılmışlar ve kısa bir değerlendirmeye tutukluluğun devamına karar verdiklerinden, AİHM, tarafsızlıklarına ilişkin ihlal görmemiştir); De Cubbar/Belçika(hazırlık soruşturması sırasında sorgu yargıçlığı yaptıktan sonra mahkemede karara iştirak edilmesi tarafsızlığın ihlalidir).

<sup>130</sup> İncooğlu, s.191-192.

<sup>131</sup> Nortier/Hollanda, paragraf: 34-36.

dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunan yargıcın, Kraliyet Mahkemesinde görev yapması tarafsızlığın ihlali olarak kabul edilmiştir<sup>132</sup>.

- Lozan Polis Masası adlı kurumun yargısal fonksiyona sahip olmasına karşın, üyelerinin idare tarafından atanmaları ve görevleri sona erdikten sonra tekrar polis olmaları dikkate alınarak, demokratik bir toplumda yargıya duyulması gereken güveni zayıflattığından, kararlarına karşı Yüksek Mahkemeye başvurulma olanağı bulunmasına karşın, görünüm olarak bağımsızlık ve tarafsızlığına duyulan kuşklar yerinde bulunmuştur<sup>133</sup>. Bu kararda bağımsızlık ve tarafsızlık birlikte değerlendirilmiştir.

- Bir siyasal parti ile sıkı ilişkiler içerisinde olan kimsenin bir yargılamaya jüri olarak katılması objektif tarafsızlıkla bağdaşmaz bulunmuştur<sup>134</sup>.

- AİHM'ne göre, mahkemeye duyulan güvenin belirlenmesinde, görevlilerden soyutlanarak, bir bütün halinde kurumun nesnel görünümü dikkate alınmalıdır<sup>135</sup>.

- AİHM, ilk derece mahkemesinde bakılmakta olan davaya katılan üç yargıcın istinaf aşamasında da katılmalarını "tarafsız yargıç" ilkesine aykırı bulmuştur<sup>136</sup>.

- Strazbourg organları<sup>137</sup>, cinayetle suçlanan başvurucu, hazırlık soruşturması sırasında soruşturmayı yürüten Savcının amiri olan Savcı, görev değişimi sonucu yargıç olur ve başvurucunun yargılandığı 12 jüri mahkeme heyetinin başkanı olur. Başkanların jüri heyetine kimi teknik hukuk konularında bilgi aktarması söz konusu olduğu için, karara katılmanın yanı sıra hukuku bilmeyen halktan jüriye de bu şekilde bilgi aktarması söz konusu olduğu için verilecek

<sup>132</sup> McGonnell v.U.K, paragraf:55-57; İnceoğlu, s.195.

<sup>133</sup> Belilos/İsviçre, paragraf:67-72.

<sup>134</sup> Holm/İsveç, 25.11.1993, A.279-a; Remli/Fransa, 23.4.1996; Bulut/Avusturya, 22.2.1996; Gözübüyük-Gölcüklü, s.283.

<sup>135</sup> Brandstetter/Avusturya, 28.8.1991, A.211; Gözübüyük-Gölcüklü, s.283.

<sup>136</sup> Oberschlick/Avusturya, 23.5.1991; Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.265.

<sup>137</sup> Piersacak/Belçika(1.10.1982,Résolution DH(85)12)

karar üzerinde etkisi büyük olmaktadır. Yargılama sonucu başvuru atılı suçtan mahkum olur; Başkanın tarafsızlığı konusu da temyize götürülür; ancak temyiz mahkemesi başvuruyu reddeder.

Konuyu inceleyen AİHK (Komisyon), önceden hazırlık soruşturmasını yürüten Savcının amiri olup, sonra aynı dosyanın duruşmasında heyet başkanı olan yargıcın durumunu AİHS'nin 6/1'inci maddesinde yer alan "tarafsızlık" ilkesi ile çelişme halinde bulur. Konuyu inceleyen AİHM de Komisyon gibi değerlendirmede bulunur ve olayda Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varır.

Belçika iç hukukuna göre tekrar duruşma açılır ve yapılan yargılamaya önceki karara katılan ve mahkeme başkanı olan yargıç katılmaz; başka yargıçla duruşmalar tamamlanır ve yargılama sonucu başvuru yeniden mahkum olur<sup>138</sup>.

- Brüksel'de yaşayan ve satış temsilciliği görevinde bulunan başvuru hakkında hırsızlık suçundan soruşturma başlatılır ve hükümet tarafından atanıp soruşturma yargıcı sıfatıyla başvuru hakkındaki adli soruşturmanın hazırlık kısmını yürüten yargıç Pilate, başvuru hakkında başka davalara da bakmış ve birçok karar vermiştir. Ancak aynı yargıç, başvuru hakkında açılan ve üç yargıçtan oluşan mahkeme heyetinde yer alır ve bu hırsızlık olayının davasına da katılıp, karara imza atar.

Bu yargıç'ın katıldığı kararın temyizinde başvuru, değişik temyiz gerekçelerinin yanında, yargıç Pilate'in aynı olayın hazırlık soruşturmasına bakmış olması nedeniyle hem yargıç hem de taraf olduğuna vurgu yapmıştır. Ancak temyiz mahkemesi, özetle bu istemi reddetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, ceza mahkemesinin sözleşmenin 6/1'inci maddesindeki tarafsız mahkeme sayılmayacağına karar vermiştir. AİHM de komisyon gibi karar vermiştir<sup>139</sup>.

Bu karar üzerine iç hukukta içtihat değişikliğine gidilmiştir.

---

<sup>138</sup> Piersack/Belçika, Doğru, 2003, s.501-508.

<sup>139</sup> De Cubber/Belçika (26.10.1984); Doğru, 2003, s.792-803.

- Ancak AİHM her olayda işin esasına karar veren yargıcın, karar öncesi aşamalarda o işle ilgili kimi işlemler yapmış olmasını mutlaka tarafsızlıkla bağdaşmaz bulmuyor. Bu gibi durumlarda AİHM, somut olayda alınan önlemin (örneğin tutuklamanın) veya verilen kararların kapsam ve içeriğinin, sanığın suçluluğu konusunda bir önyargı anlamı taşıyıp taşımadığı üzerinde duruyor<sup>140</sup>. Örneğin, sanık hakkında ilk soruşturmanın açılması, savcının talebiyle tutuklama kararı verilmesi, soruşturma ile ilgili delillerin toplanması sırasında bilirkişi tayin edilmesi veya doğrudan doğruya sanığın suçlanması niteliğinde olmayacak biçimde, bir bankadan yazı ile bilgi istenmesi, objektif araştırma ve saptamalarda bulunulması hususları objektif tarafsızlıkla bağdaşmaz sayılmamaktadır<sup>141</sup>.

- AİHM, bir olay nedeniyle önceden istişari görev yapmış bir kimsenin sonradan aynı olayda yargıçlık yapmasını objektif bağımsızlıkla bağdaşmaz bulmuştur<sup>142</sup>.

- Yine, ilk soruşturmada görevli sorgu yargıcının, aynı olayla ilgili yargılamada duruşmalara katılıp işin esasıyla ilgili karar vermesi objektif tarafsızlıkla bağdaşmaz bulunmuştur<sup>143</sup>.

Kural olarak tarafsızlık bakımından daha çok teorik ve soyut duruma değil, somut olayda/pratikte sistemin işleyişine bakılarak değerlendirilmede bulunmaktadır<sup>144</sup>.

- Mahkeme heyetinin değiştiğinin sanığa önceden bildirilmemesi tarafsızlığı zedeleyen bir durum olarak kabul edilmemektedir. Ancak

---

<sup>140</sup> Hauschildt/Danimarka, 24.5.1989, A.154; Feyl/Avusturya, 24.2.1993, A.255; Padovani/İtalya, 26.2.1993, A.257; Saintmarie/Fransa, 16.12.1992, A.253-a; Nortier/Hollanda, 24.8.1993, A.267; Gözübüyük-Gölcüklü, s.284.

<sup>141</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s.283-284.

<sup>142</sup> Procola/Lüksembourg, 28.9.1995, A.326.

<sup>143</sup> Pfeifer ve Plankl/Avusturya, 25.2.1992, A.227; Jon Kristinsson/İzlanda, 7.3.1990, A.171-b; Gözübüyük-Gölcüklü, s.283.

<sup>144</sup> Hauschildt/Danimarka, 24.5.1989, A.154.

bu değişikliğin uygulamada yargılamanın adilliğine bir etkisi olup olmadığı araştırılmaktadır<sup>145</sup>.

- AİHM'ne göre bağımsızlık ve tarafsızlık sadece meslekten yargıçlarla ilgili olmayıp, halk jürili mahkemelerde jüriler için de geçerlidir<sup>146</sup>.

- AİHM'nin DGM<sup>147</sup>, ve Sıkıyönetim Mahkemeleriyle<sup>148</sup> ilgili olarak verdiği kararlarda “bağımsızlık ve tarafsızlığın” ihlal edildiğine işaret edilmekle beraber, esasen bu kararlarda askeri yargıcın komutanına bağlılığı nedeniyle “bağımsızlığı”nın olamayacağına ve dolayısıyla “tarafsızlığının” da olamayacağına karar verdiğini kabul etmek gerekir. Zira “bağımsızlığın” olmadığı veya “kuşku” olduğu durumlarda, yargıçlar tarafsız olsalar da “görünümleri” itibariyle “tarafsız olamayacakları” karinesi söz konusu olduğundan, bu kararların öncelikle “bağımsızlıkla” ilgili kararlar olduklarının kabulü gerekir.

## 2) Çifte Rollü Mahkemeler

Mahkemeler bazen yargılama yetki ve görevinin yanında tavsiye veya görüş bildirmeye de yetkilendirilebilmekteler. Bu durumda bağımsızlık ve tarafsızlık konularında tartışmalar olabilmektedir. Bir uyuşmazlıkla ilgili olarak Danıştay'ın dört üyesi mahkemenin danışma kurulunda görev yaparken, başvurucuyu etkileyen düzenlemeyle ilgili olarak lehte görüş bildirirler ve sonra aynı düzenlemeyle ilgili olarak hukuka uygunluk tespiti yaparak yargısal rol üslenirler. AİHM bu durumu yargının kurumsal tarafsızlığına uymaz bulmuştur<sup>149</sup>.

<sup>145</sup> Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya, 6.12.1988, A.146; Academy Trading ve diğerleri/Yunanistan, 4.4.2000; Gözübüyük-Gölcüklü, s.283.

<sup>146</sup> Langborger/İsveç, 22.6.1989, A.155; Remli/Fransa, 23.4.1996; Pullar/İngiltere, 10.6.2000; Gözübüyük-Gölcüklü, s.284.

<sup>147</sup> İncal/Türkiye, 9.6.1998; benzeri karar, Çıraklar/Türkiye, 28.10.1998.

<sup>148</sup> Arı/Türkiye, 25.9.2001

<sup>149</sup> Procola/Lüksembourg, 28.9.1995, paragraf:45.

### 3) Uzmanlık Mahkemeleri

Kimi davalarla ilgili olarak uzmanlık mahkemelerinin kurulması mümkündür. Mahkemede görev alan yargıçların meslek kökenli olmaları tarafsızlığın güvencesi olarak kabul edilmektedir<sup>150</sup>.

Ancak uzmanlık mahkemeleri bakımından da tarafsızlığın varlığı şarttır. Davanın taraflarından birine yakınlık kabul edilemez. Yargıçların seçimle göreve gelmeleri tek başına tarafsızlığın ihlali olarak kabul edilmemektedir. Önemli olan tarafsızlığın ihlalini ortaya koyan somut ve haklı nedenlerin varlığıdır. Eğer böyle haklı nedenler varsa, ki bu her davada ayrı ayrı değerlendirilmeyi gerektirmektedir, o zaman tarafsızlığın ihlalden söz edilebilir.

### 4) Yargıcın Davayla Bağlantısı

Yargıçların tarafsızlıklarının başında davanın tarafları ile aralarındaki ilişkiler gelmektedir. Bu da yargıcın kişisel menfaatıyla açıklanmaktadır. Eğer yargıcın davanın taraflarıyla menfaat ilişkisi mevcutsa, o davaya bakmaması gerekir. Meslekten yargıçların tarafsızlıkları diğerlerine oranla daha ağırlıklı olmakla beraber, meslekten olmayan yargıçlarla birlikte katıldıkları davalarda meslekten yargıçların oyları ağırlıklı olsa bile, bir yargıcın tarafsızlığına duyulan güvensizlik yargılama sonucu ortaya çıkan karar için güveni sarsmaktadır.

- Örnelemek gerekirse, Cezayir asıllı başvurusunun davasında görev alan jüri üyelerinden birinin duruşmadan hemen önce söylediği ırkçı sözlerin üçüncü bir kişi tarafından duyulması ve bu üçüncü kişinin tanıklığının mahkemeye sunulmuş olması karşısında, sanığın tarafsız olunmadığı iddiasının araştırılması yapılmadan karar verilmesi tarafsızlık ilkesine aykırı bulunmuştur<sup>151</sup>.

Buna karşın, bir başka kararında AİHM<sup>152</sup>, jüri üyelerinden birinin yargıca ilettiği notta ırkçı sözlere yer verdiği iddia edilmiş, yargıç tarafları bu durumdan haberdar etmiş, ancak savunma avukatı jürinin azledilmesini açıkça talep etmediği ve yargıcın jüriyi sadece delillere dayanarak karar vermesi ve başka bir düşünce ile önyargılardan uzak

<sup>150</sup> Le Compte/Belçika, paragraf: 58; Doğru, 2003, s.415 vd.

<sup>151</sup> Remli/Fransa, paragraf: 47-48.

<sup>152</sup> Gregory/U.K., 25.2.1997, paragraf:43-49; İnCEOĞLU, s.200.



karar vermesi yönünde uyardığı, ayrıca ırkçılık yapan jürinin kim olduğunun da açıkça belli olmaması nedenleriyle, tarafsızlığın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

- Litvanya'da Yüksek Mahkemenin Ceza Bölümü Başkanının kendi kararı temyiz edilir ve önüne gelen temyiz başvurusunu, raportörü ile üç üyesini kendisinin belirlediği daireye gönderir. AİHM, Başkanın bu görüşünü nötr olarak kabul etmez; çünkü der, belirli bir kararın benimsenmesi veya bozulması yönünde görüş bildirip, sonra bu davaya bakacak yargıçları belirlemiş olması nedeniyle, yargıçların tarafsızlığı ihlal edilmiştir<sup>153</sup>.

- İsviçre'de avukatlar part-time olarak idare mahkemelerinde yargıçlık yapabilmekteler. Başvurucunun davasında, belediyeye karşı açılan bir davada yargıcın karşı tarafın avukatlığını da yapmış olması nedeniyle, bu davada tarafsız olamayacağına karar verilmiştir. AİHM, bu davada bir diğer yargıcın ise, başvurucunun taraf olduğu başka bir davada görev alan karşı tarafın avukatı ile aynı büroda çalışmalarını da dolaylı bağ olarak kabul etmiştir<sup>154</sup>.

AİHK, kararında Anayasa Mahkemesi üyelerinin Meclis tarafından seçilmesini tarafsızlığın ihlali olarak kabul etmemiştir. Komisyona göre, yargıcın bir partiye sempati duyması tarafsızlığının olmadığını göstermemektedir<sup>155</sup>.

- Yine jüri üyelerinden birinin kızının savcılık tanıklarından birinin işyerinde çalışması<sup>156</sup> ve yargıçlardan ikisinin kızlarının davanın diğer tarafına yakın birinin şirketinde çalışıyor olması tarafsızlığın ihlali olarak kabul edilmemiştir<sup>157</sup>.

Yargıçların davayla kişisel bağlantıları olmasa bile AİHM, yapılan yorum ve değerlendirmeyi tarafsızlıkla bağdaşmaz bulabilmektedir. Örneğin bir kararında AİHM, "Türk yetkililerinin tutumlarına ve tarihi

<sup>153</sup> Dakaras/Litvanya, 10.10.2000, paragraf: 35-38; Doğru, Osman: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, C.:1, Beta Yayını, İstanbul 2002, s.1079; İnceoğlu, s.199-200.

<sup>154</sup> Wettstein/İsviçre, 21.12.2000, paragraf: 47-49.

<sup>155</sup> Komisyon, 8603/79, Crociani/İtalya; İnceoğlu, s.160 ve 199.

<sup>156</sup> Pullar/U.K, 10.6.1996.

<sup>157</sup> İnceoğlu, s.199.

olayların seyrine eleştiriler yöneltten kitabı Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı'nın 'yansız' bir biçimde değerlendirmedeği ortadadır"<sup>158</sup> derken; bir başka kararında, Yargıcı'nın<sup>159</sup> davaya yeterince önem vermemesinden söz edilmektedir.

### 5) İç Hukuktaki Düzenlemeler

- AİHM, bir yargıcın davayla ilgili olarak iki ayrı yasa yolu aşamasında görev almasını tarafsızlıkla bağdaşmaz bulmaktadır. İç hukukta tarafsızlığın ihlal edilmiş sayılacağına ilişkin açık bir düzenleme var ve buna rağmen karar iç hukuka aykırı verilmişse, AİHM bu durumu tarafsızlığın ihlali olarak kabul etmektedir. Örneğin, Avusturya'da, bir davayla ilgili olarak karar vermiş bir yargıcın o davanın yasayolu davasında da karara katılması tarafsızlığın ihlali olarak kabul edildiğinden, AİHM, iç hukuk tarafsızlık konusunda her türlü kuşkuyu ortadan kaldırmaya önem vermiştir diyerek ihlal kararı vermiştir<sup>160</sup>.

- Ancak AİHM, yine Avusturya ile ilgili bir davada, sorgu yargıcının yaptığı kimi işlemlerden sonra esasa ilişkin karara da katılmasında, sorgu yargıcının bu aşamada yaptığı işlemlerin sınırlı olması ve hatırlatılmasına karşın başvuruçunun avukatının buna itiraz etmemiş olması nedeniyle, tarafsızlığın ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>161</sup>.

Hukukumuzda yargıcın tarafsızlığını sağlamaya ilişkin düzenlemeler Ceza Yargılama Yasasında yer almıştır. Bunlar, "yargıcın görevden yasaklanması" (5271, m.22, 23); "yargıcın reddi" (5271, m.24 vd.); "yargıcın çekinmesi (5271, m.30). Aynı düzenlemeler hukuk mahkemeleri bakımından da mevcuttur.

Yargıcın aynı olay nedeniyle ceza davasını karara bağladıktan sonra hukuk davasına da bakamaması gerekir<sup>162</sup>.

<sup>158</sup> AİHM, Kızılyaprak/Türkiye Kararı, Başvuru no: 27528/95, 2 Ekim 2003.

<sup>159</sup> Gündüz/Türkiye Kararı.

<sup>160</sup> Oberschlick/Avusturya, 23.5.1991, paragraf:50.

<sup>161</sup> Bulut/Avusturya, paragraf:30.

<sup>162</sup> Demircioğlu, s.80.

Meslek etiği kurallarına uygun davranılmaması halinde ne gibi işlemler yapılacağı ayrıca 2802 sayılı Yasada düzenlenmiştir (2802, m.62 vd.).

Yasa koyucu yargıç tarafsızlığının sağlanabilmesi için bu hükümleri getirmekle beraber, yargıçları etkilemeye çalışanlar için de yaptırımlar öngörmüştür. Bunlara örnekler, 5237 sayılı TCY'nın, 125/3-a, 125/5, 265/2, 277, 286, 288 ve 5187 sayılı Basın Yasasının 19'uncu maddesidir.

## 6) Bozma Üzerine Karar Verme

- AİHM'ne göre, Sözleşmenin 6/1'inci maddesinde mahkeme kararının bozulması üzerine davanın üst mahkeme tarafından başka bir mahkemeye veya farklı üyelerden oluşan daireye gönderilmesi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>163</sup>.

- Gıyapta yargılandıktan sonra dolandırıcılıktan mahkum olan kimsenin yeniden yargılanma istemini, üç üyeli mahkeme yerinde bularak yeni yapılan vicahi yargılama sonucunda aynı ceza verilmesi üzerine başvuru, ilk kararı veren yargıçların yeniden yargılama davasına bakmalarını tarafsızlık ilkesine aykırılık iddiasında bulunur. AİHM bu iddiayı yerinde bulmaz. AİHM bu görüşünü birden çok nedene dayalı olarak açıklar: Birincisi, ilk kararı veren yargıçlar yeniden yargılama sonrası ilk kararlarıyla bağlı değiller, çünkü bütün delilleri yeniden ele alacaklardır; ikincisi, eğer yeniden yargılamada farklı yargıçların katılmaları kabul edilirse, o zaman yeniden yargılanma istemeyenlere kıyasla, yeniden yargılanma isteyen sanıklar daha avantajlı duruma geçerler; üçüncüsü, bu şekilde farklı yargıç istenmesi işlerin yavaşlamasına neden olur ve bu da davaların makul sürede bitirilmesi ilkesinin ihlali sonucunu doğurur<sup>164</sup>.

Özetle AİHM, yargı bağımsızlığı ile ilgili değerlendirmelerinde, üyelerin atanmaları ve görevden alınma yöntemi, görev süresi, herhangi bir makamın emir verme yetkisi olup olmadığı, üyelere etkide bulunulup bulunulmadığı ve etkide bulunuluyorsa bu etkiyi ortadan kaldıracabilecek önlemlerin alınıp alınmadığı, mahkemelerin genel olarak bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı hususları üzerinde durmaktadır.

<sup>163</sup> Ringeisen/Avusturya, paragraf:97; Doğru, 2003, s.84 vd.; Diennet/Fransa, 26.9.1995.

<sup>164</sup> Thomann/İsviçre, 10.6.1996, paragraf: 35-36; İnceoğlu, s.203.

### III- HUKUKUMUZLA İLGİLİ KİMİ DEĞERLENDİRMELER

AIHM kararları ışığında Türk Hukuku ile ilgili ve güncel olan kimi hususlara işaret etmekte yarar var:

- AIHM, ilk derece mahkemesinde bakılmakta olan davaya katılan üç yargıcın istinaf aşamasında da katılmalarını “tarafsız yargıç” ilkesine aykırı bulmuştur<sup>165</sup>. Yargıtay Özel Dairesinin ilk derece sıfatıyla baktığı davalarla ilgili temyiz incelemesinin yapıldığı Ceza Genel Kurulundaki incelemelere bu daire heyeti katılamamaktadır.

- 5271 sayılı Ceza yargılama Yasasının “yargılamaya katılamayacak hâkim” başlıklı 23’üncü maddesinin birinci fıkrasında “bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemeye bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz”; ikinci fıkrasında, “aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz” ve konumuzla doğrudan ilgili olarak, üçüncü fıkrasında da, “yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz” düzenlemeleri yer almaktadır.

Yasanın 318’inci maddesinin birinci fıkrasında, “yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur” denmesi ve yüksek görevli mahkeme olmamasına karşın, yasa koyucu yeniden yargılamanın ilk kararı vermiş olan mahkemede, ancak farklı yargıçla yapılacağını bir istisna olarak kabul etmiştir.

Bu düzenleme iç hukukumuz bakımından yargıcın yansızlığını sağlamayı hedeflemiştir. Bir başka deyişle, özellikle AIHM’nin ihlal kararından sonra iç hukukumuzda yargıcın o davaya bir daha el sürmemesi düşünülmüştür.

Yeniden yargılama başvurusu üzerine, bu yargı yolunun tüm aşamalarında ilk karara katılmış yargıçların katılmamaları gerekir. Zira duruşma açılması ve esasla ilgili karar verilmesine kadarki aşamalar nihai aşamaya geçişe ilişkin kararın temelini oluşturduğundan, sadece son aşamada değil, tüm aşamalar için yargıcın yansızlığının sağlanması gerektiğinden, tüm aşamalarda katılmasına engel olunması gerekir.

<sup>165</sup> Oberschlick/Avusturya, 23.5.1991; Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.265.

Diğer mahkemeler bakımından yeniden yargılamaya bakacak yargıç bulmakta güçlük olmamakla beraber, Anayasa Mahkemesinin üye sayısı gözetildiğinde, kısa süreler bakımından farklı yargıçla davalara bakmanın güçlüğü ortadadır. Çünkü asıl üyelerin büyük çoğunluğunun ilk karara katılmış olması karşısında yedek üye sayısı heyetin oluşumunu sağlayamazsa, sıkıntılar doğabilir. Zaten 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasasının 23/3'üncü maddesindeki düzenlemeye göre, "Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz" (5271, m.23/3). Ancak, Anayasa Mahkemesinin üye sayısı itibariyle ikinci bir onbir üyeyi çıkarması mümkün olmadığından, bu sıkıntının aşılmasını sağlayacak düzenlemeye gereksinim vardır.

Ancak Anayasa Mahkemesinin üyelerinin tümünün değil, ancak bir üyenin yerine yedek üyenin katılması halinde 5271 sayılı yasanın 23/3'üncü maddesine aykırılığın önlenmesinin mümkün olmasına karşın, kapatma davasına katılmış üyenin AİHM'nin ihlal kararı üzerine yapılan yeniden yargılama davasının yargılama ve kararına katılmış olması (bu üyenin yeniden yargılama lehine karşıoy yazmasına rağmen), yasaya aykırılık oluşturmuştur. Bu konunun yeniden AİHM'nin önüne götürülmesi halinde, iç hukukumuzda yansızlığı sağlayacak bir düzenlemeye karşın, kapatma kararına katılmış bir üyenin yeniden yargılama davasına da katılmış olması yeni bir ihlal tespiti sonucunu doğurabilir<sup>166</sup>.

- Yargıtay bozması üzerine davaya aynı yargıç tarafından bakılması; iddianameyi iade eden yargıcın işin esasına etkili olabilecek görüş bildirmiş olması halinde, davanın esası hakkında karar verememesi durumları ortaya çıkabilir.

- Açılmış davalarla ilgili ve yargıyı etkileyecek biçimde ve gizli kalması gereken bilgilerin yargılama öncesi basında yer almasının haber verme/alma özgürlüğü kapsamı dışında kaldığının göz önünde bulundurulması, özellikle pratikte önüne geçilmesi zorunluluğu vardır. Bu durumda basın özgürlüğünün amacına uygun kullanılmasına zarar vermeyecek, ancak yargının rahat çalışabilmesine de zarar vermeyecek bir sistem üzerinde çalışılması ve önlemler alınması gerekir. Aksi takdirde verilecek kararların kamuoyunda dava öncesi oluşturulmuş kanaatler nedeniyle yargıyı zor durumda bıraktığı bilinen

<sup>166</sup> AMK, 8.1.2008, 2003/6 (Değişik İşler), 2008/4 (R.G.:22 Mart 2008, 26824), TBKP kararı.

bir gerçektir. Çünkü basını arkasına alan/alabilenin bu tür haber ve yayınlarla yargılamaya zarar verdiği, halkta yargıya karşı olumsuz anlamda farklı bir bakış oluşturduğu bilinen bir gerçektir.

- Özellikle hakkında soruşturma başlatılmış veya dava açılmış bir konularda davayı açan C.Savcısına dönük ve insaf sınırlarını aşacak biçimde açıklamalarda bulunulması dolaylı yoldan yargıyı etkilemeye dönük olmaktadır.

- Türkiye'nin 1961 Anayasasındaki ilk düzenleme sonucu yaşanan deneyim nedeniyle HSYK'na üye seçiminde parlamento karışımı terk edilmiştir (1961, m.143/1). Bu deneyim göz önünde bulundurularak, tekrar aynı deneyimin yaşanmaması gerekir. Bu itibarla Anayasa Taslağındaki Kurulun yapısı ile ilgili görüşlerin benimsenmemesi gerekir. Çünkü, Yargıç bağımsızlığının sağlanması bakımından HSYK'nun oluşumunda da yargı bağımsızlığını sağlayacak güvenceli mekanizmaya ihtiyaç var. Anayasaya göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, "mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar" (m.159/1). İşte yargı bağımsızlığının sağlanması amacıyla oluşturulan Yüksek Kurul'un kendisinin oluşumunun da bu ilkeye hizmet edecek biçimde oluşturulması zorunludur.

Zira, "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar" (m.159/3).

Yüksek Kurul, "Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir" (m.159/1).

Mevcut düzenlemeye göre, "Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer" (m.159/2).

1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce başlayan ve halen devam eden bir husus var: Kurulda Adalet Bakanı ve Bakanın isteği ile göreve getirilen Müsteşar'ın Kurulda yer alması. Bu husus Kurul'un kompozisyonu karşısında çok önemli değil gibi düşünülebilir. Ancak Kurul'un bağımsız veya doğrudan Kurul'a bağlı sekreteryasının olmaması, Adalet Müfettişlerinin doğrudan Adalet Bakanına bağlı olması ve bakanın isteğine göre denetlemede bulunması, bu denetleme sonucunda soruşturma başlatılması veya müfettiş raporuna göre yargı mensuplarının geleceklerine ilişkin işlemler yapılabilmesi gibi hususların bir arada değerlendirilmesi durumunda, Kurul'un yapısının değiştirilmesi zorunluluğu hemen her kesimce benimsenir hale gelmiştir. Ayrıca AB ilerleme raporlarının tamamına yakınında bu husus eleştiri konusu olmuştur.

Ancak Kurulun yapısının değiştirilmesi düşünülürken ortaya çıkan kimi düzenlemelere göz atıldığında, yeni ve mevcuttan daha büyük sorunların doğmasına sebebiyet verebilecek hususlara yer verildiği anlaşılmaktadır.

Örneğin getirilmek istenen düzenlemeye göre<sup>167</sup>, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu onyeddi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. TBMM, birinci sınıfa ayrılmış hakim ve savcılar arasından üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile beş asıl ve bir yedek üye seçer. Üç asıl ve bir yedek üye Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve bir yedek üye Danıştay Genel Kurulunca; dört asıl ve bir yedek üye birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hakim ve savcılarınca, iki asıl üye birinci sınıfa ayrılmış idari yargı hakim ve savcılarınca kendi aralarından gizli oyla seçilir. Asıl ve yedek üyeler dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler bir daha seçilemez. Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarınca seçilecek üyelerin altmış yaşını tamamlamış olmaları şarttır. Kurul, asıl üyeleri arasından bir başkan ve bir başkanvekili seçer"( m.109/1).

Oysa Türkiye 1961 Anayasası döneminde bunu denedi ve olumsuzlukları görülünce vazgeçildi. Yargı bağımsızlığına gölge düşürebilecek ve parlamento tarafından seçim işlemleri sırasındaki gerek gecikmeler ve gerekse yargıyı siyasilerle bir araya getirebilecek bir sistem vatandaşları yargının yansızlığı konusunda kuşkuya

---

<sup>167</sup> Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında oluşturulan komisyonun Anayasa Taslağı, m.109/1.

düşürebileceğinden, bu düzenlemenin yapılmaması (benimsenmemesi) gerekir.

Çünkü 1961 Anayasası ile getirilen düzenlemenin ilk şekli, “Yüksek Hakimler Kurulu, onsekiz asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Bu üyelerden altısı Yargıtay Genel Kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hakimlerce ve kendi aralarından gizli oyla seçilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu, yüksek mahkemelerde hakimlik etmiş veya bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler. Bu usulle Yargıtay genel kurulunca iki, birinci sınıfa ayrılmış hakimler ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu tarafından birer yedek üye seçilir” (m.143/1) biçimindeydi.

1961 Anayasasında yer alan bu düzenleme, daha sonra değiştirilerek<sup>168</sup>, “Yüksek Hâkimler Kurulu, onbir asıl ve üç yedek üyeden kuruludur. Üyeler, Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile gizli oyla seçilir” (m.143/1) biçimine getirildi. Bu değişiklikle Millet Meclisi ile Cumhuriyet Senatosunun Yüksek Kurula üye seçmesi kaldırıldı. Kuşkusuz bu yeni düzenlemeye gerek duyulmasının nedenleri vardı. Bu nedenlerin neler olduğunu Anayasa Mahkemesi bir kararında dile getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararına göre, “Yurdumuzda önceden hakimlerin yasama ve yürütme organlarıncı atanması sisteminin iktidarlarca kötüye kullanılmasının bir tepkisi olarak, bu kez Anayasayla, ayırık nitelikli düzenlemeler dışında(,) ‘hakimi hakimlerin seçmesi’ sistemi benimsenmiş bulunmaktadır. Anayasanın 143. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonunda, Yüksek Hakimler Kurulu’nun aldığı yeni hukuki durum nedeniyle adliye mahkemeleri hakkında sözü geçen sistemin daha tam bir biçimde öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Buna karşılık, öteki yargı yerlerindeki hakimlerin atanmalarında yasama meclislerine, Cumhurbaşkanına ve yürütme organlarına belli biçim ve ölçüde yetki tanınması yoluyla oldukça karma bir sisteme gidilmiştir. Bu düzenlemeler hakim atanması konusunda yasama erki ile yürütme organlarına değişik biçim ve ölçülerde ve ancak belli bir yetki verildiğini ortaya koymaktadır. Hakimlerin atanması yetkisi, esasta Anayasanın 132. maddesi ile benimsenen ve aynı zamanda kişiler için bir güvence

<sup>168</sup> 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Yasayla değiştirildi.



teşkil eden 'mahkemelerin bağımsızlığı' ilkesiyle doğrudan doğruya ilişkili bir etkidir. Ancak bu ilke, hakimlerin kararlarını verirken sırasıyla Anayasa, kanun, hukuk ve vicdani kanıları dışında herhangi bir karışmanın etkisinde kalmamaları anlamını taşıdığından(,) görev yaptıkları yer ve kişiler göz önünde bulundurulduğunda, hakimlerin atama yetkisinin, bir yandan Anayasanın 7. maddesiyle konulan yargı yetkisinin, bir devlet erki olarak, Devletin yasama yetkisi ile yürütme görevi karşısında bağımsızlığı ilkesi ve öte yandan Anayasanın 133 ve 134. maddelerinde öngörülen hakimlik güvencesi esasları ile de dolayısıyla ilgisi olduğundan kuşku yoktur"<sup>169</sup>.

1961 Anayasasının ilk şeklinde ve değişiklik üzerine getirilen düzenlemesinde Kurul Başkanını kendi üyeleri arasından seçiyordu (m.143/2). Ancak maddenin ilk şeklinde, "Adâlet Bakanı, Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına katılabilir; oylamaya katılamaz" (1961, 143/son) düzenlemesi varken; 1971 değişikliği ile fıkra, "Adâlet Bakanı, gerekli gördüğü hallerde Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına başkanlık eder" (m.143/son) biçimini almıştı.

Görülüyor ki ülkemizde HSYK'na Parlamento kaynaklı üye seçimi sistemi 1961 Anayasası ile kabul edilmiş, ancak yargı bağımsızlığına gölge düştüğü kanısına varılarak o sistemden vazgeçilmiştir. Kuşkusuz o tarihten bugüne çok şeyin değiştiğinden söz edilebilir. Fakat, her ülkenin kendi koşullarında olduğu gibi bizim de kendi koşul ve deneylerimizden ortaya çıkan tablo, yasama ve yürütmenin yargıya müdahalesi vatandaşların yargıya güvenini azaltmaktadır. Bizim yerellik takdir marjımızın da bu olduğunun kabul ettirilmesi gerekmektedir. Zaten kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince asıl olan yasama ve yürütmenin yargıya iliştilmemeleridir. Kimi ülkelerde farklı uygulamaların olmasını, her ülkenin kendi koşulları olarak kabul etmek gerekir.

Yargının bağımsızlığının sağlanabilmesi için yürütmenin uzak durması gereği Venedik Komisyonu tarafından, yargı konseyinde yürütme organı mensuplarının, örneğin Adalet Bakanının yer almasının bazı "güven sorunları" yaratabileceği dile getirilmiştir"<sup>170</sup>.

<sup>169</sup> AMK, 15.4.1975, 1973/19, 1975/87, AMKD, Sayı:13, Ankara 1976, s.403; aktaran Şen, Ersan: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul 1998, s.329.

<sup>170</sup> Özbudun, Ergun: "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", Zaman, 26 Haziran 2007.

Avrupa uygulamasında Yüksek Yargı Konseylerinin bütün üyelerinin yargı organları tarafından ve kendi mensupları arasından seçilmesi yönünde bir tavsiye olmadığı dile getirilmekle beraber, tamamının yargıçlardan oluşmasının sakıncalı olduğu yönünde ısrar da yoktur. Yargı mensuplarından oluşacak Kurullardaki korporatist eğilimler, siyasal birimlerden gelebileceklerden daha fazla tehlikelidir de diyemeyiz. Ülkemizde yargıya dönük olumsuzlukların başında, korporatizme yönelinebileceğine dönük kuşkulardan kaynaklanan düzenlemeler ve bunun uygulamadaki yansımaları gelmektedir. Yargının hesap verme zorunluluğu gerekçesinde aşırılığa gidilmesinin doğru olmayacağı görüşündeyim. Vur deyince öldürmemek gerekir. Yargı devletten bağımsız mı? Sorusuna yanıt aranırken, HSYK'nun yeniden oluşumunda 1971 Anayasa değişikliği öncesi sistemin ilham kaynağı olarak alınabileceği üzerinde durulabilse de, 1971 değişikliğinin gerekçesi ve bu konudaki Anayasa Mahkemesinin tespit kararı, bizi getirilecek sistemde dikkatli olmaya zorlamaktadır.

AİHM kararları incelendiğinde, yargı bağımsızlık ve tarafsızlığı ile ilgili temel ilkeler, yasama ve yürütmenin yargıdan uzak tutulmasının sağlanmasıdır. AİHM kararlarında yargıçların atanmalarında ve özlük işleriyle ilgili alanlarda yasama ve yürütmenin yargıya müdahalesinin olması gerektiği yönünde emredici üslûbuna rastlamak mümkün değildir. Yargıya parlamento ve yürütmenin karıştırılmamasına orijinal örnek olarak ülkemizin gösterilmesinin sakıncası olduğu kanısında değilim. AİHM ve çeşitli ülkelerdeki uygulamaların dikkate alınması suretiyle, siyasilerin yargıç devşirilmesinde etkilerinin olmaması gerekir. Bunun ilk nedeni, Sözleşmede açık hüküm olmaması ve ülkelerin bir kısmında parlamentoların veya yürütmenin etkisiyle yargıç atama sisteminin o ülkelerin kendi yerellik anlayışlarıyla ilgili olduğunun ve o ülkelerde sorun çıkmamasının bizim ülkemizde de çıkmayacağı anlamına gelemeyeceğinin gözden uzak tutulmaması gerekir. İkincisi, yerellik takdir marjının ülkelerin somut koşullarıyla ilgili olduğu dikkate alınır ve ülkemizde siyasilerin yargıya karışmaları halinde yaşanan sıkıntılar veya davanın taraflarında oluşan izlenim dikkate alındığında, bu konuda bir başka ülkenin örnek alınması yerine, ülkemiz deneyimlerinin ön plana çıkarılması gerekir.

Mevcut Yüksek Kurul üyelerinin devşirilmesinde Cumhurbaşkanının devre dışı bırakılması, Adalet Bakanı ile

Müsteşarın<sup>171</sup> kuruldan çıkarılması, teftiş kurulunun Adalet bakanına bağlı çalışmasına son verilmesi ve Yüksek Kurul Sekretaryasının Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü bünyesinden çıkarılarak Yüksek Kurula bağlanması ve Yargıçlar ve Savcıların özlük dosyalarının Bakanlık yerine Kurul arşivlerinde korunmalarının sağlanması gerekir<sup>172</sup>.

Böyle bir düzenlemenin oluşturulacak dizayna göre de Kurul kararlarına karşı yargı yolunu düzenleyen mevcut hükmün de değiştirilerek yargı yolunun açılması gerekir<sup>173</sup>.

Mevcut, “Adalet Bakanı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hâkim ve savcılar geçici yetki ile görevlendirebilir” (m.159/7) düzenlemesinin de Kurul’un yetkilendirilmesiyle çözülmesi gerekir.

Mevcut düzenlemedeki, “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar” (m.159/1) hükmü, maddenin diğer fıkralarıyla çelişmekte ve diğer düzenlemelerin birçoğu, bu temel hükmü etkisiz kılmaktadır.

- Mahkemelerde görüşülmekte olan davalarla veya hazırlık soruşturmasına başlanmış olaylar ve kimselerle ilgili olarak

---

<sup>171</sup> Şen, s.331, “(...) hakim tayinleri konusunda ne vakit yürütme organı söz sahibi oldu ise, o noktada yargı makamında görev yapacak hakimler üzerinde baskı oluşmakta ve neticede tarafsız olması gereken yargıya gölge düşmektedir(...) Biz ülkemiz şartları bakımından bu fikre katılmaktayız ve hakim tayini ve özlük işleri konusunda yürütmenin etkisi olduğu sürece de yargı bağımsızlığının korunamayacağına ve hakim tayini aşamasında bağımsızlığına gölge düşebileceğine inanmaktayız. Ülkemiz şartları bakımından doğru olan, mahkemelerin ve orada görev alabilecek hakimlerin niteliklerinin kanunla tayin edilmesi ve hakimlerin seçiminin mutlak şekilde yine hakimlere bırakılmasıdır. Bu nedenle, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu içinde Adalet Bakanı ve Müsteşarının bulunmasının ve Yüksek Mahkeme hakimlerinin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesinin yargı bağımsızlığı açısından sakıncalı olduğunu savunmaktayız”.

<sup>172</sup> Yüksek Kurulun yeniden yapılandırılmasında adli-idari ve yargıç-savcı ayrımı gözetilerek yeniden yapılandırılması ve çalışma biçimi bu çalışmanın çerçevesini aşacağı için burada mevcudun aksayan ve bağımsızlık ve tarafsızlığa gölge düşüren hususlara dikkat çekmekle yetiniyorum.

<sup>173</sup> “Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” (1982, m.159/4).

parlamentoda görüşmeler yapıldığı ve bunun toplumu rahatsız ettiği bilinen bir gerçektir.

Anayasanın, “Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz” (m.138/3) hükmü, Özbudun Taslağında, “Görülmekte olan bir davayı etkilemek amacıyla yasama organında yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki araştırma ve soruşturma komisyonlarının faaliyetleri bu hükmün dışındadır” (m.106/3) biçiminde düzenlenmektedir.

Anayasadaki mevcut düzenlemeye rağmen yargının önündeki işlemlerle ilgili, anayasaya aykırı olarak, görüşmeler yapıldığı yönündeki haklı yakınmaları daha da artıracak düzenleme getirilmek istenmektedir.

Eğer bu Taslaktaki düzenleme benimsenirse, mevcut düzenlemelerde TBMM Komisyonlarının kamuya kapalı olmalarına karşın, katılabileceklerin sayısı (İçtüzük, m.31), raporun komisyon bülteninde yayımlanması (İçtüzük, m.47), gerektiğinde kapalı oturum yapılabilmesi (İçtüzük, m.32), komisyonca sonuçta bir tutanak düzenlenmesi (İçtüzük, m.42), komisyonun tutanaklarının olması (İçtüzük, m.33) ve komisyon toplantılarına uzmanların katılabilmeleri (İçtüzük, m.29-30) karşısında, görüşmelerin dışı yansıması ve yargıyı etkilemesi söz konusu olabilecektir.

- AB'nin siyasal yetkililerinin Türk yargıçları üzerinde özellikle açılmış bir dava ile ilgili olarak eleştirilerde bulunmaları ve bunun muhatabı olan hükümetin bu eleştirileri defetmek yerine kendisinin de eleştirilerini sürdürmesi karşısında, yargıçların kamuoyu önünde zor durumda bırakılması söz konusudur. Yargı, görevi gereği, haklı olarak bunlara yanıt vermediğinden, bu yanıt vermemeler, yöneltilen eleştirilerin haklı olduğu şeklinde bir kanı oluşturulmasına sebebiyet vermektedir. Oysa, bu tür açıklamaların, herkese gerekli olan yargıya verdiği zararın sonlandırılması ve başta görev mevkiinde olanlar olmak üzere, herkesin sorumluluk içerisinde hareket etmesi gerekir.

Kendi ülkemiz insanlarına, basınına, parlamentosuna kapalı olan, görülmekte olan davalarla ilgili görüş açıklama, tavsiye ve telkinde bulunmanın, yabancıların hiçbir biçimde karışamayacakları bir alan olduğunu bilmek mecburiyetleri vardır. Yargı bağımsızlık ve

tarafsızlığı üzerine sayfalarca konuşma yapıp çerçeve çizen yabancı siyasiler, yargımızın kendi ülkemizin yasama ve yürütmesine karşı bağımsızlığını savunurlarken (ilerleme raporları ve AİHM kararları), Türk Yargısının kendilerine karşı da bağımsız ve tarafsız olduğunu/olması gerektiğini unutmamalıdır.

Yargısı bağımsız olmayan bir ülkenin kendisinin de bağımsız olamayacağını unutmayan Türk Yargıçları, tüm eksikliklere karşı görevlerini gururla yerine getirmektedirler.

Atatürk'ün dediği gibi, "Milletlerin yargı hakkı bağımsızlıklarının birinci şartıdır. Adalet kuvveti bağımsız olmayan bir milletin devlet olarak varlığı kabul olunamaz"<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> Söylev ve Demeçler, I, 1945, s. 55-56; Prof. Dr. Günihal Bozkurt, "Atatürk'ün Hukuk Alanında Getirdikleri", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Sayı 22, Cilt: VIII, Kasım 1991.