



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

**5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA
HÂKİMİN YASAKLILIĞI REDDİ VE ÇEKİNMESİ**

Sezin Duygu TUNCER

Doktora Tezi

Ankara, 2021

**5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA
HÂKİMİN YASAKLILIĞI REDDİ VE ÇEKİNMESİ**

Sezin Duygu TUNCER

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ankara, 2021

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan “**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

...../...../.....

Sezin Duygu TUNCER

“*Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge*”

- (1) Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.
- (2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.
- (3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.
Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

* Tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Prof. Dr. etin ARSLAN** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığımı beyan ederim.

Sezin Duygu TUNCER

ÖZET

TUNCER, Sezin Duygu. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Hâkimin Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi, Doktora Tezi, Ankara, 2021.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında hâkimin bağımsızlığı açıkça düzenlenirken, tarafsızlığı net bir biçimde düzenlenmemiştir. Ancak yapılan yeni değişikliklerle birlikte hâkimin tarafsızlığı da artık anayasada yer almaktadır. Bu değişiklikten önce hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesi, tabii hâkim ilkesi, hâkimin bağımsızlığı ve teminatlarına ilişkin düzenlemelerle hâkimlerin tarafsızlıklarının kabul edildiği görülmektedir.

Hâkimin tarafsızlığı sadece hâkimlerin bir niteliği değildir, aynı zamanda sanığın ceza muhakemesinde kabul gören en temel haklarından biridir. Bu nedenle adil yargılanmanın temel unsuru olan bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkını kullanmasında sanığa tanınan imkânlardan biri hâkimin reddini talep edebilmektir. Yine hâkim de belirli hallerin varlığında davaya bakmaya zorlanamaz. Bu nedenle hâkimin çekinmesi de kabul edilmiştir. Bu çalışmada 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) düzenlenen hâkimin tarafsızlığının güvenceleri değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Alman Ceza muhakemesinde yer alan düzenlemelere paralel olarak, CMK'da yapılan düzenlemelere göre hâkimin belirli hallerin varlığında davaya bakmasında tarafsız olmayacağı karene olarak kabul edilmiştir. Bu hallerin varlığında hâkimin davaya bakması yasaktır. Bu yasağa rağmen hâkimin davaya bakması açıkça hukuka aykırı olarak kabul edilmiş ve kararın bozulması gerektiği düzenlenmiştir.

Yine hâkimin yargılama sırasında tarafsız davranamayacağına ilişkin şüphenin ortaya çıkması halinde, kanun koyucu taraflara hâkimi reddetme imkânı tanımaktadır. Burada hâkimin tarafsız olamayacağının kesin delillerle ispat edilmesine gerek bulunmamaktadır. İnceleme yapacak mercii bunu vicdani kanaati ile değerlendirecektir.

Hâkim, davaya bakmaktan yasaklı olduğu halleri kendisi öncelikle gözetmek zorundadır. Böyle bir halin varlığında resen davadan çekinmesi gerekmektedir. Yine hâkimin tarafsız davranamayacağını düşündüğü hallerin bulunması halinde, çekinmesini talep etmesi de mümkündür. Hâkimin çekinme talebi yetkili merci tarafından incelenerek, karara bağlanır.

Bu çalışmada hâkimin yasaklılık halleri tek tek göz önüne alınarak değerlendirilmeye çalışılmıştır. Yine hâkimin reddine ve çekinmesine ilişkin usul kuralları geçmişte yer alan düzenlemelerle değerlendirilmiştir. Konuya ilişkin AİHM kararları ve karşılaştırmalı hukuk yönünden de değerlendirme yapılmaya çalışılarak, 5271 sayılı CMK'da yer alan düzenlemelere ilişkin eleştiriler ve öneriler sunulmuştur.

Anahtar Sözcükler

Hâkimin Tarafsızlığı, Hâkimin Reddi, Hâkimin Çekinmesi, Yasaklı Olduğu Haller, Tarafsızlığın Güvenceleri, Ön Yargı İddiası

ABSTRACT

TUNCER, Sezin Duygu. *The Disqualification and Recusal of The Judge in Criminal Procedure Law No. 5271*, Doctoral Thesis, Ankara, 2021.

While the independence of the judge was clearly regulated in Turkish Constitution, the impartiality was not clearly regulated. However, with the new amendment, the impartiality of the judge is now included in the constitution. Prior to this amendment, it was observed that the impartiality of judges was accepted by the regulations on the principle of the rule of law, the principle of equality, the principle of natural judge, independence and guarantees of the judges.

The impartiality of a judge is not only a quality of judges, but is also one of the fundamental rights of the accused accepted in criminal proceedings. Therefore, one of the opportunities given to the accused in exercising his right to an independent and impartial trial, which is the basic element of a fair trial, is to be able to demand the rejection of a judge. The judge cannot be forced to take a case in the presence of certain circumstances. Therefore, the judge's recusal of himself was also accepted. In this study, the assurances of the impartiality of the judge organized in law 5271 were tried to be evaluated.

In line with the regulations of the German Criminal Procedure, it was accepted that according to the regulations made in the CMK, the judge would not be impartial in the case in the presence of certain circumstances. In the presence of these cases the judge is forbidden to look at the case. Despite this prohibition, the judge's handling of the case was clearly considered unlawful and it was regulated that the decision should be reversed.

It also allows the legislator to refuse the judge if there is any doubt that the judge cannot act impartially during the trial. There is no need to prove with absolute evidence that the judge cannot be impartial. The authority to be examined will evaluate this with conscientious conviction.

The judge is obliged to supervise himself in cases where he is prohibited from handling the case. In the presence of such a situation, he must ex officio avoid the case. It is also possible for the judge to request that he / she hesitate if there are situations in which he thinks he cannot be impartial. Judge's withdrawal request is examined and decided by the competent authority.

In this study, it is tried to evaluate judges' prohibition conditions one by one. Again, the rules of procedure for the refusal and the refusal of the judge have been assessed by past regulations. An attempt was made to evaluate the judgments of the ECtHR and the comparative law on the subject, and criticisms and suggestions regarding the regulations in the CMK numbered 5271 were presented.

Keywords

Recusal and Disqualification of The Judge, Bias and Prejudice, Impartiality, Allegation of Bias

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	ii
ETİK BEYAN	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM : HÂKİMLİK MESLEĞİ	5
1.1. HÂKİMİN KONUMU VE MESLEKİ NİTELİĞİ	5
1.1.1. Yargı Kuvvetinin Sijesi Olarak Hâkim	14
1.1.2. Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na Göre Hâkimlik Mesleği	20
1.1.3. Ceza Muhakemesinde Hâkim	23
1.2. HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞININ GELİŞİMİ	26
1.2.1. Dayanağı Olan İlkeler	28
1.2.1.1. Kanunilik İlkesi	30
1.2.1.2. Tabii Hâkim İlkesi	34
1.3. HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI	42
1.3.1. Bağımsızlık Kavramı	44
1.3.1.1. Maddi Bağımsızlık	47
1.3.1.1.1. Kimseden Emir Almama	47
1.3.1.1.2. Kimseye Hesap Vermeme	49
1.3.1.2. Kişisel Bağımsızlık	50
1.3.1.2.1. Hâkimlik Teminatı	51
1.3.1.2.1.1. Yürütme Kuvvetine Karşı Teminatlar	54
1.3.1.2.1.1.1. Hâkimlerin Azledilememesi	60
1.3.1.2.1.1.2. Hâkimlerin Emekliye Ayrılmaya Zorlanamaması	64
1.3.2.1.1.1.3. Hâkimlerin Ekonomik Teminatları	65
1.3.2.1.1.1.4. Hâkimlerin Yer ve Kürsü Teminatları	67

1.3.2.1.1.1.5. Hâkimlerin Bağımsız Bir Kurul Tarafından Özlük İşlerinin Yönetilmesi	70
1.3.1.2.1.2. Yasama Kuvvetine Karşı Teminatlar	78
1.3.1.2.1.3. Yargı Kuvvetine Karşı Teminatlar	82
1.3.1.2.1.4. Diğer Etkenler	87
1.4. HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI	92
1.4.1. Tarafsızlık Kavramı	92
1.4.1.1. Hâkimin Objektif ve Sübjektif Tarafsızlığı	96
1.4.1.1.1. Hâkimin Objektif Anlamda Tarafsızlığı	98
1.4.1.1.2. Hâkimin Sübjektif Anlamda Tarafsızlığı	99
1.5. KARŞILAŞTIRMALI VE ULUSLARARASI HUKUKTA HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI	103
1.5.1. Karşılaştırmalı Hukukta	103
1.5.1.1. Almanya	103
1.5.1.2. İtalya	105
1.5.1.3. Fransa	108
1.5.1.4. İngiltere	112
1.5.2. Uluslararası Belgelerde Hâkimlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı	114
1.5.3. AİHM Nezdinde Müessesenin Uygulanması	118
2. BÖLÜM: CEZA MUHALEMESİNDE HÂKİMİN REDDİ VE ÇEKİNMESİ SEBEPLERİ	127
2.1. HÂKİMİN DAVAYA BAKAMAYACAĞI HALLER	127
2.1.1. Genel Olarak	127
2.1.2. Suçtan Kendisinin Zarar Görmüş Olması	132
2.1.3. Sonradan Kalksa Bile Hâkimle Şüpheli, Sanık veya Mağdur Arasında Evlilik, Vesayet veya Kayımlık İlişkinin Bulunması	137
2.1.3.1. Evlilik İlişkisi	138
2.1.3.2. Vesayet İlişkisi	142
2.1.3.3. Kayımlık İlişkisi	144
2.1.4. Şüpheli, Sanık veya Mağdurla Hâkim Arasında Üstsoy ya da Altsoydan Biri Olacak Şekilde Kan ve Kayın Hısımlığı Bulunması	147
2.1.4.1. Kan Hısımlığı	148

2.1.4.2. Kayın Hısımlığı	149
2.1.5. Şüpheli, Sanık veya Mağdurla Hâkim Arasında Evlat Edinme Bağlantısı Bulunması	151
2.1.6. Şüpheli, Sanık veya Mağdurla Hâkim Arasında Üçüncü Dereceye Kadar Kan Hısımlığı Bulunması	153
2.1.7. Evlilik Sona Ermiş Olsa Bile Şüpheli, Sanık veya Mağdurla Hâkim Arasında İkinci Derece Dâhil Kayın Hısımlığı Bulunması	155
2.1.8. Hâkimin Aynı Davada Cumhuriyet Savcılığı, Adli Kolluk Görevi veya Şüpheli ya da Sanık Müdafiliği veya Mağdur Vekilliği Yapmış Olması	156
2.1.8.1. Cumhuriyet Savcılığı Görevi Yapmak	159
2.1.8.2. Adli Kolluk Görevi Yapmak	165
2.1.8.3. Sanık Müdafiliği Yapmak	167
2.1.8.4. Mağdur Vekilliği Yapmak	176
2.1.9. Aynı Davada Tanık veya Bilirkişi Sıfatıyla Dinlenilmiş Olması	179
2.1.9.1. Tanık Sıfatıyla Dinlenmiş Olmak	179
2.1.9.2. Bilirkişi Sıfatıyla Dinlenmek	183
2.2. HÂKİMİN YARGILAMAYA KATILAMAYACAĞI HALLER	186
2.2.1. Genel Olarak	186
2.2.2. Bir Karar veya Hükme Katılan Hâkimin, Yüksek Görevli Mahkemece Bu Hükme İlişkin Olarak Verilecek Karar veya Hükme Katılamaması	190
2.2.2.1. Görevsizlik Kararı	192
2.2.2.2. Tutuklama Kararı	194
2.2.2.3. Kanun Yolları	195
2.2.3. Soruşturma Evresinde Görev Yapan Hâkimin Kovuşturma Evresinde Görev Yapmaktan Yasaklı Olması	199
2.2.4. Yargılanmanın Yenilenmesi Halinde, Önceki Yargılamada Görev Yapan Hâkimin Aynı İşte Görev Alamaması	204
2.3. HÂKİMİN TARAFSIZLIĞINDAN ŞÜPHE DUYULAN HALLER	209
2.3.1. Hâkimin Taraflarla Olan İlişkisi	213
2.3.1.1. Dostane İlişkiler	213

2.3.1.2. Husumete Dayalı İlişkiler	218
2.3.2. Oyunu Belli Etme (İhsas-ı Rey)	219
3. BÖLÜM: HÂKİMİN REDDİ VE ÇEKİNMESİ USULÜ	230
3.1. HÂKİMİN REDDİ	230
3.1.1. Hâkimin Reddi Usulü	233
3.1.1.1. Hâkimin Reddini Talep Edebilecek Kişiler	234
3.1.1.2. Hâkimin Reddinde Süre	237
3.1.1.2.1. Hâkimin Davaya Bakmaktan ve Yargılamaya Katılmaktan Yasaklı Olduğu Hallerde Süre	238
3.1.1.2.2. Hâkimin Tarafsızlığından Şüphe Duyulan Hallerde Süre	238
3.1.1.3. Hâkimin Reddi Talebinin Şekli	243
3.1.1.3.1. Talep Türleri	243
3.1.1.3.2. Dilekçenin İçeriği	244
3.1.1.4. Ret Talebi Üzerine Yapılacak İşlemler	248
3.1.1.5. Ret Talebini İncelemeye Yetkili Mahkeme	252
3.1.1.6. İnceleme Üzerine Alınan Kararlar	255
3.1.1.6.1. Hâkimin Reddi Talebinin Kabul Edilmemesi	256
3.1.1.6.2. Hâkimin Reddi Talebinin Kabulü	258
3.1.1.6.3. Red İsteminin Geri Çevrilmesi	259
3.1.1.6.3.1. Red İsteminin Zamanında Yapılmaması	260
3.1.1.6.3.2. Red Sebebi ve Delilin Gösterilmemesi	260
3.1.1.6.3.3. Duruşmayı Uzatmak Amacıyla Yapılması	261
3.1.1.7. Hâkimin Reddi Talebine İlişkin Kanun Yolları	263
3.1.2. Hâkimin Reddinin Sonuçları	265
3.1.2.1. Genel Olarak	265
3.1.2.2. Reddi İstenen Hâkimin Yaptığı İşlemlerin Akıbeti	265
3.1.2.3. Yargılamaya Kimin Devam Edeceği	271
3.2. HÂKİMİN ÇEKİNMESİ	271
3.2.1. Genel Olarak	271
3.2.2. Hâkimin Çekinmesi Sebepleri	273
3.2.2.1. Hâkimin Yasaklılığını Gerektiren Hallerin Varlığı	273
3.2.2.2. Hâkimin Tarafsızlığından Şüphe Edilecek Hallerin Varlığı	274

3.2.3. Hâkimin Çekinmesi Usulü	277
3.2.3.1. Hâkimin Çekinme Talebi	277
3.2.3.2. Çekinme Talebini İnceleyecek Mercî	279
3.2.3.3. Mercîin Kararı	281
3.2.3.4. Çekinmesi Gereken Hâkimin Yaptığı İşlemlerin Hukuki Durumu	285
3.3. ZABIT KÂTİBİNİN VE CUMHURİYET SAVCISININ REDDİ VE ÇEKİNMESİ	286
3.3.1. Zabıt Kâtibinin Reddi ve Çekinmesi	286
3.3.2. Cumhuriyet Savcısının Reddi ve Çekinmesi	290
3.3.2.1. Savcının Kuvvetler Arasındaki Yeri	291
3.3.2.2. Savcının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı	292
3.3.2.3. Savcının Reddi ve Çekinmesi	296
SONUÇ	304
KAYNAKÇA	309
EK-1 TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU	331
EK-2 TEZ ÇALIŞMASI ETİK KURUL İZİN MUAFİYET FORMU	332

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AD	Adalet Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. K.	Avukatlık Kanunu
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	Çeviren
DGM	Devlet Güvenlik Mahkemesi
dn.	Dipnot
E.	Esas
Ed.	Editör
E.T.	Erişim Tarihi
FCMK	Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu

HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMUK	Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
HSK	Hâkimler Savcılar Kurulu
HS Ka	Hâkimler Savcılar Kanunu
HSKa	Hâkimler Savcılar Kurulu Kanunu
HSYK	Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararları
İCMK	İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İHKD	İnsan Hakları Kararlar Derlemesi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	Karar
m.	madde
MÜHFD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
No	Numara
prg.	Paragraf
PVSK	Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	sayı
StPO	Strafprozessordnung
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UAÜHFD	Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	ve benzeri

vd.	ve devamı
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Çalışma konumuz 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu özelinde “Hâkimin Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesine” ilişkin düzenlemelerdir. Bu nedenle öncelikle ceza muhakemesini açıklayabilmek için devletin cezalandırma yetkisini, bu yetkinin kaynağını ve nihayetinde ceza hâkimini açıklamak gerekmiştir.

Birlikte yaşayan insan topluluklarında, kişilerin davranışlarını din, örf ve âdet, ahlak, görgü ve hukuk kuralları düzenlemektedir. Ancak tarih boyunca yapılan tüm düzenlemelere rağmen, toplum içerisinde yaşayan kişi ve kişi grupları arasında menfaat çatışmalarının ortaya çıkmasına engel olunamamış, kişilerin kuralları ihlal etmesi engellenememiştir. Bu nedenle hukuk, toplum içerisinde huzurlu ve adil bir biçimde birlikte yaşanabilmesi ihtiyacından doğmuştur. Hukuk, hem sosyal hayatın gerektirdiği düzeni hem de taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesini sağlamak amacıyla ortaya çıkmış kurallar bütünüdür¹.

Toplumsal sözleşme bir devletten yoksun kişilerin, kendilerini koruma doğal haklarını devlete bırakmaya rıza göstererek, kendilerini, devletin yaptırım gücüne ve kendileri ile aynı şekilde devlete aynı taahhütte bulunan herkese bağlamış oldukları anlaşma olarak ortaya çıkmıştır². *Locke*, kişilerin toplumsal sözleşme ile devlet otoritesini tercih etmesinin esas nedenini, uyuşmazlıkların çözülmesi ve toplumda suça karışanların cezalandırılması için yargı erkine ihtiyaç duyulması olarak açıklamaktadır³. Gerçekten, devletler egemen oldukları toplumlarda refah ve düzeni sağlamak için gerekli tedbirleri

¹ **Güriz, Adnan**, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s. 5,6; Yargılama, sözlükte birbirine karşı olan iki tarafı dinleyerek bir yargıya varma, muhakeme olarak tanımlanmaktadır. <https://www.tdk.gov.tr> (E.T. 26.10.2019).

² **Fabre, Cecile**, Toplumsal Sözleşme, Çev. Mehmet Fatih Deniz, Felsefe Arkivi, S. 48, 2018/I, s. 123.

³ **Locke, John**, Two Treatises of Government, Cambridge University Press, 2019, 329; Locke 'a göre eşit ve hür bir biçimde birlikte yaşayan insanların en önemli önceliği haklarının korunması, mallarının güvenliği ve adil bir ceza yargılaması olduğundan insanlar siyasal bir iktidar altında yaşamayı tercih etmişlerdir. **Tacir, Hamide**, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Anayasalarımızda Yasama, Yürütme ve Yargı İlişkisi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2015, s.20; **Özkan Duvan, Ayşe**, “Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu”, YBHD, 2019/1, s. 40.

almakla görevlidir⁴. Hukuku meydana getiren ve onu uygulayan devlet olduğundan, devletin yokluğunda hukuk düzeninden de bahsetmek mümkün değildir⁵.

Devlet kendisine verilen toplumda refah sağlama görevini, ortaya çıkan uyuşmazlıkların adaletli bir biçimde çözülmesinde yargı gücünü kullanarak yerine getirmektedir⁶. Yargı gücü yargılama faaliyeti ile devletin koyduğu kurallara uyulmasıyla hukuk düzeninin devam etmesini, kişilerin sübjektif haklarının korunmasını ve böylece kişilerin ve toplumun tatmini sağlar⁷. Bu faaliyet sırasında yargılama görevini yerine getiren hâkimin, devletin kişilerle arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere önüne gelen tüm uyuşmazlıklarda her iki tarafa karşı eşit bir biçimde davranması adaleti sağlayacaktır⁸.

Erem, en kötü yönetimlerde bile adaletin varlığı halinde halkın bu yönetime dahi katlandığını, ancak adalete olan güvenin sarsılması halinde insanlar arasındaki sosyal bağın kopacağını belirtmektedir⁹. Bu nedenle devletlerin varlıklarını devam ettirebilmeleri için adalete olan güveni sağlamaya dönük düzenlemeler yapılması bir zorunluluk teşkil etmektedir.

Devletlerin adaleti sağlamaya yönelik olarak yaptıkları düzenlemelerin temeli ve en önemlisi “bağımsız ve tarafsız yargı”nın oluşturulmasıdır. Gerçekten, adil bir karar her türlü etkiden uzak, hür, hukuk kurallarına bağlı, bağımsız ve tarafsız hâkimler eliyle

⁴ Toplum sözleşmesi ile birlikte bireyler öç alma biçimindeki cezalandırma yetkilerini devlete devretmişler, devletler ise bu yetki ile birlikte toplumun huzur ve güvenliğini, kişilerin hak ve hürriyetlerini güvence altına almayı üstlenmişlerdir. Bkz. **Locke**, s. 51.

⁵ **Güriz**, s. 30.

⁶ **Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 112; Aristoteles, devletin ve toplumun temeli olan adaletin devlet için hem amaç hem de toplum üzerinde bir egemenlik unsuru olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Güriz**, s. 213.

⁷ **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 25.

⁸ Bkz. **Gözler, Kemal**, İdare Hukuku Dersleri, 23. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 69 vd; **Öden, Merih**, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 156-157; **İba, Şeref**, Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 117.

⁹ **Erem, Faruk**, “*Ceza Usulü Hukuku*”, AÜHF Yayınları, No: 324, Ankara, 1973, s. 34.

sağlanır¹⁰. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta tarafların çatışan menfaatleri arasında dengeyi sağlayarak adaletli karar vermek zorundadır¹¹.

Ceza yargılaması yönünden maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adil bir yargılanma yapılabilmesi için hâkimin o davada her türlü etkiden uzak olması ve tarafsızlığının sağlanması esastır¹². Hâkimin tarafsızlığının sağlanabilmesi için yargılamanın süjelerine belirli güvenceler ve haklar tanınmıştır. İşte çalışma konumuz da ceza hâkiminin tarafsızlığının güvencesi olan “Hâkimin Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi” kurumlarıdır.

Bu konuyu inceleme amacımız; ceza muhakemesinde güçlü konumda bulunan devletin iddiaları ile cezalandırılması talep edilen sanığın, bağımsız ve tarafsız hâkim veya mahkeme tarafından yargılanma hakkının güvencelerini tüm yönleri ile ortaya koymak ve bu sayede tespit edilen temel sorunlara çözüm önerisi sunabilmektir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı anayasa hukukunun, insan haklarının ve hukukun genel ilkelerinin konusu olmakla birlikte, çalışma konumuzun da temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle ilk bölümde hukuk devletinin temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi ve tabii hâkim ilkesinden hareketle, çoğu zaman birbirlerini tamamlayan ancak birbirlerinden farklı kavramlar olan “*hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı*” açıklanmaya çalışılmıştır. Anayasa m. 90 gereğince bağlayıcılığı bulunan AİHS gereğince alınan AİHM kararları da bu çalışmada değerlendirilecektir.

İkinci bölümde hâkimin reddini ve çekinmesini gerektiren sebepler aynı başlık altında toplanmıştır. Bu kapsamda CMK m. 22 ve 23’te düzenlenen “Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklı Olduğu Haller” ve “Yargılamaya Katılamayacağı Haller” detaylı bir biçimde Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir. Hâkimin reddi sebeplerinden bir

¹⁰ Kanunda yargıç yerine “*hâkim*” terimi kullanıldığından çalışmamızda da aynı terimin kullanılması tercih edilmiştir.

¹¹ **Özen, Muharrem**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 17.

¹² Ceza muhakemesinin amacı insan haklarına uygun bir biçimde usul hukuku kurallarına bağlı kalarak geçmişte yaşanmış beşerî bir olayın deliller vasıtasıyla ortaya konulması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmak olarak tanımlanmaktadır. Aktaran **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 53; **Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 41.

diğeri olan “hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesi” aynı bölümde incelenmiştir. Kanunda hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan haller tek tek belirlenmemiştir. Bunun sebebi nisbî nitelikte olan bu hallerin her olaya ve kişiye göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğidir. Çalışmamızda hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallere ilişkin olarak doktrinde yer alan görüşler ve Yargıtay kararları dikkate alınarak değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Üçüncü ve son bölümde kanunda belirtilen sebeplerin varlığı halinde tarafların hangi usulü işlemlere başvurabileceğine ilişkin düzenlemeler açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Her ne kadar çalışma konumuz “*Ceza Hâkiminin Reddi ve Çekinmesi*” ile sınırlı olsa da CMK m. 32’de yer alan “*zabıt kâtibinin reddi veya çekinmesine*” ilişkin düzenlemeye de her iki kurumun birbirlerine benzerliği sebebiyle çalışmamızda kısaca yer verilmiştir.

Doktrinde yürütme erkinin mi yargı erkinin mi bir parçası olduğu halen tartışma konusu olan savcıya da aynı bölümde yer verilmiştir. Hâkimin tarafsızlığının güvenceleri her zaman beraberinde Cumhuriyet savcısının tarafsızlığını akla getirmiştir. Uluslararası mevzuatta tarafsız olması kabul edilen savcının reddine ilişkin Türk doktrinde yer alan tartışmalar ortaya konulmuş ve bu norm özel olarak incelenmiştir.

Çalışmanın hazırlanması sırasında tasviri yöntemle birlikte tahlili yöntemden de faydalanılmış olup sadece olan mevzuatı açıklamakla yetinmenin doğru olmayacağı değerlendirmesiyle konuya ilişkin olması gerekene ilişkin fikir ve öneriler sunulmaya çalışılmış ve genel bir değerlendirme ile çalışma sona erdirilmiştir.

1. BÖLÜM

HÂKİMLİK MESLEĞİ

1.1. HÂKİMİN KONUMU VE MESLEKİ NİTELİĞİ

Toplumsal yaşamda ortaya çıkan devletin görevlerinin ne olması gerektiği ve bunları nasıl yerine getireceğine ilişkin tarih boyunca büyük mücadeleler yaşanmıştır. *Teziç* devleti, insanların istekleri ile ortaya çıkan, siyasal ve hukuksal özellikleri bulunan, kural koyucu olup, bu kuralları uygulayan bir üstün güç olarak tanımlamaktadır¹³.

Hukuk devleti ise iş ve işlemlerinde yürürlükte bulunan hukuk kurallarına bağlı, vatandaşlarına da hukukî güvenlik sağlayan devlettir. *Mumcuoğlu* hukuk devletini, *yönetim yetkisini kullananların iş ve işlemlerinin hukuk kurallarına uygun olduğu ve vatandaşın da yönetenlerin keyfi işlemlerine karşı hukuki teminatları bulunan devlet tipi* olarak tanımlamaktadır¹⁴. Gerçekten AYM hukuk devletini “*insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır*” olarak tanımlamaktadır¹⁵. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Hukuk Devleti kontrol listesi yayınlamıştır¹⁶. Bu listeye göre hukuk devletinin belirleyici kriterleri kanunilik, hukuki belirlilik, yetkinin kötüye kullanılmasının önlenmesi, hukuk önünde eşitlik ve

¹³ **Teziç, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 111.

¹⁴ **Mumcuoğlu, Maksut**, “*Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi*”, ABD, 1989/2, s. 263.

¹⁵ AYM 01.07.1998 T. 1996/74 E, 1998/45 K, RG 11.03.2000/23990.

¹⁶ [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-tur](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-tur) (E.T. 16.01.2021)

ayrımcılık yasağı, adalete erişimdir¹⁷. Gerçekten insanların devlete güvenerek, demokratik bir ortamda kendilerini geliştirerek huzurlu bir şekilde yaşamaları ancak hukuk devletlerinde mümkündür¹⁸.

Hukuk devletinde yasama, yürütme ve yargının hukuka bağlılığı esastır¹⁹. Ancak hukuk devletinin varlığı için hukuka bağlılık tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile güvence altına alınması, kuvvetlerin birbirleri ile olan ilişkileri anayasa ile düzenlenmesi, yasaların anayasaya uygun olması, yürütmenin bağımsız mahkemeler tarafından denetlenmesi ve en önemlisi bağımsız bir yargıya ihtiyaç vardır²⁰. Ayrıca devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının görevlerini birbirlerine karşı bağımsız bir biçimde yerine getirmeleri sağlanarak, bu organların denetlenmeleri ve sınırlandırılmaları gerekmektedir²¹.

Modern anayasacılığın temelini hukuk devletinin anayasa ile sınırlandırılması oluşturmaktadır²². Kuvvetlerin tek elde toplanmalarının otoriter ve despotik sonuçları sebebi ile bu kuvvetlerin birbirlerini denetlemeleri ve sınırlandırılmaları gerekmiştir. Hukuk devletlerinde yasama, yürütme ve yargının yetkilerini kullanmasında keyfilikten

¹⁷ Aynı raporda yolsuzluk ve menfaat çatışması ile verilerin toplanması ve izlenmesi hukuk devletini tehlikeye sokan örnekler arasında gösterilmiştir. Bkz. s. 26, 28.

¹⁸ **Arslan, Çetin/Özkul, Fatih**, “Yargı Kararları Işığında 1982 Anayasasında Suç ve Cezaya İlişkin Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, TAAD, Y.4, S. 15, s. 41.

¹⁹ **Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 21.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 83; **İba**, s. 105.

²⁰ **Mumcuoğlu**, s. 263, 264.

²¹ *Demirkol*, hukuk devleti içerisinde iş ve işlemlerin hangi kuvvet tarafından yapıldığına bakılmaksızın yargı denetimine tabii olması gerektiğini, bu nedenle kanunlarla yürütmenin bazı iş ve işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmektedir. **Demirkol, Ferman**, Bağımsız Yargının Fonksiyonları, Kazancı Hukuk Yayınları, No:119, İstanbul, 1992, s. 51; Hukuk devletinin başlıca özellikleri idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabii olması, hâkimlerin bağımsız ve teminatlı olması, idarenin faaliyetlerinin önceden bilinebilir olması, hukuki güvenlik ve geçmişe etki yasağı, idarenin mali sorumluluğu ve tabii hâkim ilkesidir. Bkz. **Gözler**, Anayasa Hukuku, s. 84-86.

²² **Çebi, Sezgin Seymen**, “Anayasacılık ve Demokrasi”, UAÜHFD, C. 4, S. 8, Aralık 2016, s. 132; **Karakoç, Derya**, “Hâkimin İdeolojisi ve Kendisine Karşı Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, <https://www.kazanci.com> (E.T.16.03.2019); **Chalkiadaki, Vasiliki**; Independence of The Judge in the Criminal Court: Aspects of the Greek Case”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C.2, Ankara, 2012, s. 140.

uzak hareket etmesi ve denetime açık olması için en büyük sınırlama araçlarından biri “*kuvvetler ayrılığı*”dır²³.

Tarihsel gelişime baktığımızda kuvvetlere ve birbirleri ile olan ilişkilere dair birçok görüş bulunduğu göze çarpmaktadır. *Aristoteles*'e göre her devletin müzakerelerde bulunma görevi, kumanda görevi ve yargı görevi olmak üzere üç görevi bulunmaktadır²⁴. Ancak *Aristoteles* bu görevleri belirlerken yönetimi farklı organlara vererek birbirlerini denetlemeleri ve sınırlamalarını değil, Atina'da o tarihte bulunan farklı sınıflar arasında dengenin ve yönetimin devamlılığını sağlamayı amaçlamıştır²⁵. *Locke* ise siyasi topluluk içerisinde kuvvetleri yasama, yürütme ve federatif olmak üzere üçe ayırmıştır²⁶. *Locke* yargıyı yasaları uygulayan yasama organına bağlı bir devlet kurumu olarak kabul etmiştir²⁷.

Klasik anlamda kuvvetler ayrılığına ilişkin ilk görüşler 17. yüzyılda *Locke* 'a ait olmakla birlikte, doktrindeki kuvvetler ayrılığının asıl savunucusu *Montesquieu* olarak

²³ Kamu iktidarının tek olması iktidarın çeşitli organlar tarafından paylaşılması gerekliliğine engel olmaz. **Demirkol, Ferman**, Yargı Bağımsızlığı, Kazancı Hukuk Yayınları, No:94, İstanbul, 1991, s. 5.

²⁴ **Akipek, İlhan**, “*Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Ämil Olan Fikirler*”, AÜHFD, C. 9, S. 1, 1952, s. 168; **Demirkol**, Yargı Bağımsızlığı, s. 6.

²⁵ Gerçekten Eflatun'un ideal devleti bulma çabalarına ilişkin çalışmaları *Aristoteles* devam ettirmiş ve ideal devleti erdemlilik içerisinde aramıştır. **Akgül, Mehmet Emin**, “*Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı*”, TBB, 2010/4, S. 68, s. 82; **Karakul, Selman**, “*Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Güz 2015, s. 68.

²⁶ **Locke**, s. 364 vd; Federatif kuvvet *Locke*'un ayırımında yargının yerine inceleme konusu olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Akgül**, s. 83; *Locke* yasamanın üstünlüğü ilkesini savunur ve yürütmenin yasamanın kabul ettiği yasalara uygun davranma zorunda olduğunu belirtir. Bkz. **Zabcı, Filiz**, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim Yayınları, 2016, s.500.

²⁷ **Demirkol**, Yargı Bağımsızlığı, s. 6; **Kutlu, Mustafa**, *Kuvvetler Ayrılığı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 174; **Karakul**, s. 72-73; **Uran Murphy, Peri**, *Teorik Çerçeve Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 30; Bu durum o tarihte hâkimlerin özerk bir biçimde hareket etmesinden ve asıl tehlikenin yasama ve yürütmeden geldiğine inanılması ile açıklanabilmektedir. Bkz. **Tacir**, s. 21; Doktrinde *Locke*'un yargıyı farklı bir erk olarak nitelendirmemesinin modern anayasal çalışmalarda kendisinin *Montesquieu*'den farklı bir işleve konumlandırılmasına sebep olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Özkan Duvan**, s. 43.

kabul edilmektedir²⁸. *Montesquieu*, *Locke*'den farklı olarak yargıyı bir iktidar olarak ortaya koymuştur. Ona göre yargılama erkinin yürütme ve yasamadan ayrılmaması, hâkimin kanun koyucu gibi davranarak keyfi hareket etmesine sebep olacak ve bu durum kişi özgürlüklerinin önüne geçen bir engel olacaktır ki, bu sakıncanın giderilmesinin tek yolu iktidarın iktidarla sınırlandırılmasıdır²⁹. *Montesquieu*'ya göre yargılama yetkisini kullanan kişiler, yasalarla ilgili olarak yorum yapmadan, insiyatif kullanmadan, yasaları birebir uygulamakla görevlidirler³⁰. Elbette *Montesquieu* tarafından “kuvvetler ayrılığını” gerekçelendirmek için ileri sürülen bu görüş modern hukuk metodolojisi tarafından kabul edilebilir nitelikte değildir. Hâkimin hukuk kurallarını uygularken hukuk metnini yorumlaması kaçınılmazdır. Hukuk kuralının uygulanması için hâkim tarafından yoruma başvurulamayacağı önermesi doğru değildir. *Montesquieu*'ya göre yargı yetkisinin yasamanın elinde olması kişi özgürlüklerinde keyfiyete yol açabilecekken, yürütmenin elinde olması halinde de yargı ve yürütmenin baskı güçlerinin birleşerek artmasına sebep olacaktır³¹. Bu nedenle, *Montesquieu* yasamayı yürütmeden ayırarak bu iki erkin arasına yargıyı yerleştirmiş ve devletin sınırlarını belirlemiştir³².

Batıda 17. ve 18. yüzyılda ortaya çıkan kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin görüşlerin aslında mutlak monarşide kuvvetlerin tek elde toplanması sebebi ile yaşanan sıkıntılara yöneltilmiş bir çözüm olduğu görülmektedir³³. Gerçekten mutlak gücün zaman

²⁸**Güriz**, s. 33; **Teziç, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1991, s. 388; *Aristoteles*'den beri kuvvetlere ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. **Akipek**, s. 167-182; **Tacir**, s. 20; **Karakul**, s. 73.

²⁹**Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 23; **Demirkol**, Yargı Bağımsızlığı, s. 7; **Özkan Duvan**, s. 47; **Tacir**, s. 21; Onun bu düşüncesi Fransız devriminden sonraki anayasal çalışmalara ışık tutarak, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine de kuvvetler ayrılığının girmesini sağlamıştır. Bkz. **Akgül**, s. 83; **Zabcı**, s.560.

³⁰ **Montesquieu, Charles Louis De Seconndat Baron De**, De L'Esprit Des Lois, (Kanunların Ruhuna Üzerine) Çev. Günen, Berna, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 200.

³¹ **Tacir**, s. 21; **Zabcı**, s. 561.

³²Yargı erki uyuşmazlık halinde yürütme ve bireylere hukuk kurallarını göstermekle görevlidir. **Demirkol**, Yargı Bağımsızlığı, s. 9; Ona göre hâkimlerin halk tarafından seçilmesi ve belirli bir süre için bu görevde bulunmaları yargıyı yürütme ve yasamadan ayıran sebeplerdendir. Bkz. **Özkan Duvan**, s. 49; **Akgül**, s. 85; **Karakul**, s. 73.

³³ **Teziç**, 389.

içerisinde yozlaşmaması mümkün değildir³⁴. Bu nedenle kuvvetlerin ayrılması gerektiğine ilişkin görüşlerin temelinde iktidarın yetkilerini kötüye kullanmaması için kuvvetlerden birinin diğerini durdurması gerekliliği yatmaktadır³⁵. Tarihsel gelişim göz önüne alındığında öncelikle yasamanın ardından da yargı kuvvetinin, yürütmeye karşı bağımsızlığını kazandığı görülmektedir³⁶.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi hukuk devletinin kurucu ögesi olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin de teminatıdır³⁷. Kuvvetler ayrılığı birbirinden tamamen kopuk ve bağımsız olmayı değil, devletin fonksiyonlarının işlerliğini artırmak amacı ile ayrılması, fakat bu üç kuvvetin bir araya gelerek bir bütünü oluşturması demektir³⁸. Ancak kuvvetler ayrılığının öneminin bilinmesine rağmen, uygulamada üç kuvvetin birbirlerinden tam ve kesin olarak ayrılmasını sağlayan bir sistemin bulunmadığı görülmektedir³⁹.

Çalışma konumuzun merkezi olan hâkim, devletin kuvvetlerinden biri olan yargının kürsüdeki temsilcisidir. Yargı kuvveti kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak

³⁴ Demirkol, Yargı Bağımsızlığı, s. 7; Karakoç, s. 1; Özkan Duvan, s. 56.

³⁵ Teziç, s. 392.

³⁶ Kuvvetler ayrılığını, devlet iktidarını bölerek, görev ve yetkilerini dağıtıp, devletin sadece bir güce hizmet etmesinin önüne geçmesinin, kamu yapılanması içerisinde birbirlerini denetleyecek bir biçimde devletin örgütlenmesi olarak tanımlamak mümkündür. Bkz. Kutlu, s. 205. Karakul kuvvetler ayrılığı ile kastedilenin aslında fonksiyonlar ayrılığı olduğunu belirtmektedir. Karakul, s. 64; Hukuk devletinde yasama ve yürütmenin eylem ve işlemlerinin yargının denetiminde bulunması, hukuk devletinin temel unsuru ve olmazsa olmazıdır. Özen, s. 26; Tüm bu demokratik gelişmelere rağmen tarihte yargı gücünün de kuvvetler ayrılığı ilkesini çiğnediği “Yargıçlar Hükümeti” örneklerine rastlanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi’nin 1900-1937 yılları arasındaki aldığı içtihat kararları bu yönde değerlendirilmektedir. Bkz. Hakyemez, Yusuf Şevki, “Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 23(1), Y. 2007, s.545.

³⁷ Erem, Ceza Usul Hukuku, s. 23; Özkan Duvan, s. 58.

³⁸ Özek, Çetin, “Yargının İdari Denetimi”, İÜHFİM, C.45-47, S. 1-4, 1979-1981, s. 915.

³⁹ Güriz, s. 33; Modern kamu hukuku kuvvetlerin birbirlerinden kesin anlamda ayrılmasını değil, kuvvetlerin birbirlerini sınırlamaları gerektiğini kabul etmektedir. Ünal, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:65, Ankara, 1994, s. 3.

siyasal iktidardan yani yürütme kuvvetinden bağımsız bir biçimde hareket eder⁴⁰. Yargı kuvveti hukuk düzeninin korunması ve gelişmesi adına, kişi-kişi ya da kişi-devlet arasındaki uyuşmazlıkları çözmek, yürütme ile yasamanın işlemlerini denetlemekle görevlidir⁴¹. Yargı sadece yasal denetim yapmaz, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri yasama ve yürütme kuvvetlerinden gelecek ihlal tehlikelerine karşı da korur⁴². *Kunter*, yargıyı “devletin özel ve bağımsız organlarının bir dava ile harekete geçerek bir hukuksal anlaşmazlığı; Devletin egemenliğine dayanarak ve yasalara göre çözerek, somut olaylarda hukuksal normun ne olduğunu saptaması” olarak tanımlamaktadır⁴³. Gerçekten kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, demokratik hukuk düzeninin korunması açısından önemlidir⁴⁴. Bu nedenle yürütmenin bazı işlemlerinin, gerekçesi ne olursa olsun, yasama tarafından yargı denetimi dışında bırakılmış olması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Gerçekten temel hak ve hürriyetlerle kendisini sınırlı görmeyen parlamento çoğunluklarının⁴⁵ neden olduğu insan hakları ihlallerinin yeniden yaşanmaması adına İkinci Dünya Savaşından sonra dünyada anayasa yargısı sistemleri anayasalarda yerini almıştır. Parlamento egemenliğinin son kalesi olan İngiltere ve eski sömürgelerinde dahi

⁴⁰ **Bayraktar, Köksal**, “Yargı ve Siyaset”, Güncel Hukuk Dergisi, S. Nisan 2014/4, s. 6.

⁴¹ Yargı hukuki uyuşmazlıkları yargısal yol olan dava yolu ile çözme işlemidir. **İba**, s. 271; **Uran Murphy**, s. 15.

⁴² **Chalkiadaki**, s. 140.

⁴³ **Kunter, Nurullah**, “Türkiye’de Yargı Kuvveti”, Kanuni Esasi’nin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF Yayınları No: 423, Ankara, 1978, s. 61.

⁴⁴ **Arslan/ Özkul**, s. 43,44; Burada akla hükümet tasarrufları gelmektedir. Hükümet tasarrufu, yürütmenin hükümet sıfatıyla devletin yüksek menfaatlerini korumak amacı ile yaptığı, bu tasarruflara karşı adli ya da idari yargıda dava açılmasının mümkün olmadığı, sonuç olarak devletin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı işlemlerdir. Bkz. **Onar, Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, 3.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 470-477; **Gözler**, İdare Hukuku 2019, s. 1076. Hükümet tasarrufları devletin yüksek menfaatinin gerektirdiği hallerde söz konusu olduğundan, idarenin hukuka tabii olmasının bir istisnası olarak kabul edilmektedir; **Kaya, Cemil**, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/ Egemenlik Hakkı Teorisine”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, Haziran 2016, s. 638.

⁴⁵ **Hirschl, Ran**; “The Political Origins of the New Constitutionalism”, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 11, No. 1 (Winter 2004), ss. 71-108, s.75.

insan haklarını yazılı hukuk alanına taşıyan ve yargı organlarına kısıtlı da olsa denetim yetkisi veren kanunlar kabul edilmiştir⁴⁶.

Hirschl, anayasa yargısının benimsenmesinin ardından insan haklarını ve demokrasiyi koruma ülküsünden ziyade siyasetçilerin karar alma maliyetlerini düşürme, sorumluluğu dağıtma⁴⁷ ve tartışmalı siyasal kararlarına destek sağlamak için mahkemelerin tarafsız mesleki uzmanlığından yararlanma amacının bulunduğu⁴⁸ savunmaktadır. *Hirschl*'e göre ülkesel ve uluslararası alanda demokratik karar alma mekanizmalarının iradelerinin mahkemeler lehine kısıtlanması süreci bu alanlara daha etkin şekilde ulaşacak olan merkez elitlerinin iktidarlarını korumalarının bir yoludur⁴⁹. Bu tartışmalar kapsamında sıklıkla tekrar edilen bir eleştiri; anayasa mahkemelerinin özellikle temel haklar alanındaki geniş yetkilerinin demokrasiden, *jüristokrasi*'ye yani yargıçlar hükümetine bir kayışın yaşandığı olmaktadır⁵⁰.

Ülkemizde de 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi yargı kuvvetinin güçlenmesinde önemli bir rol oynamıştır⁵¹. Yasama organının keyfiliğini önlemede önemli bir görev üstlenen Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin ve kuvvetler ayrılığının varlığı için önemli bir temel taşı olmuştur. 1961 Anayasasında Anayasa Mahkemesi kanunların ve TBMM iç tüzüklerinin Anayasa'ya “*şekil ve esas*” bakımından uygunluğunu denetleme, Anayasa'da belirtilen kişilerin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapma, siyasi partilerin kapatılması hakkındaki davalara bakma, siyasi partilerin gelir kaynakları ile giderlerine

⁴⁶ **Hirschl**, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, s.72.

⁴⁷ **Hirschl**, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, s.84.

⁴⁸ **Hirschl**, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, s.85.

⁴⁹ **Hirschl**, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, s.106.

⁵⁰ **Hirschl, Ran**, “*Judicialization of Politics*”, Oxford Journal of Political Science, ed. Robert E. Goodin 2011, s. 22.

⁵¹ 1961 Anayasası m. 145-152. ile düzenlenmiş, 22.04.1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (RG 22.04.1962/11091) ile kurulmuştur.

ilişkin hesapları inceleme ve Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getirmekle görevlidir⁵².

Yargı kuvveti, Anayasa Mahkemesi ile yasama ve yürütme kuvvetlerinin faaliyetlerini yasalara uygunluğunu denetlerken, bir yandan da toplumda insanların adalet, güvenlik ve insan hakları gibi temel haklarının sağlanması ile görevlidir⁵³. Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası ile de varlığını devam ettirmiştir⁵⁴. 2010 ve 2017 yıllarında Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılırken, Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin değişiklikler de yapılmıştır⁵⁵. 2017 yılında yapılan değişikliklerle birlikte ortaya çıkan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasa'ya aykırılık iddialarını incelemek görevi de Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir⁵⁶.

Yargı kuvvetinin güçlenmesinde önemli bir adım da 21.01.1959 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin kurulması ve Anayasa m. 90 hükmü gereğince AİHM yetkisinin iç hukukta kabul edilmesiyle atılmıştır⁵⁷. 2. Dünya Savaşı sırasında ortaya

⁵² Aynı şekilde belirli bir uyuşmazlığı çözmek için toplanmış bir tahkim heyetini oluşturan hakemlerden de bağımsız ve tarafsız davranmaları beklenmektedir. Ancak hakemlerin bağımsızlıklarından bahsedebilmek için taraflardan biri ile ticari bir ilişki içerisinde bulunmamanın arandığı belirtilmektedir. Yine hakem tarafsızlığı da, ticari ilişkinin varlığı halinde ortadan kalkacak ve ilişki içerisinde olduğu taraf lehine değerlendirmeler yapabilecektir. Bu nedenle hakemin de reddi mümkündür. Bkz. **Kaplan, Yavuz**, "Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi", MHB, 2001, s.43-73; **Karakul**, s. 65; **Yavuz, Bülent**, Kuruluş ve İşleyiş Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, s. 14 vd.

⁵³ **Kaboğlu, İbrahim Ö**, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1993, s. 84; **Kutlu**, s. 207.

⁵⁴ 1982 AY m. 146-153.arasında düzenlenmiş ardından 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun kabul edilmiştir. RG 13.11.1983/18220.

⁵⁵ 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 13.05.2010/27580.

⁵⁶ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 11.02.2017/29976.

⁵⁷ Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 04.11.1950 tarihinde çekince koyarak imzalamış ve 10.03.1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun" ile onaylamıştır. Onay Kanununun 3. maddesine, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine Ek Protokolün ikinci maddesi 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlâl etmez." ihtirazı kaydı konulmuştur. RG 19.03.1954/8662. 28 Ocak 1987 tarihinde, Komisyon'un bireysel başvuruları inceleme yetkisini, 27 Eylül 1989 tarihinde de zorunlu yargı yetkisi tanınmıştır. Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Divanının Yargı Yetkisinin Karşılıklılık Şartları ile Tanınması Hakkında Karar için bkz. RG 27.09.1989/20295; AYM 19.12.2013T, Başvuru no: 2013/2187 sayılı kararı prg. 41'de, usulüne uygun bir biçimde yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edildiği

çıkan vahşet, yıkım ve insan hakları ihlalleri, tabii hukukun tekrar göz önüne alınarak insanın insan olmasından kaynaklanan haklarının devlete karşı da korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle ulusal düzeyde olduğu kadar uluslararası düzeyde de insan haklarının korunması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁸. Sonuç olarak devletlerin kanunlarından daha üst değerlerin varlığı esas alınarak, kanunların düzenlenmesi ve uygulanırken bu üst değerlere uygun hareket edilmesi kabul edilmiştir⁵⁹. Devletlerin iş ve işlemlerinde bu üst değerlere uygun hareket etmesinin denetlenmesi gerçeği karşısında, AİHM devletleri yargılar bir konuma kavuşturulmuştur⁶⁰.

ve uluslararası anlaşma ile kanun arasında bir çatışma olması halinde uluslararası sözleşmenin uygulanacağı belirtilmiştir.

⁵⁸ Bu tarihten önceki süreçte insan hakları devletlerin kendi iç işleri olarak kabul edilmekte ve devletler hukuku ise devletlerarası ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Ünal, Şeref**, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 35; Bu tarihten önce devletlerin “evrensellik” bakış açısına sahip olmadıkları ve “millilik” kapsamında değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. **Aktepe Artık, Sezin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 30; **Özeler, Neslihan**, “İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Karşılaştırılması”, YBHD, S. 2017/2, s.45; **Gemalmaz, Mehmet Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisini Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 221.

⁵⁹ Belirtmek gerekir ki AİHS’in Türk hukukundaki yerine ilişkin doktrinde yasalar ile eşdeğerde olduğu, yasalardan üstün olduğu ya da AİHS farklı değerlendiren görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Şahbaz, İbrahim**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri”, TBB Dergisi, S. 54, 2004, s. 188-194. Buradan hareketle AİHM’in bağımsız Türk mahkemeleri karşısındaki durumu da bir başka tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁶⁰ **Ünal**, İnsan Hakları, s. 143; 2. Dünya Savaşı’nın bir diğer sonucu da Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kuruluşudur. Mahkemenin amacı; uluslararası suçlarla mücadelede, uluslararası düzeyde örnek bir adaleti sağlamak, bu tür suç mağdurlarının zararlarını gidermek, uluslararası düzeyde sosyal değerleri ve bireysel dürüstlüğü güçlendirmek, bu suçlar konusunda günümüz nesillerini eğitmek ve en önemlisi de gelecekte muhtemel bu tür insani çöküşleri önlemek ve bunların cezasız kalmayacağı inancını yerleştirerek insanları vazgeçirmek, ad hoc mahkemelerin sakıncalarını gidermek olarak belirtilmektedir. **Başak, Cengiz**, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 53; Türkiye Uluslararası Ceza Divanının kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsü ’ne taraf değildir. “Türkiye, Roma Statüsüne taraf olmamakla birlikte UCD’nin faaliyetlerini yakından takip etmekte olup, New York veya Lahey’de düzenlenen Taraf Devletler Asamblesi toplantılarına katılım sağlanmaktadır.” Bkz. <https://www.mfa.gov.tr> (E.T. 03.06.2019) **Şenol, Cem**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yargı Yetkisini Türkiye ile İlişkili Bir Durumda Kullanabilmesi”, CHD, C. 12, S. 35, Aralık 2017, s. 106-112; **Özeler**, s. 45.

1.1.1. Yargı Kuvvetinin Sijesi Olarak Hâkim

Yargı kuvvetinin merkezinde hâkim vardır⁶¹. Her şeyi bilen, bilge kişi anlamında kullanılan “hâkim” kelimesinin eş anlamlısı “yargıç” tır. Hâkim sözlükte “*Millet adına, yargı yetkisini kullanarak yasaya aykırı davranışlarda veya uyuşulmayan işlerde yasayı yerine getirmekle, adaleti gerçekleştirmekle görevli kimse*” olarak tanımlanmaktadır⁶². Hâkim, “*insana, tabiata, gerçeğe, olanağa sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyuşmazlığa "insan kokusu" taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğunda*” olan kişidir⁶³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise hâkimi “*.... Genel anlamıyla devlet memuru ve idare ajanı olmayıp, özel düzenlemelere tabi, anayasal güvence altında, yargı faaliyetinin gereği gibi yerine getirilmesinde hak ve ödevleri de yine anayasa ve yasalarla teminat altına alınan ve bu haliyle üç ayrı erkten birisi olan yargı erkinin unsuru olma niteliği taşıyan, kendine özgü statüye sahip bir meslek mensubu*” olarak tanımlanmıştır⁶⁴.

Hâkim görevini yerine getirirken uyuşmazlığın taraflarının sunduğu hukuki ve nesnel verileri inceler, sunulan bu veriler ışığında hakkın konusu olan maddi gerçeğin aydınlatılmasıyla, hakkı sahibine verir ve uyuşmazlığı çözer⁶⁵. Aynı zamanda verdiği

⁶¹ Diğer erklerden farklı olarak yargının bir güç kullanması söz konusu değildir. Hukuk kurallarının tam ve doğru bir biçimde, toplumdaki herkese eşit uygulanmasının sağlanması için gerekli olan sadece yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. AY m. 10 ile koruma altına alınan eşitlik ilkesi gereğince kimse görevini yerine getirirken ayrımcılık yapamaz ve kanunlara uygun bir biçimde herkese eşit davranmakla yükümlüdür. **Taşkın, Ozan Ercan**, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Eşitlik İlkesi*”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, S. 122, 2016, s. 27; Eşitlik, hukuki eşitliktir, yani aynı durumda olan kişilere aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların oluşmasını engellemektir. **İba**, s. 117; Kaldı ki Anayasa m. 90/son hükmü gereğince, AİHS m. 14 de düzenlenen ayrımcılık yasağının bir sonucu olarak “*hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin*” sağlanması gerekmektedir. TCK m. 3/2 “*Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.*”

⁶² TDK Büyük Sözlük, <https://tdk.gov.tr> (E.T. 03.12.2018).

⁶³ Yargıtay 1 HD 31.12.1976 T. 1976/9370 E, 1976/13138 K. sayılı kararı, www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 11.09.2019)

⁶⁴ YHGK 24.11.2010 T. 2010/4-551 E, 2010/598 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T. 20.01.2021)

⁶⁵ **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.88; **Kutlu**, s. 191; **Tosun, Öztekin**, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, S. 2118, İstanbul, 1976, s. 313; “*Devlet tarafından atanan veya seçilen, hukuki uyuşmazlıkları çözmekle görevli gerçek kişiye hâkim denir.*” **İba**, s. 272.

hukuka uygun, adil kararlarla o sosyal çevrede haksızlığa yelteneceklerin cesaretini kırması gereken kişi de hâkimdir⁶⁶. Bu nedenle hâkimlik faaliyetinin toplumda huzur ve asayişin sağlanmasında önemli bir rolü bulunmaktadır.

Hâkimin uyuşmazlığa ilişkin verdiği kararda yargılama dışı etkilerin altında kalarak hareket etmiş olması toplumda adalet duygusunun ortadan kalkmasına sebep olacaktır⁶⁷. Gerçekten 20. yüzyılda adaletsizlik duygusuna karşı insanların canlı ve güçlü tepkiler verdiği gözlemlenmiş ve adalet duygusunun insanoğlu üzerindeki gücü kabul edilmiştir⁶⁸.

Hâkimler, kanunlarda belirlenen hallerde, kişilerin hürriyetlerini sınırlayıcı kararlar alabilecek güce sahip olan yetkililerdir⁶⁹. Hâkimin devletle kişiler, kişiler ve kişiler arasındaki uyuşmazlığı çözmekle görevli olan tek yetkili olması, verdiği kararların herkes yönünden bağlayıcı olması, bu görevinin kutsallığı ve öneminin bir sonucu

⁶⁶ **Sever, Ömer**, Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı, Doktora tezi, s. 137.

⁶⁷ Gerçekten aleni yargılamalarda halk hâkimin davranışlarına da dikkat etmekte, buna göre yargıya olan güveni artmakta ya da azaltmaktadır. **İnceoğlu, Sibel**, Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 1; Yargılamanın objektif bir bakış açısı ve bağımsız bir şekilde yapılması kamu güvenini sağlayacaktır ki, kamu güveninin sağlanması zorunludur. Bu nedenle hiçbir sistem hâkimin reddine ilişkin düzenlemeler yapmaktan kaçınmaz. **Samuels, Alec**, Recusal by The Judge: The Principles, P.L., 2018 July, 383.

⁶⁸ **Güriz**, s. 218-219.

⁶⁹ **Taştan, Asuman Zeynep**, Hâkimin Tarafsızlığı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005, s. 7; CMK m.91 gereğince Cumhuriyet Savcısı da hürriyeti sınırlayıcı bir tedbir olan gözaltı kararı alabilmektedir.

olarak hâkim “*süjeler üstü*” bir nitelik taşımaktadır⁷⁰. Hâkimlerin bilgili, iyi yetişmiş ve kişilikli olması güçlü bir yargı kuvvetinin olmazsa olmazıdır⁷¹.

Uygulamada ve doktrinde hâkimler birçok farklı açıdan değerlendirmeye tabii tutulmaktadır. Bunlara örnek olarak adliye hâkimi-adliye dışı hâkim, genel hâkim-özel hâkim, ceza hâkimi-hukuk hâkimi, meslekten-meslekten olmayan hâkim gösterilebilir. Bu ayrımlarda hâkimlerin adliye dışında idari mahkemelerde görev alıp almadıkları, genel yargılama ya da özel yargılama usullerine göre çalışıp çalışmadıkları, çalıştıkları alanlar ve hukuk eğitimi almış olup olmadıklarına göre kriterler göz önüne alınmıştır⁷². Meslekten hâkimler devlet tarafından hâkimlik yapmak için atanmış kişiler olup, sadece bu işten gelir elde etmektedirler. Meslekten olmayan hâkimler ise genellikle belirli uzmanlıkları bulunan hâkimlerdir⁷³. Yurtdışında pedagoğ hâkimlerin çocuk mahkemelerinde görevlendirilmesi buna bir örnektir⁷⁴.

Hâkimlerin seçilme usullerinde de birçok farklı yöntem olduğu görülmektedir. Hâkimlerin halktan seçilmesi ve jüri sistemi dünyada uygulanan sistemler arasındadır. Ülkemizde uygulanmayan her iki sisteme ilişkin olarak *Erem*, jürilerin tanınmış

⁷⁰ Ünal, İnsan Hakları, s. 91; Kibar, Recep, Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 40. Hukukumuzda yargılama makamı “*hâkimlik*” ve “*mahkeme*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1961, s. 103; “*Hâkimlik makamı*” soruşturma süresince faaliyet gösteren sulh ceza hâkimi ve kovuşturma aşamasındaki tek hâkim tarafından, “*mahkemeler*” ise kovuşturma aşamasında çok hâkimli mahkemeler tarafından temsil edilirler. Yenisey/ Nuhoglu, s. 236; Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma Gezer, Özge/ Saygılar Kırıt, Yasemin F./ Alan Akcan, Esra/ Özyayın, Özdem/ Erden Tütüncü, Efser/ Altınok Villemn, Derya/ Tok, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.179; Özen, Mustafa, Ceza Muhakemesi Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 142.

⁷¹ Samuels, kamu hukukunda hâkimlerden her olayı kendi içerisinde, ahlaki ve etnik standartlar içerisinde, rasyonellik ve tutarlılıktan sapmadan kabul edilmiş profesyonel normlar dâhilinde çözülmesinin beklendiğini belirtmektedir. Bkz. Samuels, s. 383.

⁷² Bkz. Özen M, s. 142.

⁷³ Almanya ’da meslekten olmayan hâkimlerin (Die Schöffren-halktan hâkim) de ceza yargılamasında görev almaktadır. Bkz. Alman Hâkimler Yasası (Deutsche Richtergesetz (DRiG)) m. 44 ve Mahkemeler Teşkilat Kanunu (Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)) m. 28-58. <https://www.gesetze-im-internet.de/drig/> (E.T. 05.03.2021) <https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/> (E.T. 05.03.2021)

⁷⁴ Bkz. Sever, s. 28-29; Yenisey/Nuhoglu, meslekten olmayan hâkimlerin bağımsızlıklarının sağlanmasının imkânsız olduğunu belirterek, bu hâkimlerin varlığının kabulünü hâkimin bağımsızlığına karşı bir tehlike olarak görmektedir. Yenisey/Nuhoglu, s. 239.

avukatların konuşmasından, sanığın ünlü olmasından, sanığın servetinden etkilenerek hareket etmelerinin ve hisleri ile karar vermelerinin mümkün olduğunu belirtir⁷⁵. *Yurtcan* ise jüri sistemini demokratik bulmaktadır⁷⁶.

Hâkim kanunları iyi bilmenin yanı sıra, kanunların kabul edilme amaçlarını da göz önüne alarak kuralları bu amaçlar doğrultusunda yorumlamak, bu sayede toplumun dinamiklerini dışlamadan karar vermekle görevlidir⁷⁷. Zira yargılamanın doğru ve adil bir biçimde yapılması kamu menfaati gereğidir⁷⁸.

Hâkimlik mesleğinin toplum tarafından saygı ve itaat gerektirdiği bir gerçektir. Bunun sağlanabilmesi için hâkimin hukuki bilgisi tek başına yeterli olmamakta, aynı zamanda hâkimde bazı kişilik özelliklerinin bulunmasını da gerekmektedir. Aksi takdirde hâkimin kendisine saygı duyulması beklenemez⁷⁹. Bu nedenle ülkemizde daha hâkim adaylığı aşamasında hâkimde bulunması gereken ahlaki vasıfların varlığı aranmaktadır⁸⁰.

⁷⁵ **Erem, Faruk**, “*Adalet Psikolojisi*”, AÜHF Yay. No:194, Ankara, 1964, s. 256.

⁷⁶ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 73.

⁷⁷ Hâkimler devlet memurlarından ayrı birtakım özelliklere sahiptirler ve olmalıdırlar, herkes hâkim olamaz. Kanun bilen, hukuk fakültesi mezunu hâkimlerden aynı zamanda bir tecrübeye de sahip olması beklenmektedir. Zira bilim ile uygulama arasındaki mesafe uzundur. **Taner, M. Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s.37; **Taştan**, s. 12.

⁷⁸ **Francesco Moroni**, I diritti di liberta dei magistrati tra apperanza e sostanza di imparzialita, Aktaran, **Taşkın, Ozan Ercan**, “*Bağımsızlık ve Tarafsızlık Bağlamında Hak olarak Yargı Mensubunun İfade Özgürlüğü*”, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2014, s. 36.

⁷⁹ **Akcan, Recep**, “*Hâkimin Vasıfları*”, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı, 2015, s. 248; Görevde kayıtsızlık, düzensizlik, görev saatlerine uymamak, işi zamanında yapmamak, kırıcı davranışlarda bulunmak uyarı cezası ile hizmet içinde ve dışında resmi sıfatın gerektirdiği saygınlık ve güveni sarsıcı davranışlarda bulunmak, devlete ait araç gereçleri özel işlerinde kullanmak, eş ve çocuklarının kazançlarını bildirmemek, kötü muamele, Adalet Bakanlığı talimatlarını yerine getirmeme, kalemlerin denetimlerini ihmal etme, görevin işbirliği içerisinde yapılmasını engelleyici tutum ve davranışlarda bulunma vb. kınama cezası ile cezalandırılmaktadır. Bunun yanı sıra, hâkimlere kanunlarda belirlenen hallerde aylıktan kesme, derece yükselmesini durdurma, meslekten çıkarma gibi yaptırımların da uygulanması mümkündür. Bkz. **İnceoğlu**, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 219-326.

⁸⁰ HSKa. m. 8 “..h) Taksirli suçlar hariç olmak üzere, (...) (2) üç aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı bir suçtan veya kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak veya bu suçlardan veya taksirli suçlar hariç olmak üzere üç aydan fazla

Gerek yargılama faaliyetini yerine getirirken gerekse karar verirken hâkimden; mantık gereği peşin hükümlü olmaması, inatçı davranışlar sergilememesi, karakterli davranması, kendine hâkim olabilmesi, psikolojik rahatsızlıkları olmaması, şaşkınlık göstermemesi, yorgun, hasta ve düşünceli olmaması beklenmektedir⁸¹. Bu özelliklerin yanı sıra hâkim kolay bir biçimde etki altında kalmayan, haberleri veya gördüğü programları değerlendirme yeteneğine sahip, halkı ve halkın ihtiyaçlarını bilen bir kişi olmalıdır⁸². Hâkimler özel hayatları ile de topluma örnek olmalı ve bu bağlamdaki davranışlarına dikkat etmelidirler⁸³. Yine hâkimin adalet psikolojisi konusunda gelişmiş bir düşünce yapısı olması da hâkimden beklenen özelliklerden biridir⁸⁴. Aksi takdirde hâkim ile davayı izleyen kişiler arasında hukuki bilgi dışında hiçbir fark olmayacaktır⁸⁵. Tüm bu özelliklerin bir sonucu olarak hâkim her zaman toplumda tarafsızlığına olan güveni koruyacak bir biçimde hareket etmeli, ailesinin, sosyal ve diğer ilişkilerinin karar verme süreci etkilemesine izin vermemeli, dava konusu olan ya da olmayan olaylarla ilgili kamusal açıklamalar yapmaktan kaçınmalı, sadece hakların temellerine dikkat çekmeli, kendisi, ailesi ve yakınları ile ilgili olan davalarda görev almamalı, yargılama sırasında kendi kapasitesi ya da tarafsızlığından şüphe duyulmasına sebep

*hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir fiilden dolayı soruşturma veya kovuşturma altında olmamak.j) Hâkimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak,” hâkim adaylarının atanabilmesi için toplum içerisinde belirli bir biçimde davranmasının beklediği görülebilmektedir. Düzenlemenin h bendi masumiyet karinesine aykırı olması, j bendi de soyut olması sebebi ile eleştirilmektedir. Bkz. **Avcı, Mustafa**, “Adli, İdari ve Askeri Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, AÜHFD, C. 61, S. 2, 2012, s. 892-893.*

⁸¹ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 209; **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 32; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 112; **Özen M**, s. 143.

⁸² **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 88.

⁸³ **Akcan**, s. 298; HSK iki elinde silahla çektiği fotoğrafı sosyal paylaşım sitesinde paylaşmış, "yeni oyuncaklarım. Bunlara mermi almam için zam şart" yorumunu yapan Cumhuriyet savcısına “*Yargıç toplum içinde hassasiyetle ve kontrollü davranmak zorundadır, çünkü basiretsiz bir kişilik sergilemek adaletin işleyişine zarar verir ve yargısal makamın onuru ile bağdaşmaz*” gerekçesi ile uyarma cezası vermiştir. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/8e47342a-64c1-48a5-82eb-3c07da4e9256.pdf> (E.T. 25.01.2021)

⁸⁴ HSKa m. 8/j’de hâkim adaylığı için “*Hâkimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak*” aranmaktadır. *Avcı* subjektif bir değerlendirmeye açık olan bu düzenlemenin “*hâkimlik ve savcılık mesleğinin tarafsızlığı ilkesine aykırı tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak*” biçiminde değiştirilerek somutlaştırılması önerisi getirmektedir. **Avcı**, s. 893; **Kılıç, Muharrem**, Yargı Adaleti ve Etiği Açısından Yargı Mensuplarının Sosyal Medya Kullanımı, Seta Vakfı, TurkuvaZ Haberleşme ve Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2021, s. 8.

⁸⁵ **Erem**, Adalet Psikolojisi, s. 248.

olacak biçimde davranmamalıdır⁸⁶. Sonuç olarak hâkimlik mesleği sadece mesleki çalışmaları değil aynı zamanda karakter erdemleri ve gündelik yaşam pratikleri açısından kendisini geliştirmiş olmayı da gerektirmektedir⁸⁷. Hâkimlerin bu yönde sergilemeleri gereken tutum ve davranışlar da etik kurallarla şekillenmektedir.

Yargıtay, “Yargıtay Başkanlar Kurulu’nun önerisi üzerine Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından Yargıtay üyeleri ile tetkik hâkimlerinin etik davranış standartlarını oluşturarak onlara rehberlik sunmak, yasama ve yürütme mensupları ile avukatların ve toplumun yargıyı daha iyi anlamalarına ve yargıya destek olmalarına yardımcı olmak, etik ilkelere uymanın öncelikle hâkimlere düşen asli bir sorumluluk olduğu gerçeğini göz ardı etmeden hâkimler üzerinde bağlayıcı mesleki davranış kurallarını tamamlamak amacıyla, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ve Yorumu göz önünde tutularak” “Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri” ile birlikte “Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri ve Yargıtay Personeli Etik Davranış İlkeleri”ni belirlemiştir⁸⁸. Söz konusu etik ilkeler ile bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırılık, eşitlik, ehliyet ve özen değerlerinin kabul edildiği görülmektedir. Aynı düzenlemede hâkimlerin davranışlarının etik kurallarına uygunluğunun denetlenmesi amacı ile Yargı Etiği Danışma Kurulu’nun kurulması kabul edilmiştir.

HSK tarafından yayınlanan Türk Yargı Etiği Bildirgesi’ne göre hâkim ve savcılar “...görevlerini yerine getirirken en hassas ve doğru şekilde dağıtıldığından emin olan, meslekî sorumluluk içinde davranan, bütün işlemleri ile karar ve davranışlarında insan ve toplum hayatına tesir edeceklerinin ve toplum nezdindeki saygınlıklarının

⁸⁶ **Zagel/Winkler**, s. 814; **Yaltı, Başar**, “Adil Yargılanma Hakkına Yargıcın Etkisi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S.4, Temmuz 2012, s. 68-71; Mecelle ile birlikte hâkimlik şartları, hâkimlerin yetki ve görevlerinin düzenlendiği görülmektedir. Mecelle m. 1792’de yer alan düzenlemeye göre hâkimin hakîm, fehîm, müstakim ve emin, mekin ve metin olması gerekmektedir. Anlamı hâkimin, “karakterli, bilge, anlayışlı, doğru ve güvenilir, saygın, dayanıklı” olmasının arandığıdır. **Kaşıkcı, Osman**, İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul, OSAV No:16, 1997, s. 296; **Ortaylı, İlber**, “Osmanlı Kadısı”, AÜSBFD, C. XXX/1975/14, s. 118; **Topuz, Gökçen/ Konan, Belkis**, “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı”, AÜHFD, S. 66, 4, 2017, s. 772; **Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 233.

⁸⁷ **Kılıç**, Sosyal Medya Kullanımı, s. 8.

⁸⁸ <https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargiEtiğiIlkeleri.pdf>,
<https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargitayCumhuriyetSavcilarıEtikDavranışIlkeleri.pdf> (E.T. 25.01.2021)

korunmasını Türk Yargısının itibarını da yükselteceğinin bilincinde olan “hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn” insanlardır.”⁸⁹.

1.1.2. Hâkimler ve Savcılar Kanunu’na Göre Hâkimlik Mesleği

İç hukukta gerek adli gerekse idari hâkim ve savcılarının taşınması gereken nitelikler, hak ve ödevler ile her türlü özlük haklarına ilişkin ilk düzenleme 22.04.1962 tarih ve 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunu’dur⁹⁰. Bu konuda güncel düzenlemenin Hâkimler ve Savcılar Kanunu (HSKa) ile yapıldığı görülmektedir⁹¹. HSKa m.1’de düzenlenen amacına uygun olarak, hâkimlerde bulunması gereken özellikler ve hâkim olma koşulları düzenlemiştir⁹². Hükme göre hâkimlik görevini yerine getirmek için her şeyden önce bulunması gereken temel şart kanuna uygun bir biçimde atanmadır⁹³.

⁸⁹ HSK Kararı, Türk Yargı Etiği Bildirgesi, RG 14.03.2019/30714.

⁹⁰ RG 25.04.1962/ 11091.

⁹¹ 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, RG 26.02.1983/ 17971.

⁹² “2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu: Adayların nitelikleri: Madde 8 – Adaylığa atanabilmek için: a) Türk vatandaşı olmak, b) Giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla otuzbeş yaşını doldurmuş olmak. c) Adli yargı adayları için; hukuk fakültesinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirip de Türkiye’deki hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden sınava girip başarı belgesi almış bulunmak, İdari yargı adayları için; hukuk fakültesinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirip de Türkiye’de hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden sınava girip başarı belgesi almış bulunmak, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar bakımından, her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere, hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak, d) Kamu haklarından yasaklı olmamak, e) Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı veya İdari Yargı Ön Sınavında başarılı olmak, f) Askerlik durumu itibarıyla askerlikle ilgisi bulunmamak veya muvazaflık hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedeye geçirilmiş olmak, g) Hâkimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya engelliliği, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi engeli bulunmamak, Taksirli suçlar hariç olmak üzere, (...) üç aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı bir suçtan veya kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak veya bu suçlardan veya taksirli suçlar hariç olmak üzere üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren bir fiilden dolayı soruşturma veya kovuşturma altında olmamak. i) Yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı göstermek, j) Hâkimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak, k) Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; yukarıdaki (i) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az üç yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla kırkbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülakatta başarılı olmak şarttır ” <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 29.11.2018).

Hâkimlerin seçim ve atanmalarına ilişkin farklı sistemler bulunmaktadır. Bunlara hâkimlerin; halk, yasama, yürütme, yüksek hâkimler veya özel kurullar tarafından seçilerek atanmaları örnek olarak gösterilebilir. *Demirkol* yargının kuvvet olarak kabul edilebilmesi için hâkimlerin halk tarafından seçilmesine gerek olmadığı, Anayasa ile millet adına karar verme yetkisine sahip olduğundan, zaten bir kuvvet olduğunun kabul edildiğini belirtmektedir⁹⁴. Halk tarafından hâkimlerin seçilmesi halinde siyasi partilerin mücadelesinin ortaya çıkacağı ve bu sebeple nitelikli hâkimler yerine belirli görüşteki hâkimlerin seçilmeleri tehlikesinin varlığı sebebi ile bu sistem eleştirilmektedir⁹⁵. Aynı şekilde seçilmesine destek olan kişilere duyacağı minnet sebebi ile tarafsız davranması da tehlike altına girecektir.

Yasama tarafından hâkimin atanması halinde ise siyasi partilerin hâkim atamasındaki rolü artacak ve kuvvetler ayrılığını sekteye uğratarak yargının siyasallaşmasına sebep olacaktır⁹⁶. Yargının siyasallaşması kendi görüşünden olan kişilerin atanması ve objektiflikten uzaklaşmak anlamına geleceği bir gerçektir. Yine yasama faaliyetini yerine getiren kuvvetin, ayrıca bu yasaları uygulayacak hâkimleri belirlemesi de aşırı güçlenmesine sebep olacaktır.

Yürütme organı tarafından hâkimlerin seçimi sisteminde ise yürütmenin kendinden olanları ataması gibi sağlıksız bir durum ortaya çıkacaktır. Yargının en önemli görevlerinden biri temel hak ve özgürlüklerin yürütmeye karşı korunması olduğu ve yürütmenin denetiminin yargı kuvveti tarafından yapıldığı belirtilmişti. Şu halde denetlemekle görevli olduğu kuvvet tarafından hâkimin atanmasının faydasından çok

⁹² Yargıtay 4 CD 27.04.2017 T. 2014/15155 E, 2017/13392 K, aynı yönde 8 CD 19.01.2017 T. 2015/15083 E, 2017/532 K; 12 CD 30.05.2016 T. 2015/16899 E, 2016/9097 K www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 29.11.2018).

⁹³ **Centel, Nur**, Ceza Muhakemesinde Hâkimin Tarafsızlığı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1996, s. 5.

⁹⁴ **Demirkol**, Yargı Bağımsızlığı, s. 12.

⁹⁵ **Sever**, s. 163.

⁹⁶ **Sever**, s. 154.

zararı olacaktır. Nitekim bu sistemin uygulandığı ülkelerde hâkimlerle diğer memurlar arasında hâkimlere tanınan teminatlar haricinde çok fazla fark olmadığı görülmektedir⁹⁷.

Hâkimlerin bizzat hâkimler tarafından seçilmesi sisteminin de sakıncaları vardır. Hâkimlerden oluşan bir kurul tarafından hâkimlerin seçilmesinin diğer sistemlere göre daha faydalı olması mümkün olduğu belirtilmekle beraber, bu sistemin de sakıncaları bulunmaktadır⁹⁸. *Kapani*, böyle bir durumda zümre zihniyetinin oluşacağını ve kendi içerisinde kapalı ve her türlü yeniliğe direnen kıdemli hâkimler sınıfı meydana getireceğini belirtmektedir. Bu durum bir süre sonra hâkimliği belirli aileler tarafından yapılacak bir meslek haline getirecektir⁹⁹.

Ülkemizde hâkimlerin kurul tarafından seçilmesi sistemi kabul edilmiştir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından seçilen hâkimler, görevlerine hâkim adayları olarak başlarlar. 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nda¹⁰⁰ m. 26'da düzenlenen eğitim ve öğretim planı dâhilinde belirlenen süreler içerisinde eğitimlerini tamamladıktan sonra başarılı bulunan ve aranan niteliklere sahip olan hâkim adayları HSK tarafından mesleğe kabul edilirler (HSKa, m.13/1).

Anayasa'nın 128. maddesine göre; Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürümeyle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Hâkimler ve savcılar atanmaları ile birlikte “diğer kamu görevlisi” statüsünde görevlerini yerine getirirler¹⁰¹.

⁹⁷ Sever, s. 159.

⁹⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 91.

⁹⁹ Kapani, Münici, “İera Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali”, AÜHFY No: 93, Ankara, 1956, s.54.

¹⁰⁰ 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, RG 23.07.2003/25185.

¹⁰¹ Günday, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 585; Önüt, Lale Burcu/ Sancakdar, Oğuz/ Us, Eser/ Kasapoğlu Turhan, Mine/ Seyhan, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.338.

1.1.3. Ceza Muhakemesinde Hâkim

Erem, dava diyalektiğinin en önemli süjesi olarak ceza hâkimini göstermektedir¹⁰². Tez, anti tez ve sentezden oluşan bu ilişkide ceza hâkimi “ *taraflar üstü (super partes)* ” dür. Yargılama görevi yapanlar arasında savcılar ve avukatlar da vardır¹⁰³. Onlar da yargılamanın birer süjesidir. Ancak ortaya çıkan uyuşmazlığın, o uyuşmazlığın taraflarınca çözülmesi mümkün değildir. Uyuşmazlık sadece her iki tarafa eşit davranan bir üçüncü kişi tarafından çözülebilecektir. Doktrinde “*yabancı/uzak ya da üçüncü olmaklık*” hâkimin *super partes* yani tarafların üstü olması olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁴.

Ceza muhakemesinde savcının iddiasının, savunmanın anti tezi ve hâkim tarafından yapılan sentezi karşısında; adil bir yargılamadan bahsedebilmek için, her bir süjenin görev ve yetkilerinin detaylı olarak açık ve dengeli bir biçimde düzenlenmiş olması ve söz konusu dengenin sanık aleyhine bozulmamış olması gerekmektedir¹⁰⁵. Ceza muhakemesinde hâkimin hukuk muhakemesindeki hâkimden farklı görev ve yetkileri vardır. Ceza muhakemesindeki hâkim HSKa’ da belirlenen özellikleri taşıyan hâkimdir ancak onun görevi önüne gelen suç isnadını ve savunmayı değerlendirerek maddi gerçeği ortaya çıkarmak ve gerçeğe uygun hukuk normunu uygulayarak hüküm kurmaktır¹⁰⁶. Şu halde ceza hâkimi, devletin cezalandırma hakkı ile sanığın özgürlük hakkı arasındaki çatışmayı kanunlara uygun biçimde gerekçeli kararlarla çözmekle yükümlüdür¹⁰⁷.

¹⁰² **Erem, Faruk**, “*Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması*”, AÜHFD, C. 34, S. 1, 1977, s.1-7; **Keyman, Selâhattin**, “*Ceza Muhakemesinde Savcılık*”, AÜHF Yayınları No:266, Ankara, 1970, s. 24-25; **Özen M**, s. 141.

¹⁰³ Bkz. TCK m. 6/1-d “*Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler, adli ve idarî mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar,*” anlaşılmaktadır.

¹⁰⁴ Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, 1965,1, n. 143 s. 335-336, aktaran, **Selçuk, Sami**, “*Yargılamada Nesnellik Bağlamında Yazılı Hukuk ve Yargıçlık İlişkisi*”, YD, C. 22, S. 3, Ankara, 1996, s. 214.

¹⁰⁵ **Arslan, Çetin**, “*Hukuk Devletinde Müdafî Görevlendirilmesi*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C.3, 2012, Ankara, s. 194.

¹⁰⁶ **Centel**, *Hâkimin Tarafsızlığı*, s. 5.

¹⁰⁷ **Erem**, *Ceza Usul Hukuku*, s. 35.

Kunter yargılamayı “Devletin mahsus ve müstakil makamlarının bir dava açılması ile harekete geçerek hukuki bir ihtilafi, Devletin egemenliğine dayanarak, kanunlara uygun bir şekilde riayeti mecburî ve çelişilmez olarak bir yargı ile halledip müşahhas olayda uygulanacak hukuk normunu belirtmesi faaliyeti” olarak tanımlamıştır¹⁰⁸.

Gerçekten hukuk muhakemesinde hâkimin taraflarca getirilmesi ilkesi benimsenen davalar yönünden davayı aydınlatma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün sınırı dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ilkesi ve hâkimin yargılamada her iki tarafa eşit davranarak tarafsız olmasıdır. Aynı yükümlülük ceza muhakemesindeki resen araştırma ilkesi gereğince hâkime getirilmemiştir¹⁰⁹.

Ceza muhakemesinde yargılama “hâkimlik” ve “mahkeme” makamı bulunmaktadır. Soruşturma aşamasında hâkimlik makamı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme makamı görevlidir¹¹⁰. Her iki makam arasındaki fark alınan kararlara karşı başvurulacak olan kanun yollarına ilişkindir¹¹¹.

Ceza yargılamasının konusu insanların çıkarları, özgürlükleri, yaşam hakkı, kişinin vücut bütünlüğü, cinsel onuru, devlet egemenliğine yönelik ihlal iddialarını içerdiğinden, hâkimlerin görevlerini yaparken özellikle büyük ekonomik davalarda ya da siyasi davalarda dışardan müdahalelere uğramasına sebep olmaktadır¹¹². Bu nedenle konusu itibari ile ceza hâkiminin görevini hiçbir baskı altında kalmadan bağımsız ve tarafsız bir biçimde yürütmesinin önemi büyüktür¹¹³. Tarafsızlığının sağlanmasının bir

¹⁰⁸ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 76.

¹⁰⁹ Bkz. **Simil, Cemil**, “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları” DEÜHFD, C. 16, 2014 Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 1351-1376; **Özmumcu, Seda**, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler”, S.D.Ü. HFD, MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S.2, s. 145.

¹¹⁰ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 238.

¹¹¹ Hâkimlik kararına karşı itiraz kanun yolu, mahkeme kararlarına karşı CMK’da itiraz yolu açık olan kararlar hariç istinaf veya temyiz kanun yolu düzenlenmiştir.

¹¹² **Chalkiadaki**, s. 144.

¹¹³ Baskı altında kalan ceza hâkimi; “Düşman Ceza Hukuku”nun devreye girmesine ve adaletin sarsılmasına sebep olacaktır. “...Devlet, ilkel bir davranışla, ortaçağdan kalan yöntemlerle siyasi otoritenin karşısında olduğunu kabul ettiği kişileri tutuklayıp, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, uluslararası sözleşmelerde yer alan tüm adil yargılanma ile ilgili hakları ortadan kaldırıp, savunma

güvencesi olarak ceza muhakemesi kanunlarında hâkimlerin ahlaki sebeplerle kendilerinin davadan çekinmesi yanında kanunda gösterilen kişilerin de hâkimi reddetmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Yargı çeşitlerinden biri olan adli yargı içerisinde bulunan ceza mahkemeleri, kanunlarda suç olarak belirlenmiş ve başta hürriyeti bağlayıcı olmak üzere güvenlik tedbirleri, adli para cezası gibi birtakım yaptırımlara bağlanmış fiillere ilişkin yargılama yaparken, hukuk mahkemeleri kanunlarda belirtilen hukuki uyumsuzluklarla birlikte tazminat sorumluluğu bulunan haksız fiillere ilişkin yargılama yapılar¹¹⁴.

Ceza yargılamasında olduğu gibi hukuk yargılamasında da gerçeğin ortaya çıkartılması amaçlanır, ancak hukuk muhakemesinde aranan şekli bir gerçektir. Bu nedenle hukuk hâkimleri gerçeğin özünü araştırmak yerine dış görünüşünü öğrenmekle yetinirler¹¹⁵. Bu nedenle her iki mahkeme hâkiminin yetkileri ve görevleri birbirlerinden farklıdır. Ceza yargılamasında “re’sen harekete geçme” ve “araştırma ilkesi” kabul edilmişken, hukuk yargılamasında “tasarruf” ve “tarafarla getirme ilkesi” kabul edilmiştir¹¹⁶.

*hakkını altüst eden, müdafiler olmadan, ya da müdafii varsa duruşma salonundan çıkartmak için sebepler arayan, ya da müdafiler hakkında suç duyurularında bulunarak aktif olarak savunma yapmalarının önlenmesi de, düşman ceza hukukunun uygulanmasının bir göstergesidir. Diğer yandan bu uygulama, diğer kişilerin de uysal vatandaş olmalarını, kendi başlarına da aynı şeylerin gelebileceği korkusunun uyandırarak baskı altına alma amacını taşır. Bu görüş uyarınca yargılanan kişiler, normal bir vatandaş değildir. Düşman olduklarından, istenmeyen kişiler etiketiyle ücra bir köşede, çeşitli mesnetsiz ithamlar altında, toplumda saygınlıklarını yitirmeleri ve etkisiz halde tutulmaları gerekir.....Hukuka bağlı devlet konsepti içinde bu tür bir ceza hukuku anlayışının devletin siyasi otoritesini keyfi bir despotluğa dönüştüreceği açıktır. Düşman ceza hukukunun temel kanunlara girmesi ve böylece meşru bir zemine geçirilmek istenmesi, bu kavramın meşruiyetinin tartışılmasına yol açar. Hukuka ve insan haklarına saygılı, modern, kişilere adil yargılanma hakkının tanındığı, kısaca liberal bir ceza anlayışının tasvip edilmediği, onun yerine yeni bir hukukun, düşman ceza hukukunun konulduğu konusunda bu görüş oldukça tehlikelidir ve hukuk dünyasından çıkarılmalıdır...” **Yarsuvat, Duygun,** Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi Balyoz Davası Temyiz Dilekçesi Sunum, İstanbul, 2013, s.V-VI.*

¹¹⁴ Haksız fiil ile suçun ayrılmasında yaptırımın türünün bir kıstas olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. **Hafizoğulları, Zeki,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 178; Suçun ve haksız fiilin sonuçları birbirlerinden farklıdır. Suç işlendiği zaman kanunda öngörülen bir cezanın uygulanması gerekmektedir, haksız fiilde kişinin kusurlu davranışları sebebi ile meydana getirdiği zararın giderilmesi öngörülmektedir. Bkz. **Kapanacı, Kadir Berk,** “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74.)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, s. 511.

¹¹⁵ **Yenisey/Nuhoğlu,** Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 80.

¹¹⁶ *Yenisey/Nuhoğlu* ceza muhakemesindeki temel ilkeleri belirli başlıklar altında toplayarak açıklamışlardır. Temel haklarla ilgili ilkeler ve ölçülülük başlığı altında temel hakların korunması,

Farklı ilkelerle yargılama yapan bu iki hâkim birbirlerine karşı bağımsızdırlar. Ancak kural olarak ceza mahkemesi hâkiminin kararının hukuk mahkemesi hâkimini bağlamayacağı kabul edilmişken, bazı istisnai hallerde ceza mahkemesi hâkiminin kararının hukuk mahkemesi yönünden kesin delil niteliğinde olduğu kabul edilir¹¹⁷. Belirtmek isteriz ki bu çalışmada sadece “ceza hâkimi” yönünden değerlendirme yapılmış ve “hâkim” terimi ile ceza hâkimleri ifade edilmiştir¹¹⁸.

1.2. HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞININ GELİŞİMİ

Hâkimin bağımsızlığının temelleri *Montesquieu*'nün kuvvetler ayrılığına ilişkin görüşleri ile atılmaya başlanmıştır. Konuya ilişkin düzenlemeler, Fransa'da hâkimlerin krala karşı yürüttükleri bağımsızlık savaşının yaşandığı 17. yy'a aittir¹¹⁹. Ancak hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin ilk yazılı belge İngiltere'de 1701 tarihli *Act of Settlement*'tir¹²⁰. Bu düzenleme ile görevini kötüye kullandığı iddia edilen hâkimleri

menfaatlerin dengelenmesi (masumiyet karinesi, hümanizm), yapıya ilişkin ilkeler başlığı altında adil yargılanma hakkı, hâkim bağımsızlığı, hâkimlerin güvence sahibi olması, kişinin kendisi aleyhine delil vermeme hakkı (nemo tenetur), sanığın süjellik konumu gösterilmiştir. Soruşturma evresine ilişkin ilkeler araştırma mecburiyeti ilkesi, kamu davasının mecburiliği ilkesi, davasız yargılama olmaz ilkesidir. Kovuşturma aşamasında ise maddi gerçeğin resen araştırılması ilkesi, delillerin doğrundanlığı ilkesi, vicdani delil sistemi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, sözlülük ilkesi, duruşmanın aleniliği ilkesi, makul sürede yargılanma hakkı, nebis in idem ilkesi, amaca ilişkin ilkeler (toplumsal barışı sağlamak ve toplumu eğitmen amaçları, hakların kötüye kullanılmaması ilkesi, usul ekonomisi ve ceza mahkemesinin etkinliği) ilkeleri ceza mahkemesinde hâkimin yargılama faaliyeti sırasında uyması gereken ilkelere dir. Bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 81-86.

¹¹⁷ Her iki hâkimin verdikleri kararların konuları, tarafları ve amaçlarının farklı olması sebebi ile birbirlerine karşı kesin hüküm teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Ancak sahtecilik davalarında ceza mahkemesi kararı kesin hüküm teşkil etmektedir. **Kapancı**, s. 517, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına ve öğretideki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar, ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir. Bkz. YHGK 09.04.2014 T. 2013/4-1008E. 2014/490K <https://www.kazancı.com.tr> (E.T. 04.09.2020).

¹¹⁸ 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un ikinci bölümünde ceza mahkemeleri düzenlenmiştir. Buna göre sulh ceza hâkimliği, asliye ceza mahkemeleri ve ağır ceza mahkemelerinde görevli hâkimler ceza hâkimleridir.

¹¹⁹ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 8.

¹²⁰ Bu düzenlemeden önce hâkimler kendilerini atayan kralın hizmetkârlarıdır. Bu sebeple kral tarafından keyfi atamalar yapılabilmekte, beğenilmeyen hâkimler görevden alınabilmekteydi. Ancak *Act Of Settlement* ile hâkimin görev süresi kendisini atayan kralın hayatta olduğu süre ile sınırlandırılmıştır. **Klerman, Daniel M/Mahoney, Paul G**; The Value of Judicial Independence: Evidence From Eighteenth Century England, *American Law and Economics Law Review*, V. 7, No:1, s. 8.

kralın tek başına azletme yetkisi elinden alınmış ve kralın bu yöndeki kararı parlamentonun her iki meclisinin de onayına tâbii tutulmuştur¹²¹. Aynı şekilde 1787 yılında yürürlüğe giren Amerikan Federal Anayasası sonrasında da Fransız Anayasası'nda yargı kuvvetinin bağımsızlığına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır¹²². Görüldüğü üzere hâkimin bağımsızlığı önemi gereği anayasalarda düzenlenmiştir.

Dursun, çoğunlukçu rejim taraftarı olan *Jean Bodin*'in yargının bağımsızlığını savunması ve 1977 Sovyet Anayasası'nda yer alan düzenlemeleri örnek göstererek otoriter rejimlerde dahi hâkimin bağımsızlığının kabul edildiğini belirterek konunun önemini göstermektedir¹²³. Buna karşın demokratik rejimlerde bağımsızlık sadece düzenleme ile sınırlı kalmamış ayrıca uygulamaya da geçirilmiştir¹²⁴.

Özellikle 2. Dünya Savaşından sonra temel hak ve özgürlüklerin bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından korunacağını güvence altına alan anayasalar kabul edilmiştir¹²⁵. Hukuk devleti ilkesine dayanan bu anayasalarda hâkimin bağımsızlığına ilişkin benzer düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir¹²⁶.

Türk Hukukunda hâkimin bağımsızlığı Osmanlı döneminde ilk defa 1876 Kanun-i Esasi'de düzenlenmiştir¹²⁷. 1921 Anayasasında bütün kuvvetler mecliste toplanmış

¹²¹ Hâkimler, iyi halleri devam ettikçe tüm hayatları boyunca görev yapmak üzere tayin edilirdi. **Kapani, Münci**, “*Türkiye’de Yargı Kuvveti*”, Kanuni Esasının 100. yılı Armağanı, AÜSBF Yayınları No:423, Ankara, 1978, s. 90; **Özen**, s. 29.

¹²² **Ünal**, *Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı*, s.3.

¹²³ **Dursun, Hasan**, “*Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı*”, TBBD, S. 80, 2009, s. 29; **Sever**, s. 57; *Hitler ve Mussolini* dönemlerinde dahi fiilen hâkimlerin bağımsızlıklarına ilişkin sınırlamalar getirilmiş olsa bile yargının bağımsızlığı tamamen göz ardı edilememiştir. Bkz. **Özek**, s. 919; **Kunter**, *Yargı Kuvveti*, s. 64; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 239.

¹²⁴ **Kunter**, *Ceza Muhakemesi*, s. 210.

¹²⁵ **Arslan/ Özkul**, s. 40.

¹²⁶ Bkz. **Ünal**, *Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı*, s.22 vd.

¹²⁷ Kanunu Esasi, Kabul Tarihi: 7 Zilhicce 1293 (23 Aralık 1876) Düstur, Birinci Tertip, C. 4, s.1-40. <https://www.anayasa.gen.tr> (E.T. 26.03.2019); 1876 Kanun-i Esasi m.86’da “*Mahkemeler her türlü müdahelâttan azâdedir.*” düzenlemesi ile hâkimlerin bağımsızlıkları kabul edilmiştir. **Centel**, *Hâkimin Tarafsızlığı*, s. 9; **Özen**, s. 52; Mahkemeler kadılar vasıtasıyla adalet dağıttıklarından, kadılar ilmiye sınıfından gelen kişiler arasından seçilmişler ve bir hukuk insanı olarak her zaman bağımsız ve hükümdarın mutlak yetkilerine sahip vekilleri olarak kabul edilmişlerdir. **Ortaylı**, s. 120; Kadıların,

olmasına rağmen yargının bağımsızlığı korunmuştur¹²⁸. 1924 ve 1961 Anayasalarında da hâkimin bağımsızlığı kabul edilirken, 1961 Anayasası ile ilk kez Yüksek Hâkimler Kurulu kurulmuş ve esasları belirlenmiştir¹²⁹. 1982 Anayasasında da hâkimlerin ve mahkemelerin bağımsızlığı kabul edilmiştir (m. 9, 138/1)¹³⁰. En son 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile AY m. 9’da yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemeler eliyle kullanılacağı düzenlenerek, ilk defa “hâkimin tarafsızlığı” kavramı açıkça Anayasa’da yer almıştır.

1.2.1. Dayanağı Olan İlkeler

Bir matruşkaya benzetebileceğimiz hâkimin bağımsızlığı ile hâkimin tarafsızlığı kavramları her ne kadar birbirlerinden çok farklı olsalar da, çoğu zaman iç içe geçmiştir¹³¹. Hâkimin tarafsız olarak görevini yerine getirebilmesinin en önemli koşulu, hâkimin hiçbir kurum veya kişiye bağlı olmaması ve bu bağımsızlığın sağlanabilmesi

bilimsel çalışmalarına devam edebilmeleri ve çalıştıkları bölgelerdeki eşraf ile samimi olarak tarafsızlıklarını kaybetmemeleri adına görev süreleri, 1913 yılında yapılan değişikliğe kadar kısa tutulmuştur; **Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 21; 1913’te dürüst bir biçimde görevlerini yerine getiren kadıların azledilemeyeceği kabul edilmiştir. Osmanlı’da hâkimlerin bağımsızlıklarına ilişkin düzenlemeler bulunmasına rağmen uygulamada bu düzenlemelerin çok da geçerlilik kazanmadığı görülmektedir. **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s.93; 1876 sayılı Kanuni Esasi’nin 81. maddesinde hâkimlerin azledilmeyeceği düzenlendikten sonra Teşkilatı Mehaim Kanunu m.48’de aynı düzenlemeyi tekrar edip, hâkime güvence verilmesine rağmen, uygulamada hâkimlerin görevlerine hükümet tarafından son verilmiştir. Bkz. **Mumcuoğlu**, s. 280.

¹²⁸ **Onar**, s. 159.

¹²⁹ **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s. 94-95; **Centel/ Zafer**, s. 680-681; 1961 Anayasası m. 143’te yer alan ilk düzenlemeye göre kurul onsekiz asıl ve beş yedek üyeden oluşur. Üyeler, Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından seçilir. Başkanını kendi içinden belirler. Bu üyelerin ve başkanın görev süresi dört yıldır. Bu kurulun üyeleri görevleri süresince başka bir iş ve görev alamazlar. Adalet bakanı gerekli gördüğü hallerde kurula başkanlık eder.

¹³⁰ 1982 Anayasasında yapılan düzenleme salt hâkimler için değil, aynı zamanda uyuşmazlıkların çözümlenmesinde yargısal görev yürütmekte olan hakemler için de geçerlidir. Gerçekten yargısal faaliyette bulunan hakemler, hâkimlerle eşit bir konumda değerlendirilmekte birlikte, tahkime ilişkin usul kuralları ile bağlı hareket etmek zorundadırlar. Nitekim hakemler de bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine uymakla yükümlüdürler. Bkz. **Kaplan**, s. 52.

¹³¹ **Şahin/ Göktürk**, s. 234.

için kendisine bazı güvencelerin tanınmasıdır. Bu nedenle bağımsızlığı anlatmadan tarafsızlığı anlatabilmek mümkün olmamaktadır¹³².

Yargı kuvvetinin bağımsızlığı mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığını da kapsayacak bir biçimde geniş anlamdadır. Doktrinde hâkimin bağımsızlığı ve mahkemelerin bağımsızlığının eş anlamda kullanıldığı belirtilmektedir¹³³.

Bağımsızlık hiçbir makam veya kişiden emir almamaktır¹³⁴. *Centel* bağımsızlığı “*karar verirken özgür olma, hiçbir etki ve baskı altında kalmama*” şeklinde ifade etmektedir¹³⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi hâkimin bağımsızlığının kabul edilmesi amacını “*...her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını yerleştirmek*” olarak belirtmektedir¹³⁶.

Gerçekten hukukun üstünlüğünün baş savunucusu ve koruyucusu olan yargı kuvvetinin görevini tam ve adil bir biçimde yapabilmesi ancak hâkimin bağımsızlığının sağlanması ile mümkün olacaktır¹³⁷. Hâkimin bağımsızlığının tam olarak ortaya konulabilmesi için

¹³² *Kunter* hâkimin iki ana vasfının “*bağımsızlık*” ve “*tarafsızlık*” değil, “*bağımsızlık*” ve “*objektiflik*” olduğunu belirtmiştir. Ona göre tarafsızlık sadece taraflar arasında söz konusu olabilecekken, objektiflik bir hâkimde olması gerektiği gibi taraflara karşı gösterilmesi gereken eşit mesafenin yanı sıra kişiliğinden sıyrılmayı da içermektedir. **Kunter, Nurullah**, “*Madde İtibariyle Yetkisizlik Kararı ve Hâkimin Oyunu Belli Etmesi*”, İÜHFİM, C. XLIII, S.1-4, s. 332.

¹³³ **Demirkol**, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 47; “*...Anayasanın 138. maddelerinin kenar başlıkları “mahkemelerin bağımsızlığı” olduğu halde, madde metinlerinde hâkimlerin bağımsızlıklarından söz edilmektedir.*” **Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi**, 1982 Anayasası’na göre Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 455.

¹³⁴ **Özen M**, s. 143.

¹³⁵ Bkz. **Centel, Nur**, Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma, Bir Adli Organ olarak Savcılık Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 193; Aynı yönde Bkz. **Ünal**, İnsan Hakları, s. 91.

¹³⁶ “*...Objektif bağımsızlığın bu anlatımı, yargılama çalışmalarında Hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır. Çekinme ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka hiç bir şeye bağlı olmadan yansız tutumla, özgürce karar verme durumunu sağlayan bağımsızlık, mahkemeler ve Hâkimler için bütünlük taşıdığından 138. maddenin başlığı “Mahkemelerin bağımsızlığı”dır. Bağımsızlığın olumsuz yönde etkilenmesi kurullarla önlenmek istenmiştir.*” AYM 28.02.1989 T. 1988/32E, 1989/10K, www.anayasa.gov.tr (E.T. 05.05.2019).

¹³⁷ **Ünal**, İnsan Hakları, s. 91; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 237.

aynı zamanda hukuk devletinin asli unsurları da olan “kanunilik ilkesi” ve “tabii hâkim ilkeleri” hakkında açıklamada bulunulması gerekmektedir.

1.2.1.1. Kanunilik İlkesi

Hâkimin tarafsızlığının ve bağımsızlığının temel dayanaklarından biri kanunilik ilkesidir. Bu ilke ile hukuk devletinin temelini olan hukukun bağlayıcılığı ve hukukun en üstün güç olması anlatılmaktadır¹³⁸. Gerçekten yargı kuvvetini kullanan hâkimlerin kanunlara bağlılığı kanunilik ilkesi ile sağlanmaktadır. Zira yargılama faaliyeti halk adına kanunların uygulanması olup, hâkimlerin kendi kişisel düşüncelerinin uygulanması asla değildir¹³⁹. Aydınlanma ile ortaya çıkan suç ve cezada kanunilik ilkesi, (*nullum crimen nulla poena sine lege*) işlendiği zamanın kanunları tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiilin cezalandırılmayacağını ve kişinin kanunda tespit edilen cezadan başka bir cezaya mahkûm edilemeyeceği ifade etmektedir¹⁴⁰.

Hafizoğulları’na göre “bir fiil, kanunda açıkça suç sayılmadıkça, kimseye ceza verilmez ve güvenlik tedbiri uygulanmaz, münferit hallerde, kanunun suç saydığı fiil için, sadece kanunun belirlediği ceza verilebilir ve güvenlik tedbiri uygulanabilir ve karşılığında bir cezanın veya güvenlik tedbirinin verilmesini gerektiren fiiller, kanunda tek tek sayılmalı ve her bir fiil, kapsamının ve sınırlarının belirlenmesini mümkün kılacak bir biçimde açık ve özlü olarak tanımlanmış olmalıdır”¹⁴¹. Şu hâlde öncelikle ceza kanununun özel kısmında veya diğer kanunlarda düzenlenen tanıma uygun bir fiilin var olması ve bu fiilin hapis ya da adli para cezası yaptırımına bağlı olması yani bir suçun varlığı gerekmektedir¹⁴². Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile suçun işlendiği tarihte, ceza

¹³⁸ **Arnauld**, Andreas Von, “*Hukuk Devleti*”, (Çev: Arslan Topakkaya), *Anayasa Teorisi* Ankara, 2014, s. 724.

¹³⁹ **Selçuk**, s. 216-217.

¹⁴⁰ Doktrinde ayrıca öze ilişkin kanunilik tanımı altında; kanunda açıkça suç olarak düzenlenmese de anti-sosyal özellikleri nedeni ile bazı fiillerin suç olarak değerlendirilmesi ve bu fiillerin cezalandırılması gerektiğine ilişkin bir ayrım rastlamak mümkündür. Bkz. **Toroslu, Nevzat/ Toroslu, Haluk**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 39.

¹⁴¹ **Hafizoğulları**, s. 19.

¹⁴² **Alacakaptan, Uğur**, *Suçun Unsurları*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 8.

kanunlarında açıkça suç olduğu gösterilmeyen fiillerden dolayı kimseye ceza ve güvenlik tedbirleri uygulanması mümkün değildir¹⁴³.

Kanunilik ilkesi ile zayıf olan bireyin temel hak ve özgürlükleri, güçlü olan devletin keyfi davranışları karşısında korunacak ve hukuk devleti ilkesinin zarar görmemesi sağlanacaktır¹⁴⁴. Aynı zamanda kişiler, kanunda suç olarak tanımlanan fiilleri önceden bilerek, kendi hareketlerini buna göre yönlendireceklerdir. Bu sayede kamu menfaati sağlanmış olacaktır.

Kanunilik ilkesinin kabulü ve uygulanmasına ilişkin süreç uzun ve sancılı olmuştur. İlk defa 1215 yılında İngiltere’de *Magna Carta Libertatum* ile ortaya çıkmış olan ilke, Fransız İhtilali sonrasında bugünkü halini almıştır¹⁴⁵. *Hobbes*’la başlayan kanunilik ilkesine ilişkin görüşler *Locke*, *Rousseau*, *Beccaria*, *Bentham*, *Montesquie* ve *Hegel* gibi düşünürler sayesinde gelişmiş ve günümüzdeki halini almıştır¹⁴⁶. Aydınlanma ile birlikte ortaya çıkan laikliğin ceza hukuku yönünden yansıması da “kanunilik ilkesi” ile olmuştur¹⁴⁷. *Montaigne* “yasalar yasa oldukları için saygı duyulur, doğru oldukları için değil” diyerek kanunilik ilkesinin önemini açıklamıştır. *Beccaria* ise suçlar ve cezaların ancak kanunlarla belirlenebileceği ve hâkimlerin kanunlarda kabul edilen cezalardan farklı ya da daha ağır ceza veremeyeceğini belirtmiştir¹⁴⁸.

1948 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m. 11/2 ’de; “Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan

¹⁴³ **Artuk, Mehmet Emin**, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi- Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar*, Cilt: 3, 2014, s. 39.

¹⁴⁴ **Arslan/ Özkul**, s. 46.

¹⁴⁵ **Baytaz**, s. 16.

¹⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Dursun, Hasan**, “Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi”, *CHD*, C. 12, S. 33, Nisan 2017, s.115-149.

¹⁴⁷ **Hafizoğulları, Zeki**, Laiklik ve Türk Hukuk Devrimi, <https://www.atam.gov.tr/wp-content/uploads/Zeki-HAFIZO%c4%9eULLARI-L%c3%a2iklik-ve-T%c3%bcrk-Hukuk-Devrimi.pdf> (E.T.25.03.2019).

¹⁴⁸ **Beccaria**, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, 2. Baskı, İmge Kitapevi, İstanbul, 2010, s. 31.

herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” düzenlemesi ile kanunilik ilkesi tanınmıştır¹⁴⁹.

İslam ceza hukukunda hadd ve diyet suçlarında, hangi fiilin suç teşkil ettiği ve bu fiil sonucu meydana gelen suçun, yaptırımının türü ve miktarı, Kur’an’da ve hadislerde açıkça ortaya konulmuş olması nedeniyle İslam ceza hukukunda kanunilik ilkesinin varlığının kabul edilebileceği belirtilmektedir¹⁵⁰. Bununla birlikte tazir suçlarında kısmen de olsa kıyasın uygulanabilmesi sebebi ile tam anlamı ile kanunilikten bahsedilmenin mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁵¹.

Osmanlı Ceza Hukukunda 1876 yılında yürürlüğe giren Kanuni Esasi’nin 10. maddesindeki *“Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz”* ile kanunilik ilkesinin kabul edildiğinin söylenmesi mümkündür¹⁵². 1921 ve 24 Anayasalarında kanunilik ilkesine ilişkin açık bir düzenleme yer almamıştır¹⁵³.

1961 Anayasası’nın 33. maddesi, 1982 Anayasa m. 38’de korunmuştur¹⁵⁴. Bu düzenlemeye göre; *“kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”* düzenlemesi ile kanunilik ilkesi

¹⁴⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/> (E.T. 09.11.2019).

¹⁵⁰ Baytaç, s. 20.

¹⁵¹ Baytaç, s. 21.

¹⁵² <https://anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/> (E.T. 22.01.2021)

¹⁵³ Baytaç, s. 23.

¹⁵⁴ 1961 Anayasası m. 33; *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”* www.anayasa.gov.tr (E.T. 22.01.2021)

düzenlenmiştir. Anayasanın bu düzenlemesine uygun olarak TCK m. 2’de suçta ve cezada kanunilik ilkesi yer almıştır¹⁵⁵.

Kanunilik ilkesinin varlığından bahsedebilmek için “belirlilik ilkesi”, “kıyas yasağı ilkesi”, “lehte kanun ilkesi”, “ülkesellik (mülkilik) ilkesi” ve “şahsılık ilkesi”nin o hukuk düzeninde kabul edilerek uygulanıyor olması aranmaktadır¹⁵⁶.

Hâkimin görevinin uyuşmazlığın, taraflar arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın hukuk kurallarının tam ve doğru bir biçimde uygulanarak karara bağlanması olduğu göz önüne alındığında; kanunilik ilkesi, hâkimin hukuk kurallarının uygulamasında keyfi davranmasını engelleyerek, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını sağlamaktadır. Hâkim olan kanunu eleştirebilir ancak uygulamaktan kaçamaz¹⁵⁷.

Kıyas, hukukta olayların birbirine benzetilerek normun uygulama alanının genişletilmesi yöntemidir¹⁵⁸. Bu nedenle kıyas yasağı kanunilik ilkesinin en doğal sonucudur. Ancak usul kuralları yönünden kanunilik ilkesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ceza muhakemesi kurallarının yorumunda aslında ceza hukuku kurallarının yorumunda bir farklılık olmadığı belirtilmektedir. Ancak ceza muhakemesinde kural bulunmaması halinde kıyas yapılabilmesine ilişkin olarak ceza kanunlarından ayrı bir değerlendirme yapılmaktadır. Zira ceza muhakemesinde kıyas

¹⁵⁵ Yargıtay 19 CD 06.11.2018 T, 2017/5445 E, 2018/11401K. sayılı kararı; “...6222 sayılı Kanun’un Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin "biletlerin basılması ve satışa sunulması" başlığı altında düzenlenen 21. maddesinin yedinci fıkrasında; "En üst ve bir alt futbol liglerinde elektronik kart ve merkezi elektronik bilet uygulamasına geçilinceye kadar ve diğer profesyonel ligler ile Kamunda adı geçen spor dallarının en üst liglerinde, usulüne uygun olarak düzenlenmiş bilet olmaksızın spor alanlarına girilmesi Kanunun 15 inci maddesi kapsamında değerlendirilir." hükmü yer almakta ise de, Anayasamızda ifade edilen ve evrensel nitelikteki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi gereğince kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukuki sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur. Dolayısıyla, idare düzenleyici işlemlerle suç ve ceza ihdas edemez.” www.sinerjimevzuat.com. (E.T. 30.03.2019).

¹⁵⁶ Arslan/ Özkul, s. 46 vd; Eşitli Aygün, Ezgi, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, TBBD, S. 104, 2013, s. 234 vd.

¹⁵⁷ Selçuk, s. 217.

¹⁵⁸ Uzun, Ertuğrul, Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın no:27, Ankara, 2014, s. 103.

yapılamayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, kıyas mümkündür¹⁵⁹. Ancak sınırsız bir kıyas yapılabilmesi mümkün değildir. Anayasa m. 13'e göre hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte bir kıyas yapılması mümkün değildir¹⁶⁰. Yine kanunlarda genel kurallara istisna olarak yapılmış düzenlemeler yönünden de kıyas mümkün olmayacaktır¹⁶¹. Sonuç olarak ceza muhakemesinde sınırlayıcı kurallar ve istisna oluşturan kurallar bakımından kıyas mümkün değildir.

1.2.1.2. Tabii Hâkim İlkesi

Yargı yetkisinin kullanılmasında en önemli ilkelerden biri, hukuki uyumsuzluğu çözecek hâkimin o uyumsuzluğun doğmasından önce belli edilmesini kabul eden tabii hâkim ilkesidir¹⁶². Tabii hâkim ilkesi, ceza muhakemesinde ise “*Kanunsuz suç ve ceza olmaz.*” ilkesinin bir yansıması olarak kabul edilmektedir¹⁶³. Tabii hâkim ilkesi hâkimin tarafsızlığının güvencelerinden biridir ve devletin hukuki korunma yükümlülüğünü yerine getirdiğinin bir göstergesidir¹⁶⁴.

Tabii hâkim ilkesi hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olup, bu ilke ile herhangi bir olayı yargılayacak olan mahkemenin ve hâkimin olay meydana geldikten sonra değil, daha meydana gelmeden önce ve genel yasalarla kurulmuş olması ifade edilmektedir¹⁶⁵. Şu hâlde tabii hâkim, bağımsızlık ve tarafsızlık teminatı verilmiş,

¹⁵⁹ Şahin / Göktürk, s.51.

¹⁶⁰ Kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı düzenlemelerin kanunla yapılması zorunludur. **Baytaç, Abdullah Batuhan**, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 375.

¹⁶¹ **Baytaç**, s.377; **Ünver/ Hakeri**, s. 69.

¹⁶² **İba**, s. 272; **Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 135; **Kaboğlu**, s. 91. Doktrinde “*tabii hâkim*” ve “*kanunen tabii olunan mahkeme*” kavramları içerik ve sonuçları bakımından aynı kavramları olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 467.

¹⁶³ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 32; **Kibar**, s. 36; **Schroeder F. Christian/Verrel Torsten**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Çev. Salih Oktar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.55.

¹⁶⁴ **Tanrıver, Süha**, “*Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı*”, TBBB, S. 104, s.20.

¹⁶⁵ **Centel/ Zafer**, s. 692; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 110; **Kibar**, s. 36; **Arslan/ Özkul**, s. 45; **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 88 vd; **Tosun**, s. 197. Tabii hâkim ilkesinin “*öncedenlik*” ve “*kanunilik*” öğelerinden oluştuğuna ilişkin bkz. **Tanrıver**, s. 12; **Taştan**, s. 52; **Gözler, Kemal**, Yargı Organı, <https://www.anayasa.gen.tr> (E.T. 02.06.2019); **İba**, s. 273; Aynı şekilde Alman Anayasası m. 101’de

yasalarla yetkilendirilmiş olan hâkimlerdir¹⁶⁶. Tabii hâkim ilkesinin bir diğer sonucu da mahkemelerin yetkilerini düzenleyen objektif ve genel kuralların varlığının da zorunlu olmasıdır¹⁶⁷. Suçlanan kişinin önceden objektif ve genel kurallarla kurulmuş bir mahkemede hâkim karşısına çıkartılarak, suçlu olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu sayede mahkeme üzerinde hıleye yönlendirme yapılması imkânı ortadan kalkacaktır.

Kanunlarda geçen ve doktrinde de sıklıkla karşılaşılan “Kanuni mahkeme” ile “kanuni hâkim”, “tabii mahkeme” ve “tabii hâkim” terimlerinin aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir¹⁶⁸. Türk Hukukunda bu müessese Anayasa m. 37’de “kanuni hâkim güvencesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere “*Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen doğal yargıç ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına ya da yargıcın atanmasına engel oluşturur, sanığın veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez. İlkeyle suçun işlenmesinden sonra çıkarılacak bir yasa ile oluşturulacak mahkeme önüne davanın götürülmesi ve böylece “kişiyeye” ya da “olaya” özgü mahkeme kurulması yasaklanmıştır*¹⁶⁹.” Tanör tabii

Olağanüstü Mahkemelerin kurulmasının yasaklığına ilişkin bkz. Alman Anayasası <https://www.servat.unibe.ch> (E.T. 26.10.2019); Alman Anayasası m. 101/1’de istisnai mahkemelerin kurulamayacağı ve hiç kimsenin yasal hâkiminden mahrum bırakılmayacağı düzenlenmiştir. Bkz. **Eser, Albin**, “*Yasal Hâkim ve Münferit Olayda Tespiti*”, Çev. Nur Centel, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1985, Cilt:9, s. 49,50.

¹⁶⁶ **Centel/ Zafer**, s. 693; Hâkimin olaydan sonra tayin edilmesi ya da yargılamanın nakli tabii hâkim ilkesine aykırılık olarak kabul edilmemektedir. Burada kıstas dava konusu olaydan sonra yeni bir mahkemenin kurulması olarak gösterilmektedir. Mahkemenin önceden kurulmuş olması ve hâkiminin değiştirilmesi ilkeye aykırılık olarak değerlendirilmemektedir. **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 206.

¹⁶⁷ **Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 72; **Arslan/ Özkul**, s. 45.

¹⁶⁸ **Tanör**, İnsan Hakları Sorunu, s. 219 vd.

¹⁶⁹ AYM 21.01.2010 T. 2009/52E, 2010/16K sayılı kararı RG 30.12.2010/27801; Anayasa Mahkemesi bir başka kararında kanuni hâkim güvencesinin kapsamını açıklamıştır. Bu karara göre; “*yeni kurulan mahkemelerin veya kurulu bulunan mahkemelere yeni atanan hâkimlerin, önceden işlenen suçlara ilişkin olarak hiçbir şekilde yargılama yapamayacakları biçiminde anlaşılabilir. Belirli bir olay, kişi veya toplulukla sınırlı olmamak kaydıyla yeni kurulan bir mahkemenin veya kurulu bulunan bir mahkemeye yeni atanan hâkimin, kurulma veya atanma tarihinden önce gerçekleşen uyuşmazlıklara bakması kanuni hâkim güvencesine aykırılık teşkil etmez.*” (AYM 14.01.2015T. 2014/164E, 2015/12K. sayılı kararı).

hâkimi, “*atfedilen suçun işlendiği tarihte var olan ve yetkileri yasa ile açıkça belirlenmiş olan mahkemenin hâkimi*” olarak tanımlamaktadır¹⁷⁰.

Tabii hâkim ilkesi, kişilerin tabii olacakları hukuk rejimini önceden bilmelerini, buna göre davranışlarını yönlendirmesini ifade eden hukuki güvenlik ilkesi ile de yakından ilişkilidir¹⁷¹.

Aydınlanma çağında yargının keyfi hareketleri karşısında mücadele ile elde edilen bu ilke, yargı sisteminin ve hâkimlerin tarafsızlığının güvencesini sağlamaktadır¹⁷². Bu ilke başta mutlakiyetçi hükümet yargısı ile liberalizmin çatışması sonucunda yürütmeye karşı yargının korunması amacı ile ortaya çıkmış olsa da, zamanla yargının yasamadan gelecek etkilere karşı da korunmasını sağlamıştır¹⁷³.

Tabii olmayan hâkim genellikle üstünlüğü elinde bulunduran tarafından, olaydan sonra ya sadece bu olay için kurulmuş, ya da yaşanan olaydan sonra davaya bakmakla yetkili kılınmış hâkimdir¹⁷⁴. Bu tür mahkemelerin hâkimlerinde önceden bir cezalandırma kanaati olduğundan bu mahkemelerde yapılan yargılamaların adil yargılanma teminatına sahip olmadığı söylenebilecektir. Bu nedenle tabii hâkim ilkesi ile taraflara eşit mesafede duran, her iki tarafa da savunmalarını ve delillerini sunarak, incelemede eşit imkânlar sağlayan, yargılamanın ve alınacak olan kararın objektif olduğunu ortaya koyan tarafsız bir hâkim sağlanabilecektir¹⁷⁵. Bu ilke ile fiile ve kişiye göre hâkim görevlendirilmesi mümkün olmamasının yanı sıra, önceden görevli olan hâkimin kişiye ve fiile göre görevinden alınması da engellenerek kamuoyunda yargılamaya ilişkin doğacak şüphelerin önüne geçilecektir¹⁷⁶. Alman Federal Mahkemesi somut olaya

¹⁷⁰ **Tanör**, İnsan Hakları Sorunu, s. 222.

¹⁷¹ **Tanriver**, s. 16.

¹⁷² **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 32.

¹⁷³ **Eser**, *Yasal Hâkim*, s. 51.

¹⁷⁴ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 79; **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 206; **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 89; **Tosun**, s. 198.

¹⁷⁵ **Tanriver**, s. 19.

¹⁷⁶ **Ünver/ Hakeri**, s. 72-73; **İba**, s. 273.

ilişkin yetkili hâkimin genel kurallardan mümkün olduğu kadar açık bir biçimde belirlenebilmesinin tabii hâkim ilkesinin gerekliliklerinin sağlandığını kabul etmektedir¹⁷⁷.

Yurtcan 'a göre bir yargıca ait olan davanın ondan alınması ya da ona hiç verilmemesi de tabii hâkim ilkesine aykırılıktır ve hatta hâkime yapılacak her türlü baskı da bu ilkenin ihlali niteliğindedir¹⁷⁸. Tabii hâkim ilkesi ile hâkimin, doğal olmayan birtakım etkilere maruz bırakan, görevini tam ve gereği gibi yerine getirmesini engelleyici davranışlardan korunması suretiyle kararının etkilenmesinin önüne geçilmek amaçlanmaktadır¹⁷⁹.

Bizde ilk defa 1876 tarihli Kanun-i Esasi m. 89'da olağanüstü mahkeme kurma yasağı düzenlenmiştir¹⁸⁰. Yine 1879 yılında kabul edilen Ceza Muhakemesi Usul Kanunu büyük ölçüde Fransız kanunlarından alınmıştır¹⁸¹. 1924, 1961 ve 1982 AY'larında da istikrarlı bir biçimde yasağa ilişkin düzenlemelerin devam ettiği görülmektedir.

AİHS m. 6'da geçen "*kanuni mahkeme*" ile kastedilen kanuni hâkim normunun dayanağı tabii hâkim ilkesidir¹⁸². Mahkeme *Posokhov/Rusya* kararında, yalnız mahkemelerin kuruluş biçimlerinin değil, aynı zamanda hâkimlerin nasıl atandıklarının de kanun ile düzenlenmesi gerektiğine, hâkimlerin hukukçu olmayan kişilerden seçilmesi halinde ayrıca atanma usullerine bakılmaksızın tabii hâkim ilkesine aykırılık

¹⁷⁷ **Eser**, *Yasal Hâkim*, s. 53.

¹⁷⁸ **Yurtcan**, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 81.

¹⁷⁹ **Ünver/ Hakeri**, s. 73.

¹⁸⁰ **Tosun**, s. 199; **Özkul, Fatih**, "*Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*", ABD, 2016/3, s. 216.

¹⁸¹ **Akgündüz, Said Nuri**, "*Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*", AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.4, S.8, 2016, s. 5.

¹⁸² İHEB'nde "bağımsız ve tarafsız mahkeme" olan kabul edilen düzenlemenin AİHS m. 62'de daha da ileri gidilerek "kanunla kurulmuş mahkeme"nin eklenmesinin yürütme tarafından kurulan ad hoc mahkemeleri hedef aldığına ilişkin bkz. **Tanör, Bülent**, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 217.

nedeni ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁸³. Yasamanın “*tabii olmayan mahkemeler*” kurarak, en temel insan hakları arasında bulunan tabii hâkim ilkesine aykırı davranılmasının engellenmesi AY m. 37 ile güvence altına alınmıştır¹⁸⁴. Maddenin gerekçesinde “Kanunî hâkim”, “kanunun gösterdiği hâkim” kavramı ile mahkemelerin veya hâkimlerin görev ve yetkilerinin kanunla belirleneceğinin kastedildiği belirtilmiştir¹⁸⁵. AYM maddede düzenlenen kanuni hâkim ilkesi ile tabii hâkim ilkesinin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir¹⁸⁶. Şu hâlde tabii mahkemelerin adil yargılanma hakkının en büyük güvencelerinden biri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁸⁷.

Tabii hâkim ilkesi nedeni ile hukuk devleti, suçtan önce mahkemeler kurma ve bu mahkemelerin yerel, görevsel ve kişiler yönünden yetkilerini belirlemek zorundadır¹⁸⁸. Hukuk sistemimizde de 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge

¹⁸³ **Dinç, Güney**, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Adil Yargılanma Hakkı*”, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s. 16-17; AİHM 04.06.2003 T. Başvuru No: 63486/00 prg. 43. www.hudoc.echr.coe (E.T. 22.01.2021)

¹⁸⁴ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 206; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 110; **Tanrıver**, s. 20; **İba**, s. 273.

¹⁸⁵ Anayasa m. 37 gerekçesinde aynen; “*Bu maddede ‘kanunî’ ve ‘tabii’ hâkim güvencesi birlikte düzenlenmiştir... ‘Tabii hâkim’ kavramı ise yargılanacak nizanın vukuu anında bulunan kanunun öngördüğü yargı mercii demektir. Bunlara ‘olağan mahkemeler’ de denir. Diğer bir deyimle, bir ceza [niza], ancak vukuu anında yürürlükte bulunan kanunun tâbi kıldığı yargılama mercii önüne götürülecek; bu kanuna göre, hangi mahkemenin görev ve yetkisine giriyorsa o mahkeme tarafından çözüme bağlanacaktır*”

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/b118/mgk_010071180445.pdf (E.T. 28.12.2020).

¹⁸⁶ “*Maddenin gerekçesinde ise, ‘(Kanuni hâkim), (kanunun gösterdiği hâkim) deyimleriyle, mahkemelerin veya hâkimlerin görev ve yetkilerinin kanunla belirleneceği; yani ancak yasama tasarrufları yoluyla görev ve yetkinin saptanacağı belirtilmiştir.’ denilmektedir. Ancak, hukuk devletinde, yasal yargıç (kanuni hâkim), doğal yargıç (tabii hâkim) olarak anlaşılmalıdır.*” AYM 20.10.1990 t. 1993/13E, 1990/93K

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/30?KararAramaRaporu=1&KararNo=1990%2F30&KararTarihiIlk=20%2F10%2F1990> (E.T. 28.12.2020).

¹⁸⁷ **Tosun**, s. 198; AYM 15.04.1975T. 1973/19E, 1975/87K sayılı kararında tabii mahkemeleri; “*olağan yargılama yerlerinin olaylardan önce ve genel olarak herkes için, olağanüstü mercilerin de olaylardan sonra ve olaya özel olarak kurulmuş olmaları diye gösterilmekte olaylardan önce genel biçimde kurulmuş olup da belli bir olayla ilgili bulunmayan yargı yerlerine ‘olağan yargı yeri’ ve böyle yerlerin hâkimlerine de ‘olağan hâkim’ denilmektedir*” gerekçesi ile açıklamıştır. <https://www.anayasa.gov.tr/> (E.T. 09.11.2019).

¹⁸⁸ AYM 03.11.1977 T. 1977/36E. 1977/130K. <https://www.anayasa.gov.tr/> (E.T. 09.11.2019).

Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümleri ile mahkemelerin kuruluşları objektif ve genel kurallar çerçevesinde öngörülmüştür¹⁸⁹.

Tabii hâkim ilkesi, istisnai mahkemeler kurulmasına engel olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir¹⁹⁰. İstisnai mahkemeler ve özel mahkemeler birbirlerinden farklı iki kavramdır. İstisnai mahkemeler anayasada yer alan düzenlemeler dışına çıkılarak bir ya da birkaç fiilin yargılanması için kurulan mahkemelerken, özel mahkemeler belirli nitelikte bir fail veya suçu yargılamak için bazı zorunluluklar sebebi ile kurulmuş, yargılama konusunda uzmanlığı bulunan mahkemeler olarak tanımlanmaktadır¹⁹¹. Tabii hâkim ilkesi ile hâkimin tarafsızlığı arasında çok sıkı bir bağ bulunmaktadır. Bazı özel durumlar için kurulan DGM gibi istisnai mahkemelerde görevlendirilen hâkimlerin, bu özel durumlara ilişkin olarak önceden bir kanaat sahibi olup taraflı oldukları kanısı oluşmakta ve bu hâkimlerin verecekleri kararlara ilişkin toplumda şüphe ortaya çıkmaktadır.

Tabii hâkim ilkesi ile amaçlanan kişinin yasalara göre yetkili, bağımsız ve tarafsız hâkim önünde yargılanması olduğundan, hâkimin yargılamanın süjeleri tarafından reddinin bu ilkeye aykırı olup olmadığı tartışması ortaya çıkmaktadır. Kişinin kendisini yargılayan hâkimden her şeyden önce tarafsız karar vermesini beklediği göz önüne alındığında, hâkimin reddi talebinde bulunmak tabii hâkim ilkesine aykırı olmayacaktır¹⁹². Hâkimin tarafsızlığına ilişkin en ufak bir şüphe tabii hâkim ilkesine aykırılık olacaktır. Zira tabii hâkim; sadece kanunla, yargılanacak olan uyumsuzluğun

¹⁸⁹ RG 07.10.2004/25606

¹⁹⁰ **Centel/Zafer**, s. 693; *Erem*, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalara ilişkin olarak, bakanların ceza sorumluluğu sebebi ile yargılanmaları için kurulmuş bir nevi özel statüde kabul edilen Yüce Divan'da yargılanmalarının özgürlüklere zarar verdiğini ve tabii hâkim ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 91.

¹⁹¹ **Ünver/ Hakeri**, s. 190; **Tosun**, s. 199. Yüce Divan ve askeri mahkemeler özel mahkemelere gösterilen örneklerdir. Bu mahkemelerin tabii hâkim ilkesine aykırılık teşkil etmediği belirtilmektedir. **Özen M.**, s. 144; Özel mahkemeler bir ihtiyaç üzerine, uzmanlaşmanın bir sonucu olarak ortaya çıkan olağan yargı yeridir, genel mahkemelerin teşkilâtlandırılması ile aynı yasal dayanaklarla kurulurlar. **Tanrıver**, s. 21-23; Anayasa m. 122 dayanağı ile kabul edilen ve bu kapsamda kurulan Sıkıyönetim Mahkemeleri OHAL 'den daha ağır şartların varlığında yürürlüğe girmesi kabul edilen bir düzenlemeydi. Anayasa'da 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı kanunun m. 16-E maddesi ile Sıkıyönetim mahkemeleri kaldırılmıştır.

¹⁹² Aynı yönde bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 33-34.

gerçekleşmesinden önce, görevi, yetkisi ve uygulayacağı kurallar belirli olan hâkim değil, aynı zamanda taraflara karşı eşit muamelede davranacak olan bağımsız, tarafsız bir hâkimdir¹⁹³.

Uygulamada davaya bakan hâkimlerin emeklilik, vefat, tayinleri sebebi ile değişmeleri sık rastlanan bir durumdur. Hâkimin sonradan tayin edilmiş olması, o mahkemenin sonradan kurulduğu anlamına gelmeyecektir¹⁹⁴. Yaşanan hâkim değişikliğinin tabii hâkim ilkesine aykırı olup olmadığını değerlendiren *Güzel*, kötü niyetli olmasa dahi, toplumda hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüphe yaratacak bir biçimde, asıl hâkimden başka bir hâkimin duruşmaya ya da karar müzakeresine katılmasını da tabii hâkim ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir¹⁹⁵. *Güzel*'e göre dikkat edilmesi gereken husus, hâkimin değişmesinde tarafsızlığın ihlal edilecek nitelikte olup olmadığı ya da değişiklik gerekçesinin açık bir biçimde siyasi bir sebebe dayanıp dayanmadığıdır¹⁹⁶.

Alman hukukunda davaya bakacak hâkimin tespiti konusunda detaylı bir Alman Mahkemeleri Teşkilatı Kanunu bulunmaktadır. Bu yasal düzenlemeler kapsamında Alman ceza muhakemesinde mahkemeler arasında yapılan iş bölümlerinde, işin işleyişi sırasında ortaya çıkan zorunlu nedenler sebebiyle iş bölümü planındaki görev sırası değiştirilmesi, gerektiğinde mahkeme başkanının acele kararıyla, geçici vekil hâkim tayininin tabii hâkim ilkesine aykırı olmadığı görülmektedir¹⁹⁷. Alman mevzuatından farklı olarak Türk ceza muhakemesi sisteminde hangi suça bakmakla hangi mahkemenin görevli olduğu 5235 sayılı yasayla düzenlenmiş ancak davanın yargı çevresi içerisinde hangi mahkeme tarafından bakılacağına ilişkin detaylı bir biçimde yapılmış bir düzenleme bulunmamakta, tevzi tarafından aynı derecede bulunan

¹⁹³ **Tanrıver**, s. 31.

¹⁹⁴ **Sever**, s. 116.

¹⁹⁵ **Güzel, Ali**, “*Yargılama Hukukunda Tabii Hâkim*”, Güncel Hukuk Dergisi, S. Nisan 2014/4, s. 18.

¹⁹⁶ **Güzel**, s. 18.

¹⁹⁷ **Eser**, s. 55.

mahkemeler arasından otomatik olarak belirlenmektedir. Bu nedenle ülkemizde "yasal hâkim" ilkesinin "yasal mahkeme" garantisi olarak gerçekleştiği ifade edilmektedir¹⁹⁸.

Yine CMK m. 19'da duruşmanın nakli ve duruşmanın başka yerde yapılması da tabii hâkim ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmekte, yüz yüzelik ve doğrudanlık ilkelerine aykırı oldukları belirtilmektedir¹⁹⁹. Ancak Anayasa Mahkemesi davanın başka yere nakledilmesinin hâkim ve mahkemelerin bağımsızlığında, hukukun uygulamasında ve tarafsızlık içerisinde görülmesinde olumsuz bir durum ortaya çıkarmayacağına karar vermiştir²⁰⁰.

Anayasa Mahkemesi ceza usul kurallarına ilişkin değişiklikleri içeren kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanmaya başlayacağını ve bu yeni yasanın yürürlüğe girdiği tarihte kesin hüküm verilmemişse, yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren yeni yasanın uygulanması gerektiğini belirtmektedir²⁰¹. Bu gerekçe ile yasa ile yürürlüğe giren kuralın belirli bir suçun işlenmesinden sonra, bu suça ilişkin davayı görecek yargı yerini belirlemeyi amaçlamaması ve yürürlüğü ardından gelen tüm davalara uygulanması halinde tabii hâkim ilkesine aykırılık söz konusu olmayacağına karar vermiştir²⁰².

¹⁹⁸ Eser, s. 64.

¹⁹⁹ Güzel, s. 18.

²⁰⁰ AYM 03.11.1977 T. 1977/36 E, 1977/130K sayılı kararı, RG 24.02.1978/16210.

²⁰¹ Gerçekten A işlediği bir suçla ilgili madde bakımından yetkili asliye ceza mahkemesinde yargılanır ve hapis cezasına mahkûm edilir. Kararın istinaf ya da temyize götürüldüğü aşamada kanun değişikliği ile suç bakımından yargılama yapma yetkisi ağır ceza mahkemesine tanınması halinde yeni kanun uygulanacaktır.

²⁰² AYM 21.01.2010 T. 2009/52 E, 2010/16K sayılı kararı, RG 30.12.2010/27801.

1.3. HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI

Bağımsız bir hâkim anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatine göre karar verendir. Gerçekten bağımsızlığı olmayan adaletten özgürlüklere bekçilik etmesi beklenemez²⁰³.

Doktrinde yargı bağımsızlığı olarak sıklıkla karşımıza çıkan kavramla asıl anlatılmak istenen hâkimin bağımsızlığıdır²⁰⁴. *Mumcuoğlu*, yargı bağımsızlığı ile hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlere tanınan güvencelerin kastedildiğini belirtmektedir²⁰⁵. *Özek* ise bağımsızlık makama değil de süjeye tanındığından, mahkeme bağımsızlığı ile ifade edilenin sadece hâkimin bağımsızlığı olduğunu, hâkimler ve tüm yargılama sülhelerinin bağımsızlığının ise yargı bağımsızlığı olduğunu belirtmiştir²⁰⁶. *Yenisey/Nuhoglu* da benzer bir biçimde hâkimlerin süje olarak bağımsız olmalarının kastedildiğini, ancak bazı mahkemelerin birden fazla hâkimden oluşması sebebi ile mahkeme bağımsızlığı teriminin kullanıldığını belirtmiştir²⁰⁷.

Kuru, hâkimlerin bağımsızlığını “*hâkimlerin gerek yürütme, gerekse yasama organlarına bağlı olmadıkları, onlardan müstakil oldukları, bu iki organın hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı*” olarak açıklamaktadır²⁰⁸.

²⁰³ **Kapani**, Türkiye’de Yargı Kuvveti, s. 70.

²⁰⁴ *Kunter* yargılamanın bağımsızlığı için olmazsa olmaz yargılama birliği prensibini açıklarken, gücü elinde bulunduran kişilerin kendi mahkemelerini kurmak istemeleri halinde aslında gerçek bir yargılamadan bahsedilmesinin söz konusu olamayacağını, yargılamanın kesinlikle yasama ve yürütmenin etkisinden uzak bir biçimde faaliyet göstermesinin sağlanması gerektiğini belirtmektedir. *Kunter*’e göre hâkimin bağımsızlığından bahsedebilmek için hâkimin karar verirken hiçbir baskı altında olmaksızın hür bir biçimde hareket etmesi, baskı altına alınmasının dahi mümkün olmaması gerekmektedir. **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 88-89.

²⁰⁵ **Mumcuoğlu**, s. 266.

²⁰⁶ **Özek**, s. 917.

²⁰⁷ **Yenisey/Nuhoglu**, s. 239.

²⁰⁸ Her türlü endişeden uzak, maddi-manevi zorlamalardan uzak, huzur içinde görevlerini yapmak için anayasa bağımsızlıklarının düzenlendiğini belirtmiştir. **Kuru, Baki**, “*Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı*”, AÜHF Yayınları, Ankara, 1966, s.6.

Demokratik ülkelerde hâkimin bağımsızlığının sağlanmasına ilişkin teminatlar anayasalarda yer almıştır. Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve İtalya Anayasalarında hâkimlerin bağımsızlıkları kabul edilerek korunmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır²⁰⁹.

Hâkimin bağımsızlığı denildiğinde ilk akla gelen; hâkimin siyasi iktidarla olan ilişkileri, hâkimin görevini yaparken siyasi iktidarın etkisinde kalıp kalmaması, iktidarın hâkime müdahale edip edemeyeceğidir²¹⁰. Gerçekten hâkimlerin yasama ve yürütmeye ve hatta bazı zamanlarda birbirlerine karşı korunması için bağımsızlıklarının sağlanması gerekmektedir²¹¹. Zira yargı kuvvetinin elinde bulunan büyük gücü ele geçirmek için tarih boyunca diğer kuvvetlerin çabaları olmuştur²¹². Bu nedenle bağımsızlık, özgürlükler hukukunun en büyük güvencesi kabul edilen hâkimlerin statülerinden kaynaklı en önemli güvencesidir²¹³. Hâkimler bağımsızlıklarının sağlanması sayesinde kararlarını alırken hiçbir baskı ve etki altında kalmadan hür bir biçimde davranabilecektir²¹⁴. Aksi takdirde bireylerin hak ve özgürlüklerinin var olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktır. Ancak bağımsızlığın hâkimin keyfi bir şekilde yargılama yapması olarak anlaşılması gerekir; tam tersine hiçbir etki ve baskı altında kalmadan yürürlükte bulunan hukuk kurallarına uygun bir biçimde yargılama faaliyetinin gerçekleştirilmesi anlaşılmalıdır²¹⁵.

²⁰⁹ Bkz. **Özek**, s. 919.

²¹⁰ **Soyaslan, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 233; Yargının bağımsızlığı ile hâkimlerin yasama ve yürütme organlarına bağlı olmamaları, onlardan müstakil olmaları, yasama ve yürütmenin hâkimlere emir ve talimat verememeleri, tavsiye ve telkinde bulunamamaları olarak tanımlanmaktadır. **Özbudun**, s. 388.

²¹¹ **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 23; **Centel/ Zafer**, s. 683; Bağımsızlık hâkim görevini yerine getirirken objektif ve özgür olabilmesi için kabul edilmiştir. **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 93.

²¹² **Selçuk**, s. 213.

²¹³ **Kaboğlu**, s. 90.

²¹⁴ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 82; **Taştan**, s. 32; **İba**, s. 273; Hâkimin bağımsızlığı ile anlatılmak istenen hâkimlerin her türlü maddi ve manevi etkiden uzak görevlerini huzur içinde yerine getirmeleridir. **Kuru**, 1966, s. 1; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 95.

²¹⁵ **Karakoç**, s. 2; Yargı kuvveti hem uyuşmazlıkların çözümü hem de diğer kuvvetlerin iş ve işlemlerinin denetimi görevini yerine getirirken herhangi bir organik müdahillğe karşı bağımsızlığın olması olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Kılıç**, Yargı Mensuplarının Sosyal Medya Kullanımı, s. 7.

Hâkimin bağımsızlığının göstergeleri; görevini yaparken kimseden talimat ve emir almamak, karar vermede özgürlük ve sorumsuzluk, kanunlara bağlılık, maddi-manevi zorlama altında kalmadan, gelecek endişesi taşımadan, korkmadan ve huzur içerisinde mesleğin icra edilebilmesidir²¹⁶. Hâkimin verdiği kararın kendi kişisel kararı olmayıp, makamın kararı olması sebebi ile sorumluluğu da olmamalıdır. HMK m. 46'da yapılan düzenleme ile hâkimlerin yargılama faaliyetleri sebebi ile uğranılan zarardan dolayı devlet aleyhine dava açılabilmektedir²¹⁷.

Sonuç olarak bağımsız bir hâkimin yasama, yürütme hatta yargı kuvvetinden ve dışarıdan gelecek etkilere karşı koruma altında olması, davanın taraflarının kim olduklarına bakmaksızın görevini yerine getirmesi hukukun üstünlüğünün bir göstergesi ve adil yargılanma hakkının en büyük güvencesidir.

1.3.1. Bağımsızlık Kavramı

Hâkimlerin bağımsızlığı Anayasa'nın 138. ve 9. maddeleri ile güvence altına alınmıştır²¹⁸. Hâkimlere baskı yapılabilme ihtimalinin varlığı dahi bağımsızlıklarına

²¹⁶ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 233; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 82, 83; **Özbek/Doğan/ Bacaksız**, s. 71; **Taştan**, s. 32; **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 210; **Yenidünya, Caner/ İçer, Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 34; **İba**, s. 273; **Acar, Bülent Hayri**, “Yargıtay'ın Başkan ve Üyelerinin Hukuksal Sorumsuzluğa Yaklaşan Sorumluluklarına İlişkin Görüşün Eleştirisi”, TBB, 1990/4, s. 491-505; Ancak belirtmek gerekir ki hâkimlerin tam anlamıyla sorumsuzlukları söz konusu değildir. Kanun koyucu belirli şartların varlığı halinde hâkimlerin hukuki sorumlulukları olduğunu kabul etmiştir. Bunun gerekçesi olarak da keyfiliği önleme gösterilmektedir. Ceza muhakemesi yönünden hâkimin CMK m. 141 gereğince tazminat davaları ancak devlet aleyhine açılabilmektedir. Ülkemizde kabul edilen sınırlı sebeplerle ve kasta yaklaşan kusur sorumluluğu kabul edilmiştir. Bkz. **Arslan /Yılmaz /Taşpınar Ayvaz /Hanağası**, s. 127; Doktrinde hâkimlerin hukuki sorumluluklarının olması konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. **Kılıçoğlu**, hâkimlerin yargılama faaliyetleri sırasında yargı organı olarak hareket ettiklerini, organın faaliyetinden dolayı hükmü şahsın sorumluluğuna gidilebileceğinden, devletin yargı organının faaliyetinden dolayı zarar gören vatandaşın zararını gidermede birinci derece sorumlu olduğunu, zarar giderildikten sonra kusurlu hâkime rücu edilebileceğini belirtmektedir. Farklı görüşler için Bkz. **Kılıçoğlu, M. Ahmet**, “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu”, AÜHFD, C. 30, 1973, s. 231-269.

²¹⁷ Devlet ödediği tazminatı bir yıl içerisinde hâkime rücu etme hakkına sahiptir.

²¹⁸ “IX. Yargı yetkisi

MADDE 9- Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.

A. Mahkemelerin bağımsızlığı

zarar vereceğinden, Anayasa ile hâkimlerin bireylere ve tüm kuvvetlere karşı açıkça bağımsız olduğu düzenlenmiştir²¹⁹. Yargı bağımsızlığı, hâkimlerin yargıya yabancı, yargılamanın işleyişini etkileyecek her türlü tehlike, tehdit ve etkilere karşı korunması olarak açıklanmaktadır²²⁰. Anayasa Mahkemesi yargının bağımsızlığı ile toplumda her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak bir biçimde mahkemeler huzurunda adaletin sağlanacağına ilişkin güven vermenin amaçlandığını belirtmektedir²²¹.

Hâkimlerin kuvvetlere ya da taraflara karşı bağımsızlıklarının olup olmadığının tespitinde hâkimlerin atanma şekli, görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önemlidir²²². AİHM bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına karar verilebilmesi için

MADDE 138- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” www.tbmm.gov.tr (E.T.04.12.2018).

²¹⁹ **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 237.

²²⁰ *Kapani* yargı bağımsızlığının en önemli koruyucusu olarak hâkimin yüksek ahlaklı, özgürlük ve adalet sevgisi içerisinde bir kişi olması olarak göstermekte, ancak hâkimlerin de duyguları ve zaafı olan bir insan olduğundan teminatlarla korunmaları gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s. 83; **Tanrıver**, s. 16.

²²¹ AYM 15.10.2002 T. 2001/309E, 2002/91K. www.anayasa.gov.tr (E.T.30.12.2020).

²²² AYM 16.05.2013 T. Başvuru No: 2013/1134 www.anayasa.gov.tr (E.T.11.01.2021); AYM 14.01.2015 T. 2014/164E, 2015/12K sayılı kararında; “*Sulh ceza hâkimleri de diğer tüm hâkimler gibi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca (HSYK) atanmakta ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla sulh ceza hâkimlerinin mahkemelerin bağımsızlığı yönünden diğer hâkimlerden farklı bir konuma yerleştirildikleri ve bağımsızlık güvencelerinin zayıflatıldığı kanaatini oluşturacak herhangi bir neden görülmemektedir.... Mahkemelerin tarafsızlığını ifade eden ikinci unsur, hâkimlerin, görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin, davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve önyargısız durması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan, hukuk kuralları çerçevesinde vicdanî kanaatine göre karar vermesi gerekir. Anayasa ve kanunlar karşısında hâkimlerden beklenen de budur. Aksi yöndeki davranışlar ise hukuk düzenince disiplin ve ceza hukuku alanındaki yaptırımlara tâbi kılınmıştır. Adalet sistemindeki tüm hâkimler gibi, Anayasa ve kanun hükümleri ile yasama, yürütme ve diğer yargı organlarına ve topluma karşı bağımsızlıkları ve mesleki teminatları sağlanmış olan sulh ceza hâkimlerinin de, görevleri sırasında tarafsız hareket etmeleri için gereken güvenceleri haiz oldukları anlaşılmaktadır.*” şeklinde hüküm vermiştir. RG 22.05.2015/29263.

hâkimlerin atanma şekline, görev sürelerine, dışardan gelen etkilere karşı tanınan teminatlara, dışardan bağımsız görünüp görünmediklerine bakılması gerektiğini belirtmiştir²²³.

HSKa 4. maddesinde “*Hâkimler mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” hükmü ile hâkimlerin bağımsızlıkları düzenlenmiştir²²⁴.

Bazı mahkemelerin çok hâkimli olmalarından dolayı Anayasa’da, heyette bulunan tüm üye hâkimlerin bağımsızlığından bahsetmek için “*mahkemelerin bağımsızlığı*” terimine yer verilmiştir²²⁵. Doktrinde çok hâkimli mahkemelerde bazı hâkimlerin bağımsızlıklarının mahkemeyi ve bu itibarla mahkemelerin bağımsızlığını da etkileyeceği, bu nedenle de mahkemelerin bağımsızlığı kavramının da ayrıca düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir²²⁶. Toplu mahkemelerde hâkimlerin her biri

²²³ AİHM 28.10.1998 T. (70/1997/854/1061) sayılı Çıraklar/Türkiye kararı prg. 38 “*Divan, bir mahkemenin 6. maddenin 1. paragrafına göre "bağımsız" olup olmadığına karar verilebilmesi için üyelerinin atanma tarzına, bunların görev sürelerine, dış baskılara karşı korunmalarına ve bağımsızlık görünümü sergileyip sergilemediklerine olan itibarlarının dikkate alınması gerektiği görüşünü tekrarlamıştır*”.

²²⁴ Vicdani kanaate ilişkin olarak anayasada yapılan düzenlemede, resen araştırma ilkesinin bulunduğu ceza muhakemesi ile tarafların delillerini getirdiği medeni usul hukuku yönünden ayırım yapılmaması doktrinde eleştirilmiştir. Zira taraflarca ibraz edilen ve yazılı delil sistemine dayanan medeni usul hukukunda vicdani kanaat ölçütüne yer verilmesine gerek olmazken, ikrarın varlığı ile bağlı olmayan ceza muhakemesindeki hâkim yönünden vicdani kanaatin önemli olduğu değerlendirilmektedir. Bkz. **Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, Işık Yayınları, Ankara, 2015, s. 88-101; Hâkimlerin Anayasa’ya aykırı olduğunu değerlendirdiği kanunu uygulamamak ve bu durumu Anayasa m. 152’ye göre AYM ’ye bildirmek ödevi bulunmaktadır. **Arslan / Yılmaz /Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 108.

²²⁵ **Ünal**, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, s. 6; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 7; Bu konuda tartışmaların 1961 Anayasasında m. 7’de mahkemelerin bağımsızlığı, m. 132’de hâkimlerin bağımsızlığının düzenlenmesinden kaynaklanması mümkündür. Yine Anayasa m. 138’de mahkemelerin bağımsızlığı başlığı altında hâkimlerin bağımsızlığı düzenlenmiştir; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 239.

²²⁶ **Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 237.

birbirlerinden bağımsızdırlar. Ancak uygulamada başkanın ya da kıdemli üyesinin etkisi altında kalarak karar veren hâkimlerle karşılaşmak mümkün olabilmektedir²²⁷.

Doktrinde hâkimlerin bağımsızlığı; hiç kimseden emir almamayı ifade eden “*maddi bağımsızlık*” ve azledilemezlik ve görev yerinin değiştirilemezliğini ifade eden “*kişisel bağımsızlık*” olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir²²⁸.

1.3.1.1. Maddi Bağımsızlık

1.3.1.1.1. Kimseden Emir Almama

Hâkimlerin maddi yönden bağımsızlıkları, hiçbir erkten veya kişiden emir almamalarını ifade etmektedir²²⁹. Hâkimler ancak bu sayede herhangi etki altında kalmadan vicdanları ile ve hukuka uygun bir biçimde karar verebileceklerdir²³⁰. Bu nedenle Anayasa m. 138/2 hükmünde hiçbir makam ve erkin yargıya emir ve talimat veremeyeceği açıkça düzenlenmiştir²³¹.

Hâkimin bağımsızlığının karşılığı, kanuna bağlılıktır²³². Kanuna bağlılık, hâkimlerin karar verirken kendi hukuk anlayışları ve hisleri ile değil, kanunlara uygun olarak

²²⁷ **Erem**, Adalet Psikolojisi, s. 256.

²²⁸ **Centel/ Zafer**, s. 681; **Selçuk**, hâkimin bağımsızlığının tarafsızlığı, devlete karşı olan bağımsızlığı, özerkliği, topluma karşı bağımsızlığı, kendine karşı bağımsızlığı/ objektiflik (*il principio di ragione obbiettiva*) olarak beş biçimde ortaya çıktığını belirtmektedir, s. 214.

²²⁹ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 11; **Tosun**, s. 324. AİHM yargı bağımsızlığını mahkemelerin yürütmenin ve yasamanın etkisi altında kalmadan, taraflarla herhangi bir bağının bulunmadan ve mahkeme üyelerinin, görevleri sırasında herhangi bir kişi, organ, kurum ya da kuruluşun emir ve talimat almamaları olarak tanımlamaktadır. **İnceoğlu, Sibel**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.161-162.

²³⁰ Opinion No:1 of The Consultative Council of European Judges, <https://www.legal-tools.org/doc/ca5224/pdf/> (E.T. 21.03.2019),

²³¹ Düzenlemede mahkemelerin bağımsızlığından bahsedilmiş olsa da, Anayasa m. 9’da yargı yetkisinin hâkimler eliyle kullanıldığı göz önüne alındığında, hâkimlerin bağımsızlığının düzenlendiği kabul edilmektedir.

²³² **Ünal**, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, s. 9.

görevlerini yapmasıdır. Yine yargılama faaliyetini yürütürken ve karar alırken hâkimler özgürdürler²³³.

Hâkimlerin idari ve yargısal görevleri bulunmaktadır. Doktrinde hâkimlerin yürüttükleri idari görevlerde bakanlığa bağlı olmaları hâkimlerin maddi bağımsızlığına aykırı olduğu kabul edilmektedir²³⁴. Bu görüşe göre hâkimlerin idari nitelikte yürüttükleri işlerinin de yargılama faaliyetinin ayrılmaz bir parçası olduğu ve bu nedenle bu işlemleri yönünden de bağımsız olarak hareket etmeleri gerekmektedir. Ancak *Kuru* idari işlerin organik anlamda hâkimlerin iş tanımı içerisinde olduğu kabul edilmekle birlikte, maddi anlamda değerlendirildiğinde, mahkemelerin idari işlerine giren konulara ilişkin verilen emir, genelge veya talimatların Anayasa m. 138/2'e aykırı olmayacağını belirtmektedir. Kanaatimizce yargılama faaliyetinin etkin ve doğru bir biçimde yerine getirilebilmesi için hâkimlerin idari görevlerinde de bağımsızlıklarının sağlanması gerekmektedir. Zira bize göre bağımsızlık bir bütündür. Hâkimlerin görevlerinin yerine getirilirken bir kısmında bağımsız olacakları bir kısmında yürütmeye bağlı olmalarının kabul edilmesi halinde, hâkimde idari yönden de olsa yürütmeye yaranma davranışı görülmesi mümkündür.

Hâkimlerin bağımsızlıklarının sağlanmasının amacı görevlerini hukuka bağlı olarak layıkıyla yapmaları olduğundan, kendilerine tanınan bu hak ve yetkilerle kendilerini kanun koyucu yerine koyarak, keyfi ve yanlış hareketlerde bulunmaları ya da görevlerini hiç yapmamaları olarak değerlendirilmemelidir²³⁵. Asıl ve yegâne amaç, adalete ve yürürlükteki hukuk kurallarına uygun ve adil karar verebilmeleri için özgür olabilmelerinin sağlanmasıdır²³⁶. Nitekim Anayasa 138/1 maddesinde hâkimlerin “...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre” hüküm verecekleri düzenlenmiştir. Doktrinde hâkimlerin sadece kanunlara değil, aynı zamanda

²³³ **Özen**, s. 69; *Kuru*, Anayasa m. 138/2 'de yer alan düzenlemenin istisnaları olduğunu belirtmiştir. Yargıtay'ın direnme kararlarına karşı verdiği bozma kararına uyma mecburiyeti, İçtihadı birleştirme kararları, AYM kararları, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları, mahkemelerin kesin hükümle bağlı olmaları bu düzenlemenin istisnalarıdır. Bkz. **Kuru**, s. 9-12.

²³⁴ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 12; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 113; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 239.

²³⁵ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 13; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 113; **Yenisey/Nuhoglu**, s. 238.

²³⁶ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 13; **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 32.

hukuka bağılılıklarının da Anayasa ile düzenlenmiş olmasının, hukukun genel ilkeleri de göz önüne alınarak karar verilmesini içerdiğinden doğru bir düzenleme olduğu belirtilmektedir²³⁷.

Mülga 765 s TCK m. 232’de “*Görülmekte olan bir davanın tarafeyninden biri hakkında sahabet veya garaz ve menfaata müsteniden hâkimlere emir ve tahakküm veya nüfuz veya iltimas eden kimse*”nin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. TCK m. 277 ’de “*Görülmekte olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden*” kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiş, doğrudan hâkimden bahsetmemiş, yargı görevi yapana karşı bu suçun işlenmesi düzenlenmiştir. Ceza kanunda yapılan bu düzenlemelerin amacı yargıya devlet içerisinde değil, dışardan da gelmesi muhtemel müdahalenin önüne geçmek ve toplumda yargılamanın her türlü baskı ve müdahaleden uzak yapıldığına ilişkin bir güvence vermektir²³⁸.

1.3.1.1.2. Kimseye Hesap Vermeme

Hâkimlerin görevlerini yerine getirirken emir almamalarının yanı sıra hiçbir etki altında olmaksızın, hür bir biçimde hareket etmeleri ve hesap vermemeleri kendilerinden beklenmektedir²³⁹. Bu durum doktrinde hâkimin sorumsuzluğu olarak adlandırılmaktadır²⁴⁰. Hâkimlerin sorumsuzluğunun kabul edilmiş olması onların keyfi olarak davranmaları anlamına gelmemektedir. Kanunlara ve hukuka uygun şekilde hareket etmeleri dolayısıyla sorumlulukları cihetine gidilemez.

²³⁷ Centel/ Zafer, s. 683.

²³⁸ Mumcuoğlu, s. 268.

²³⁹ Centel/ Zafer, s. 682.

²⁴⁰ Özen, s. 69.

Yasama organı, sosyal medya ve kişilerden gelecek baskı ve telkinlere karşı hür bir biçimde karar verebilmesi için hâkimin bağımsızlığının sağlanması şarttır. Hâkimlerin hesap vermek zorunda olmamaları da onların bağımsızlıklarının sağlanması yönünden önemlidir²⁴¹. Hâkimler Anayasa m. 138/1'e göre vicdanları ile karar vereceklerinden onların tek sorumluluğu kendi vicdanlarına karşıdır²⁴².

1.3.1.2. Kişisel Bağımsızlık

Anayasa'da hâkimlere teminatlar sağlanması düzenlenmiştir. AÜHF nezdinde oluşan komisyona göre teminat, bütün devlet memurlarına tanınmış haklardan daha fazla hakkın tanınması anlamına gelmektedir. Teminatlar, "bir şeye karşı" düzenlenir, karşıtı olmayan düzenleme teminat kapsamına girmez. Görevin gereği gibi yapılabilmesi için teminatın varlığı şart olmalıdır²⁴³.

Gerçekten hâkimler görevlerine karışılmaması adına Anayasa ve yasalarla yapılan düzenlemelerle sadece devlete karşı değil, devlet dışındaki kişi ve kuruluşlara karşı da teminat altına alınmışlardır²⁴⁴. Hâkimlerin kişisel bağımsızlığı doktrinde görev yerinin değiştirilemezliği olarak ifade edilmektedir²⁴⁵. Hâkimlere tanınan yer ve kürsü güvencesi "*hâkimlik teminatı*" başlığı altında detaylı bir biçimde açıklanacaktır.

²⁴¹ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 13; Hâkimler diğer kamu görevlilerinden farklı hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğuna tabii tutulmuşlardır. Hâkimlerin görevlerini yerine getirirken sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı Devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için TBK 'da yer alan zarar, kusur ve illiyet bağı aranmaktadır. Kusur ile sorumluluk halleri HMK m. 46'da düzenlenmiştir. Devletin böyle bir zararı gidermesine karar verilmesi halinde HMK m. 46/3 hükmü uyarınca 1 yıl içerisinde hâkime rücu etmesi mümkündür. Bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 98-102.

²⁴² **Özen**, s. 69; **Feyzioğlu**, Vicdani Kanaat, s. 196.

²⁴³ Ankara Hukuk Fakültesi Necip Bilge, Bülent Nuri Esen, Faruk Erem, Baki Kuru, Uğur Alacakaptan, Burhan Gürdoğan'dan oluşan komisyon, Savcıların Teminatı Meselesi ve İlgili Metinler, (Derleyen Faruk Erem), Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 18.

²⁴⁴ **Mumcuoğlu**, s. 266.

²⁴⁵ **Centel/ Zafer**, s. 681; Doktrinde hâkimlerin kişisel bağımsızlıkları farklı anlamlarda da kullanılmaktadır. Hâkimlerin kişisel bağımsızlıkları ile mahkemelerin kurumsal bağımsızlıklarını iç içe kabul eden bu görüşe göre, yargı bağımsızlığı ancak hâkimlere kişisel bağımsızlık ve mahkemelere kurumsal bağımsızlık sağlandığı takdirde mümkün olabilecektir. Bkz. **Yavuz**, s.26.

1.3.1.2.1. Hâkimlik Teminatı

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak, erkler birbirlerinin yetki ve görev alanına müdahale etmemekle yükümlüdür. Gerçekten, yargı erkinin görevini tam ve doğru bir biçimde yerine getirebilmeleri için hâkimlerin hiçbir kuvvete bağlı olmamaları gerekmektedir. Bu sayede hâkimlere her türlü korku ve endişeden uzak bir biçimde görev yapma olanağı yaratılabilecektir. Bu nedenle hâkimlerin yürütme, yasama ve hatta kendisinin de içinde bulunduğu yargı erkine karşı korunmaları zorunludur²⁴⁶. Yargı kuvvetinin tam olarak görevini yerine getirememesi, diğer kuvvetlerle kıyaslandığında, ülkenin birlik ve bütünlüğüne daha büyük zararlar verebilecektir²⁴⁷. Yargı kuvvetine olan güvenin kaybolması o toplumun zehirlenmesine neden olacaktır²⁴⁸. Yargı kuvvetinin bu önemli özelliği nedeniyle, hâkimlerin adil ve tarafsız bir biçimde görevlerini yerine getirebilmelerine ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılması ve yargının yürütme ve yasama kuvvetlerinden gelecek baskılara karşı korunması zorunludur²⁴⁹.

Ülkemizde bu koruma, Anayasa m. 139 ve HSKa ile düzenlenmiş ve uygulamaları denetlenen hâkimlik teminatları ile sağlanmaktadır²⁵⁰. Doktrinde, hâkimlerin herhangi

²⁴⁶ **Taştan**, s. 33; Hâkimlere yönelik baskının sıklıkla yürütme ve yasamadan geldiği ise şüphe götürmeyen bir gerçektir. Bkz. **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 455.

²⁴⁷ **Özer, Atilla**, Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2009, s. 127.

²⁴⁸ **Aybay, Rona**, ““Memur” Yargıçlar”, Av. Teoman Ergül’e Armağan, TBB Yayınları No: 327, Ocak 2017, Ankara, s. 563.

²⁴⁹ **Karakoç**, s. 2; **Demirkol**, Yargı Bağımsızlığı, s. 52.

²⁵⁰ AYM 28.02.1989 T, 1988/32 E, 1989/10 K. sayılı kararı: “...gerek öğretilerde ve gerekse Anayasalarda yer alan “YARGIÇ GÜVENCESİNİN” (Hâkim teminatının) unsurları şunlardan ibarettir:

- a) Yargıçların azledilememesi,
- b) Yargıçların emekliye sevk edilememeleri,
- c) Aylık ve ödeneklerinden yoksun kılınamamaları,
- d) Yargıçların başka hiçbir görev yapamamaları,
- e) Rızaları dışında görevlerinin değiştirilememesi,

bir baskı ve tehdit ile karşılaşmadan görevlerini hür ve huzurlu bir biçimde yerine getirmelerini sağlayan bu teminatlarla hâkimlerin bağımsızlıklarından söz edilebileceği belirtilmektedir²⁵¹. Bu teminatların sağlanmaması halinde, hâkimlerin bağımsız olmadıkları kabul edilmektedir. Zira hâkimlerin bağımsızlıkları ve onlara tanınan teminatlar iç içe geçmiş bir durumdadır ve birbirlerinden ayrı düşünölmeleri mümkün değildir.

Bu çerçevede hâkimlerin bağımsız olduklarının söylenmesi yeterli değildir, sağlanan teminatlarla birlikte değerlendirildiğinde, bağımsızlığın bulunduğu kanaatinin de edinilebilmesi gerekmektedir²⁵². Bu teminatlar hiçbir şekilde hâkimlere menfaat sağlanması için düzenlenmemiş olup, bütün gaye bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yargılanmaya ilişkin yüksek kamu yararadır²⁵³. Gerçekten devlet kamu görevi yapan kişiye kişiliği sebebi ile teminatlar tanımaz, sadece görevinin önemi ve gereği gibi işleyebilmesi amacı ile teminatlar tanır²⁵⁴. Bu nedenle hâkimlerin de işini gereği gibi

f) *Görölmekte olan bir dava dolayısıyla yasama meclislerinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaması ve görüşme yapılamaması*” <https://www.anayasa.gov.tr/> (E.T. 05.05.2019); **Kuru**, s. 6.

²⁵¹ **Ünal**, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, s. 21; **Özbudun**, s. 388; *Kuru*, hâkimlik teminatını hâkimlerin bağımsızlığı için kabul edilen düzenlemelerden sadece biri ancak en önemlisi olarak göstermektedir. Ona göre hâkimlik teminatı hâkimlerin sübjektif bağımsızlığını temsil etmektedir. Bkz. **Kuru**, s. 29; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavaz/ Hanağası**, s.111,112; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 97.

²⁵² **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s.317; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 114; Bağımsızlığın varlığından söz edilebilmesi için hâkimlerin atanma ve kariyerlerine ilişkin teminatlar, görev süre ve şartlarına ilişkin teminatlar, mali teminatlar, yargının iç işleyişine ilişkin bağımsızlık, diğör meslektaşlarına karşı bağımsızlıkları ile mahkemelerin bağımsız görünümlerinin asgari surette sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **İnceoğlu**, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 18; **Turhan, Faruk**, “*Doktrin ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesinde Hâkimin Tarafsızlığı ve Görev Yasakları*”, Ankara HBV HFD, C.XXII, S.4, 2018, s. 133.

²⁵³ AYM E. 2005/55 K. 2006/4 T. 05.01.2006, 20.11.2007 tarih ve 26706 sayılı RG. “*Hâkimlik teminatı, 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 söz konusu olan, hâkimin kişisel yararı olmayıp, kamunun yararadır. -Hâkimlik teminatının amacı, bu görevi yürütenlerin özgür ve tarafsız karar verebilmelerini sağlamak, dolayısıyla topluma, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermektir*”, Benzer yönde AYM 28.02.1989T. 1988/32E, 1989/10K. sayılı kararı www.anayasa.gov.tr (E.T. 05.05.2019); **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 459; **Demirkol**, Yargı Bağımsızlığı, s. 55; **Uran Murphy**, s.19-20; **Sever**, s. 91.

²⁵⁴ **Erem**, Savcılarının Teminatı Meselesi ve İlgili Metinler, s. 6

yapması, keyfi davranmaması ve adalet sisteminin verimli bir şekilde çalışmasına dikkat etmeleri gerekmektedir²⁵⁵.

Hukukumuzda hâkimlerin kişisel bağımsızlıklarını sağlamak amacıyla özlük haklarına ilişkin yapılan düzenlemelere hâkimlik teminatı denilmektedir²⁵⁶. Bu teminatlar hâkimleri yasama ve yürütme erkine karşı koruduğu gibi, hâkimlerin dâhil olduğu yargı erkinden gelebilecek baskı ve tehditlere karşı da korumaktadır. Ayrıca bu teminatlar tabii hâkim ilkesinin de birer güvenceleridir²⁵⁷.

Tüm bu teminatlarla birlikte her kurumun önce kendi mensupları tarafından korunması gerektiğine ilişkin görüşe katılarak, hâkimlerin bağımsızlıkları ve tarafsızlıklarının teminatlarının öncelikle kendi vicdanları olduğunu belirtmek isteriz²⁵⁸. Gerçekten yargı mensuplarından beklenen iç bağımsızlıklarına ve/veya tarafsızlıklarına zarar verecek mesleki tutum ya da davranışlarda bulunmamalarıdır²⁵⁹. *Dönmezer*, hâkimlerin bağımsızlığının sadece hukuki yollarla sağlanamayacağını, sosyal koşulların da göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir. Ona göre hukuki teminatların yeterli olmayacağı aynı zamanda hâkimlerin niteliklerinin ve sayılarının da etkin bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir²⁶⁰. *Başgil* ise konuyu bir başka yönden değerlendirmiş ve hâkimin kendisine karşı bağımsızlığının sağlanmasının da önemli olduğunu belirtmiştir. Ona göre bağımsızlık bir irade özerkliğidir ve hâkimlerdeki ahlaki nitelikleri ile yetişkinlik sorununun, gerek hukuk fakültelerinde gerekse etkin bir stajla sağlanmalıdır²⁶¹.

²⁵⁵ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 239.

²⁵⁶ **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 457; Hâkimlerin atanmaları, 65 yaşından önce emekliye ayrılamamaları, azledilemezliği gibi teminatlar karşılaştırmalı hukuk örneklerinde (Yunan) de bulunmaktadır. Bkz. **Chalkiadaki**, s. 141.

²⁵⁷ **Güzel**, s. 17.

²⁵⁸ Yargı bağımsızlığının bizzat hâkim ve savcılar tarafından korunmasına ilişkin, Bkz. **Demirkol**, Yargı Bağımsızlığı, s. 94-95.

²⁵⁹ **Kılıç**, Sosyal Medya Kullanımı, s. 8.

²⁶⁰ **Dönmezer, Sulhi**, “*Türkiye’de Yargı Kuvveti*”, Kanuni Esasi’nin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF Yayınları No:423, Ankara, 1978, s. 71.

²⁶¹ **Başgil, Ali Fuat**, “*Türkiye’de Yargı Kuvveti*”, Kanuni Esasi’nin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF Yayınları No:423, Ankara, 1978, s. 73.

Başgil'e göre, avukatlık yapanlar arasından hâkimlerin seçilmesi daha doğru bir yöntemdir. Gerçekten hâkime gelen baskılar her zaman ahlaklı, bilgili, karakterli olmak ve ekonomik durumunun iyi olması ile karşılanabilecektir²⁶².

Teminatların az ya da çok olmasından çok, hâkimin bağımsızlığını sağlamaya yeterli olup olmadığı önemlidir²⁶³. Aynı zamanda toplumda bu teminatların hâkimi gelebilecek baskılara karşı koruduğuna ilişkin bir güven duyulmasını sağlamak gerekmektedir²⁶⁴. Aksi takdirde alınan karara ilişkin her zaman şüphe olacaktır. Hâkime sağlanan teminatlar yürütme, yasama ve yargı kuvvetlerine karşı teminatlar ve diğer etkenlere karşı teminatlar olarak ayrılmaktadır.

1.3.1.2.1.1. Yürütme Kuvvetine Karşı Teminatlar

Devletin iç ve dış güvenliğinin sağlanması, kişilerin çabaları ile giderilmesi mümkün olmayan işlerin yapılarak toplumun ihtiyaçlarının giderilmesi faaliyeti yürütme kuvvetinin görevleri arasındadır²⁶⁵. Ancak yürütmenin faaliyetlerini yerine getirirken, kanunlara ve hukuka uygun olarak davranması gerekmektedir. Hukuk devletinde yürütme kuvvetinin işlem ve eylemlerinin denetimi bağımsız yargı organları tarafından yapılmaktadır. Yargı yürütmenin işlem ve eylemlerinin yerindeliğini değil, sadece kanunlara ve hukuka uygunluğunu denetlemekle görevlidir²⁶⁶.

Günümüzde halen birçok yasal düzenleme bulunmasına rağmen hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin en büyük tehditlerin yürütme kuvvetinden geldiği kabul edilmektedir²⁶⁷. En azından bu baskıların en kuvvetli olanı yürütmeden gelmektedir²⁶⁸.

²⁶² **Kunter**, “Türkiye’de Yargı Kuvveti” , s. 76.

²⁶³ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 240.

²⁶⁴ **Erem**, Savcılık Teminatı Meselesi, s. 12

²⁶⁵ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 80.

²⁶⁶ **Arslan/ Özkul**, s. 43.

²⁶⁷ **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s. 4; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 116; **Özen, Muharrem**, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, ABD, S. 2010/1, s. 34; **Taştan**, s. 84; **Murphy Uran**, s. 92; **Mumcuoğlu**, s. 267.

Hukuk devleti kültürünün yerleşmediği toplumlarda yürütme yargının kararlarından rahatsız olmaya başladıkça, kendilerini ulusal irade olarak nitelediklerinden, mahkeme kararlarının ulusal iradeyi etkisiz hale getirdiğini belirterek yargı kuvveti üzerinde baskı kurmaya başlar²⁶⁹. Bu sebeple hâkimlere bu tehditlerden korunmaları amacıyla bazı teminatlar tanınmıştır. Bu teminatlar sayesinde hâkimin karar verirken hiçbir baskı ve telkin altında kalmadan hür bir biçimde hareket etmesinin sağlanması amaçlanmıştır²⁷⁰.

Doktrinde hâkimlere tanınan teminatlara rağmen yürütmeye karşı tam bir bağımsızlığın sağlanamamasının gerekçesi olarak, hâkimlerin özlük işlerine ilişkin düzenlemelerin yürütme tarafından yapılıyor olması gösterilmektedir²⁷¹. Gerçekten yürütme kuvveti, hâkimin meslekte yükselmesi, disiplin cezası alması gibi özlük haklarına ilişkin düzenlemeler ve işlemlerle hâkimleri baskı altına alabilmektedir. İyi düzenlenmemiş bir disiplin süreci yargı bağımsızlığını tehdit altında alabilecektir²⁷². Bu nedenle somut bir biçimde düzenlenmiş, yorumla keyfiyete yol açmayacak bir disiplin düzenlemesi hâkimlerin bağımsızlığı açısından önemlidir²⁷³.

Hâkim yürütme kuvveti karşısında bağımsız bir şekilde görevini yerine getirebilmelidir. *Erem*, yürütmenin hâkime uyguladığı ve hâkimin bağımsızlığını zedeleyen uygulamaların kanunlara uygun olması halinde bu durumdan yasama kuvvetinin sorumlu olduğunu, eğer kanunlara uygun değilse sorumluluğun yürütmeye olduğunu belirtirken, böyle bir ortamda *yargının suçlu değil, bir mağdur olduğunu* belirtmektedir²⁷⁴. Yine yürütme tarafından hâkimin bağımsızlığını etkileyecek işlemler yapıldıktan sonra bu işlemlere karşı kanun yoluna başvurulması da yeterli

²⁶⁸ **Kunter**, “Türkiye’de Yargı Kuvveti” , s. 76;

²⁶⁹ **Mumcuoğlu**, s. 270.

²⁷⁰ **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 41.

²⁷¹ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 16; **Tosun**, s. 327; **Taştan**, s. 85.

²⁷² **İnceoğlu, Sibel**, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, TBBD, 2007/72, s. 56.

²⁷³ **İnceoğlu**, Disiplin Sürecinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi, s. 57.

²⁷⁴ **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 83.

görülmemektedir. Zira korunmak istenen değer zarar gördükten sonra hâkimi hak arama mücadelesi ile baş başa bırakmak değil, hâkimin bağımsızlığının hiç zarar görmemesini sağlamak esastır²⁷⁵.

Bu nedenle Anayasa m. 138/3'de hâkimlerin bağımsızlığının yürütmeye karşı sağlanabilmesi için yürütmenin, yargılama faaliyetleri ile ilgili olarak hâkimlere emir ve talimat veremeyecekleri, telkinde bulunamayacakları, yargılama konularına ilişkin tamimler yayımlayamayacakları kabul edilmiştir²⁷⁶. Aksi durum hâkimlerin kararına yürütmenin doğrudan müdahalesi anlamına gelecektir.

Yine Anayasa m. 138/4 hükmü gereğince yürütme yargı kararlarına aykırı davranamaz ve bu kararlara uymakla yükümlüdür²⁷⁷. Mahkeme kararlarını uygulamayan memurlar hakkında TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarından işlem yapılacağı düzenlenmiştir²⁷⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu konuya ilişkin olarak verdiği kararda; yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu bulunduğu belirtilerek, bir mahkeme kararının uygulanmaması halinde kararı uygulamayan kamu görevlisinin kin, garez, kasıt gibi kusurlarının varlığının aranmasının gerekmeyeceği, zarar gören davalının, kararın kasten uygulamadığını kanıtlamakla yükümlü olmayacağı gibi, davalının da kastının bulunmadığını

²⁷⁵ **Tosun**, s. 328.

²⁷⁶ **Ünal**, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, s. 13; **Centel/ Zafer**, s. 684; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 116; **Taştan**, s. 86. CMUK döneminde yürütme erkine m. 148 ile Cumhuriyet savcılarında kamu davası açılması yönünde emir verme yetkisi verilmişken, CMK döneminde böyle bir yetki tanınmamıştır. Söz konusu düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kunter**, s.259.

²⁷⁷ Anayasa m. 138/4: “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” <https://www.tbmm.gov.tr> (E.T. 06.12.2018).

²⁷⁸ “*Görevin gereklerine aykırı davranışın sabit olduğu olayda, sanık hâkimin yargılamasını yaptığı sanıklardan birisine ait gazinoya giderek kendisiyle bu gazinoda meydana gelen kasten yaralama olayı hakkında konuşması ve uzuv tatili oluşacak şekilde yaralanmanın sabit olmasına rağmen, olaya katılan tüm sanıkların beraatı yönünde oy kullanmış olması göz önüne alındığında, olayın sanıklarının korunması suretiyle yargılamanın adaletili bir şekilde yapılmadığı şüphesinin oluştuğu, dolayısıyla Anayasanın 36. maddesi ile koruma altına alınmış olan adil yargılanma hakkının gerçekleşmediği kaygısına sebebiyet verilerek katılan M.Gezer'in mağduriyetine neden olduğundan, sanığın eylemi 5237 sayılı TCK 'nın 257/1. maddesinde düzenlenmiş olan görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.*” YCGK 26.02.2013T, 2012/425E. 2013/67K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T. 09.11.2019).

kanıtlamakla hukuki sorumluluktan kurtulamayacağını açıkça belirtmiştir²⁷⁹. Ceza hukuku bakımından TCK m. 257/1-2 hükümleri saklıdır.

Hâkimin kararını yerine getirmeyen memurun cezai sorumluluğunun yanında, hukuki sorumluluğu da düzenlenmiştir. Yargıtay konuya ilişkin kararında memurlara ve kamu görevlilerine tanınan teminatların sadece idari iş ve eylemlerine ilişkin olduğu ancak kişisel kusurları sebebi ile ortaya çıkan zarardan dolayı bu teminat kapsamında değerlendirilmeyeceklerini kabul etmektedir²⁸⁰. Böyle bir durumda şahsen dahi sorumluluklarının olabileceği açıkça belirtilmektedir.

Yargı kararlarının idare tarafından değiştirilememesi, kararların uygulanmasının geciktirilememesi yargının yürütmeye karşı korunmasına ilişkin düzenlemelerdir²⁸¹. Yine hâkimlerin aldığı kararların herhangi bir idari onay gerektirmeden uygulanmalarının sağlanmış olması da hâkimlerin bağımsızlıklarının bir göstergesidir²⁸². Şu hâlde mahkeme kararları yürütmenin hiçbir onayı ya da iznine gerek duyulmaksızın uygulanmak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin verdiği bir kararda “...bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasının hukuk devletinin temel unsurunu teşkil ettiği; bu uygunluğu sağlayacak makamların da yargı organları olduğu, bu itibarla kazai organların bağımsızlığının bu denetimin ciddiyet ve müessiriyetinin şartı bulunduğu, bu bakımdan hâkimler ve mahkemeler üzerinde her çeşit tesirleri bertaraf edecek hükümlerin Anayasada yer aldığı belirtilmiş bulunmaktadır.” belirlemelerinde bulunmuştur²⁸³.

²⁷⁹ YHGK 14.01.2015 T. 2013/1553 E, 2015/11 K; YHGK 02.07.2008 T. 2008/464 E, 2008/465 K; YHGK 07.06.2006 T. 2006/309 E, 2006/359 K. <https://www.yargitay.gov.tr> (E.T. 09.11.2019).

²⁸⁰ Yargıtay 4 HD 09.06.1998 T. 1998/1850 E, 1998/4581 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 09.09.2020).

²⁸¹ **Demirkol**, Yargı Bağımsızlığı, s. 69.

²⁸² **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 16; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 40.

²⁸³ “Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarının gereği olarak bütün hâkimlerin tâyini ile görevlerinin ve görev yerlerinin değiştirilmesi ve Yargıtay Üyelerinin seçilmesi yetkisi yürütme organından alınarak yargı organı içinde teşkil edilecek Yüksek Hâkimler Kuruluna verildiği ve bu suretle

Hâkimlerin, yürütmeye karşı bağımsız olabilmesi için kabul edilen teminatlara rağmen, halen tam anlamı ile yürütmeye karşı bağımlı oldukları bazı haller bulunmaktadır. Öncelikle yargının elinde özerk bir bütçe olmaması, yürütme organı karşısında yargının bağımsızlığına zarar veren konulardan biri olarak gösterilmektedir. Bütçe kanunu her ne kadar yasama erki tarafından kabul ediliyor olsa da, yürütmenin kontrolünde olan bütçenin harcanmasına ilişkin esaslar göz önüne alındığında, hâkimlerin çalışma koşullarına ilişkin ihtiyaçların yürütmenin takdirinde karşılandığı görülmektedir²⁸⁴. Gerçekten yürüttükleri görevin önemi göz önüne alındığında, hâkimlerin çalışma şartlarının ağırlığı, onların doğru ve her türlü endişeden uzak bir şekilde karar almalarına engel olacaktır.

Günümüzde halen yürütme erkinin hâkimlerin özlük işlerine ilişkin olarak düzenlemeler yapması sebebi ile yargı erkine müdahale edebildiği görülmektedir. Hâkimlerin özlük işlerini düzenleyen HSKa m. 5/son hükmü gereğince hâkimler sadece kendilerine verilen idari görevlerden dolayı Adalet Bakanlığı'na bağlıdırlar. Aynı maddeye göre Adalet Bakanı da sadece idari görevler sebebi ile hâkimlerin denetim ve gözetimi üzerinde yetkiye sahipken, baktıkları davalar yönünden hâkimler üzerinde hiçbir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak doktrinde hâkimlerin idari görevleri arasında yer alan yazı işleri personeline ilişkin karar ve işlemlerin, yargılama faaliyetlerinin bir parçası olduğu belirtilerek bu konularda yürütme erkine bağlı olmanın “*hâkimin bağımsızlığı*” bakımından doğru olmadığı değerlendirilmektedir²⁸⁵. Gerçekten, hâkimlerin özlük işlerine ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahip olan kuvvet her zaman hâkimler üzerinde bir etki gücüne sahip olacaktır.

yürütme organının hâkimler hakkında herhangi bir tasarrufta bulunabilme yolu kapatıldığı halde Yargıtay Büyük Genel Kurulunca kendi yapısı içindeki Yüksek Hâkimler tarafından seçilen ikinci başkanların vazife ifa edecekleri dairelerin tâyin ve tebdilinin icra organının yetki alanı içinde kalmasına Anayasa'nın evleviyetle müsaade etmeyeceği ve Temyiz Mahkemesi Teşkilâtı Kanununda yer alan böyle bir hükmün mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin teminatı esasları ile bağdaşmadığından Anayasa'ya açıkça aykırı düşeceği tabiidir.” AYM 29.03.1966 T. 1963/109 E, 1966/171 K. <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T. 27.03.2019).

²⁸⁴ Taştan, s. 85.

²⁸⁵ Bkz. Centel/ Zafer, s. 684.

Hâkimlere bağımsızlıklarının sağlanması için sunulan teminatların sayısının çok ya da az olmasının hiçbir önemi yoktur, önemli olan bağımsızlıklarının sağlandığı yönünde hiçbir şüphe kalmamasıdır²⁸⁶. Hâkimler kendilerine tanınan bu teminatlar sayesinde, konuluş amaçlarına uygun bir biçimde görevleri sırasında endişe ve korkudan uzak, maddi ve manevi yönden hür bir biçimde karar verebileceklerdir²⁸⁷. Hâkimlere tanınan bu teminatların onlara kişisel menfaat sağlamak amacı ile değil, kamu yarar ve çıkarının korunması amacı ile düzenlenmiştir²⁸⁸.

Dar anlamı ile hâkimlik teminatı hâkimin görevden alınamamasını ifade etmekteyken, geniş anlamda hem hâkimin görevden alınamamasını hem de hâkimin kanunla düzenlenen haller dışında geçici veya sürekli bir biçimde görevlerinden uzaklaştırılmamaları, emeklilik ikramiyesi, maaş ve özlük haklarından mahrum bırakılmamaları olarak tanımlanmaktadır²⁸⁹.

Ülkemizde Anayasa m. 139/1’de “*hâkimlik ve savcılık teminatları*” başlığı ile hâkimler ve savcılara tanınan teminatlar güvence altına alınmıştır²⁹⁰. Ancak düzenlemedeki teminatların aynı şekilde savcılara da tanınmış olması doktrinde eleştirilmektedir²⁹¹. Bu eleştirilere gerekçe olarak hâkimler ve savcılara yaptıkları işlerin niteliği gereği, aynı güvencelerin uygulanmasının hâkimlerle teminatları arasındaki bağın kopmasına sebep olması gösterilmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre anayasa ile bağımsızlık

²⁸⁶ **Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 238; Hâkime tanınan teminatların onlar için bir ayrıcalık olmadığı tam tersine toplumda herkesin eşit bir biçimde adalete ve haklarına ulaşması için kabul edilen bir güvence olduğu daha önce de belirtilmiştir. **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 19.

²⁸⁷ **Mumcuoğlu**, s. 272.

²⁸⁸ **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s. 29.

²⁸⁹ **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 41.

²⁹⁰ “*MADDE 139/1- 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 kılınamaz.*”

²⁹¹ Gerçekten hâkimlere bağımsızlıkları ve tarafsızlıklarını sağlamak adına tanınan güvencelerin savcılara da tanınmış olması doğru değildir. Görev ve yetkileri bakımından hâkimlik mesleğinden çok farklı özelliklere sahip olan savcılık mesleği için kendi özelliklerine uygun güvencelerin sağlanması gerekmektedir. Bkz. **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 78.

hakkı sadece hâkimlere tanındığından, savcılar için ayrı bir düzenleme yapılmasının daha doğru olacağı belirtilmektedir.

Anayasa ve HSKa’da hâkimlere tanınan teminatlar; hâkimlerin azledilmemesi, emekliye ayrılmaya zorlanmaması, ekonomik teminatlar, yer ve kürsü teminatı ile bağımsız bir kurul tarafından özlük işlerinin yönetilmesidir.

1.3.1.2.1.1.1. Hâkimlerin Azledilememesi

Hâkimlerin görevlerinin hangi hallerde sona ereceği kanunla düzenlenmiştir²⁹². Bu sebepler haricinde hâkimlerin görevlerinden alınması mümkün değildir. Hâkimlerin azledilememesi ilkesi, hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin tartışmalar kadar eskidir²⁹³. Azil, sözlükte “görevden alma” olarak tanımlanmaktadır²⁹⁴. İdare hukuku yönünden anlamı ise “memurluktan çıkartılma”dır²⁹⁵. Hâkimlerin azledilemezliği ise, hâkimlerin meslekten çıkartılamamaları anlamında kullanılmaktadır²⁹⁶. BM, hâkimin seçilme usulü

²⁹² HSKa m. 53 “*Hakim ve savcılarının: a) Bu Kanun hükümlerine göre meslekten çıkarılmaları veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmesi, b) Haklarında soruşturma ve kovuşturma bulunması halleri hariç olmak üzere, mesleğe alınma koşullarından herhangi birini taşımadıklarının sonradan anlaşılması, c) (Değişik : 22/12/2005 - 5435/23 md.) Görevdeyken, 8 inci maddenin (a), (d) ve (g) bentlerinde yazılı niteliklerden herhangi birini kaybetmeleri, d) Meslekten çekilmeleri veya çekilmiş sayılmaları, e) İstek, yaş haddi veya malullük nedenlerinden biriyle emekliye ayrılmaları, f) Ölümleri, Hallerinde görevleri sona erer.*”

²⁹³ Fransa’da 1815-1818 yılları arasında 245 hâkim görevinden alınmıştır. Yaşanılan bu süreçte Royer-Collard mecliste yaptığı konuşmada; “*İktidar, toplum adına hüküm vermeğe bir yargıcı davet ettiği, bu şerefli göreve bir vatandaşı getirdiği zaman ona şöyle der: Duruşmaya çıktığınız zaman yüreğinizde ne bir korku ne bir ümit olmalıdır. Kanun gibi kayıtsız olunuz. Vatandaş buna şu cevabı verir: ben bir insanım, benden istediğiniz şey insanlığın gücünü aşar... o halde benim zaafımı azaltınız, beni korku ve ümitten kurtarınız. Bana verdiğiniz ödevlere ihanetin dışında bir sebeple mahkemeden atılmayacağımı temin ediniz. İktidar tereddüt eder... sonra kendi tecrübelerinin ışığında yargıca: azledilemezmiş, der*” **Rousselet, Marcel**, Adalet Tarihi, Çev. Adnan Cemgil, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1963, s. 88-89.

²⁹⁴ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 18.10.2019).

²⁹⁵ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 117; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 240; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 42.

²⁹⁶ Azilden masuniyet olarak da adlandırılmaktadır. **Kuru**, s. 30; **Kapani**, hâkimlerin kanunlarda belirlenmiş olan çok önemli hallerde ve kanunlarla belirlenmiş usul ve esaslar dâhilinde azledilebileceklerini belirtmiştir. **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s.96; **Gözler**, Anayasa Hukuku, 2019, s. 419.

ne olursa olsun, zorunlu bir emeklilik yaşına ya da sürelerinin dolmasına kadar görevde kalmalarının teminat altına alınması gerektiğini belirtmektedir²⁹⁷.

İlk defa İngiltere’de 1701 yılında baskıcı bir hükümdar görevden alınarak yerine yeni bir hükümdar getirilmesi sırasında kabul edilen *Act of Settlement* ile hâkimlerin iyi halleri devam ettikçe görevlerinde kalabilecekleri kabul edilmiş, ancak parlamentonun her iki meclisinin kabulü ve Kral’a sunulacak kararla görevlerine son verilebileceği düzenlenmiştir²⁹⁸. Bu tarihten sonra hâkimlerin azledilemezliği diğer anayasalara da girmeye başlamıştır²⁹⁹.

Azledilmekten korkan bir hâkimin adaleti tam anlamıyla yerine getiremeyeceğinden hareketle ülkemizde 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında hâkimin azledilemezliği düzenlenmiştir. Yürütme ve yasama erklerinin azil haricinde başka yollarla da olsa hâkimin meslek ve özlük hakları üzerinde etkili olması, hâkimlik teminatlarının sağlanmadığının bir göstergesi olarak kabul edilmektedir³⁰⁰. Bu nedenle sadece hâkimlerin azledilemeyeceklerine ilişkin teminat vermek yeterli olmayacaktır.

Hâkimlerin azledilmemesi, onların ne yaparlarsa yapsınlar görevlerinden alınamayacakları anlamına gelmemektedir. Aksi kabul halinde bu güvencenin kötü niyetli olarak kullanılması ve hâkimlik mesleğinin zarar görmesi mümkün olacaktır³⁰¹. Bu kötü niyetin önüne geçmek adına azledilemezliğin istisnaları Anayasa m. 139/2’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre hâkimlerin meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olması, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılmış olması ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmesi halinde hâkimlerin azledilmesi mümkündür.

²⁹⁷ BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri, İlke No:12 www.hsk.gov.tr(E.T. 21.10.2019).

²⁹⁸ **Mumcuoğlu**, s. 273.

²⁹⁹ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası m.3 bölüm 1’de yer alan düzenlemeye göre; “*Yüksek Mahkeme ve alt mahkeme yargıçları, iyi halleri sürdüğü sürece görevde kalır ve görevde buldukları sürece hizmetleri karşılığında belli zamanlarda, azaltılmayacak bir maaş alacaklardır.*” <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf> (E.T. 22.01.2021)

³⁰⁰ **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 83; **Arslan/ Özkul**, s. 45.

³⁰¹ **Kuru**, s. 30.

Anayasa’da sayılan bu istisnaların varlığı halinde, hâkim kendisine tanınan bu teminattan faydalanamayacaktır. Bu istisnaların varlığının, hâkimlere tanınan en önemli güvence olan “*azledilmezliğin*” işlevini yitirmesine sebep olduğuna ilişkin doktrinde eleştiriler bulunmaktadır³⁰². Zira Anayasa m. 159/8’e göre hâkimlerin meslekten çıkarılmalarına ve mesleğe devam etmelerinin uygun olmadığına ilişkin değerlendirme yapmaya ve karar almaya yetkili makam Hâkimler ve Savcılar Kuruludur (HSKa m.53). Gerçekten HSK’nın yapısı göz önüne alındığında hâkimlere tanınan güvencenin çok da güçlü olmadığını söylemek mümkündür³⁰³. Aynı maddenin 10. fıkrasında “*Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.*” hükmü düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye uygun olarak 6087 sayılı yasa m. 33/5’de, HSK tarafından verilen kesinleşmiş meslekten çıkarma cezası kararına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da dava açılabilceği düzenlenmiştir. Hukuk devletinde, istisnanın Anayasada düzenlenmiş olsa bile idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabii olması gerektiğine ilişkin görüşe katılarak, HSK tarafından alınan kararlara karşı istisnasız bir şekilde yargı yolunun açık olması gerektiği kanaatindeyiz³⁰⁴.

Ülkemizde yakın tarihimizde yaşanan 15 Temmuz darbe girişiminden sonra OHAL ilan edilerek konuya ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır³⁰⁵. 667 sayılı KHK'nın

³⁰² **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 42; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 117.

³⁰³ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 117; Anayasa m. 159/3’e göre Hâkimler ve Savcılar Kurulu TBMM Genel Kurulu tarafından seçilen 7, Cumhurbaşkanı tarafından seçilen 4, Adalet Bakanı tarafından seçilen 1 ve Adalet Bakan Yardımcısı tarafından seçilen 1 hâkim olmak üzere toplam 13 hâkimden oluşan bir kuruldur. Yeni Cumhurbaşkanlığı sisteminde yürütmenin tek başlı yapısı ve tüm yetkilerin cumhurbaşkanında toplanmasının yanı sıra yargı üzerinde atama yetkileri ile birlikte kendine özgü bir sistem yürürlüğe girmiştir. **İba**, s. 143; Anayasa m.101/son ’da yer alan “*Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir*” ibaresinin kaldırılması ile 16.04.2017 tarihinde Partili Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir. Yeni sisteme göre yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı, Adalet Bakanı ve Adalet Bakan Yardımcısı tarafından 6 üyenin seçilmesi HSK’nın bağımsız yapısına ilişkin olarak tartışmalara yol açabilecek niteliktedir.

³⁰⁴ **Avcı**, s. 920; AİHM 13.11.2008 T. Başvuru no: 64119/00 ve 76292/01 sayılı kararında AİHM Kayasu/Türkiye davasında, disiplin cezasına karşı başvuru yolunun kapalı olmasının “disiplin tedbirinin yasallığı”nın denetlenmesine engel olduğu ve kişinin her türlü güvenceden mahrum bırakıldığını belirtmiştir.
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}) (E.T. 29.12.2020).

³⁰⁵ Anayasa’nın 120. maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu çerçevesinde Milli Güvenlik Kurulu’nun, Hükümete olağanüstü hâl ilan edilmesi yönünde 20.07.2016 günlü, 498 sayılı tavsiye kararı üzerine toplanan Bakanlar Kurulu’nca 15.07.2016 tarihinde başlatılan darbe girişimi üzerine ülke

değiştirilerek kabul edilmesine dair 6749 sayılı Kanun m 3/1’de: *“Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen... hâkim ve savcılar hakkında hâkimler ve savcılar yüksek kurulu genel kurulunca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir. Bu kararlar, Resmî Gazete’de yayımlanır ve yayımı tarihinde ilgililere tebliğ edilmiş sayılır. Meslekten çıkarma kararlarına karşı ilgili kanunlarda yer alan hükümler uyarınca itiraz edilmesi veya yeniden inceleme talebinde bulunulması üzerine verilen kararlar da Resmî Gazete’de yayımlanır ve yayımı tarihinde ilgililere tebliğ edilmiş sayılır. Görevden uzaklaştırılanlar veya görevlerine son verilenlerin silah ruhsatları ve pasaportları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından on beş gün içinde tahliye edilir.”* düzenlemesi yapılarak HSK tarafından hâkimlerin görevlerine son verilebileceği kabul edilmiştir³⁰⁶.

Danıştay konuya ilişkin kararında³⁰⁷ *“FETÖ ile iltisak ve irtibatının olduğu ve bu nedenle demokratik anayasal düzene sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği anlaşıldığından dava konusu kararlarda hukuka aykırılık görülmediği”* gerekçesi ile HSK’nın görevden alma kararına karşı açılan davanın reddine karar vermiştir. Kararın

genelinde olağanüstü hal ilan edilmesine karar verilmiş ve bu karar TBMM’de onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁰⁶ Aynı Kanun m. 4/2’ye göre HSK tarafından MGK tarafından milli güvenliğe karşı tehlikeli olduğu tespit edilen yapılarla irtibat, iltisak ve üyeliği bulunması değerlendirilerek görevlerine son verilen hâkimler doğrudan veya dolaylı olarak kamu görevinde istihdam edilemeyecektir; 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hâkimler Ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu İle Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları Ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı Ve Kıdem Aylığı İle Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname geçici 35/A maddesinde maddenin yürürlüğe girdiği 25.07.2018 tarihinden itibaren üç yıl süreyle terör örgütüne mensubiyeti, irtibatı, iltisakı tespit edilen ilgili kamu görevlilerinin belirtecek şekilde oluşturulan kurul kararı ile meslekten çıkartılma işlemlerinin yapılabileceği belirtilmiştir.

³⁰⁷ Danıştay 5. Daire 26.02.2020T. 2016/56376 E, 2020/1630 K sayılı karar (yayınlanmamış).

gerekçesinde kamu görevini yerine getiren kişilerin anayasal düzene karşı sadakat yükümlülüğü olduğuna ilişkin AİHM kararlarına atıf yapılmıştır³⁰⁸.

Gerçekten yargı kuvvetinin kürsüdeki temsilcileri olan hâkimlerin sahip oldukları yetkilerin gücü tartışılmazdır. Bu nedenle hâkimlerin yetkilerini kullanırken topluma karşı sorumluluklarını ön planda tutarak, kanunlara ve vicdanlarına uygun hareket etmeleri beklenmektedir. Bu tür problemlerin yaşanmaması için öncelikle hâkimlerin atanma aşamasında çok titiz davranılması gerektiği kanaatindeyiz.

1.3.1.2.1.1.2. Hâkimlerin Emekliye Ayrılmaya Zorlanamaması

Hâkimlerin özlük haklarına ilişkin tüm düzenlemeler HSKa'da yer almaktadır. HSKa m. 44 düzenlemesine göre hâkimlerin kendi istekleri dışında 65 yaşından önce emekliye ayrılmaya zorlanmaları mümkün değildir³⁰⁹. Aksi durumda emekliye ayrılma endişesi ile hâkimlerin görevlerinde tarafsız ve bağımsız hareket edemeyecekleri bir gerçektir³¹⁰. Tüm hâkimler yönünden aynı yaş sınırının belirlenmiş olmasının, eşitlik ilkesine ve hâkimlerin bağımsızlıklarına uygun davranılması sebebi ile yerinde bir düzenleme olduğu doktrinde belirtilmektedir³¹¹. Düzenleme ile amaçlanan hâkimlerin hayatlarının sonuna kadar görevlerini yerine getirmeleri değil, hâkimin görevi süresince bağımsız

³⁰⁸ AİHM Sidabras ve Džiautas/Litvanya Başvuru No: 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004; Volkmer/Almanya Başvuru No: 39799/98, 22.11.2001; Petersen/Almanya, Başvuru No: 39793/98, 22.11.2001.

³⁰⁹ HSKa “*Hâkimlik ve savcılık teminatı: “Madde 44 – Hâkimler ve savcılar azlolunamazlar. Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa aylık ve ödeneklerinden ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamazlar, kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk olunamazlar. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.*” <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 06.12.2018).

³¹⁰ Sever, s.99.

³¹¹ Hâkimlere emeklilik yaşı düzenlemesi bir yandan hâkimlerin yıllarca edindikleri tecrübelerinden faydalanmanın önüne geçmesi sebebi ile eleştirilirken, bir yandan da çok yaşlı hâkimlerin beden ve fikren görevlerini yerine getirmekte zorlanmalarına rağmen halen çalışmaya devam etmeleri sebebi ile haklı ve gerekli olduğu yönünde desteklenmektedir. Bkz. **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s. 101-102; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 43.

olarak hareket edebilmesi için, emekliliğe zorlanma gibi bir endişe taşımamasının sağlanmasıdır³¹².

Ülkemizde hâkimlerin emeklilik yaşlarına ilişkin ilk güvence 1961 Anayasası ile tanınmıştır. Bu düzenlemeye kadar emekli sandığına tabii olarak görevlerini yapan hâkimler üzerinde, yürütmenin Emekli Sandığı Kanunu üzerinden yaptığı değişikliklerle bazı tasarrufları olmuş ve bu durum doktrinde hâkimlerin bağımsızlığının zedelendiği yönünde değerlendirilmiştir³¹³.

1982 Anayasası m. 140/4’de de 1961 Anayasası ile paralel bir biçimde hâkimlerin emeklilik yaşları 65 olarak belirlenmiş, HSKa m. 44’de hâkimlerin emeklilik yaşı 65 olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler sonucunda hâkimlerin istekleri dışında 65 yaşından önce emekliye sevk edilmesi mümkün değildir.

1.3.2.1.1.1.3. Hâkimlerin Ekonomik Teminatları

Hâkimlerin bağımsızlıklarının en önemli teminatlarından biri de ekonomik anlamda kimseye muhtaç olmamalarının sağlanmasıdır. *Zannerdelli*, hâkimlik mesleğinin fedakârlık ve feragat mesleği olmaktan çıkartılması gerektiğini belirtmiştir³¹⁴. Gerçekten hâkimin ekonomik teminatlarının sağlanması ile motivasyonu artacak, tam bir iç huzurla görevini yerine getirebilecektir³¹⁵. Aksi takdirde, telkin ve yönlendirmelere açık olma ihtimali ortaya çıkacak ya da sadece ekonomik gücü yeterli kişiler tarafından bu mesleğin yapılması söz konusu sebep olacaktır ki bu da halktan kopmayı beraberinde getirecektir³¹⁶.

³¹² **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s. 101; **Centel/ Zafer**, s. 685; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 117-118; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 43.

³¹³ **Kunter, Nurullah**, “Türkiye’de Kaza Kuvveti”, İHFM XXV, 1960, s. 53; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 19; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 43.

³¹⁴ **Özek**, s. 923.

³¹⁵ **Kuru**, s. 34.

³¹⁶ **Özek**, s. 923.

Öte yandan yürütme erki tarafından hâkimlerin maaşlarına ilişkin düzenlemeler yapılarak, onların ekonomik kaygılar sebebi ile görevlerini tam ve layıkıyla gerçekleştirmelerine engel olunması her zaman mümkündür³¹⁷. Bu nedenle hâkimlerin ekonomik anlamda korunmaları gerekmektedir.

Anayasa m. 139/1 ve HSKa m. 44 mahkemelerin ya da kadroların kaldırılmaları halinde dâhi hâkimlerin aylıklarını alacaklarını düzenlemektedir. AYM konuya ilişkin olarak verdiği kararda³¹⁸; “... *Hâkimler veya hâkim yardımcıları da bir mahkemenin kaldırılması veya kadrosunun daraltılması nedenine dayansa bile aylıklarından yoksun edilemeyeceklerdir.*” diyerek hâkimlik teminatından yoksun bırakılmalarının mümkün olmadığını açıkça belirtmiştir.

Bu teminat hâkimlerin ne kadar maaş alacaklarına ilişkin bir düzenleme değildir. Hâkimlerin maaşları 2802 sayılı kanunu m. 102’ye göre “*aylık maaşları*” kıstas olarak alınan *en yüksek Devlet memuruna malî haklar kapsamında fiilen yapılmakta olan her türlü ödemeler toplamının brüt tutarına* göre belirlenmektedir³¹⁹. Aynı kanunun 106 maddesi gereğince hâkimler ayrıca maaşlarının %10’u oranında yargı ödeneği almaktadırlar.

Ekonomik olarak hâkimlere tanınan bu teminat ile yürütme erkinin hâkimlerin gelirleri üzerinde tasarrufta bulunmaları engellenmek istenmişse de, bu düzenlemelerin yetersiz kaldığı belirtilmektedir³²⁰. Zira kanundaki düzenlemeye göre hâkimlerin alacakları maaşlar yürütme ve yasama organları tarafından belirlenmektedir. Yargının kendi bütçesinin olmamasının ekonomik teminatın tam anlamıyla sağlanamamasına sebep

³¹⁷ Gerçekten 61 Anayasası öncesinde böyle bir teminat düzenlenmemişken, mahkemelerin kadro yetkisini elinde bulunduran Adalet Bakanı tarafından hâkime kabul edemeyeceği 3 farklı yer teklif edilmiş ve sonrasında hâkimin maaşı kesildiği görülmüştür. **Kuru**, 32-33; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 44.

³¹⁸ AYM 03-04.11.1966 T. 1963/81E, 1966/40K. sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr. (E.T.27.03.2019).

³¹⁹ BM Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeleri m.11’e göre hâkimlerin görev süreleri, bağımsızlıkları, güvenlikleri, yeterli ücretleri, hizmet koşulları, emekli aylıkları ve emeklilik yaşı kanunla yeterince güvence altına alınır. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> (E.T. 23.01.2021)

³²⁰ **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 44.

olduğu kanaatindeyiz. Bütçenin denetiminin bağımsız denetim kuruluşları ya da sayıştay tarafından yapılarak şeffaf bir biçimde kullanılması da sağlanabilecektir.

1.3.2.1.1.1.4. Hâkimlerin Yer ve Kürsü Teminatları

Hâkimlerin kanunlara uygun olarak tâyin edilmeleri hâkimlik şartlarındadır. *Kunter*, hâkimin tâyin edilmesini, onun ahlaki ve ilmî anlamda ehliyeti bulunduğunun bir göstergesi olarak kabul etmektedir³²¹.

Yer ve kürsü teminatı, hâkimlerin sürekli ya da geçici olarak görevlerinin veya görev yerlerinin kendi istekleri dışında değiştirilememesidir³²². Coğrafi teminat olarak da adlandırılan bu teminat hâkimin onayı olmaksızın terfî yolu ile de olsa görev yerinin ya da görevinin değiştirilmesini engellemektedir. 1934 yılından 1961 Anayasasına kadar hâkimin onayı ile savcı olarak görevinin değiştirilmesi de mümkündür³²³. 2556 sayılı Hâkimler Kanunu m.81 ile sadece belli kıdemdeki hâkimler yönünden yer teminatı sağlanmaktaydı³²⁴. Ancak burada görev yerinin değiştirilemezliği ile anlatılmak istenenin, hâkimlerin kendi rızalarının aksine bir biçimde görev yerlerinin sürekli veya geçici olarak değiştirilmesinin mümkün olmaması anlamına geldiğini belirtmek isteriz³²⁵.

³²¹ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 228; *Erem*, hâkimin ehliyetini görev, tabii elverişlilik ve kamu hukuku ehliyeti olmak üzere üç başlık altında incelemiştir. Ona göre, görev ve ehliyet birbirlerinden farklı kavramlardır ve hâkimin yargı yetkisi ile donanmış olması yeterlidir. Hâkimin görevli olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Yine hukuki netice doğuracak tasarruflarda bulunmaya tabii elverişlilik, bu ehliyeti kullanmanın bir ön şartıdır. Hâkimin tabiiyetini değiştirmesi onun kamu hukuku yönünden ehliyetini kaybedeceği anlamına geldiğinden, hâkimin bu ehliyetinin de tam olması gerekmektedir. Bkz. **Erem, Faruk**, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1996, s. 46.

³²² **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 20; **Taştan**, s. 131; **İnceoğlu**, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 21; **Erem**, Savcılık Teminatı Meselesi, s. 6.

³²³ **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 84.

³²⁴ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 20.

³²⁵ **Centel/ Zafer**, s. 685.

1982 AY yer güvencesini kabul etmemiştir. Bu doğrultuda 2802 sayılı Kanun ile bölge sistemi tercih edilerek, hâkimlerin atama ve tayin işlemlerinin HSK tarafından düzenlenen atama ve nakil yönetmeliğine göre yapılması kabul edilmiştir³²⁶.

Erem, yer teminatının hâkimlerin çalışmalarına yönelik bir iç düzenleme olmaktan ziyade bazı dış sebeplere dayanarak hâkimin bir görev yerinden bir başka görev yerine gönderilmesinin önüne geçilmesi olduğunu belirtmektedir³²⁷.

Uygulamada, HSKa tarafından hala ülke “*coğrafi ve ekonomik şartları, sosyal, sağlık ve kültürel imkânları, mahrumiyet dereceleri ile ulaşım ve diğer durumları dikkate alınarak*” bölgelere ayrılmaktadır (HSKa m. 35/2). Hâkim ve Savcılar Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğine göre; adli yargı hâkim ve savcılar için Türkiye beş bölgeye ayrılmış bulunmaktadır³²⁸. Bu bölgelerde görev yapma süreleri de kurul tarafından belirlenir. Hâkimlerin aynı veya başka yerdeki eşit veya daha üst görevlere kazanılmış hak, aylık ve kadro dereceleriyle naklen atanacakları ilkesi kabul edilmiştir³²⁹.

Doktrinde HSK tarafından hâkimlerin yerlerinin değiştirilerek hâkimlerin görevden ayrılmaya zorlanmasının ya da hâkimler üzerinde baskı kurulmasının mümkün olması sebebi ile bölge düzenlemesi eleştirilmektedir³³⁰. Bir başka görüşe göre bağımsız bir kurul tarafından önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde olmak kaydı ile hâkimlerin görev yeri ve sürelerinin değiştirilmesi bağımsızlığı zedelemeyecektir³³¹. Yine HSKa 36. maddesi ile hâkimin herhangi bir onayı alınmadan savcı olarak atanması da mümkün hale gelmiştir. Hâkimin onayı olmaksızın savcı olarak görevlendirmesi de

³²⁶ **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 47.

³²⁷ **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 87.

³²⁸ RG 19.02.1988/ 19730.

³²⁹ **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 117.

³³⁰ **Gözler**, Anayasa Hukuku, 2019, s. 420; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 242; *Centel*, mutlak bir yer güvencesinin olmamasını hâkimin bağımsızlığına zarar vereceğini belirtmektedir. **Centel, Nur**, “*AIHS Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ve Türk Hukuku*”, Nurullah Kunter’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 51.

³³¹ **Demirkol**, s. 126.

hâkimin bağımsızlığını zedeleyen işlemlerden biridir³³². Bu nedenlerle hâkimlerin kurula karşı da bağımsızlıklarının korunması gerektiği belirtilmektedir³³³.

Kanaatimizce bir hâkimin uzun süre aynı yerde görev yapması tarafsızlığı açısından sakınca doğuracak bir durumdur. Zaman içerisinde o bölge insanı ile arkadaşlık kuracak ve duygusal bir bağ içerisine girecektir. *Sever*, toplumda hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüphelerin ortaya çıkmaması adına belirli süreler içerisinde keyfiyete bırakmayan somut kurallar çerçevesinde hâkimin görev yerinin değiştirilmesinin uygun olacağını belirtmektedir³³⁴. *Demirkol* ise birinci bölgeye gelen bir hâkimin artık daha üst bir yer kalmadığından bahisle rahatlayarak, tembelleşmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir³³⁵. Böyle bir gevşemenin önlenmesi amacı ile hâkimlerin bir kez daha ikinci bölgeye gönderilmesi görüşüne, bu düzenlemenin hâkimin aleyhine kullanılması olasılığının iyi niyetle kullanılma olasılığından fazla olması sebebi ile katılmıyoruz³³⁶.

Mülga 2556 sayılı Kanun hâkimlere yer güvencesi ile birlikte kürsü güvencesi de tanımaktaydı. Ancak yürürlükte bulunan HSKa'ya göre bu güvence kaldırılmıştır. Doktrinde, kürsü güvencesinin kaldırılması hâkimin bağımsızlığını sağlaması yönünden olumsuz etki yaratacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir³³⁷. Yine hâkimlerin savcılık yapmakla görevlendirilmelerinin keyfiyete yol açacağı belirtilmektedir³³⁸. Zira bir hâkimi savcı yapmak; onun bağımsızlığını elinden alıp, onu başsavcının altında emir

³³² **Centel**, AİHS'e göre Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ve Türk Hukuku, s. 51.

³³³ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 322.

³³⁴ **Sever**, s. 108.

³³⁵ **Demirkol**, s. 125.

³³⁶ *Sever*'in hâkimlerin ve savcılarının bir kez daha ikinci bölgeye gönderilmesi ile hem kıdemli hâkimlerce bu bölgelerde yargılama yapılarak bilgilerinin aktarılmasının hem de birinci bölgede yer açılmasının sağlanması görüşü için bkz. **Sever**, s. 107.

³³⁷ **Centel/ Zafer**, s. 685-686; Gerçekten hâkimlik mesleğini severek yapan bir kişinin isteği dışında savcı olarak görevlendirilmiş olması, meslekten soğumasına ve hatta istifasına sebep olarak, hâkimin bağımsızlığına ve tarafsızlığına müdahale olarak görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Taştan**, s. 132.

³³⁸ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 118,119.

alır bir göreve getirmek anlamındadır³³⁹. Bu durum hâkimin bağımsızlığının zedelenmesinin göstergesidir.

Ancak hâkimlik ile savcılık arasında özlük hakları yönünden herhangi bir farkın kalmaması, hâkimlerin tayinlerinin HSK tarafından yapılması sebebiyle de kişilerin onayına ihtiyaç duyulmaksızın farklı yerlerde görevlendirilmelerine sebep olmuştur³⁴⁰. Aynı şekilde ceza mahkemelerinde görev alan hâkimin aniden ticaret mahkemesi veya icra mahkemesinde de görevlendirilmesi mümkündür.

Yine HSKa m. 37/a ile düzenlenen hâkimin kendi isteği ve Adalet Bakanlığı onayı ile bakanlık görevine alınması veya 47. maddeye göre geçici yetkiyle görevlendirilmesi, hâkimin bağımsızlığı üzerinde olumsuz etkiye sebep olacağı belirtilerek doktrinde eleştirilmektedir³⁴¹. Gerçekten Adalet Bakanı tarafından dört ay süre ile sürekli görev yerlerinin dışındaki bir yargı çevresinde veya aynı yerde geçici yetki ile görevlendirme yapılması yürütmenin hâkim üzerinde bir güç gösterisi olacaktır. *Sever*, bu yetkinin kullanımında Adalet Bakanının teklif yapması ve HSK'nın kabulü ile geçici görevlendirmenin yapılmasının daha uygun olacağını belirtmektedir³⁴².

1.3.2.1.1.1.5. Hâkimlerin Bağımsız Bir Kurul Tarafından Özlük İşlerinin Yönetilmesi

Kişilerin özgürlükleri, hayatları ve şerefleri üzerinde karar verecek olan hâkimlerin seçilmeleri ve korunmaları çok önemli bir görevdir³⁴³. Ülkemizde hâkimlerin bağımsızlıklarının Anayasa ile korunmasının yanı sıra bağımsızlığın teminatlarının

³³⁹ **Sever**, s. 101,102.

³⁴⁰ **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 640.

³⁴¹ **Centel/ Zafer**, s. 686; **Sever**, s.99,100; 6287 s. HSK Ka. m. 47'ye göre HSK, hâkim ve savcılarını hizmetin gereği olarak sürekli görev yerlerinin dışındaki bir yargı çevresinde veya aynı yerde geçici yetki ile görevlendirmeye yetkilidir.

³⁴² **Sever**, s. 108.

³⁴³ **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 85.

yürütme erki tarafından değil, kanunla kurulmuş bağımsız bir kurul tarafından korunması kabul edilmiştir³⁴⁴.

1961 Anayasasından önce Adalet Bakanı doğrudan hâkimlerin atamaları ve tayinlerinde yetkilidir³⁴⁵. 2556 s. Hâkimler Kanunu m. 50 vd. da hâkimlerin atama ve yükselmelerinde Adalet Bakanlığı üst düzey bürokratları ile Yargıtay başkan ve üyelerinden oluşan bir kurulun görevli olduğu düzenlenmiştir³⁴⁶. Yürütmenin bu geniş yetkileri sebebi ile bu dönemde tam bir bağımsızlıktan söz etmek mümkün olmayacaktır³⁴⁷.

Bağımsızlığın teminat altına alınması için hâkimlerin ve savcılarının özlük işlerine ilişkin kanunla düzenlemeler yapılmış ve ilk defa 1961 sayılı sayılı Anayasa ile Yüksek Hâkimler Kurulu oluşturulmuştur. Kurul 23 asıl ve yedek üyeden oluşmaktadır. Düzenlemeye göre yargıtay hâkimleri tarafından 8, birinci sınıfa ayrılmış hâkimler tarafından 1 ve yasama meclisleri tarafından 8 üye seçileceği öngörülmüştür. 1961 Anayasa'sından sonra HSYK, 1982 Anayasası'nda da varlığını devam ettirmiştir. Ancak kurulun oluşumunda ve yapısında değişiklikler yapılmıştır. 1982 Anayasasına göre kurulun başkanı Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı müsteşarı ise 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 seçilir. Yargıtay ve Danıştay'ın kendi üyeleri arasından her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilirler. Üyelerden görev süresi dolanlar yeniden seçilebilirler.

³⁴⁴ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 2010; **Kuru**, s. 13; **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 81.

³⁴⁵ **Sever**, s. 45.

³⁴⁶ Ayırma Meclisi olarak isimlendirilen bu kurulun oluşumu m.50'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; *“Temyiz Mahkemesi Birinci Reisinin reisliği altında Başmüddeiumumî ile Adliye Vekilince bir sene müddetle seçilen dört Temyiz Azasından ve Teftiş Heyeti Reisi ile Hukuk, Ceza ve Zat İşleri Umum Müdürlerinden teşekkül eder. Bunlardan başka icabında heyet noksanını tamamlamak üzere birinci sınıf hâkimlerden üç ihtiyat aza intihap olunur”* <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2751.pdf> (E.T. 23.01.2021)

³⁴⁷ **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s. 53-54.

2010 yılında Anayasa değişiklikleri kapsamında Kurulun da yapısında değişikliğe gidilmiştir³⁴⁸. Anayasa’da 2017 yılında yapılan değişiklikle kurulun isminde geçen “yüksek” ibaresi çıkartılmış kurul, Hâkim ve Savcılar Kurulu adını almıştır. *Yenisey/Nuhoğlu*, bağımsız olmayan savcılar ve hâkimlere tanınan teminatların aynı olması ve hâkimlerin savcılarda olduğu gibi idari görevle Adalet Bakanlığı nezdinde görevlendirilebilmeleri, kurulun ikisi arasında ayırım yapılmaksızın Hâkimler ve Savcılar Kurulu adını almasından hareketle, kurulun hâkimlik teminatlarını sağlamaktan uzak olduğunu belirtmektedir³⁴⁹. 2017 yılında sadece kurulun adı değişmemiş, üye sayıları ve seçim yöntemleri de değişmiştir³⁵⁰. Bu düzenleme ile hâkim savcılarının

³⁴⁸ 2010 yılında yapılan 5982 s. Kanun m. 22 ile değişik: 159/1-2; “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır.” 159/7; “Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekiline devredebilir.” 159/8; “Kurul, 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 kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.” 159/9; “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 uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.” 159/12; “Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.” RG 13.05.2010/27580.

³⁴⁹ *Yenisey/Nuhoğlu*, s. 242.

³⁵⁰ 2017 yılında 6771 sayılı Kanunu 14. maddesi ile değişik 159. maddesi; “Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılarını arasından, bir üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcılarını arasından Cumhurbaşkanınca; üç üyesi Yargıtay üyeleri, bir üyesi Danıştay üyeleri, üç üyesi nitelikleri kanunda belirtilen yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilir. Öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçilen üyelerden, en az birinin öğretim üyesi ve en az birinin de avukat olması zorunludur. Kurulun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek üyeliklerine ilişkin başvurular, Meclis Başkanlığına yapılır. Başkanlık, başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyona gönderir. Komisyon her bir üyelik için üç aday, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Komisyon tarafından

soruşturulmalarının yapılmasına ilişkin yetki Adalet Bakanlığı'ndan alınarak, Kurul'a verilmiştir.

Hâkimlerin mesleğe giriş, atanma ve özlük işleri, çalışmalarının değerlendirilmesi, disiplin işlemleri, eğitimleri gibi konular hâkimlerin bağımsızlıklarını doğrudan etkileyen etkenlerdir³⁵¹. Hâkimlerin seçilmesinde halk tarafından seçilme, yasama erki tarafından seçilme, yürütme erki tarafından seçilme ve hâkimler tarafından seçilme gibi sistemler bulunmaktadır³⁵². Bu sistemlerin her birine yöneltilen eleştiriler

belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapar. Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır.

Üyeler dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler bir kez daha seçilebilir.” RG 21.01.2017/29976.

³⁵¹ Hâkimlerin atanmalarına, özlük işlerine, eğitimlerine, liyakate dayanan meslek içi düzenlemelerine, kişiliklerinde aranan niteliklerine ilişkin kriterlerin açık bir biçimde düzenlenerek ilan edilmesi ve uygulamasının sağlanması Avrupa Konseyi Bakanları Konseyi tavsiye kararlarında açıkça belirtilmiştir. **İnceoğlu**, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 18; **Çelik, Burak**, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 25-26.

³⁵² Hâkimlerin seçilmesinde farklı sistemler bulunmaktadır. Bu sistemlerde hâkimlerin özlük işlerine ilişkin karar mercileri de farklıdır. Hâkimlerin halk tarafından seçilmesinde halk doğrudan doğruya hâkimi belirler, bu nedenle hâkimler yürütme organına karşı tam anlamı ile bağımsızdırlar. Bu sisteme yöneltilen eleştiri adalete siyasetin karıştırılması olarak gelmektedir. Hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi ise hâkimlerin yürütme organına karşı bağımsızlıkları sağlanırken eleştirilere de maruz kalmaktadır. Bu sistem adliye teşkilatının ilerlemesine engel olacağı, eski geleneksel teamüllere önem verileceğinden, çağın getirdiği yeniliklerin dışında kalınacağı ve ayrı bir zümrenin oluşmasına sebep olacağı yönünde eleştirilmiştir. Yasama organının hâkimleri belirlediği sistemde, kanunları çıkaran yasama organının kanunları uygulayacak olan yargı üzerindeki etkisi ile yasamanın fazla güçlenmesine ve yargıya siyasetin karışmasına sebep olacağı yönünde eleştirilmektedir. Hâkimlerin yürütme tarafından seçilmesi sistemi bu konudaki en eski sistem olup, en büyük sakıncası hâkimlerin yürütmenin etkisine alması olarak gösterilmektedir. Ülkemizde uygulanan kurul yöntemi her ülkede farklılık göstermekle birlikte, erklerden oluşan temsilcilerin yer alarak birbirini dengelediği bir sistem olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 82; ABD, İngiltere, Almanya, Belçika Norveç, Avusturya, Japonya gibi ülkelerde yürütme organı, Fransa İspanya, İtalya, Portekiz, Hollanda, İsveç gibi ülkelerde de Kurul tarafından hâkimlerin teminatlarına ilişkin işlemler yapılmaktadır. **İba**, s. 275; **Taştan**, s. 93, 94; Hâkimlerin sadece hâkimlerden oluşan kurullar tarafından idaresine ilişkin sistem hiçbir ülkede görülmemiştir. **Ünal**, İnsan Hakları, s. 92; Hâkimlerin diğer kuvvetler tarafından seçilmesi herşeyden önce kuvvetler ayrılığına aykırıdır. Hâkimlerde kendisini seçene karşı bir yaranma isteği olacaktır. Özellikle yürütmenin davalarda taraf olması sebebiyle de hâkimleri atamada söz sahibi olması çok mahzurludur. Hâkimlerin yargı kuvvetinden seçilmesi, kendi başlarına karar verme yeteneklerini azaltacağı, hâkimler ile halk arasındaki bağın oluşmayacağı ve yargı içerisine siyasetin karışacağı sebebi ile eleştirilmektedir. Özel kurumlar tarafından atanmaları da kurumların yapılarına göre eleştirilerle karşılaşabilmektedir. Bkz. **Ünver, Yener**, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, İHFM, C.53, S. 1-4, s. 153-196; Yargı tarafından kurulacak bir yapılanma içerisinde hâkimlerin özlük işlerine karar verilmesi fikri de **Kapani** tarafından yargı elitlerinin oluşacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Böyle bir durumda yargı içerisinde hiyerarşi oluşacak ve hiyerarşik bakımdan üstün bulunan hâkimlerin altta bulunan hâkimleri karar verirken etkilemeleri mümkün olabilecektir. Yine ortaya

bulunmaktadır. *Ünver*, İngiltere özelinde yaptığı değerlendirmede yerleşmiş bir demokrasi kültürünün bulunduğu, toplumun geleneklerine bağlı, kamuoyunun yaşanılan olaylara karşı hassas ve etkili olması sebebi ile yürütme tarafından hâkimlerin atanmasında dahi hâkimlerin bağımsızlıklarının sağlandığını belirtmektedir³⁵³. *Kunter*, Amerika örneğini göstererek, başkan tarafından atanmış olmalarına rağmen hâkimlerin başkana yaranma çabası ile karar vermediklerini belirtmiş ve atama yönteminin başkaca teminatlarla zenginleştirilmesi halinde hâkimlerin bağımsız hareket edebileceklerini ileri sürmüştür³⁵⁴. Gerçekten bu özellikleri taşıyan toplumlarda seçim yöntemi ne olursa olsun hâkimlerin görevlerini yerine getirirken bağımsız ve tarafsız olabilecekleri düşüncesine biz de katılmaktayız.

Ülkemizde hâkimlerin atanması ve özlük haklarına ilişkin düzenleme yapma yetkisi bağımsız bir kurula verilmiştir. Kurul, Anayasa m. 159'a göre "*mahkemelerin bağımsızlığı*" ve "*hâkimlik teminatları*" üzerine kurulmuş ve bunları tesis etmek için görevlendirilmiştir. Kurula ilişkin düzenlemenin Anayasa ile yapılmasının amacı Kurulun yapısı ve işleyişini Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı sayesinde güvence altına almaktır³⁵⁵. Kurul en son 2017 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle yeni bir yapıya kavuşmuştur³⁵⁶.

Kurul başkanlığın bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlama, hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro

çıkacak yargı elitleri kimlerin yargıda görev alacaklarını belirleyebilecektir. **Kapani**, Türkiye'de Yargı Kuvveti, s. 72.

³⁵³ **Ünver**, s.161.

³⁵⁴ **Kunter**, "*Türkiye'de Yargı Kuvveti*", s. 64.

³⁵⁵ Anayasa'nın değiştirilmesinin normal bir kanuna göre daha zor olduğu değerlendirildiğinde, bu sayede sık sık değiştirilerek bağımsızlığa ilişkin güvencelerin zedelenmesinin de önüne geçilmektedir. **Çelik**, s. 24.

³⁵⁶ 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı kanun ve 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı KHK ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu nihai halini almıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr> (E.T. 02.11.2019); Bu değişiklikten önce 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı yasanın 22. maddesi ile değiştirilmiş olan Anayasa'nın 159. maddesinde; üye sayısı onüç, iki daire olarak çalışacakları kabul edilmiştir. Aynı değişiklikte üç üyenin Cumhurbaşkanı tarafından, üç üyenin Yargıtay üyeleri, bir üyenin Danıştay üyeleri, üç üyenin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından dört yıl için seçileceği kabul edilmiştir.

dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapma, hâkim ve savcıların görevlerini kanun ve diğer mevzuata (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme, görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerini yürütme ile görevli olup, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri de yerine getirir³⁵⁷.

Kurulun başkanı HS Ka. m. 3/3'e göre Adalet Bakanı'dır. Başkanının Adalet Bakanı olması ve müsteşarın doğal üyeliği doktrinde yürütmenin kurul üzerinde baskı oluşturacağı ve kurulu etkileyeceği sebebi ile eleştirilmektedir³⁵⁸. Aksi yönde bakanın ülkedeki adalet sisteminin işlemeden sorumlu olması sebebi ile kurulun üyesi olmasının doğru olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır³⁵⁹.

Hâkimlerin idari görevleri dışındaki faaliyetlerinin denetim yetkisi Adalet Bakanlığı müfettişlerinden alınarak, HSK nezdinde görevli bulunan müfettişlere verilmiştir³⁶⁰. Hâkimlerin denetiminin yürütme kuvveti tarafından görevlendirilen bir müfettiş tarafından yapılması, bağımsızlıklarına zarar vermesi sebebi ile doktrinde eleştirilmiştir³⁶¹. Bunun yerine bağımsız bir kurul bünyesindeki müfettişler tarafından denetimin yapılması bir nebze de olsa olumlu bir gelişmedir.

³⁵⁷ Bkz. HS Ka m. 4.

³⁵⁸ Ünver, s. 189.

³⁵⁹ Ünal, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, s. 91-93.

³⁶⁰ Bkz. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği, RG 09.04.2011/27900; 2010 Anayasa değişikliğinden önce doktrinde en çok eleştirilen konulardan biri adalet bakanlığı müfettişleri tarafından hâkimlerin teftiş edilmesidir. Bkz. Ünver, s.188; Her ne kadar bu görev HSK nezdindeki müfettişlere verilmiş olsa da, kurulun oluşum şekli değerlendirildiğinde "görünüşte bağımsızlık" ilkesi ile çeliştiği iddia edilmektedir. Zira hâkimlerin soruşturulmasını düzenleyen HSKa. m. 82'ye göre hâkimler hakkında yapılacak olan soruşturma yürütme yetkisi elinde bulunan Adalet Bakanlığı'nın iznine tabiidir. Yenisey/ Nuhoglu, s. 242; AY m. 144'de adalet hizmetlerinin denetimi düzenlenmiştir. Anayasaya göre; "Adalet hizmetleri ile savcılarının idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

³⁶¹ Mumcuoğlu, s. 277, 278.

Eleştirilerden biri hâkimlerin Adalet Bakanı'nın emrinde görev yapmalarının hâkimlerin bağımsızlığına zarar verecek olmasıdır³⁶². Gerçekten yargılama faaliyetini kürsüden yerine getirirken, Adalet Bakanlığı nezdinde idari göreve geçen “memur yargıçlar” tartışma konusudur³⁶³. Memur yargıçların ataması Adalet Bakan'ı tarafından ya da bazı durumlarda Adalet Bakanı onayı ile yapılmakta ve görev yargıya atama yapılması şeklinde sona erdirilmektedir. Bu durum hem idari görevdeki hâkimlerin Adalet Bakanı ile uyumlu çalışmaya istekli olmaları hem de uzun süre kürsüde görev yapmayarak uzaklaşan hâkimlerin tekrar göreve dönmelerine sebep olması yönlerinden eleştirilmektedir³⁶⁴. Anayasa m. 159/12 gereğince hâkimlerin Adalet Bakanlığı'nın merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılmasının hâkimlerin onayı alınarak Adalet Bakanı tarafından yapılması ve bu işlemin HSK tarafından yapılmaması da hâkimlere tanınan güvencelerin zedelenmesi yönünde eleştirilmektedir³⁶⁵. Eleştirilerin dayanağı böyle bir görevlendirmenin aslında zımni bir azil niteliğinde olmasıdır. Yeni görevin yürütmenin bir organı olan Adalet Bakanlığı nezdinde olacağı da bir gerçektir.

Bağımsızlığın zedelendiğine ilişkin bir başka eleştiri de, her ne kadar hâkimlerin bağımsızlığının sağlanması amacıyla kurulmuş olsa da, hâkimin bu sefer de kurula karşı korumasız olduğu ve kurula boyun eğdiği yönündedir³⁶⁶. Kurulun kararlarına karşı yargı

³⁶² **Centel/ Zafer**, s. 688; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 23-24; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 46-53.

³⁶³ 1876 Kanun-i Esas-i m. 90'da “Hiçbir hâkim hâkimlik sıfatıyla devletin maaşlı bir başka memuriyetini uhdesinde cemedemez” düzenlemesi ile hâkimlerin bağımsızlıklarının sağlanması amaçlanmıştır. Benzer düzenleme 1924 Anayasası m. 57'de “Yargıçlar kanunen muayyen vezâiften başka umumî ve hususî hiçbir vazife deruhte edemezler” olarak yer almıştır. 766 sayılı Hâkimler Kanunu m. 74'de yapılan değişiklikte hâkimlerin idari görevlere gelmeleri halinde hâkimlik sebebi ile elde ettikleri ayrıcalıklardan yararlanamayacakları düzenlenmiştir. Bu tarihte bazı görevler hariç, memurlukta geçen sürelerin hâkimlik kıdemine eklenmeyeceği kabul edilmiştir. 1961 Anayasası 24 Anayasası ile aynı düzenlemeyi kabul etmiştir. 1982 Anayasasında Milli Güvenlik Konseyi tarafından hâkimlerin idari göreve geçmeleri halinde eski haklarından yararlanmalarına ilişkin m. 140/son fıkrası eklenmiştir. 2010 yılında yapılan değişiklikte hâkim tanımına m. 3/a “adli ve idari yargıda, Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan hâkimler” de eklenmiştir. HSK Kanunu m. 2/h'de “24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda tanımlanan hâkim ile geçici yetki veya herhangi bir görevlendirmeyle başka bir kurum veya kuruluşta görev yapan hâkim” olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemelerle idari görevde geçirilen sürelerin de hâkimlik kıdemine eklenmesi kabul edilmiştir. Bkz. **Aybay**, s. 543-568.

³⁶⁴ **Aybay**, s. 558.

³⁶⁵ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 18; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 42.

³⁶⁶ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 119; Kurula yürütmeyi temsil eden Adalet Bakanı'nın başkanlık etmesi ve Yargıtay veya Danıştay üyesi sıfatı taşımayan Adalet Bakan Yardımcısının hâkimlerin özlük işlerine

yolunun kapalı olması, bu boyun eğmenin bir sebebidir. Bir başka eleştiri sebebi ise başkanının ve tabii üyesinin yürütme organı olmasıdır. Adalet Bakanlığının kuruldaki yetki ve görevleri sebebi ile kurul önünde hâkimin bağımsızlığından söz edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir³⁶⁷.

HSKa hükümlerine göre hâkim ve savcılar arasında herhangi bir fark öngörülmemiş olması ve her ikisinin de özlük hakları yönünden kurula bağlı olması, bağımsız olan hâkim ve bağımsız olmayan savcıya tanınan teminatların aynı olması da doktrinde eleştirilmektedir³⁶⁸. Zira savcılar Adalet Bakanına ve üstündeki savcılara karşı hiyerarşik bir ilişki içindedir³⁶⁹. Bu durumun göz ardı edilerek hâkimlerle aynı teminatların verilmesi, hâkimlik teminatlarını zedelemektedir.

Mumcuoğlu, hâkimlik mesleğinin süreklilik ve istikrarlı bir ortam ihtiyacı bulunduğunu belirterek, bir hâkimin özlük işlerine karar veren bir bağımsız kurul tarafından olsa bile, hâkimlikten savcılığa geçirilmesinin hâkimlik teminatlarını zedeleyeceğini belirtmektedir³⁷⁰.

Hâkimlerin özlük işlerine bağımsız bir kurul tarafından karar verilmesi kadar hâkimlerin mesleğe alınma usulü de doğrudan bağımsızlıkları ile ilgilidir³⁷¹. 2802 sayılı HS Ka m.

ilişkin karar verme, yönetmelik düzenleme, hâkimlere ve savcılara soruşturma açma, Yargıtay ve Danıştay üyelerini belirleme vb. konularda karar verme sürecinde görev almaları hâkimlerin bağımsızlıkları ve hâkimlik teminatı ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 114.

³⁶⁷ **Kuru**, s. 16-26; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 120; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 46; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 114. Gerçekten kurul üyelerinin atanma biçimleri, hâkimlerin idari yönden yürütme organına bağlı olmaları ve yürütme erki ile sınırları kesin olarak çizilememiş kurul üyeleri tarafından alınan kararlara karşı kanun yollarının kapalı olması, hâkimlerin bağımsızlığının aslında sadece görünürde var olduğunu göstermektedir. Bizim çalışma konumuz HSK'nın hukuki niteliği ve yapısının olmadığından, sadece konuya ilişkin tartışmaların sunulması ile yetinilmiş olup, detaylı bir incelemeye girilmemiştir.

³⁶⁸ Eleştirilerin kaynağı savcılarının bağımsız olmamasına dayanmakta, kanuni anlamda bağımsız hâkimlerin, bağımsız olmayan savcılarla beraber Adalet Bakanlığı'na bağlı olmasına ilişkin düzenlemelerle hâkimin bağımsızlığına engel olunmak istendiği belirtilmektedir. **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 341; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 23; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 46.

³⁶⁹ **Sever**, s. 75.

³⁷⁰ **Mumcuoğlu**, s. 276, 277.

³⁷¹ **Avcı**, s. 890.

9'a göre adaylığa atama Adalet Bakanlığı tarafından, hâkimliğe atama m. 13'e göre HSK tarafından yapılmaktadır. Aynı kanuna göre yazılı sınavdan sonra yapılacak mülakat kurulu çoğunlukla Adalet Bakanlığının personelleri tarafından oluşmaktadır³⁷². Kanaatimizce bu kurulun oluşum şeklinin değiştirilmesi, hâkimlerin bağımsızlığının sağlanmasında çok faydalı olacaktır.

1.3.1.2.1.2. Yasama Kuvvetine Karşı Teminatlar

Toplum içerisinde yer alan bireylerin birbirleriyle ya da devletle olan ilişkilerini düzenleyecek normlar konulması bir yasama faaliyetidir³⁷³. Herkes gibi yasama erki de bağımsız ve tarafsız görev yapan mahkemelerin kararlarına saygı duymak ve bu kararların gereğini derhal yerine getirmekle görevlidir.

Yasama tarafından kabul edilen kanunların anayasaya aykırı olması halinde ortaya çıkacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin tehlike ve ihlaller, hukuk devletlerinde ancak yasama kuvveti tarafından kabul edilen kanunların yargı tarafından denetlenmesi ile ortadan kalkabilecektir³⁷⁴. Yine kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama kuvvetinin yargı kuvvetine emir vermesi ve telkinde bulunması da mümkün değildir³⁷⁵.

AY m. 138'e göre mahkemelere kimsenin emir ve talimat veremeyeceği açıkça kabul edilmesi sebebiyle, yasama organı olan TBMM de faaliyetleri ile yargılama makamına

³⁷² 2802 sayılı HS Ka. m. 9/a-6; Mülakat Kurulu; Adalet Bakanının görevlendireceği bakan yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreteri ve Türkiye Adalet Akademisi Danışma Kurulundan seçilen bir kişi olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur. Belirtmek gerekir ki savcılarının teminatlarına ilişkin olarak AYM 20.04.1971 t. 1970/39E, 1971/44K sayılı kararında, o tarihte yürürlükte bulunan mevzuatta savcılarının atama ve nakil işlemlerinde Ceza İşleri Genel Müdürü ve Zatişleri Genel Müdürünün de bulunduğu bir kurul görevlidir. Anayasa Mahkemesi bu kişilerin kurulda görevli olmasını "*Bakanlık görevlilerinin kurulda çoğunluğu sağlayacak sayıda olmaları ve kurulun üye tamsayısının çoğunluğu ile toplanıp toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar verebilmesi*"ni sağlaması gerekçesi ile iptal etmiştir. Mülakat kurulundaki bakanlık görevlileri göz önüne alındığında yargı kuvvetinin temsilcisi hâkimin atamasında yürütmenin söz sahibi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

³⁷³ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 80.

³⁷⁴ **Arslan/ Özkul**, s. 44; Hâkimlerin bağımsızlığını zedeleyen veya ortadan kaldıran kanunların yasama tarafından düzenlenmesi Anayasaya aykırıdır. **Tosun**, s. 325.

³⁷⁵ **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavaz/ Hanağası**, s. 114; Aksi yönde düzenleme yapılması halinde hâkimin bağımsızlığından bahsetmek artık mümkün olmayacaktır.

müdahale edemez ve emir veremez, talimatta bulunamaz³⁷⁶. Aksi takdirde toplumda kişi hak ve hürriyetlerinin sağlanması mümkün olmayacak ve yargıya olan güven sarsılacak, bu sürecin doğal sonucu olarak toplum büyük zararlar görecektir. Anayasanın 140/2 maddesinde hâkimlerin “*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre*” görevlerini ifa edecekleri düzenlendiğinden, yasama kuvveti tarafından hâkimlerin teminatlarına ve özlüklerine ilişkin düzenlemeler Anayasaya aykırı olacaktır³⁷⁷.

Yasama faaliyeti yoluyla belirli bir davanın yasamanın istediği şekilde sonuçlanması için kanun çıkarmak da yasamanın yargıya müdahalesi olarak değerlendirilebilecektir³⁷⁸. Doktrinde yasamaya getirilen bu sınırın “*yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili alan*” sınırıyla örtüştüğü belirtilmektedir³⁷⁹. *Mumcuoğlu*, yargı yetkisinin kullanılması ile kastedilenin bağımsız hâkim tarafından somut olaya hukuk kurallarının uygulanması olarak belirtmektedir³⁸⁰. Hâkimin mahkemelerin işleyişine ilişkin kalem yönetimi vs. gibi görev ve yetkileri bu kapsamda değildir.

Yine hâkime belirli bir davanın nasıl görüleceğine ilişkin olarak telkinlerde bulunarak, soru sorulması ve konuya ilişkin görüşlerin açıklanması ile de yargıya müdahale edilebilecektir. Gerçekten milletvekillerinin yasama meclisinde bir dava hakkında görüş açıklamalarının, hâkimlere dolaylı olarak bir tavsiye veya telkinde bulunmaları olarak anlaşılması mümkündür³⁸¹. Bu hükümle yargı kuvvetine gelebilecek müdahalenin

³⁷⁶ **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 239. Yasama organı hiçbir gerekçe ile yargının faaliyetlerini değiştirmemeli, müdahale etmemeli, alınan kararların uygulanmasına engel olmamalıdır. Böylelikle yasama organının hâkimin kararlarına müdahale edebilmesi, kararı değiştirmesi ve hükmün infazını engellemesi gibi müdahalelerin önüne geçilebilecektir. **Özen**, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 36; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 114-115; **Yurtcan**, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 84. “...*Anayasa, uyumlu bir bütündür. Bir bölüm hükümlerinin öteki hükümleri işlemeyi duruma getirmesi veya işlemlerini aksatması düşünülemez. Mahkemelerin bağımsızlığını korumak üzere konulmuş bir hükmün Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir anayasal denetim yetkini ve adli görevini engelleyebileceği hukukça savunulabilecek bir görüş değildir.*” AYM 18.06.1970 T. 1970/25 E. 1970/32 K.

³⁷⁷ **Sever**, s. 63.

³⁷⁸ **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 239.

³⁷⁹ **İba**, s. 275.

³⁸⁰ **Mumcuoğlu**, s. 268.

³⁸¹ **Sever**, s. 60.

önlenmesi için Anayasa m. 138/3 düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile yasama meclisinin görülmekte olan davaya ilişkin bir görüş olduğu izlenimini yaratarak, hâkimin bu kanaat altında kalmasının ve özgür bir biçimde karar verememesinin önüne geçilmek istenmektedir³⁸². Anayasa’da geçen “görülmekte olan dava”nın korunan hukuki değer göz önüne alınarak, geniş yorumlanması ve olaya ilişkin soruşturma aşamasından başlayarak, kararın kesinleşmesine kadar geçen süre olarak anlaşılması gerekmektedir³⁸³. Düzenlemede yer alan “*yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili*” sınırı dışında kalan konularda ise yasamanın soru sorma, beyanda bulunma ve görüşme yapma hakkı vardır³⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi bu yasağın, başbakan veya bakanların görevleriyle ilgili cezai sorumluluklarını araştırılmasına yönelik bir denetim aracı olarak kabul edilen meclis soruşturması hazırlık komisyonu çalışmalarını durduracak bir şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir³⁸⁵.

³⁸² **Ünal**, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, s. 15; Doktrinde mahkeme kararlarının yasama organı tarafından eleştirilmesinin, saygı çerçevesinde yapılması halinde, yasal ve meşru olduğu yönünde görüşler mevcuttur. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 15; Tosun, yasama meclislerinde her şeyin görülebilmesinin esas olduğunu, yasamaya ilişkin bu esas kuralın istisnasının uygulanmasında dar yorum yapılarak, hâkimin kararı ile ilgili olmayan fakat olaylara ilişkin olarak açıklama yapmasının AY m. 138/3 kapsamında değerlendirilmeyeceğini belirtmektedir. **Tosun**, s. 326; “*Yasama sorumsuzluğunun nedeni, hiç olmazsa en yüksek meclislerde her şeyin açıklanabilmesinden çekinilmesini önlemektir. Durum böyle olunca, hâkimlerin bakmakta oldukları davalarda verdikleri kararlar hakkınca yasama meclislerinde fikir açıklama yasağı bu ilkeye aykırı düşmektedir. İstisnai hükümlerin de dar yorumlanması, istisnaların konuldukları yerlerle sınırlı olması biçimindeki yorum ilkesine uygundur.*” Ona göre yasak hâkimlerin ara ve son kararlarına ilişkindir. Bu değerlendirme ışığında Adalet Bakanının soru önergesi üzerine kürsüden verdiği cevap ile TBMM dışında yaptığı açıklamalar birbirinden farklı bir biçimde değerlendirilmeli ve mecliste kürsüden yapılan açıklamalar yasak kapsamı dışında kabul edilmelidir. **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 37; **İba**, s. 274.

³⁸³ **Sever**, s. 60.

³⁸⁴ **Mumcuoğlu**, s. 269.

³⁸⁵ AYM 18.06.1970T. 1970/25E, 1970/32K. sayılı kararı RG 17.12.1970/13697 www.resmigazete.gov.tr (E.T. 01.03.2019); Bu karara göre aynı konunun meclis gündemine ve yargıya intikal etmesi mümkündür. Mahkemenin o dâvada kullandığı yargı yetkisi ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin Meclis Soruşturması yetkisini arasında usul, sonuç ve nitelik bakımından kesin ve net sınırlar vardır. Bu sınır dışında mecliste yasama ve denetim çerçevesinde değerlendirme yapılabilmesi mümkündür. Bkz. **İba**, s. 274-275; **Demirkol**, böyle bir yasağın aslında yersiz olduğu, herkesin uyuşmazlığa ilişkin konuşmasının doğal olduğu, bu durumun hâkimi etkilememesi gerektiği kanaatinde. Bkz. **Demirkol**, s. 65; Ancak 2017 Anayasa değişiklikleri ile birlikte HSK’nın 7 üyesinin TBMM Genel Kurulu tarafından seçilmesi hususu göz önüne alındığında, hâkimlerin meclise yaranma çabasına girme ihtimallerinin her zaman göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Aynı zamanda yasama organı, yargının aldığı kararlara uymak zorundadır, bu kararın uygulamasını geciktiremez ve kararı değiştirmesi mümkün değildir (Anayasa m. 138/4)³⁸⁶. Gerçekten yasama tarafından yargı kararlarının uygulanmaması veya geciktirilmesi halinde, yargının kişilere veya kurumlara sağladığı güven duygusu ortadan kalkacaktır³⁸⁷. Hemen burada belirtmek gerekir ki yasama erkinin elinde bulundurduğu “af” yetkisinin kullanılması bir istisna olarak kabul edilmekte, doktrinde affin mahkemenin kararının değiştirilmesi olarak nitelendirilemeyeceği ve Anayasa m. 138/4’e aykırı olmadığı kabul edilmektedir³⁸⁸. Bununla birlikte Anayasa m. 104’de düzenlenen Cumhurbaşkanı’na tanınan “*Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını*” hafifletme ve kaldırma yetkisi de yargıya müdahale olarak kabul edilmemektedir³⁸⁹. Ancak özellikle genel affın sık bir şekilde gündeme gelmesi ve yürürlüğe konulması, toplumda nasıl olsa ceza alsam da affedileceğim inancı oluşacağından, hem mahkeme kararlarının etkisini azaltacak hem de toplumda asayişin bozulmasına sebep olacaktır.

Buna karşın bütçe kanunda yapılan düzenleme ile adaletin sağlanmasına tahsis edilen miktarın azaltılması yasama erkinin yargı erki üzerinde baskı kurma çabası olarak kabul edilebilecektir³⁹⁰. Gerçekten yargı kuvvetinin kendine özgü bir bütçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle bütçeyi elinde bulunduran yürütme kuvvetinin hâkimin

³⁸⁶ **Tosun**, s. 326; **Mumcuoğlu**, s. 270.

³⁸⁷ **Sever**, s. 61.

³⁸⁸ Af yetkisinin sıklıkla kullanılması mahkemelerin itibarını zedeleyecektir. Kişilerde suçu işledikten sonra af çıkacağına ilişkin bir kanının bulunması, o kişileri daha da cesaretlendirecek ve mahkemelere olan güven sarsılacaktır. Bu nedenle istisnai olarak ve çok zaruri hallerde af yetkisinin kullanılması gerekmektedir. Aksi takdirde hâkimlerin bağımsızlıkları da esaslı bir biçimde zarar görecektir. Bkz. **Kuru**, s. 12; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 15; **Özen**, Hâkimin Cezai Sorunluluğu, s. 72. *Montesquie*, ağır yasalar göz önüne alınarak yargılanan kişinin cezalandırılmasına karar verilmesi halinde bu kişilerin yasama organı tarafından affedilmesi ya da cezalarının indirilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. **Montesquie**, s. 201,207; Anayasa m. 87 hükmüne göre genel ve özel af ilan etmek yasama organının yetkileri arasındadır. Yine Cumhurbaşkanı da Anayasa m. 104/16 gereğince hastalık, sakatlık ve bunama gibi hallerde kişilerin cezalarının kaldırılmasına karar verebilmektedir. Bkz. **Özek, Çetin**, “*Umumi Af*”, İÜHFİM, C. 24, S. 1-4, 1959, s. 118-175; **Kunter** meclisin ölüm cezalarına ilişkin olarak yaptığı faaliyeti değerlendirirken af yetkisinin kullanımının yargıya müdahale olmadığını belirtmiştir. **Kunter**, Yargı Kuvveti, s. 74; **Mumcuoğlu**, s. 270.

³⁸⁹ **Kuru**, s. 12; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 39.

³⁹⁰ **Taştan**, s. 85.

çalışma koşullarının standartlarının sağlanmasında ve ekonomik koşullarında söz sahibi olduğunu söylemek mümkündür.

Anayasa m. 37/2 gereğince yasama kuvveti tarafından olağanüstü mahkemelerin kurulması yoluyla tabii hâkim ilkesini zedeleyecek nitelikte mahkemeler kurması mümkün değildir. Bu tür mahkemelerin kurulması hâkimin bağımsızlığını zedelediği gibi yargının görevini etkin bir biçimde engelleyecek niteliktedir ve toplumda adaletin tesis edileceğine olan inancı sarsar³⁹¹.

1.3.1.2.1.3. Yargı Kuvvetine Karşı Teminatlar

Hâkimlerin tamamı millettten aldığı yetki ile yargı gücünü kullanmaktadır³⁹². Bu sebeple hâkimler birbirlerinin altı ve üstü değildirler, yargı kuvveti içerisinde de birbirlerine karşı bağımsızdırlar³⁹³. Çok hâkimli mahkemelerde, başkan ve üyeler birbirlerine karşı tam anlamda bağımsız oldukları gibi görev ayrımı dışında birbirlerine eşittirler³⁹⁴.

Yargı bağımsızlığına ilişkin tehlike her zaman dışardan gelmeyebilir. Bazen yargının kendi içerisinde de bağımsızlığa karşı tehlikenin doğması mümkündür³⁹⁵. Bu nedenle hâkimlerin birbirlerine karşı bağımsız olmaları düzenlenmiş ve birbirlerine emir ve talimat vermelerinin önüne geçilmiştir. Mahkemeler nezdindeki derecelendirme yargılamada iş birliği ile hareket edilebilmesini sağlamak amacı ile yapılmış olup, ceza muhakemesinde suçların ve cezaların ağırlığı göz önüne alınarak belirlenmiştir. Bu derecelendirme yargılama makamlarının birbirlerine karşı bağımlı oldukları anlamına gelmemektedir³⁹⁶. Yine, aynı düzeydeki mahkemelerin benzer olaylara ilişkin kararları,

³⁹¹ **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 239; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 16; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 38; **Taştan**, s. 83; **İba**, s. 273; Bu konu tabii hâkim ilkesi kapsamında detaylı bir biçimde açıklandığından tekrar edilmemiştir.

³⁹² **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 87.

³⁹³ **Özek**, s. 922.

³⁹⁴ **Demirkol**, s. 78; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 121-122; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 47.

³⁹⁵ Bkz. **Çelik**, s. 74.

³⁹⁶ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 121; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 243; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 47; **Taştan**, s. 87; **Özen M**, s. 145.

birbirlerine ışık tutup yol gösterici olsa da, hiçbir şekilde bağlayıcı değildir³⁹⁷. Ancak her ne kadar bu kararlar bağlayıcı olmasa da belirli bir zamandaki hukuk anlayışını ve hukuki değer kıstaslarını görebilmek adına büyük bir önem taşımaktadır³⁹⁸.

Kanun yollarına ilişkin inceleme makamlar arasında hiyerarşik bir yapının olduğu anlamına gelmemektedir. Kaldı ki kanun yolu incelemesinde hâkimin iradesi üzerinde bir tartışma yapılmamakta, hâkimin dava konusu olaya ilişkin hukuki nitelemesi göz önüne alınmaktadır³⁹⁹. Bu nedenle üst dereceli mahkeme alt derecedeki mahkemenin kararını bozmuş olması, hiçbir şekilde alt derecedeki mahkemeye müdahale ettiği anlamına gelmeyecektir⁴⁰⁰. Gerçekten alt derece mahkemesinin kararının bozulmasından sonra bozma kararına karşı direnme yetkisinin bulunması mahkemenin bağımsız olduğunun bir göstergesidir⁴⁰¹. Kaldı ki kanun yolunda hâkimi bağlayıcı bir karar verilmesi yargılamanın bir aşamada sona erdirilmesinin zorunlu sonucudur⁴⁰².

Anayasa Mahkemesi bu konuya ilişkin aldığı kararda özetle; hâkimlerin de her insan gibi yanılmasının mümkün olduğunu bu sebeple de mahkeme kararlarının denetiminin zorunlu olduğunu, bu amaçla kurulan Yargıtay'ın aynı zamanda eşitlik ilkesinin bir gereği olarak ülkede içtihat birliğini de sağlamakla görevli olduğunu, amaca uygun sonuç alınabilmesi için de Yargıtay'ın bazı kararlarının bağlayıcı olması gerektiğini, Anayasa m. 132'deki düzenlemenin bir davanın tek hâkimle görülüp yalnızca o hâkimin kanaatiyle karar verilmesi olarak yorumlanmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile direnme kararının bozulmasına ilişkin YCGK kararına uyma zorunluluğunun hâkimin bağımsızlığı ilkesine aykırı olmadığını kabul etmiştir⁴⁰³. Anılan karara göre bir hâkim

³⁹⁷ Demirkol, s. 79.

³⁹⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 99.

³⁹⁹ Gerçekten bir hâkimin kararını denetleyen mahkemenin, hâkime emir verdiği kabul edilmemektedir. Her ikisi de birbirlerine karşı bağımsızdırlar. Demirkol, s. 79.

⁴⁰⁰ Toroslu/ Feyzioğlu, s. 121; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 87; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 115; Taştan, s. 88.

⁴⁰¹ Tosun, s. 332; Özen, Yargı Bağımsızlığı, s. 47.

⁴⁰² Şahin/ Göktürk, s. 238.

⁴⁰³ AYM 13.02.1968 T. 1967/11 E, 1968/7 K. Sayılı kararı <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T.27.03.2019).

ya da mahkeme tarafından verilen kararın denetimsiz bir biçimde kabul edilmesinin kişilere ve topluma vereceği zarar göz önüne alınarak, hâkimlerin belli olaylarda uyguladıkları kanunları ve diğer hukuk kurallarını kendi kanılarına göre başka biçimde yorumlanmaları mümkün olduğundan, mahkemelerden, benzeri olaylarda verilecek kararlar arasında çelişmeler olabilmekte ve bu çelişmeler Anayasa'nın 12. maddesiyle tanınan kanun önünde eşitlik ilkesini zedelemekte ve bundan dolayı içtihatlar arasında birlik sağlanması da zorunlu bulunmaktadır⁴⁰⁴.

Anayasaya göre hâkimler önlerine gelen uyuşmazlıklarda kanunlara ve vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Hâkimlerin bağımsızlığının bir sonucu olarak, görevleri sırasında benzer olaylara ilişkin olarak diğer mahkemeler tarafından verilen kararlarla da bağlı değildirler. Hâkim bu emsal nitelikteki kararlara uyup uymamakta tamamen özgürdür⁴⁰⁵. *Yurtcan*, CMK m. 307/3 ile alt mahkeme hâkimi ile kanun yolu incelemesi yapan hâkimler arasında bir tartışma ortamı yaratıldığını belirterek, YCGK'na bir "hakemlik" görevi verildiği görüşündedir⁴⁰⁶. Hukuk sistemimizde ceza hukuku uyuşmazlıklarının çözülmesi bakımından YCGK'nın üzerinde bir başka merci olmaması ve CMK m. 307/3'e göre YCGK kararlarının bağlayıcı olmasının hâkimin bağımsızlığını etkilemediği belirtilmektedir⁴⁰⁷.

Mahkemelerin kararları birbirlerini bağlamaz, sadece İBK bağlayıcıdır⁴⁰⁸. Ancak doktrinde, hâkimlerin konuya ilişkin olarak hür davranmalarının önüne geçildiği gerekçesi ile Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının hâkimin bağımsızlığını olumsuz

⁴⁰⁴ **Demirkol**, s. 79.

⁴⁰⁵ **Tosun**, s. 332-333; **Özen**, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 48.

⁴⁰⁶ **Yurtcan**, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s.87.

⁴⁰⁷ **Kuru**, *Hâkimin Bağımsızlığı*, s. 10,11.

⁴⁰⁸ İBK farklı yargı organları tarafından benzer olaylara ilişkin olarak birbirine aykırı olarak verdiği kararların hukuk uygulamasında birlik ve düzenin sağlanması için ayrı ayrı yargı organlarının aldığı içtihat niteliğindeki kararların birleştirilerek, meydana gelebilecek zıtlığın ortadan kaldırılması olarak tanımlanmaktadır. **Yurtcan**, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 600; Bu kararlar temyiz incelemesinden farklı nitelikte olup, benzer olaylara hukuk kurallarının uygulanmasına yol göstermek üzere belirlenmiş, hukuki durumu açıklamaya dönük kararlardır. Bkz. **Postacıoğlu, İlhan**, "*Medeni Usul Hukuku Dersleri*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:1986, İstanbul,1975, s. 105; **Taşan**, s. 91.

yönde etkilediği yönünde de görüşler bulunmaktadır⁴⁰⁹. Doktrinde bu bağlayıcılığın Anayasa m. 138’de düzenlenen hâkimin kanunlara, hukuka uygun olarak vicdani kanaati ile karar vereceği ilkesine, hâkimin kişisel değerlendirme yetkisini elinden aldığı gerekçesi ile aykırı olduğu belirtilmektedir⁴¹⁰. *Tosun*, aynı emsal kararlarda olduğu gibi hâkimin bu içtihadı birleştirme kararlarına da uyup uymama konusunda serbest olması gerektiği yönünde kanaatini bildirmiştir⁴¹¹. *Centel/Zafer* ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına uyma zorunluluğunu, mahkemelerin özgürce hukuku yorumlama imkânını ortadan kaldıran bir durum olarak değerlendirmemekte, sadece mahkemelerin genel kurulun kararına uyarak işlem yapma, eylemsiz direnmeme olarak nitelendirmektedir⁴¹².

Anayasa Mahkeme aynı nitelikte verilen kararlara ülke çapında farklı hükümlerin uygulamasının da adalet duygusunu zedeleyeceğini ve bu durumun devlete karşı güvenin azalmasına sebep olacağını belirterek, Yargıtay’ın adli uygulamalarda birlik sağlamakla görevli olduğunu, bu nedenle içtihadı birleştirme kararlarını, Yargıtay tarafından normun somut olaya uygulanmasının nasıl olacağının açıklanması olarak nitelemektedir⁴¹³. *Özgenç*, bu kararı ülkemiz gerçekleri ile bağdaşmadığı gerekçesi ile eleştirmektedir⁴¹⁴. Ona göre AYM kararında “*uygulanacak hukuk kuralının hangisi olduğu yönünde verilen kararlarda çelişki olması*” gerekçesi eleştirilmesi gereken hususlardan biridir. Hâkim hangi hukuk kuralının uygulanacağını kendi bilgisi ile çözmekle görevlidir ancak yine de bu konuda esaslı bir problem var ise, bunu çözmeye görevi kanun koyucunundur. Bir başka görüşe göre içtihadı birleştirme kararlarının yargı bağımsızlığına zarar vermekte, eşitlik ilkesi dayanak gösterilerek kuralın herkese aynı şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla kabul edilen bu ilkelerin bağlayıcı

⁴⁰⁹ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 355 vd; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 87,602; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 244.

⁴¹⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 27.

⁴¹¹ **Tosun**, s. 333.

⁴¹² **Centel/ Zafer**, s.689.

⁴¹³ Bkz. AYM 12.06.1969T. 1969/38E. 1969/34K. www.anayasa.gov.tr (E.T. 09.11.2019).

⁴¹⁴ **Özgenç**, s. 62.

olmaması gerekmektedir⁴¹⁵. Aksi yönde *Kuru*, benzer hukuki konulara ilişkin olarak verilen içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının anayasa aykırı olmadığını, kararların Yargıtay'ın hukuk birliğini sağlama işlevinin bir gereği olduğunu belirtmektedir⁴¹⁶. Kanaatimizce hâkim önüne gelen uyuşmazlığı kendi hukuk bilgisi çerçevesinde çözecektir. Daha en baştan hangi normun uygulanacağını bildirilmesi onun bağımsız bir biçimde görev yapmasına engel olacaktır.

Yine aynı olaya ilişkin olarak hem hukuk mahkemesinde tazminat davası hem de ceza mahkemesinde ceza davasının bulunması mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nda yargılama ile ilgili düzenleme yapılmıştır⁴¹⁷. Düzenlemeye göre ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararının fiile ilişkin bölümü hukuk mahkemesinde kesin delil niteliğindedir⁴¹⁸. Düzenlemenin yapılaş amacı kişinin daha sonra suçu işlememiş olduğunun ortaya çıkma ihtimali gösterilmektedir⁴¹⁹. Yine ceza mahkemesinde delil serbestisi ilkesi geçerli olduğundan bir maddi vakanın nasıl gerçekleştiğinin tespitinde bulunma imkânının fazlalığıdır. Bu sebeple ceza mahkemesinin maddi olayların gerçekleşme şekline ilişkin kabulleri hukuk mahkemelerini bağlamaktadır. Hukuk güvenliğine zarar vermemek adına her iki hâkimin verdiği kararların ne kadarının bağlayıcı olarak kabul edildiği açıkça düzenlenmiştir.

⁴¹⁵ Demirkol, s. 85; Baytaç, s. 190 vd.

⁴¹⁶ İBK 'ları Anayasa m. 138/2'nin bir istisnası olarak göstermiştir. Bkz. *Kuru*, s. 10; *Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası*, s. 115; *Şahin/ Göktürk*, s. 238.

⁴¹⁷ TBK m. 74; “*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*”.

⁴¹⁸ Yargıtay 10 HD 12.10.2020 T. 2020/1659 E, 2020/5836 K. sayılı kararı ile de bu hususa dikkat çekilmiştir: “...Ceza mahkemesi kendine has usuli olanakları nedeniyle hükme esas aldığı maddi olayların varlığını saptamada daha geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle hukuk hâkiminin, ceza hâkiminin fiilin hukuka aykırılığını ve illiyet bağıını saptayan maddi vakia konusundaki kabulü ve ceza mahkemesinin kabul ettiği olayın gerçekleşme şekli diğer bir deyişle maddi vakanın kabulü konusunda kesinleşmiş olan bir mahkûmiyet veya maddi vakia tespiti yapan hükmüyle bağlı olacağı hem ilmi (Prof. Dr. Kemal Gözler, “... 'nın Türkçesi Üzerine”, ... Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s.45-61) hem de kökleşmiş kazai içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır...”www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 14.01.2021)

⁴¹⁹ *Kapancı*, s. 520,521.

Hâkimler aynı konuda aynı dava sebebine dayanarak aynı taraflar arasında görülen bir davaya ilişkin kesin hükümle bağlıdır. Non-bis in idem ilkesi gereğince kesin hükümle sonuçlanmış bir dava aynı kişi ve aynı olayla ilgili tekrar görülemez. Aynı davayı yeniden incelemeleri mümkün değildir. Bu nedenle kesin hüküm, hükmü veren mahkeme de dâhil olmak üzere tüm mahkemeleri bağlar⁴²⁰.

Uyuşmazlık Mahkemesi anayasa ile görevleri düzenlenmiş, adli ve idari yargı makamları arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili bir yüksek mahkemedir⁴²¹. Mahkemenin görevi uyuşmazlığı kesin olarak bir sonuca bağlamak olduğundan, verdiği kararlar kesindir ve bağlayıcıdır. Mahkemenin bu kesin kararı bağımsızlığa zarar vermemektedir.

1.3.1.2.1.4. Diğer Etkenler

Hâkimlere karşı görevlerini yerine getirirken sadece yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri değil, nüfus grupları, sermaye grupları, yerelde halen varlığını koruyan aşiret liderleri de etkileme çabası içerisine girebilmektedir⁴²². Gerçekten toplum içerisinde yer alan bazı baskı ve menfaat grupları hâkimlerden kendileri lehine karar vermeleri yönünde taleplerde bulunabilirler. Rüşvet, tehdit, kamuoyu oluşturmak gibi yöntemlerle hâkimin kararını etkilemeye çalışmak en sık karşılaşılan hallerdendir⁴²³. Taraflardan hâkime bir baskı olmasını engellemek amacıyla TCK m. 277’de yer alan “*Yargı görevi yaparı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs*” suçu düzenlenmiştir⁴²⁴.

⁴²⁰ **Sever**, s. 85; CMK m. 223/7 “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.*”

⁴²¹ 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun, m. 1. www.mevzuat.gov.tr (E.T. 09.01.2020)

⁴²² **Dönmezer**, s. 72.

⁴²³ **Taştan**, s. 104-105; Adliyeye karşı suçların hukuki konusu adil yargılanma hakkıdır. Bu hakka zarar veren eylemler suç olarak kabul edilmiştir. **Özek**, s. 33.

⁴²⁴ TCK m. 277/1. “*Görülmekte olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yaparı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan*

Bir diğer yöntem ise medyanın kamuoyu oluşturma ve kitleleri etkileme gücünü kullanarak hâkimi uyuşmazlık konusu olayda baskı altına almasıdır⁴²⁵. İfade özgürlüğünün bir yansıması olan basın özgürlüğü, Anayasa m. 28 ile güvence altına alınmıştır. Ancak basın gücünü elinde bulunduran kişilerin yargılamayı etkileme çabalarına karşı basın özgürlüğü Anayasa m. 26/2 ve 28/4 gereğince sınırlandırılarak, hâkimin bağımsızlığının etkilemesinin önüne geçilmek istenmiştir⁴²⁶. Zira uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak yapılan yayınlarda şüphelilerin doğrudan suçun failiymiş gibi gösterilmesi, olaylara ilişkin yapılan yorumlarla davanın seyrine ilişkin bilgiler vererek, hem sanığın masumiyet karinesine zarar vermekte hem de hâkimin konuya ilişkin olarak etki altına alınmasına sebep olmaktadır.

Bu nedenlerle Anayasa m. 26/2 “*yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacı*” ile düşünce açıklama ve yayma hakkına sınırlama getirirken, m. 28/4’de “*Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz*” düzenlemesi ile hâkime basın yayım yasağı kararı alabilme ve davanın naklini de isteyebilme gibi yetkiler tanınmıştır⁴²⁷. Ancak belirtmek isteriz ki yayım yasakları yargılamaya ilişkin görüş yayınlamaya ilişkin olup, olayla ilgili haber niteliğindeki bilgilendirmelere yasak getirilmesi mümkün değildir⁴²⁸.

Basın K. m. 19’da soruşturma aşamasına ilişkin bilgi ve belgeleri açıklayan kişi ve kuruluşlara para cezası verilmesi düzenlenmiştir⁴²⁹. Bu düzenleme CMK m. 157’de

dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/69 md.) Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.”

⁴²⁵ **Kuru**, s. 28; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 122; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 87; **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 92; Basının etkisinin bazı koşullarla birleştiğinde emir ve talimata dönüşmesinin dahi söz konusu olabildiği belirtilmektedir. Bkz. **Özen, M**, s. 145.

⁴²⁶ **Tosun**, s. 335; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 49.

⁴²⁷ **Centel/ Zafer**, s. 689.

⁴²⁸ **Tosun**, s. 335.

⁴²⁹ Gerçekten, soruşturma evresinin soruşturmanın selameti, maddi gerçeğe ulaşmak için yapılan çalışmalar sırasında delillere ulaşabilmek ve şüphelilerin masumiyet karinesine zarar vermemek adına, gizli yürütülmesi kabul edilmiştir. Bkz. **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s.515; AİHS m. 10/2 paralelinde Basın Kanunu m. 3/2’de “*demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve*

düzenlenen soruşturmanın gizliliği ilkesine de uygundur⁴³⁰. Kaldı ki yasak kamuoyuna yansıyan görüntüler ve bunlara ilişkin görüşleri kapsamamaktadır⁴³¹. Nitekim AİHM verdiği kararda kovuşturma aşamasında dava kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar geçen süre içerisinde bilgi ve belgelerin yayınlanmasında ihlal olmadığını ancak görülmekte olan davanın hâkim ya da mahkeme işlerine ilişkin görüş açıklanmasının doğru olmadığına karar vermiştir⁴³².

Aleni yargılama hâkimlerin bağımsızlığının sağlanmasının bir başka yoludur⁴³³. Aleni yargılama ile hâkimlerin tarafsız ve bağımsız bir biçimde, her türlü keyfilikten uzak ve meslek kurallarını göz önüne alarak görevlerini yapmaları amaçlanmışken, hem sanık hakları hem de hâkimlerin tarafsızlığının etkilenmemesi adına bu tür kısıtlamalar getirilmesinden elde edilecek menfaatin daha yüksek olduğu bir gerçektir⁴³⁴. CMK 183.

haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla” sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Basın Kanunu’nda yargıyı etkileme başlığı altında düzenlenen m. 19 yürürlükten kaldırılmıştır. RG 05.07.2012/28344, Kanun No: 6352.

⁴³⁰ AİHM 25.07.2001, Başvuru No. 48898/99, Perna İtalya kararı prg 38’de; “Basının, kendi görev ve sorumluluklarıyla tutarlı biçimde, haber ve fikir aktarma hakkına sahip olduğu kamu yararına ilişkin konular arasında yargının işleyiş tarzına ilişkin meseleler de vardır. Ancak, adaletin güvencesi olan ve hukukun üstünlüğü anlayışıyla yönetilen bir Devlet’te temel bir rolü olan mahkemelerin yaptığı çalışmaların halkın güvenine ihtiyacı vardır. Dolayısıyla, yargı temelsiz saldırılara karşı korunmalıdır. Bu unsur özellikle, yargıçların beyanat vermeme görevleri dolayısıyla saldırılara cevap vermesinin olanaksız olması sebebiyle daha da büyük önem taşır.” <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T. 09.11.2019).

⁴³¹ AİHM Weber İsviçre 25.05.1990 tarih, Seri No: 177 sayılı kararda basında çıkan haberlerin kamuoyu tarafından zaten bilindiği belirtilerek, gizliliğin korunmasında bir hukuki yarar bulunmadığını bu sebeple m.10’un ihlal edilmediği belirtmiştir. <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T. 09.11.2019).

⁴³² AİHM 20.07.2004 No. 49418/99 Hrico vs Slovakia kararı, <https://www.echr.coe.int> (E.T. 13.11.2019).

⁴³³ **Kunter**, Yargı Kuvveti, s. 77.

⁴³⁴ Basın özgürlüğüne getirilen sınırlamalar çeşitli kanunlarda yer almaktadır. Bkz. **Dönmezer, Sulhi/ Bayraktar, Köksal**, Basın Hukuku, 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 249-261; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 49; CMK m. 182,183, 187, TCK 277. maddesinde düzenlenen “Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi ve Tanığı Etkilemeye Teşebbüs” suçu ve 288. maddede düzenlenen “Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs” suçunun düzenleme amacı tarafsızlığın sağlanmasıdır. Yine hâkimlerin görevleri sebebi ile rüşvet almaları da TCK m. 252 hükmüne göre ağırlaştırıcı bir unsur olarak düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra TCK m. 125/5’de hâkimlerin haysiyetlerinin korunması ve hâkimlerin tarafsızlığının sağlanması adına, kurul halinde çalışan mahkemelere karşı görevleri dolayısıyla uğrayacakları hakaretlerin cezalandırılması kabul edilmiştir; Duruşma salonlarının kişilerin şov yapmak için kullandıkları birer alan olmasının önüne geçmek, tarafların kişilik haklarının ve onurlarının korunması ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına zarar verecek her türlü etkiden uzak tutmak amacı ile getirilen bu düzenlemenin en büyük etkisi, hâkimlerin yargılama sırasında bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının da

maddesinde hâkimin etkilenmesine engel olmak amacıyla duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli, görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılmasını yasaklamıştır.

Hâkim her ne kadar dış etkilerden korumaya çalışılsa da yine de içinde bulunduğu toplumdan etkilenebilmektedir. Özellikle günümüzde sosyal medya üzerinden yapılan kişilerin tutuklanmalarına, tahliye edilmelerine, cezalarının az ya da fazla bulunmasına ilişkin paylaşımlardan etkilendiği görülmektedir. Hâkim millet adına hukuk kurallarını dava konusu olaya uygulayan kişidir. Sosyal medya paylaşımlarına göre baskı altına alınması halinde ise hâkimin bağımsızlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Hâkimlerin kendi meslekleri dışında, Anayasa'ya aykırı olmayan bir kanunla belirlenen haller hariç olmak üzere, başka işle uğraşmaları kesin olarak yasaklanmıştır (Anayasa m. 140/5-6). HSKa m. 48'de hâkimlerin kanunen yapabilecekleri işler hiçbir belirsizliğe yer vermeden net olarak düzenlenmiştir⁴³⁵. Bu düzenlemeye göre *“bilimsel araştırma ve yayınlarda bulunabilirler, davet edildikleri veya yetkili makamlarınca görevlendirildikleri, ulusal ve uluslararası kurul, kongre, konferans ve benzeri bilimsel toplantılarla meslekleri ile ilgili diğer toplantılara, görevlerini aksatmamak koşulu ile katılabilirler.”* Bu düzenleme ile hâkim tüm enerjisini ve vaktini hâkimlik mesleğine ayırmasının sağlanmasının yanı sıra, başka işlerde görev almaları sebebi ile üçüncü kişilere karşı korumasız kalarak, bağımsızlıklarını zedeleyici davranışlarda bulunmaktan hâkimleri korumak amaçlanmaktadır⁴³⁶. Yine hâkimin eşinin baktığı davada hâkim olamaması, hakemlik yapamaması, yargılamanın naklinin talep edilebilmesine ilişkin düzenlemelerin amacı hem hâkimlerin tarafsızlıklarına ilişkin olarak ortaya çıkması muhtemel şüpheleri ortadan kaldırmak, hem de kötü niyetli kişiler tarafından hâkimlere

tam olarak sağlanmasına yöneliktir. Bkz. **Turan, Hüseyin**, *“Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı”*, CHD, C.4, S.9, Nisan 2009, s.256- 251.

⁴³⁵ Hâkimler hükümet komiserliği, iflas memurluğu, hakemlik veya vasilik görevlerini yerine getiremez, özel sektörde çalışamazlar. Ancak özel kanunlarda hâkimlere verilen görevler varsa bunları yerine getirebilirler. Seçimlerde görev alabilmeleri de 298. sayılı Kanun hükmü ile düzenlenmiştir. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 108.

⁴³⁶ **Tosun**, s. 334; **Taştan**, s. 170-174; **Mumcuoğlu**, s. 279.

görev verilerek, onlara çıkar sağlamak suretiyle bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının zarar görmesini engellemektir⁴³⁷.

Bunun yanı sıra hâkimler milletvekilliği veya yerel seçim döneminde seçimlerde aday olmak için istifa ettikleri takdirde, seçilememeleri halinde bir daha mesleğe dönememektedir⁴³⁸. Bu düzenleme ile hâkimlerin siyasi ilişkilerinin hâkimlik mesleğinde kendilerine baskı yaratmasının önüne geçerek onların bağımsızlığının korunması amaçlanmaktadır⁴³⁹.

Hâkimlere tanınan bu teminatların kötüye kullanılması ya da hâkimde kurallara uymamak gibi bir eğilimi ortaya çıkarmaması gerekmektedir. Anayasa m. 138'e göre hâkimin sınırı, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygunluktur. Hâkim bu sınırlar dâhilinde vicdani kanaati ile karar verebilecektir. Hâkimin bağımsızlığından bahisle hukuk kurallarının dışına çıkabilmesi mümkün değildir. Aksi durumda yasama ile yargının arasında çatışmalar çıkacaktır ki; bu durumun ortaya çıkartacağı sorunlar düzenin bozulmasına sebep olacaktır⁴⁴⁰. Bu nedenle *Tosun*, hâkimin bağımsızlığının sınırını “*milletin faydası*” olarak da tanımlamaktadır.

⁴³⁷ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 89; “*Hatta yargıçların hakemlik yapamayacakları, tahkim yoluyla uyuşmazlık çözmenin yargıçlar yönünden kapalı olduğu da kabul edilmiştir.*” **Demirkol**, s. 87; **Taştan**, s. 172.

⁴³⁸ 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ek madde 7 <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 09.11.2019).

⁴³⁹ Düzenleme aynı zamanda hâkimlerin tarafsızlığını da sağlamaktadır. Ancak son yıllarda avukatlıktan hâkimliğe geçen yargı mensuplarında böyle bir kriterin olmadığı, kişilerin daha önce siyasi bir hayatı bulunup bulunmadığının göz önüne alınmadığı dikkat çekmektedir. HSK'nın yargı mensuplarının sosyal medya kullanımlarında uymaları gereken etik ilkelere ilişkin çalışmalar yaptığı haberlere yansımıştır. <https://www.haberturk.com/hakimlere-sosyal-medya-kullanma-kriteri-1774143> (E.T. 18.10.2019).

⁴⁴⁰ Bkz. **Tosun**, s. 335,336.

1.4. HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI

1.4.1. Tarafsızlık Kavramı

Nesnellik felsefe sözlüğünde “*maddeci diyalektiğin ve onun yanı sıra bilimsel araştırmanın, önermelerin, teorilerin, vb, söz konusu nesnelere ya da nesne alanlarıyla örtüşmesini sağlamayı ve -önermelerin, teorilerin, vb içinden, öznel düşünceleri, arzuları, önyargıları uzaklaştırmayı amaçlayan yöntemsel istek*” olarak tanımlanmıştır⁴⁴¹.

Tarafsızlık, karar verirken hiçbir tarafı diğerine tercih etmemek, önyargıların kararları etkilemesine izin vermemektedir⁴⁴². Adaleti oluşturan iki unsur bulunmaktadır. Bunlar tarafsızlık ve eşitliktir. Bu nedenle adaletin sağlanabilmesi için, yargılama faaliyetlerini yürüten hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmaları zorunlu olup, hâkimin yargılama faaliyetinde en ufak bir müdahaleye maruz kalması dahi kabul edilemez⁴⁴³. Zira yargı kuvveti taraf tutuyorsa, artık anlaşmazlığın çözümünden söz etmek mümkün değildir⁴⁴⁴. Yargıya saygı duyulması ve yargılama makamları tarafından alınan kararlara itaat edilebilmesi için her şeyden önce toplumda bu görevi yerine getiren hâkimlere saygı ve güven duyulması gerekmektedir⁴⁴⁵. Bu güven hâkimin tarafsız ve hukuka uygun adil bir karar vereceğine olan inançtır. AYM aldığı kararda “*Adalet hizmetinin tarafsız yürütülmesi, her türlü kuşku dışında tutulması gereken bir yücelik taşır. Bu yüceliği korumakta kamu yararı olduğunu uzun uzadıya açıklamaya gerek yoktur*” diyerek tarafsızlığın önemini belirtmiştir⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ **Hançerlioğlu, Orhan**, Felsefe Sözlüğü, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 296.

⁴⁴² **Zagel, James/Winkler, Adam**, The Independence of the Judges, Mercer Law Reveiw 46,1995, s.813.

⁴⁴³ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 122-123; Bu nedenle hâkimlerin bağımsızlığı, adaletin sağlanmasında hiçbir zaman bir amaç olmamış, adaletin ortaya çıkmasında hâkimin tarafsızlığının sağlanmasına bir araç ve en büyük güvence olmuştur. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 11; **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 105; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 117.

⁴⁴⁴ **Kunter**, Yargı Kuvveti, s. 61.

⁴⁴⁵ **Çon, Ömer**, 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu’na göre Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 15.

⁴⁴⁶ AYM 04.02.1964 T. 1963/161 E, 1964/11 K sayılı kararı www.anayasa.gov.tr (E.T.30.12.2020).

Hâkim, yargılama görevini yerine getirirken kişisel ön yargılardan arınmalı, toplumsal düzenin sosyal, ahlaki ve kültürel değer ve görüşlerini hissederek algılamamalı ve olaylara karşı tepkili bir davranış sergilememelidir⁴⁴⁷. Gerçekten tarafsızlık her şeyden önce yürek, ilke ve vicdan işidir⁴⁴⁸. Hâkimi zora sokacak durumlardan koruyan kurullarla hâkimlik mesleğinin düzenlenmesi gerekmektedir. İşte hâkimin bakmakta olduğu davaya ilişkin olarak muhakeme içi etkilere karşı da korunmasını sağlayacak olan da hâkimin tarafsızlığıdır⁴⁴⁹.

Adalet denildiğinde ilk akla gelen Justitia heykelidir. Gözleri bağlı bir biçimde bir elinde kılıç bir elinde terazi tutan bu kadın heykelinde, gözlerin bağlı olmasının ise “*tarafsızlığı*” simgelediği kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Şu hâlde gerçek adaletin bağımsız ve tarafsız hâkimlerle sağlanacağına ilişkin yüzyıllardır var olan bir kabulden bahsetmek mümkündür. Themis’in gözlerinin kapatılması ile onun uyuşmazlık taraflarına ne kadar yabancı olursa o kadar doğru karar vereceği anlatılmaktadır⁴⁵¹.

Hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı birbirlerinden farklı, ancak bir o kadar da iç içe iki kavramdır⁴⁵². “*Bağımsız olmayan bir hâkimin tarafsız olamayacağı*”⁴⁵³na ilişkin

⁴⁴⁷ **Ünal**, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, s. 11; Yargılamanın ön yargı olmaksızın, hâkimlerin tarafların lehine ya da aleyhine herhangi bir kanıda olmaksızın yapılması tarafsızlıkla mümkün olacaktır. **Demircioğlu, Yaşar**, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 74.

⁴⁴⁸ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 234; Tarafsızlık hâkimin içsel durumuna ve somut olaya ilişkindir. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 117.

⁴⁴⁹ **Centel/ Zafer**, 2018, s. 690; AYM aldığı kararında tarafsızlığı “*Genel olarak tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafların menfaate sahip olunmaması, davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder*” olarak tanımlamıştır. AYM 04.11.2015 T. Başvuru No: 2013/7586 www.anayasa.gov.tr (E.T. 13.11.2019).

⁴⁵⁰ **Demircioğlu**, s.132; Antik Yunanda Themis olarak bilinen tanrının gözleri açıkken Justitia ’nın gözleri kapalıdır. Günümüzde ikisinin birleşiminin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. **Küçükayalar, Çiğdem**, “*Adalet Tanrıçaları*”, Hukuk Gündemi Dergisi, 2012/1, s. 20. <https://www.ankarabaru.org.tr> (E.T.20.03.2019).

⁴⁵¹ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 213.

⁴⁵² **Erem**, iki kavramın birbirlerine çok yaklaştığını belirtmektedir. **Erem**, CMK Şerhi, s. 47; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 234; Hâkimler, taraflar arasındaki çatışan menfaatler arasında dengeyi sağlayarak, adaleti dağıtmakla görevlidir. **Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 237.

⁴⁵³ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 5-6.

görüşler olmakla birlikte, bağımsız olmayan hâkimlerin de tarafsız davranabileceği unutulmamalıdır. AYM 'nin her iki kavramı birbiri ile adeta iç içe görmesinden dolayı, kararlarında tarafsızlık yerine “*objektif bağımsızlık*” kavramını kullandığı görülmektedir⁴⁵⁴.

Anayasa’da hâkimin tarafsızlığına ilişkin açık bir düzenleme yokken 2017 yılında yapılan değişiklikle m. 9’da yargılamanın bağımsız ve tarafsız mahkemeler eliyle yapılacağı açıkça düzenlenmiştir⁴⁵⁵. Bu düzenlemeden önce AİHS m.6, Anayasa m. 36, 37 ve 38 ile dürüst yargılama hakkı kapsamında hâkimin yargılama görevini tarafsız bir biçimde yapması kabul edildiğinden, tarafsızlığın da Anayasa’da açıkça düzenlenmese bile varlığı kabul edilmişti⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ AYM E. 2001/309, K. 2002/91 T. 15.10.2002, 12.12.2003 tarih ve 25314 sayılı RG. “...*Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır. Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hâkim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler.*”; AYM 20.03.2014 T. Başvuru No: 2013/1780 “*Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir (AYM, E. 2005/55, K. 2006/4, K.T.5/1/2006). Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yakın bir bağının bulunması veya yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlal edebilir. Ancak, belirli bir uyumsuzlukta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur. Bunun yanı sıra, yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin her hangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvenceleri sunması da gerekmekte olup, bu husus tarafsızlığın nesnel boyutuna işaret etmektedir.*”.

⁴⁵⁵ 21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, bu maddede yer alan “bağımsız” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve tarafsız” ibaresi eklenmiştir. **Uzun, Cem Duran**, “6771 Sayılı Kanunla Anayasa’da Yargıyla İlgili Yapılan Düzenlemeler”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 11, 2018, s. 98.

⁴⁵⁶ **Öden**, Eşitlik, s. 64; Türkiye’de 1921 Anayasa’sında hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin bir düzenlemeye rastlanılmazken, 1924 Anayasası m. 54-60 arasında hâkimlik teminatı ve yargılamanın aleniliği ilkesine yer verilmiş, 1961 Anayasası m. 7’de yargılama yetkisinin bağımsız mahkemelerce yerine getirileceği belirtilirken, yine tarafsızlığa ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır; Osmanlı’da kadının tarafsızlığının sağlanabilmesi için İslam hukukunda “*kimse kendi davasının yargıçı olamaz*” ilkesi gereğince, kadıların kendilerinin, usul ve fûrularının akraba, ortak, eş veya hasımlarının davalarına bakmaları yasaklanmıştır. Mecelle m. 1799, 1808, 1815(ihsası rey) 1876 tarihli Kanun-i Esas-i’de, tabii hâkim ilkesinin kabulünün yanı sıra, hâkimlerin bağımsızlıklarının sağlanmasına yönelik ekonomik ve coğrafi birçok güvenceye yer verildiği ancak hâkimin tarafsızlığına ilişkin bir düzenleme olmadığı görülmektedir. **Topuz/ Konan**, s. 769-773; Mecelle m. 1798’de hâkimin taraflardan biri ile yakınlaşması, evine kabul etmesi, yargılama salonunda ya da dışarda taraflardan biri ile baş başa kalması, taraflardan

Hâkimin tarafsızlığı hâkimin yargılama faaliyeti sırasında taraflardan birini korumaması, hüküm verilirken taraflardan biri lehine davranarak, kanunu yanlış bir biçimde uygulamamasıdır⁴⁵⁷. Şu hâlde hâkimin tarafsızlığı herkesin yasa önünde eşit olmasını sağlar⁴⁵⁸. AYM tarafsızlığı “*davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaatin bulunmaması ve davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmaması*” olarak tanımlamaktadır⁴⁵⁹. Hâkim tarafların ekonomik durumu, din ve mezhepleri, konumları ve mevkilerini göz önüne almaksızın herkese eşit davranmakla yükümlüdür. Yine hâkimin yargılama konusu uyumsuzluğun taraflarına iddia ve savunmalarını yapabilmeleri için eşit imkânları sağlaması da onun tarafsız bir biçimde görevini yerine getirdiğinin bir göstergesidir⁴⁶⁰. *Kılıç*, tarafsızlık ilkesinin tarafsızlığın taraflara adil bir yargılama imkânı sağladığı bir “usul”, halkın mahkemelere olan güvenini artırdığı “siyasi” ve bir hâkimin kendisini tanımlayan iyi davranış standardının özü olduğunu ifade eden “etik” boyutları olmak üzere üç boyutu olduğunu belirtmektedir⁴⁶¹.

birine el, göz veya baş ile işaretler yapması, taraflardan birine gizlice ya da başka bir dilde diğerinin anlayamayacağı şekilde bir şeyler söylemesi açıkça yasaklanmıştır. Bkz. **İlhan Cengiz**, *Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 580; **Turgut Hasan**, *Osmanlı'dan Günümüze Türk Yargı Etiği ve Hâkimin Vasıfları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 104-112; Osmanlıda kadıların uyması beklenen bazı etik kurallar bulunmaktaydı. Bu kurallardan bazıları hediye kabul etmemek, taraflardan birinin verdiği ziyafete katılmamak, katıldığı davetlerin hazine tarafından karşılanması, yargılama sırasında konuşma, jest ve mimiklerle taraflardan birine karşı sempati duyduğuna ilişkin izlenim yaratmamak ve böyle bir izlenimin ortaya çıkararak tarafları da töhmet altında bırakacak şekilde davranmamak, tarafların ekonomik ve sosyal güçlerine bakmaksızın herkese eşit bir şekilde davranmak olarak gösterilmektedir. **Kılıç, Ahmet**, “*Osmanlı Devletinde Hâkimin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Adabı, İnsan Ve Toplum Bilimleri*”, *Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu*, Mayıs 2017, s.181; **Turhan**, *Hâkimin Tarafsızlığı*, s. 136; Yine Usul kanunlarında yapılan düzenlemelerle birlikte Av. K. m. 12 ve 13'e göre hâkimin bakmakta olduğu davada, hâkimin eşi ya da yakınının taraf vekili olamayacağı ayrıca düzenlenmiştir; **Mumcuoğlu**, s. 281 vd.

⁴⁵⁷ **Soyaslan**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 233; **Topuz/ Konan**, s. 764; **Tosun**, s. 336; **Demircioğlu**, s. 74; **İnceoğlu**, *Yargıcın Davranış İlkeleri*, s. 286.

⁴⁵⁸ **Selçuk**, s. 215.

⁴⁵⁹ AYM 20.03.2014 T. Başvuru No: 2013/1780 Tahir Gökatalay başvurusu <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T. 09.10.2020).

⁴⁶⁰ **Yavuz**, s. 37; **Turhan**, *Hâkimin Tarafsızlığı*, s. 132.

⁴⁶¹ **Kılıç**, *Sosyal Medya Kullanımı*, s. 50.

Aynı davada tarafların farklı olması ya da hâkimin değişmesinde aynı kararın alınabiliyor olması halinde hâkimin tarafsızlığından söz edebilmek mümkündür⁴⁶². Hâkimin yargılama yaparken kendi menfaatlerini göz önüne almaması da tarafsızlığının kapsamındadır⁴⁶³. Sonuç olarak hâkimin tarafsızlığının sağlanabilmesi için, onun yargılamanın süjelerine karşı korunması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶⁴.

Dar anlamda hâkimin tarafsızlığı, hâkimin davaya bakamaması ve reddi olarak anlaşılmaktadır⁴⁶⁵.

1.4.1.1. Hâkimin Objektif ve Sübjektif Tarafsızlığı

Tarafsızlık, sözlükte “*yansızlık*” anlamında kullanılmakla beraber, soyut ve felsefi bir niteliği bulunmaktadır⁴⁶⁶. Tarafsızlık, adalet kavramı içerisinde yer alan ve herkese eşit davranılması ile anılan bir kavramdır⁴⁶⁷.

Doktrinde tarafsızlık objektif ve sübjektif yönden değerlendirmeye tabi tutulmuş, kişinin sadece kendisinin bildikleri sebebi ile his dünyasında oluşturduğu içsel sebeplerin dışı yansıması sırasında eylemleri ile muhatap olan taraflar arasında eşitliği bozucu davranıp davranmadığına göre tarafsızlığın tespit edileceği belirtilmiştir⁴⁶⁸. *Foschini*’ye göre nesnel olabilmek için hâkimin tarafların kanaatlerine göre tarafsız

⁴⁶² **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 29; **Topuz/ Konan**, s. 765.

⁴⁶³ **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 106.

⁴⁶⁴ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 28-29.

⁴⁶⁵ **Erem**, CMK Şerhi, s. 47.

⁴⁶⁶ www.tdk.org.tr (E.T. 21.04.2019); İngilizcede “*impartiality*”, Almandada “*Unparteilichkeit*” ve Fransızcadaki “*impartialité*” olarak kullanıldığı görülmektedir.

⁴⁶⁷ **Güriz**, s. 216; Doktrinde yargısal alanda tarafsızlık kavramı ile hâkimin yargılamanın taraflarından birinin etkisi altında kalmaması anlaşılmaktadır. **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 212; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 237; **Taştan**, s. 21-22.

⁴⁶⁸ **Kunter** tarafsızlığın objektifliği kapsadığını ancak kişiliğinden sıyrılmamanın da gözönüne alınması gerektiğini belirterek, tarafsızlık yerine hâkimin objektifliğinin kullanılmasının daha doğru olacağını değerlendirmiştir. **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 181.

olması ve kendisine göre de kişiliğinden sıyrılması gerekmektedir⁴⁶⁹. Gerçekten hâkimin objektif yönden tarafsızlığının değerlendirilmesinde ise hâkimin dışardan bakıldığında taraflara eşit davranacağına ilişkin kanaatin veya şüphelerin olup olmaması göz önüne alınmaktadır.

Tarafsızlık toplum hayatındaki öneminin yanı sıra yargılama sırasında adaletin ortaya çıkması açısından da önemlidir. Yargılama sırasında diğer bir süjeye karşı kazaî bir talepte bulunan ya da kendisine karşı aynı şekilde bir talepte bulunulan kişiye taraf denilmekle beraber, ceza muhakemesinde taraflara tanınan sınırsız yetkilerden ziyade süjelere tanınan sınırlı yetkilerin bulunduğu belirtilmektedir⁴⁷⁰. Bu görüşün aksini savunarak iddia makamı ve sanık arasında taraf olma ilişkisi olduğunu belirtilen görüşler de bulunmaktadır⁴⁷¹.

Bilindiği üzere ceza hâkiminin görevlerinden biri, iddia makamının ileri sürdüğü olayların gerçekten olup olmadığının tespiti ile bu olaylar olmuş ise kimin tarafından işlendiği ve bu kişiye ne ceza verilmesi gerektiğinin tespitidir⁴⁷². Ancak ceza hâkimi, sadece sanığın fiillerini kanuna uygun olup olmadığını deneyleyen bir robot değil, adaletin sağlanmasında duygulu ve düşünceli bir aracı olarak da kabul edilmektedir⁴⁷³. Bu nedenle hâkimin yargılama faaliyetini yerine getirirken, herhangi bir taraf lehine değerlendirme yapmaması, taraf tutmaması, hem iddia tarafına hem de sanığa karşı objektif ve eşit mesafede olması ve en önemlisi kendi kişiliğinden sıyrılarak hareket etmesi görevi gereği kendisinden beklenen bir davranıştır⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ Foschini, aktaran Selçuk, s. 215

⁴⁷⁰ **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 80.

⁴⁷¹ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 260, 261; Konuya ilişkin detaylı tartışma III. Bölüm 3.3.2. Savcının Reddi başlığı altında yapıldığından tekrar edilmemiştir.

⁴⁷² “Hâkim iki taraftan birisini haksız kabul etmek zorundadır; bu bakımdan, davasını kaybetmemek için tarafların baskısı söz konusu olabilir.” **Tosun**, s. 238.

⁴⁷³ **Erem**, Adalet Psikolojisi, s. 247; **Taştan**, s. 12-23.

⁴⁷⁴ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 213; **Centel/ Zafer**, s. 690; **Ünver/ Hakeri**, s. 191; Tarafsızlığın sağlanmadığına ilişkin kanaatin toplum içerisinde artması halinde, kişilerin uyuşmazlıkların çözümünde yargıya başvurmak yerine hukuka aykırı yöntemlere başvurması olasılığı artacak ve ülke içerisindeki düzen sağlanamayacaktır. Böyle bir durumda ihkak-ı hak tartışması ortaya çıkacaktır. *Erem*, adli

Hâkimin tarafsızlığı, herkesin kanun önünde eşit olduğunun da bir göstergesidir. Tarafsızlığın hâkimin taraflardan biri ile duygusal yakınlığı ve uzaklığına ilişkin boyutunun yanında hâkimin kendi inanç, ideolojisi ve eğilimlerine ilişkin başka bir boyutu da bulunmaktadır⁴⁷⁵. Doktrinde, tarafsızlığın sadece objektif olmanın bir yönü olduğu, aynı zamanda kişilikten sıyrılmanın da objektiflik için gerekli olduğu belirtilerek, tarafsızlık başlığı altında değil, “hâkimin objektifliği” başlığı altında da inceleme yapılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁷⁶. Ancak uygulamada hâkimin tarafsızlığının hem objektifliği hem de kişiliğinden sıyrılmayı kapsayan bir hal alması sebebi ile bu çalışmada hâkimin tarafsızlığı başlığı altında inceleme yapılması değerlendirilmiştir⁴⁷⁷.

1.4.1.1.1. Hâkimin Objektif Anlamda Tarafsızlığı

Hâkimden, önüne gelen uyuşmazlıklarda taraflar arasında bir ayırım yapmaması, taraflardan birini diğerine karşı kayırmaması beklenmektedir. Bunun gerçekte var olmasının yanı sıra dışarıdan bakıldığında da insanlarda hâkimin tarafsız olduğu kanısının bulunması gerekmektedir. Tarafsızlık konusunda toplumda en ufak bir şüphenin dahi olmaması, yargıya duyulan güven için çok önemlidir. Bu sebeple hâkimin tarafsız olarak görevini yerine getirebilmesi için konumu gereği ona bazı güvenceler tanınması gerekmektedir.

psikolojiye ilişkin incelemelerinde hâkimler arasında tahlil edenler, sübjektif olanlar, genelleştirme yapanlar, içgüdüsel hareket edenler, inatçılar, çelişenler, heyecanlılar gibi tiplerin bulduklarını ancak kendi düşünce yapısı ile sanığın suç işlemedeki düşünce yapısını kıyaslayarak karar veren hâkimlerin her zaman hataya düşeceklerini belirtmektedir. Ona göre hâkimlerin bu tür düşünce tarzlarından uzaklaşmadan görevlerini yerine getirmeleri çok tehlikelidir. Hâkimin genellemeler yaparak içgüdüsel davranışlarda bulunmasının hâkimin tarafsızlığını kaybettiğinin bir göstergesi olup olmadığı tartışılması gereken bir konudur. **Erem**, Adalet Psikolojisi, s. 250.

⁴⁷⁵ **Karakoç**, s. 2; **Taştan**, s. 21.

⁴⁷⁶ **Ömeroğlu, Ömer**, Ceza Muhakemesinde Hâkim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s.6; **Taştan**, s. 24.

⁴⁷⁷ Türk Yargı Etiği Bildirgesi, m.3.5. “*Kişisel kanaat ve düşüncelerinin, tarafsızlıklarına gölge düşürmesine izin vermez ve ön yargılı şekilde hareket etmezler. Görevlerini yürütürken ön yargı ve tercihlerinden etkilenip etkilenmediklerini sorgularlar.*” RG 14.03.2019/30714.

Objektif anlamda tarafsızlıkla, hâkime tanınan güvenceler ve hâkimin duruşu sebebi ile onun görevi sırasında tarafsız davranacağına ilişkin olarak toplumda var olan algı biçimi, tarafsız davranacağına ilişkin güven vermesi anlatılmaktadır⁴⁷⁸. Hâkimin tarafsızlığından bahsedebilmek için detaylı bir biçimde anlatıldığı üzere hâkimin hiçbir kuvvet ya da kişiye bağlı olmaması şarttır. Hâkimin üzerinde siyasi kurumların veya kişilerin baskı kuramaması, böyle bir baskı bulunsa bile hâkimin bu baskıdan korunabilmesi için hâkime tanınan güvenceler, hâkimin objektif anlamda tarafsızlığının da güvenceleridir.

Objektif tarafsızlığın tespitinde mahkemenin görünümüne bakarak, topluma güven verip vermediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁷⁹. Aynı olayda, hangi hâkim karar verirse versin yargılama sonucunda aynı kararın alınmıyor olması halinde tarafsızlığın sağlandığı kabul edilebilecektir⁴⁸⁰.

1.4.1.1.2. Hâkimin Sübjektif Anlamda Tarafsızlığı

Hâkimin yargılama sonucunda vereceği karar, kendi kararı değil, görev yaptığı mahkemenin/hâkimliğin kararıdır⁴⁸¹. Aksi takdirde hâkimin kendi kararına karşı da her türlü sorumluluğu alması beklenmelidir. Hâkimin karar verirken, kendi kişisel düşünce, önyargı ve çıkarları doğrultusunda karar vermesi ve bu bakış açısı ile görevini yapması, kendisini davada taraf olarak gördüğünün bir kanıtıdır⁴⁸². Hâkim, yargılama sırasında

⁴⁷⁸ **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s. 86; **Özen M**, s. 146; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 115; **Demircioğlu**, s. 75; **Taştan**, s. 27; AYM *Tahir Gökatalay*, Başvuru No: 2013/1780’de “...belirli bir uyumsuzlukta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur. Bunun yanı sıra, yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin herhangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvenceleri sunması da gerekmekte olup, bu husus tarafsızlığın nesnel boyutuna işaret etmektedir.” <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T. 09.10.2020).

⁴⁷⁹ **Demircioğlu**, s. 76.

⁴⁸⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 29.

⁴⁸¹ **Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 246.

⁴⁸² **Öden**, Eşitlik, s. 62. Hâkim öznel olarak tarafsız olmak zorundadır. Bkz. **Özen M**, s. 146.

elde ettiği şahsi izlenimlerine dayalı olarak değil, modern bilimin ışığında karar vermesi halinde adaletli olabilecektir⁴⁸³.

Hâkimin sübjektif anlamda tarafsızlığı ile hâkimin görevi sırasında kendi kişisel görüş ve fikirlerinden sıyrılarak, uyuşmazlık konusu olaya herhangi bir değer biçmeden uyuşmazlığa ilişkin hukuk kurallarını uygulaması, yargılama dışında edindiği bilgileri dosyaya sunulmadığı sürece göz önüne almadan karara bağlaması anlatılmaktadır⁴⁸⁴. Hâkimlerin de siyasi görüşleri vardır. Ancak hâkimlerin siyasi partilere üye olmaları, kamuoyunda bu parti ve mensuplarına karşı tarafsız davranamayacakları kanısını oluşturacağından 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu m. 11/a'ya göre yasaktır⁴⁸⁵. Gerçekten yargılama yeteneği bulunan bir hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta kendini elemesi ve kendine kayıtsız kalması gerekmektedir⁴⁸⁶. Aksi takdirde bu görevi yerine getirme için aranan yetenek kendisinde bulunmamaktadır.

Erem, hâkimin hem görevini yerine getirip hem de duyumsadığını belirtmektedir⁴⁸⁷. Hâkimin de bir insan olduğu asla unutulmamalıdır. Kendisinin de yaşamı boyunca biriktirdiği hisleri, düşünceleri, birikimleri, inançları ve zaafı vardır. Ancak görevini yerine getirirken, duygularından arınması ve objektif bir biçimde değerlendirme yaparak

⁴⁸³ **Erem**, Adalet Psikolojisi, s. 250; **Taştan**, s. 311. Hâkimin sadece davadan elde ettiği kanaat ve önündeki delillere göre karar vermesi hâkimin tarafsızlığının bir ispatıdır. Hâkimlerin yargısal faaliyetleri sırasında verdikleri zarardan dolayı sorumlu olmalarını düzenleyen HUMK m. 573 ve devamındaki düzenlemeler HMK 'ya alınmamıştır. HSK K. m. 93/A'ya göre kişisel kusur, haksız fiil ve diğer sorumluluk halleri için dahi olsa hâkim ve savcılara dava açılmaz, ancak devlet aleyhine tazminat davası açılması mümkündür.

⁴⁸⁴ **Özen M**, s. 145; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 115; **Demircioğlu**, s. 84; **Taştan**, s. 30.

⁴⁸⁵ Aynı şekilde İtalyan Anayasası Mahkemesi de yargı mensuplarının siyasi partilere üye olmasını bu kişilerin partiler tarafından yönlendirilmeye açık olması ve halkta tarafsızlığa ilişkin şüphe uyandıracığı gerekçesi ile kabul edilmemiştir. **Taşkın O.**, Yargı mensubunun İfade Özgürlüğü, s. 37.

⁴⁸⁶ **Selçuk**, s. 215.

⁴⁸⁷ **Erem**, Adalet Psikolojisi, s. 267-270.

önyargısız bir karar vermesi gerekmektedir⁴⁸⁸. Hâkimden beklenen işinin dışında da siyaseten tarafsız ve hukukun hizmetkârı olarak hareket etmesidir⁴⁸⁹.

Hâkimin kendi inançlarına ve ideolojisine göre karar verip vermediğinin tespitinde en önemli kıstas, konuya ilişkin hukuk kurallarının doğru ve gerçekçi bir biçimde, herkese eşit olarak uygulanıp uygulanmadığının denetimidir⁴⁹⁰. *Yenisey/Nuhoğlu*, kişiliğin etkisinde kalınmaması için hâkimlerin meslekten seçilmeleri gerektiği, toplu hâkim sistemi ve derecelerin kabul edilmesi, hâkimin olaya ilişkin kişisel bilgilere yer verememesi ve hâkimlerin sorumluluklarının düzenlenmesi ile bu sorunun çözülebileceğini belirtmektedir⁴⁹¹.

Hâkimin düşünce açıklamasının kapsamı soruşturmaya ve kovuşturmaya ilişkin beyanlar, somut bir olaya ilişkin olmayan yargı sistemi üzerine beyanlar ve siyasal eleştiriler olarak gösterilmiştir⁴⁹². Gerçekten hâkim, olan kanunu uygulamakla görevlidir ve kanuna ilişkin görüşleri ve eleştirileri olması çok doğaldır. Aynı zamanda kamuoyunun bilgilendirilmesi kamu menfaatinin gereğidir. Bu nedenle ifade özgürlüğü kapsamında yapılan açıklamalar hâkimin aynı zamanda kamuoyuna karşı da bir ödevidir⁴⁹³. Nitekim AİHM başvuru hâkimin yargıyı eleştirmesi ve kendisine yapılan baskıyı anlatmasını kamuoyunu önemli bir konuda objektif bir biçimde aydınlatma olarak kabul etmiştir⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 233.

⁴⁸⁹ Siotto, Federico, Liberta di Espressione e Responsibilita Diciplinare del Magiatarato, “Gaglioffi” o “Malati di Mente”? Questione Guistiza, aktaran **Taşkın O**, Yargı Mensubunun İfade Özgürlüğü, s. 37.

⁴⁹⁰ **Ünal**, İnsan Hakları, s. 24; **Öden**, Eşitlik, s. 63.

⁴⁹¹ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 247.

⁴⁹² **Taşkın O.**, *Yargı Mensubunun İfade Özgürlüğü*, s. 37.

⁴⁹³ **Selçuk**, s. 217.

⁴⁹⁴ **Taşkın O.**, *Yargı Mensubunun İfade Özgürlüğü*, s. 38; AİHM 26.02.2009 T. Başvuru No: 29492/05 Kudeshkina-Rusya kararı <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-91501%22%5D%7D> (E.T. 28.12.2020).

Hâkimin şahsından kaynaklı olarak tarafsızlığı konusunda şüphelerin olması kabul edilemez. Esas olan hâkimin tarafsızlığı konusunda şüphe bulunmamasıdır⁴⁹⁵. Böyle bir durumun varlığı halinde aslında hâkim, yargılama konusu olaya ve taraflara yabancı olmaktan çıkarak, artık davanın bir süjesi haline geldiğinden yargılama konusuna ilişkin olarak yansız bir değerlendirme yapmaktan uzaklaşacaktır⁴⁹⁶. Foschini, böyle bir durumda kendinden sıyrılamamış hâkimin artık toplum adına değil, taraflar ve kendi adına karar verdiğini ve bu surette görevinden uzaklaştığını dile getirmektedir⁴⁹⁷. İşte söz konusu şüphelerin ortadan kalkması ve hâkimin tarafsızlığının sağlanarak kişilerin adil yargılanma haklarının güvence altına alınmasına yönelik yasal düzenlemeler öngörülmüştür. Ancak hâkimin tarafsızlığı bağımsız yargının tarafsızlığı anlamına geldiğinden her şeyden önce birey olarak hâkimin bu tarafsızlığı kişisel olarak içselleştirmesi gerekmektedir. Hâkimlerin mesleğin etik kurallarına uymayı kendilerine birer ilke olarak edinmeleri gerekmektedir. Hâkim yaptığı görev sebebi ile kendi hayatına da dikkat etmek zorundadır⁴⁹⁸.

Bununla birlikte hâkimlerin uyuşmazlığı çözüme sırasında tarafsızlık konusunda her zaman başarılı olabildiklerini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle Av. K ve usul kanunlarında yapılan düzenlemelerle kanun koyucu taraflara ve bizzat hâkimin kendisine bazı yetki ve yükümlülükler tanımıştır.

Hukukumuzda hâkimin bağımsızlığı Anayasa ile korunurken, hâkimin tarafsızlığının korunması ceza yargılamasında CMK'da yapılan düzenlemelerle olmuştur⁴⁹⁹. Ceza muhakemesinde bu yükümlülükler hâkimin davaya bakmasının yasaklı olduğu haller, hâkimin reddi ve çekinmesi kurumlarıdır. Bu düzenlemeler ceza muhakemesinde hâkimin tarafsızlığının sağlanmasına ilişkin güvenceler olarak kabul edilmektedir⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 107.

⁴⁹⁶ **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 106.

⁴⁹⁷ Foschini, aktaran **Selçuk**, s. 216.

⁴⁹⁸ **Pamchaud, A.**, çev. **Cansel, Erol**, “Yargıçlık Mesleği Hakkında Düşünceler”, AÜHFİD, C. 7, S. 3, 1950, s. 550.

⁴⁹⁹ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 71; **Topuz/ Konan**, s. 778.

⁵⁰⁰ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 123; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 30.

Belirtmek gerekir ki bir hâkimin sürekli olarak reddedilmesi ve davadan çekinmesi de o hâkim yönünden olumlu bir durum değildir. Hâkimin her şeyden önce kendisinin etik kuralları ve adalet anlayışını içselleştirmesi gerekmektedir. Bu sebeple kişisel sorunları ve ekonomik menfaatlerini yargılama görevi ile çatışmayacak bir biçimde düzenlemek her şeyden önce hâkimin kendi sorumluluğundadır⁵⁰¹.

1.5. KARŞILAŞTIRMALI VE ULUSLARARASI HUKUKTA HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

1.5.1. Karşılaştırmalı Hukukta

1.5.1.1. Almanya

Almanya’da da tabii hâkim ilkesi benimsenmiştir ve bunun sonucu olarak hüküm ancak bağımsızlığı kanuni güvence altına alınan mahkemeler tarafından verilebilir⁵⁰². Almanya’da da diğer Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi hâkimlerin bağımsızlığı düzenlenmiştir⁵⁰³. Alman Anayasası m. 97’de hâkimlerin sadece hukuka tabi oldukları bunun dışında tamamen bağımsız oldukları düzenlenmiştir⁵⁰⁴. Burada bahsedilen bağımsızlık bir yandan bütün hayatını etkileyen kişisel bağımsızlık olmakla birlikte diğer taraftan herhangi bir emir ya da tavsiye altında hareket etmeden görevini yerine getirmeyi içeren mesleki bağımsızlığı da içermektedir⁵⁰⁵. Hâkimler yürütmeden gelecek etkilere karşı da korunmuştur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi doğrudan adaletin sağlanmasına yönelik davanın esasına ilişkin müdahalelerin kabul edilmeyeceğini

⁵⁰¹ **İnceoğlu**, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 286.

⁵⁰² **Schroeder/Verrel**, s. 55.

⁵⁰³ **Centel/ Zafer**, s. 680.

⁵⁰⁴ Alman Anayasası <https://www.servat.unibe.ch> (E.T. 26.10.2019); **Anja Seibert-Fohr**, Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany, Recent Trends in German and European Constitutional Law, German Reports Presented to the XVIIth International Congress on Comparative Law, Utrecht, Springer, 2006, s. 271.

⁵⁰⁵ **Finkin Matthew W.**, Intruduction To German Law, Ed. Ebke, Werner F., Kluwer Law International, Boston, 1996, s. 419.

belirtmiştir⁵⁰⁶. Yargıya karşı olan bağımsızlık da kabul edilmiş olup, hâkimlerin başka mahkemeler tarafından verilen kararlara uygun karar vermek zorunda olmadıkları kabul edilmiştir. Almanya’da sadece yüksek mahkemeler tarafından temyizde mahkeme kararının kontrolü kabul edilmiştir⁵⁰⁷.

Hâkimlerin bağımsızlıklarının sağlanması için Anayasa m. 97/2’de hâkimlere bazı teminatlar verildiği görülmektedir⁵⁰⁸. Buna göre yerleşik pozisyonlarda tam zamanlı olarak sürekli atanmış hâkimler, herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, iradeleri dışında, görev süreleri dolmadan görevlerinden alınamaz ya da geçici olarak askıya alınamaz yahut farklı bir sicil veremez veya emekli edilemezler. Kanunla, ömür boyu görevlendirilen hâkimlerin emekli olması için yaş sınırı belirlenebilir. Mahkemelerin yapısında veya eyaletlerde değişiklikler meydana gelmesi durumunda, hâkimlerin, tam maaşlarını almaları koşuluyla, başka bir mahkemeye tayin edilebilmeleri veya görevden alınabilmeleri mümkündür⁵⁰⁹.

Alman ceza muhakemesinde de hâkimin davadan çekilmesi ve reddine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Hâkimin reddi yargılamayı yapan hâkim yönünden olduğu gibi soruşturma aşamasında görev alan hâkim için de geçerlidir⁵¹⁰. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22 ve 23’de hâkimin yasaklılık halleri olan; dava konusu olayda hâkimin kendisinin mağdur olması ya da suçlanan ya da suçtan zarar gören taraflardan biri ile yakın aile ilişkisi içerisinde olması, dava konusu olayda tanık olarak ya da alt mahkemelerde görev alması vs. yoluyla daha önceden dava ile ilgilenmiş

⁵⁰⁶ Anja Seibert-Fohr, s. 272.

⁵⁰⁷ Anja Seibert-Fohr, s. 273.

⁵⁰⁸ Alman Anayasası https://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html (E.T. 26.10.2019).

⁵⁰⁹ Alman Anayasası m.97 https://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html (E.T. 26.10.2019).

⁵¹⁰ Schroeder/ Verrel, s. 130.

olması halinde davaya bakamayacağı düzenlenmiştir⁵¹¹. Bu hallerde mahkemenin değil hâkimin yasaklılığı söz konusudur ve bu husus resen gözetilir⁵¹².

Kanunda gösterilenlerden birinin tarafsızlığından şüphe etmesi sebebi ile hâkimi reddetmesi de mümkündür. Böyle bir iddia karşısında karar verebilmek için makul bir gözlemci gibi olayın değerlendirilmesi gerekmektedir⁵¹³. Soru hâkimin ön yargılı olduğuna ilişkin şüphelerin, makul bir sanık tarafından belirli şartların varlığı halinde oluşmasının mümkün olup olmadığıdır. Hâkimin reddi talebi Alman CMK m. 26/I 'e göre hâkimin mensubu olduğu mahkemeye yapılır. Karara ilişkin düzenlemeler m. 27'de bulunmaktadır.

1.5.1.2. İtalya

İtalyan Anayasası m. 101'e göre hâkimler sadece hukuka tabidirler⁵¹⁴. Aynı maddede olağanüstü ve özel mahkemelerin kabul edilmediği açıkça belirtilmiş, sadece olağan özellikleri gereği uzmanlık gerektiren belirli konularda olağan hâkimlerin bu konuda uzmanlığı bulunan ve yargıdan olmayan vatandaşlarla beraber görev alabileceği kabul edilmiştir. Anayasanın 104. maddesinde yargının bağımsız ve özerk olduğu kabul edilmiştir. Anayasa m. 105'e göre hâkimlerin atanmaları, tayinleri, özlük hakları ve disiplinleri ile Yüksek Yargı Kurulu görevlidir⁵¹⁵. Bu kurulun başkanı Cumhurbaşkanı olarak belirlenmiş, Başkan yardımcısının ise parlamento tarafından seçilmesi düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere yargı kuvvetinin temsilcisi hâkimlere ilişkin Yüksek Yargı Kurulu'nun başkanlığını yürütme kuvvetinden gelmekte ve başkan yardımcısı ise

⁵¹¹ **Finkin**, s. 421; **Schroeder/ Verrel**, s. 130.

⁵¹² **Schroeder/ Verrel**, s. 130.

⁵¹³ **Finkin**, s. 421; İskoçya mahkemeleri tarafından alınan kararda "*Mahkeme önce hâkimin ön yargılı olduğuna ilişkin iddiayı tüm koşulları ile anlamalıdır. Ardından bu koşulların mahkemenin ön yargılı olduğu konusunda adil- bilgili objektif bir gözlemci tarafından gerçekten böyle bir olasılığın ya da tehlikenin bulunduğu tespitini gerektirir.*" Helow v Secretary of State for the Home Department and Another: HL 22 Oct 2008, aktaran **Samuels**, s. 383.

⁵¹⁴ https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf (E.T. 23.01.2021)

⁵¹⁵ **Di Federico, Giuseppe**, Judicial Independence in Italy, Recent Trends in German and European Constitutional Law, Springer, 2006, s. 359.

yasama organı tarafından seçilmektedir. İtalyan Anayasası m. 107’de hâkimlerin bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının korunması adına kendi rızaları olmaksızın görevlerinden alınamayacağı düzenlenmiştir⁵¹⁶. Aynı maddede Adalet Bakanına hâkimler hakkında disiplin soruşturması başlatma yetkisi verildiği görülmektedir.

Anayasa 4. başlık 2. bölümde yargılamanın esaslarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bölümde yer alan m. 111’de kişilerin üçüncü bir kişi olan tarafsız bir hâkim önünde eşit şartlara sahip olma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

İtalya’da kabul edilen etik kurallarına göre hâkimler; görevlerinin bağımsız olarak yerine getirilmesini sağlamak, mesleğin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin imajını korumakla yükümlüdür⁵¹⁷. Görevinin performansını etkileyebilecek taraflarla veya iş faaliyetleriyle ilgili herhangi bir güç merkezine dâhil olmaktan kaçınmalı, imajını bozan davranışlardan uzak durmalıdır. Hâkimler, görevlerinin tam ve dürüst seyrini engelleyebilecek veya herhangi bir durumda bağımsızlığının doğasını, kaynağını ve görünen şeklini etkileyecek hiçbir görevi kabul etmeyecek veya yerine getirmeyecektir⁵¹⁸.

Hâkimin tarafsızlığına ilişkin olarak kabul edilen Etik Kuralları madde 9’a göre hâkim; cinsiyet, kültür, ideoloji, ırk ve din temelinde hiçbir ayrımcılık ve önyargı olmaksızın her bireyin saygınlığına saygı göstermekle yükümlüdür⁵¹⁹. Görevlerini yerine getirirken, tarafsızlık değerini etkin kılmak, yasaların yorumlanması ve uygulanması ile birlikte olguların anlaşılmasını ve değerlendirilmesini etkileyebilecek kültürel önyargıların üstesinden gelmek için çaba gösterecektir. Hâkimler görevlerini yerine getirirken veya herhangi bir zamanda tarafsızlıklarını zedeleyici davranışlardan kaçınmakla

⁵¹⁶ **Di Federico**, s. 375.

⁵¹⁷ ANM Komitesi tarafından kabul edilen İtalya Etik Kuralları m. 8. <https://rm.coe.int/italy-code-of-ethics-preamble/1680731081> (E.T. 21.10.2019).

⁵¹⁸ ANM Komitesi tarafından kabul edilen İtalya Etik Kuralları m. 8. <https://rm.coe.int/italy-code-of-ethics-preamble/1680731081> (E.T. 21.10.2019).

⁵¹⁹ ANM Komitesi tarafından kabul edilen İtalya Etik Kuralları m. 9. <https://rm.coe.int/italy-code-of-ethics-preamble/1680731081> (E.T. 21.10.2019).

yükümlüdür. Bu nedenle, kendisinin reddini gerektiren ciddi sebeplerin ortaya çıkmaması için büyük çaba sarf etmekle yükümlüdür.

Bu etik kurallar ışığında İtalyan ceza muhakemesinde hâkimin tarafsızlığının güvence altına alınması için de düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. İtalyan CMK 7. Bölümünde “Uyumsuzluk, Çekinme ve Hâkimin Reddi” başlığı altında m. 34-44 arasında usul ve esaslar düzenlenmiştir⁵²⁰.

İCMK m. 34’de hâkimin yargılamada yer alan davranışlarının sonucu olarak uyumsuzluk halleri düzenlenmiştir. İCMK m. 35’de hâkimlerin ikinci dereceye kadar evlilik, kan bağı veya ilişki sebebi ile bağlantı içerisinde buldukları kişilerin davalarda bu kişilerle ayrılmış ya da bir başka bir şekilde bağlantıları kopmuş dahi olsa, görev alamayacakları düzenlenmiştir.

36. maddede hâkimin yargılamadan çekinmesi gerektiği haller sayılmıştır⁵²¹. Buna göre;

- a. Hâkimin işlemlerle bir ilgisi olması ya da tarafların kendileri ya da avukatları ile kendisi, eşi ya da çocukları yönünden borçlu ya da alacaklı ilişkisi bulunması halinde,
- b. Taraflardan birinin ya da avukatlarının, temsilcilerinin veya yöneticilerinin çalışanları, temsilcileri, yöneticileri ve vasileri ile hâkimin kendisinin ve eşinin kan bağı ile bağlı olduğu kişilerin yakın olması halinde,
- c. Yargılama faaliyeti dışında soruşturulan konu üzerinde akıl vermiş ya da görüşünü açıklamış olması halinde,
- d. Taraflardan biri ile kendisi veya alt soyu arasında ciddi düşmanlık olması halinde,
- e. Kendi eşi ya da alt-üst soyunun kurban, mağdur olduğu veya taraf olduğu davalarda,
- f. Alt soyu ya da eşinin uyuşmazlıklarda daha önce ya da halen savcı olarak görev alması halinde,

⁵²⁰ Italian Code of Criminal Procedure <https://www.legal-tools.org> (E.T. 21.10.2019).

⁵²¹ Italian Code of Criminal Procedure <https://www.legal-tools.org> (E.T. 21.10.2019).

- g. Usul Kanunu m. 34 ve 35’de yer alan uyumsuzluk hallerinin bulunmasında,
- h. Hâkim için avantaj olan ciddi başka sebeplerin olduğu hallerde.

Kanununun 37. maddesinde hâkimin m. 36./1-a, b, d, e, f ve g bentlerinde yer alan bir durum içerisinde bulunması ya da görevini yerine getirirken veya yargılama öncesinde soruşturulan cezai fiillere ilişkin olarak kendi görüşünü açıklamış olması halinde taraflarca reddedilebileceği düzenlenmiştir⁵²². Aynı maddeye göre böyle bir durumda hâkim, tarafların reddine ilişkin kabul edilemezlik ya da talebin reddine ilişkin kararını verinceye kadar davaya ilişkin herhangi bir karar veremeyeceği gibi, hükme ilişkin olarak herhangi bir yargısal katkıda da bulunamaz⁵²³.

Eğer hâkimin reddi veya çekilmesi kabul edilirse, hâkim artık o yargılamada herhangi bir işlem yapamayacaktır. Hâkimin çekilmesi ya da reddine ilişkin karar verilmesi halinde adli teşkilat mevzuatına uygun bir biçimde aynı yerden bir başka hâkim görevlendirilir⁵²⁴. Eğer bu görevlendirmenin yapılması imkânsızsa, yargılama aynı seviyedeki bir başka mahkemeye transfer edilebilecektir⁵²⁵.

1.5.1.3. Fransa

Fransa’da kuvvetler ayrılığına ilişkin olarak verilen büyük bir mücadele sonucunda yargı kuvveti bağımsızlığını kazanmıştır⁵²⁶. Yargının bağımsızlığının bir parçası olan tarafsızlık ise evrensel bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir. 4 Ekim 1958 Fransız Anayasası’nın 64. maddesine göre Fransız Cumhurbaşkanı mahkemelerin bağımsızlığının garantörüdür ve Yüksek Yargı Kurulu ona yardım eder⁵²⁷. Aynı

⁵²² Italian Code of Criminal Procedure <https://www.legal-tools.org> (E.T. 21.10.2019).

⁵²³ Italian Code of Criminal Procedure <https://www.legal-tools.org> (E.T. 21.10.2019).

⁵²⁴ Italian Code of Criminal Procedure <https://www.legal-tools.org> (E.T. 21.10.2019).

⁵²⁵ Italian Code of Criminal Procedure <https://www.legal-tools.org> (E.T. 21.10.2019).

⁵²⁶ **Kapani**, Hâkimlerin İstiklali, s. 33.

⁵²⁷ https://constitutionnet.org/sites/default/files/constitution_of_france_1958.pdf (E.T. 23.01.2021)

maddede hâkimlerin görevden alınamayacağı kabul edilmiştir. Anayasa'nın 65. maddesinde Yüksek Yargı Kurulu'nun başkanının Cumhurbaşkanı olduğu ve yardımcısının da Adalet Bakanı olduğu belirtilmektedir. 2011 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kurul Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanlığı haricinde toplam 16 üyeden oluşmakta ve bu üyeler meslektaşları tarafından seçilen ve yargı alanında her kademeyi temsil eden 12 hâkim ve savcıdan, Cumhurbaşkanı Başkanı, Temsilciler Meclisi Başkanı, Senato Başkanı ve Devlet Konseyi Genel Kurul'u tarafından seçilen 4 hâkim olmayan üyeden oluşmaktadır⁵²⁸. Kurulun görevleri hâkimlerin bağımsızlığını sağlamakta Cumhurbaşkanı'na yardımcı olmak, hâkimleri atamak ve hâkimlerin disiplinini sağlamaktır⁵²⁹.

Fransa'da tarafsızlığın sağlanması amacıyla; meşru bir şüphe veya hâkimin reddi nedenleri bulunması halinde davanın başka bir yargı organına gönderilmesi usulleri düzenlenmiştir⁵³⁰. Fransız Medeni Usul Kanunu m. 339'a göre öncelikle hâkimin taraflardan birine karşı önyargılı olabileceğine inanmak için bir nedeni varsa, karara katılmaktan kaçınması gerektiği ve başka bir yargıç tarafından değiştirilmesini istemesi gerektiği düzenlenmiştir⁵³¹. Taraflar da hâkimin önyargısı olduğuna ilişkin kanıtları göstermeleri ve belirli prosedür gerekliliklerine uymaları koşuluyla hakimin reddini talep edebilmektedir. Böyle bir talep halinde hâkim derhal dava ile ilgili herhangi bir işlem yapmaktan kaçınır ve ret davasının temyiz mahkemesi tarafından incelenmesini sağlamak amacıyla gerekli işlemleri tamamlar⁵³². Talebin haksız olduğunun belirlenmesi halinde talepte bulunan kişiye idari para cezası verilmesi mümkündür. Yüksek Yargı

⁵²⁸ **Garapon, Antoine / Epineuse, Harold**, *Judicial Independence in France, Recent Trends in German and European Constitutional Law*, German Reports Presented to the XVIIth International Congress on Comparative Law, Utrecht, Springer, 2006, s. 278.

⁵²⁹ **Garapon / Epineuse**, s. 279.

⁵³⁰ Egemenlik alanında davayı görmeye yetkili tek bir mahkeme olması durumunda (örneğin Anayasa Konseyi veya Danıştay'ın konuları) davaya başka bir yargılama makamının bakmasının teknik olarak olanaksız hale geleceği bir gerçektir. Nitekim bizde de AYM üyelerinin tamamının reddinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Öden, Melih**, "*Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*", AÜHFD, C. 43, S. 1, s. 109; **Garapon / Epineuse**, s. 288.

⁵³¹ **Garapon / Epineuse**, s. 288.

⁵³² Hâkimin taraflardan biri ile ilişkisi olması, akraba olması ya da taraflardan birine danışmanlık yapması halinde karara katılması mümkün değildir. Bkz. **Garapon / Epineuse**, s. 288.

Konseyi 11.03.2004 tarihinde yaptıkları açıklamada hâkimin reddi taleplerinin sayısının artması üzerine buldukları incelemede taleplerin genellikle gerekçesiz olduğu, davayı engelleme veya uzatmaya yönelik olduğu ve mahkemelerin tarafsızlığı konusunda şüphe yaratarak tarafların kendi hâkimlerini seçme çabası içerisinde olduklarının tespit edildiğini belirtmiştir⁵³³. Yargılamayı sürüncemede bırakma amaçlı stratejik başvurulardan korunabilmek adına hâkimin reddi talebi her zaman muğlaklıktan uzak ve delillendirilmiş olması gerektiği kabul edilmiştir. Bu nedenle iddiayı destekleyecek delillerin, belgelerle veya diğer ispat araçlarıyla sunulması gerekmektedir. Talepte bulunan taraflar, hâkimden meşru olarak şüphe duyulması sonucunu yaratan nesnel unsurları kanıtlamakla mükelleftir.

Fransız CMK m. 668 ve devamında ise ceza alanında hâkimin reddi konusunu düzenlemektedir⁵³⁴. Fransa'da da hâkimin reddine ilişkin sürelerin varlığı kabul edilmiştir. Aksi takdirde hâkimin tarafsızlığı yönündeki şüpheden vazgeçildiği kabul edilmektedir⁵³⁵. Ret talebi reddi talep edilen hâkime iletilir ve kendisinden sekiz gün içerisinde bu isteği kabul edip etmediğini yazılı olarak bildirmesi istenilir. Kabul halinde yerine görevlendirme yapılır ve yargılama sürer. Hâkim, talebe cevap vermektense, kendi hakkında bu kararın alınmasını engellemek için heyette yer almaktan imtina edebilir. Örneğin, Yargıtay Ceza Dairesi hâkimleri, bu red talebiyle karşılaştıklarında davanın incelendiği celselere katılmazlarsa söz konusu talep işleme konulmaz.

⁵³³ <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/> (E.T. 23.01.2021)

⁵³⁴ Yargının yapılanmasına ilişkin yasanın L.111-6 ve müteakip maddeleri hukuki yargılamada tarafsızlık alanında uygulanacak genel ilkeleri öngörmektedir. Buradan hareketle, yargı mensuplarının deontolojik yükümlülükleri geliştirilmiş ve özellikle Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun m. 339 ve devamında yapılan düzenlemelerle usule ilişkin esaslar da belirlenmiştir. **Fricero, Natalie**, Récusation et Abstention Des Juges: Analyse Comparative De L'exigence Commune D'impartialité, s. 2 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/recusation-et-abstention-des-juges-analyse-comparative-de-l-exigence-commune-d-impartialite> (E.T. 15.10.2019); Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu için Bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=73CFBDEE0ECCCC5A28C05AC0544FB3A5.tplgfr32s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006138109&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20191105 (E.T. 10.11.2019).

⁵³⁵ **Fricero**, s. 3.

Ceza hükmü verilmesi halinde, İstinaf Mahkemesi Başkanı, talep sahibinden ve gerekli görürse ilgili hâkimden de tamamlayıcı bilgi ister. Başsavcının mütalaasına da başvurarak, konu hakkındaki kararını verir (FCMK m.671)⁵³⁶. Ret talebi eğer bir Yargıtay üyesi hakkındaysa, ceza alanında kaleme isteğin ulaşmasından sonra bir ay içinde yetkili daire ilgili üyenin değerlendirmesini de dikkate alarak konuyu karara bağlar. Hâkimin, ret talebinden önceki tasarruflarına itiraz ileri sürülemez. Aksine, ceza alanında ret talebi, reddi istenen hâkimi, bu konudaki karar verilene kadar davada görev almaktan alıkoymaz (FCMK m.670)⁵³⁷. Yargıtay Başkanı, Başsavcının mütalaasını alarak, hâkimden, dava hakkındaki bilgileri edinme, duruşmalara ve karara katılmayı ertelemesini isteyebilir.

Mevzuat hükümleri, çekilme veya imtina etmeyi düzenlemez ve bu husus, yargılamanın kendi iç süreci olarak değerlendirerek, hâkimin vicdan ve insafına bırakır. Bu kapsamda, yargı organlarında hâkimlere, üye veya ortak oldukları dernek ve faaliyetler yargılama konusundaki yetki alanıyla kesişiyorsa veya dava bir yakınıyla doğrudan veya dolaylı olarak ilgiliyse ya da dostluk, sıkı ilişki, özel münasebet kapsamında görüştüğü bir tarafı varsa muhtemel bir red talebini beklemeksizin çekilme zorunluluğu getirilmiştir⁵³⁸.

⁵³⁶ FCMK m. 671 “Birinci başkan, gerekirse başvuranın ve reddi talep edilen hâkimin ek layıhasını kabul eder; başsavcının görüşünü ister ve başvuruyu hükme bağlar. Redd-i hâkim kararına karşı itiraz yolu kapalıdır. Karar doğrudan uygulanır.”
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=73CFBDEE0ECCCC5A28C05AC0544FB3A5.tplgfr32s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006138109&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20191105 (E.T. 10.11.2019).

⁵³⁷ FCMK m. 670 “Birinci başkan kendisine yapılan başvuruyu idari yollardan, reddi talep edilen hâkimin mensubu olduğu mahkeme başkanına tebliğ eder. Hakkında redd-i hâkim başvurusu yapılan hâkim davadan alınmaz. Bununla birlikte, birinci başkan, cumhuriyet başsavcısının görüşünü aldıktan sonra, soruşturmanın veya müzakerenin ya da kararın ertelenmesine hükmedebilir.”
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=73CFBDEE0ECCCC5A28C05AC0544FB3A5.tplgfr32s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006138109&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20191105 (E.T. 10.11.2019).

⁵³⁸ **Fricero**, s. 5.

1.5.1.4. İngiltere

İngiltere’de son yüzyılda hükümetin yetkilerinin artması ile birlikte vatandaş ve devlet arasındaki ihtilaflarda hâkimlerin sorumluluklarının arttığı kabul edilmektedir. Bu nedenle yargının, vatandaşları hükümetin hukuka aykırı eylemlerine karşı koruma sorumluluğu ve bununla birlikte yargının hükümetten bağımsız olma ihtiyacı daha da artmıştır⁵³⁹. Bu nedenle İngiltere’de hâkimin bağımsız ve tarafsız olması ve görünmesi önemlidir.

İngiltere’de tek bir anayasa metni olmadığından yazılı olmayan bir anayasası olduğu belirtilmektedir. İngiltere’de yargının bağımsız ve tarafsız olduğu, bağımsızlığından bakanların sorumlu olduğu belirtilmiştir⁵⁴⁰. Kıdemli hâkimler bakanın tavsiyesi üzerine Devlet Başkanı tarafından atanır. Yeni hâkimlerin seçimi parlamento yasasında düzenlenmiştir. Adli makama atanma liyakat esasına göre yapılmalıdır. Hâkimler ortak hukukun gelişiminden ve uygulanmasından sorumludur. Yargının parlamento tarafından çıkarılan yasaları düşürme yetkisi yoktur⁵⁴¹.

Hâkimin reddini anlatmak için “*recusal*” ya da “*disqualification*” kavramları kullanılmakta olup, *recusal* hem hâkimin kendisinin davadan çekilmesi hem de davadan el çektirilmesi anlamına gelmektedir⁵⁴².

İngiliz kamu hukukunda hâkimin reddine ilişkin ilk düzenleme “*hâkimin sadece dava sonucunda maddi bir kazanç sağlaması halinde reddedileceği*”dir⁵⁴³. Bu kazanç

⁵³⁹ <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/independence/> (E.T. 23.01.2021)

⁵⁴⁰ <https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-committees/political-and-constitutional-reform/The-UK-Constitution.pdf> (E.T. 23.01.2021)

⁵⁴¹ <https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-committees/political-and-constitutional-reform/The-UK-Constitution.pdf> (E.T. 23.01.2021)

⁵⁴² **Flamm, Richard E**, *Judicial Disqualification Recusal and Disqualification of Judges*, Banks&Jordan Law Publishing Company, California, 2017, s. 4.

⁵⁴³ Brooks v. Rivers davasında (1668) hâkimin kayınbiraderinin davasına bakmasında sakınca olmadığına karar verilmiştir. **Hammond, Grant**, *Judicial Recusal Principles, Process and problems*, Hart Publishing, 2009, Oregon, s. 11,12; **Flamm**, s. 9.

doğrudan ya da dolaylı bir biçimde olabilir⁵⁴⁴. Bu düzenleme o tarihlerde İngiltere’de uygulanan Kanonik hukuk ile de tezattır, zira hâkimin taraflarla arasında olan yakınlık, akrabalık ilişkisi ya da düşmanlık gibi durumlarda ön yargılı davranmasını göz ardı etmektedir. Bu dönemde hâkimlerin değil de jürilerin akrabalık ve ilişkileri sebebi ile reddedilebilecekleri karara bağlanmıştı⁵⁴⁵. 1739 yılında *Lord Coke* yeni bir standart getirerek, “*kimsenin kendi davasının hâkimi olamayacağını*” kabul etmiştir⁵⁴⁶.

Zaman içerisinde hâkimlerin önyargılı olmaları göz önüne alınmaya başlanmış ve iki kategoriye ayrılmıştır. Bunlar gerçek ön yargılar (*actual bias*) ve açık önyargılar (*apparent bias*)⁵⁴⁷. Gerçek ön yargı, önyargıya sebep olacak şeylerin varlığı ile ilgilidir. Bu halde mahkeme uyuşmazlığın gerçeğinden başka şeylerle ilgilenmektedir. Açık önyargı ise, gerçekte hâkimde böyle bir önyargı bulunmasa dahi, ön yargılara yer varmış gibi duran durumlar için kullanılmaktaydı. Bu iki halin söz konusu olduğu durumlarda hâkimin davaya bakmasına itiraz edilebiliyordu ve bu ikili ayırım İngiliz Hukukunda uzun süre yeterli olmuştur⁵⁴⁸.

Pinochet’in yargılandığı dava ile otomatik diskalifiye (*automatic disqualification*) müessesesinin kullanıldığını görülmektedir. Lordlar Kamarası, yargıçlardan Lord Hoffman’ın Uluslararası Af Örgütü ile olan bağlantısını finansal olarak kabul etmiş ve kendisinin davadan otomatik diskalifiyesine karar vermiştir⁵⁴⁹. Bu dava sonrasında adil

⁵⁴⁴ Bkz. **Flamm**, s. 8 vd.

⁵⁴⁵ **Flamm**, s. 8.

⁵⁴⁶ **Flamm**, s. 8.

⁵⁴⁷ **Hammond**, s. 15.

⁵⁴⁸ **Hammond**, s. 15.

⁵⁴⁹ **Hammond**, s.16; İngiltere’de Lordlar Kamarasında bugüne kadar iki olayda muhtemel ön yargı sebebi ile çekinme yaşandığı görülmektedir. Bunlardan biri de dönemin Şili Devlet Başkanı Augusto Pinochet’in yargılandığı davadır. Hâkimlerden birinin eşi olan Lady Hoffman, Uluslararası Af Örgütü nezdinde idareci olarak çalışmaktadır ve Lord Hoffman daha önceden Uluslararası Af Örgütü Hayır Derneğinin herhangi bir finansal gelir almadan başkanlığını yapmıştır. Davada Uluslararası Af Örgütü de müdahil sıfatı ile yer almaktadır. Lord Hoffman’ın hiçbir maddi menfaati, taraflarla bağlantısı ve açık önyargısı olduğuna dair bir gösterge olmamasına rağmen, Lordlar Kamarası Lord Hoffman’ın Uluslararası Af Örgütü ile münasebeti sebebi ile kimse kendi davasına bakamaz kuralı gereğince, adaletin sadece gerçekleşmesi değil, gerçekleştiğinin de görünmesi gerektiğini belirterek davadan reddine karar vermiştir. **Samuels**, s.391.

ve bilgili bir gözlemci tarafından hâkimin önyargılı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği ortaya çıkmıştır⁵⁵⁰. Geline son noktada İngiltere hibrit bir yöntem geliştirmiş olup, hâkimin reddi için öncelikle “önyargılı olma ihtimali bulunması” ve “adil ve bilgili bir gözlemci tarafından da hâkimin önyargılı olup olmadığının” değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁵¹.

1.5.2. Uluslararası Belgelerde Hâkimlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilerek ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesine göre; “*Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir*”⁵⁵².

AİHS m. 6/1’de İHEB m. 10’a paralel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Adil yargılanma hakkı başlığını taşıyan 6. madde düzenlemesi aynen; “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*”⁵⁵³ Bildiri ile benzer düzenleme olmakla birlikte artık bir sözleşmeden bahsedildiği göz önüne alındığında, sözleşmenin tarafı olan devletler bu madde gereğince ülkelerinde bulunan kişilerin kanun ile kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yargılanmasını sağlama yükümlülüğü

⁵⁵⁰ **Hammond**, s. 37.

⁵⁵¹ **Hammond**, s. 38; **Samuels**, s.383; Gözlemci, aşırı derecede hassas veya şüpheli değildir. Yaklaşımı, şikâyette bulunan kişinin yaklaşımı ile karıştırılmamalıdır. Şikâyete konu İddiaya karşı dengeli bir şekilde yaklaşımdan önce, ilgili tüm konularda araştırma yapar ve kendini bilgilendirir ve adil fikirlidir. Bkz. <https://swarb.co.uk/helow-v-secretary-of-state-for-the-home-department-and-another-hl-22-oct-2008/>

⁵⁵² <https://www.tbmm.gov.tr> (E.T. 22.04.2019); Eşitlik ilkesine ilişkin “*kanun önünde eşitlik*”, “*kanunların eşit koruması*”, “*eşit haklar*” ve “*ayırım yapmama*” kriterlerinin kullanılmaktadır. Bkz. **Öden**, s. 127; Düzenleme her ne kadar resmî gazetede yayınlanmış olsa da bir bildiri niteliğinde olduğundan Türk Hukukunda bir bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. RG 27.05.1949/7217.

⁵⁵³ Amerika’da da adil bir yargılama ile tarafsız bir yargı görevlisi tarafından yapılan yargılama kast edilmektedir. Mahkemeler taraflara duyulacak ön yargılardan uzaktır. **Flamm**, s. 112.

altına girmişlerdir. Bu nedenle AİHS'nin tarafı olmamız sebebi ile sözleşme iç hukukumuz yönünden bağlayıcıdır⁵⁵⁴. İç hukukumuzda HSKa'da ve ilgili mevzuatta hâkimlerin görevlerini yaparken sözleşmenin 6. maddesine uygun davranacaklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir⁵⁵⁵.

Bu düzenleme hâkimlere hüküm verirken bağımsız ve tarafsız bir şekilde hareket edebilme imkânını tanımak için değil, kişiye bu özellikleri taşıyan mahkemelerde davasının görülmesini talep etme hakkı sağlamak adına yapılmış bir düzenlemedir. Şu hâlde AİHS ceza muhakemesi bakımından hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığını bir hâkimlik teminatı olarak değil de, bir şüpheli/ sanık hakkı olarak kabul etmektedir⁵⁵⁶.

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 14'te AİHS m.6'nın bir tekrarı niteliğindedir. Bu düzenlemeye göre yasalara göre kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız mahkemelerde aleni ve adil bir biçimde yargılanma temel insan hakkı olarak kabul edilmiştir⁵⁵⁷. Sözleşme BM üyesi tüm devletlere açık olmakla birlikte, sözleşme ile kurulan İnsan Hakları Konseyi Danışma Komitesi taraf devletler tarafından düzenlemelere uyulmasına ilişkin denetimi yapmakla görevlendirilmiştir⁵⁵⁸. Ancak Danışma Komitesi'nin yargısal ve bağlayıcı karar alma yetkisi bulunmamaktadır⁵⁵⁹.

Komitenin hâkimlerin tarafsızlığına ilişkin yaptığı yorumda; mahkemelerin kuruluşu, hâkimlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı ve yetkinlikleri bağlamında hâkimlerin atamaları,

⁵⁵⁴ Silahların eşitliği ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı, tabii hâkim tarafından yargılanma hakkı, makul süre içerisinde yargılanma hakkı, halka açıklık ilkesi, masumiyet karinesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, suçlamayı öğrenme hakkı, savunma hakkı, müdafî yardımından yararlanma hakkı, tercüman yardımından yararlanma hakkı da bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı gibi AİHS m. 6'nın koruma kapsamındadır. Bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 53-54.

⁵⁵⁵ **Yaltı**, s. 70.

⁵⁵⁶ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 209; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 113.

⁵⁵⁷ www.tbmm.gov.tr (E.T. 23.04.2019); **Dursun, Suat**, Hâkimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 9.

⁵⁵⁸ **Çalık, Tacettin**, "Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları İle İlişkisi", İnönü Üniversitesi HFD, Özel Sayı, C.2, 2015, s. 1098.

⁵⁵⁹ **Çalık**, s. 1117.

atama için gerekli nitelikler ve hizmet süreleri, terfi, nakil, azil hallerine ilişkin düzenlemelerin kanunlarla yapılarak, hâkimlere güvenceler sağlanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁶⁰. AİHM'in subjektif tarafsızlığa ilişkin olarak belirlemelerine katılan Komite, hâkimlerin önyargılı ve taraflardan birini kayıran şekilde hareket etmelerini önleyici yasal düzenlemeler yapılması gerektiğini de belirtmektedir⁵⁶¹.

Yedinci Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Muamelesi Kongresi'nde yargının bağımsızlığını sağlamaya dönük temel ilkeler benimsenmiş ve bu ilkeler genel kurulda görüşülerek onaylanmıştır⁵⁶². Bu ilkelerin amacı üye devletlere yol göstermektir. İlkeler altı başlık altında toplanmaktadır. Bu ilkelere göre yargının bağımsızlığı devletin sorumluluğunda olup, ifade özgürlüğüne sahip hâkimlerin bu haklarını kullanırken yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar vermemesine dikkat etmeleri, hâkimlik yapacak kişilerin seçimi, nitelikleri ve eğitimlerinin mesleğin gereğine uygun olması, hâkimlerin ekonomik haklarının ve görev sürelerinin güvence altına alınması, mesleki dokunulmazlık sahibi olmaları, disiplin ve meslekten uzaklaştırma süreçlerinde adil yargılanma haklarına sahip olmaları gerekmektedir⁵⁶³.

Birleşmiş Milletler nezdinde yapılan çalışmalar neticesinde hâkimlerin objektif ve subjektif anlamda tarafsızlıklarının sağlanması adına Bangalor Yargı Etiği İlkeleri düzenlenmiş ve kabul edilmiştir⁵⁶⁴. Bangalor Yargı Etiği İlkelerinde hâkimin; herhangi

⁵⁶⁰ Opinion No:3 of The Consultative Council of European Judges, <https://rm.coe.int/168070098d> (E.T. 21.10.2019)

⁵⁶¹ Opinion No:4 of The Consultative Council of European Judges, <https://rm.coe.int/1680747d37> (E.T. 21.10.2019)

⁵⁶² <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> (E.T. 22.01.2021)

⁵⁶³ 26 Ağustos- 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da düzenlenen Yedinci Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Muamelesi Kongresi tarafından kabul edilmiş ve 29 Kasım 1985 tarihli 40/32 ve 13 Aralık 1985 tarihli 40/146 sayılı BM Genel Kurul kararları ile onaylanmıştır.

⁵⁶⁴ “Bu ilkeler, hâkimlere rehberlik sunmak ve yargıya yargı etiğini düzenlemeye yönelik bir çerçeve temin etmek üzere tasarlanmıştır. Bu ilkelerin amacı ayrıca yasama ve yürütme mensupları ile avukatların ve kamuoyunun yargıyı daha iyi anlamalarına ve ona destek olmalarına yardımcı olmaktır. Bu ilkeler, hâkimlerin, yargı standartlarını idame ettirmek üzere oluşturulmuş olan ve kendileri de bağımsız ve tarafsız olan uygun kurumlar karşısında meslekî davranışlarından dolayı sorumlu olduklarını varsayar ve hâkimler üzerinde bağlayıcı olan mevcut hukuk ve davranış kurallarını değiştirmeyi değil onları tamamlamayı amaçlar” Bkz. **Bangalor Yargı Etiği Önsöz**, HSYK 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı kararı, www.hsk.gov.tr (E.T. 23.04.2019); Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 10.10.2006 tarih ve 424 sayılı kararı ile benimsenmesine karar verilerek Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü

bir yerden herhangi bir sebeple doğrudan ya da dolaylı olarak gelebilecek her türlü dış etki, rüşvet, baskı, tehdit ve müdahaleden uzak şekilde, olaylara ilişkin kendi değerlendirmesine dayanarak ve hukuka dair kendi vicdani anlayışı ile uygun biçimde yargı işlevini bağımsız olarak yerine getirmesi; mahkeme içerisinde ve dışında, halkın, hukukçuların ve dava taraflarının yargı ve hâkim tarafsızlığına duyduğu güveni koruyacak ve artıracak davranışlar içerisinde olması; sürekli kamu gözetiminin öznesi durumunda olan hâkimin, sıradan bir vatandaşın ağır olarak nitelendirebileceği kişisel sınırlamaları kabul etmek durumunda olduğu ve bunu özgürce ve kendi iradesiyle yapması, özellikle yargı vazifesinin onuruyla uyumlu bir tarzda davranması; diğer vatandaşlar gibi ifade, inanç, dernek kurma ve toplanma özgürlüğüne sahip olduğu ancak bu hakların kullanılmasında yargı mesleğinin onurunu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde davranması gerektiği hususları belirtilmiştir⁵⁶⁵.

Görüldüğü üzere düzenlemede ilk göz önüne alınan değer bağımsızlıkken, ikinci olarak tarafsızlık değerine yer verilmiştir. Kabul edilen ilkelere göre, “*yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğünün ön koşulu ve adil yargılanmanın temel garantisidir*”. Tarafsızlık, yargı görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesi için olmazsa olmaz olarak kabul edilmiş ve hâkimlerin sadece nihai karar verirken değil, aynı zamanda bu karara ulaşma süreci boyunca tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmeleri gerektiği düzenlenmiştir⁵⁶⁶.

tarafından tüm hâkim ve savcılara duyurulan Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri” de Bangalor İlkeleri ile benzer ilkeleri içermektedir.

⁵⁶⁵ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (E.T. 05.03.2021)

⁵⁶⁶ <https://www.hsk.gov.tr> (E.T. 23.04.2019); <https://www.unodc.org> (E.T. 23.04.2019); YCGK 2017/880E 2018/270K. “*Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 22 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilen, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı ile benimsenmiş olan; hâkimlerin hangi esaslara göre görevlerini yürüteceklerine ilişkin “Bangolar Yargı Etiği İlkeleri” olarak adlandırılan belgede bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat olmak üzere altı temel değerden bahsedilmiş ve bu değerlere ilişkin ilkeler tanımlanmıştır. Bu belgede, diğer kapsamlı açıklamaların yanı sıra bağımsızlık; “hâkim, genelde toplumdandır, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsızdır”, tarafsızlık ise, “Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir. Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, ön yargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir. Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır” şeklinde açıklanmıştır.*”

Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi, “Hâkimlerin Magna Carta’sı (Temel İlkeler)”, CCJE (2010) 3 Nihai kararında; hâkimlere disiplin kuralları haricinde kendileri tarafından hazırlanan bir etik ilkelerin rehberlik etmesi gerektiği, her ülkede hâkimlere özgü temel yasalar, disiplin usulü ve disiplin cezalarına yol açabilecek davranışların belirlenmesi, hâkimlerin görevleri dışında işledikleri suçlardan dolayı olağan hukuk kurallarına göre cezai sorumluluklarının tespit edilmesi, görevleri sırasında kasıtsız hatalarından dolayı cezai sorumluluk yüklenmemesi, yargı hatalarına ilişkin kanun yolunun açık olması, kasıtlı haller dışında görevinin yerine getirilmesine ilişkin iddialar neticesinde devletin tazmini şeklinde dahi olsa herhangi bir şahsi sorumluluğa tabi tutulmaması gerektiği belirtilmiştir⁵⁶⁷.

Hemen burada belirtmek gerekir ki tahkime ilişkin uluslararası düzenlemelerde de hakemlerin, görevleri gereği aynı hâkimler gibi tarafsız davranmaları beklenerek, bunun sağlanması için taraflara bazı güvenceler tanındığını görmekteyiz. UNCITRAL Model Yasası m. 12’de de hakemin reddi sebepleri düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, hakem olarak atanacak kişinin, gerek uyuşmazlığa ilişkin hakem olarak atanmadan önce gerekse görevini yerine getirdiği sırada, kendisinin söz konusu uyuşmazlıkta bağımsız ve tarafsız davranmasına ilişkin şüphe yaratacak her türlü hususu bizzat taraflara açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁶⁸. Taraflar bu sebeplerin varlıklarını öğrendikleri anda m. 12/2 gereğince hakemin reddini talep edebilmektedir⁵⁶⁹.

1.5.3. AİHM Nezdinde Müessesenin Uygulanması

Kişi temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında bağımsız ve tarafsız yargı en büyük güvencedir. Bu nedenle de AİHS m. 6 hükmüne göre bağımsız ve tarafsız bir

<https://www.yargitay.gov.tr> (E.T. 13.11.2019); Bangolar Yargı Etiği İlkeleri kapsamında bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat ilkelerinin benimsendiği görülmektedir. Bkz. **Kılıç**, s. 15.

⁵⁶⁷ **Kılıç**, s. 17.

⁵⁶⁸ **Perçin, Ali Haydar**, “*Uncitral Tahkim Kurallarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Yansımaları*”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 2015, s. 224.

⁵⁶⁹ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu UNCITRAL Model Yasası paralelinde hazırlanmış ve 21.06.2001 tarihinde kabul edilmiştir. RG 05.07.2001/24453.

mahkemede yargılanma, adil yargılanma hakkının *sine qua non* yani olmazsa olmaz koşuludur⁵⁷⁰. AİHM'in bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden kastı; kanun ile kurulmuş, başta yürütme ve yasama erklerinden ve davanın taraflarından bağımsız, uyuşmazlığın taraflarına karşı eşit bir biçimde davranan ve belirli güvencelere sahip olan yargılama makamıdır⁵⁷¹.

Adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemeye göre mahkemenin kanunlarla kurulmuş, genel ve olağan mahkemelerden olması gerekmekte, yargılama faaliyetine eklenen başka görevlerinin bulunması mahkemenin niteliğini etkilememektedir; yeter ki hâkime tarafsızlığını etkileyecek nitelikte görevler verilmiş olmasın⁵⁷².

Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında yapılan başvurulara ilişkin değerlendirmelerinde öncelikle hâkimlerin bağımsızlığını tespit etmektedir. Ancak bağımsızlık kavramında genel anayasal tanımlardan ayrılarak, zaman zaman tarafsızlığı da bağımsızlık kavramı içinde değerlendirdiği, hatta bağımsızlık ve objektif tarafsızlık kavramlarını aynı

⁵⁷⁰ **Ünver/ Hakeri**, s. 189; AİHS m. 19 ile İnsan Hakları ve Avrupa Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Bu sayede sözleşme ile güvence altına alınan hakların ihlal edilmesi halinde taraflar ihlali yapan devlet aleyhine başvuru yaparak, yaptırım uygulanmasını talep edebilecektir. Türkiye AİHS'nin tarafı olup, yürürlüğe koyması sebebi ile AİHM'in yetkisini de tanımış bulunmaktadır; AYM 05.05.2004 T. 2002/170E, 2004/54K sayılı kararında bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının adil yargılanma hakkının bir parçası olarak kabul etmektedir. Yine emsal nitelikteki kararlarında Anayasanın bütünselliği ilkesi gereğince AY m. 138, 139 ve 140'ın tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkına ilişkin değerlendirmede göz önüne alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. AYM 05.01.2006 T. 2005/55E, 2006/4K, 29.04.1993T. 1992/39E, 1993/19K. www.anayasa.gov.tr; **Chalkiadaki**, s. 144.

⁵⁷¹ **Centel/ Zafer**, s. 681; **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 158; "*AİHM'nin içtihadı uyarınca "mahkeme", maddi anlamıyla üstlendiği yargı işlevine göre nitelik kazanır. Bir başka deyişle mahkeme, yetkisi dâhilindeki konuları hukuk kuralları temelinde, belirlenen usule bağlı olarak görülen davaların neticesinde karara bağlayan bir mercidir. (bkz., en son örnek olarak, 30 Kasım 1987 tarihli H.- Belçika davasının kararı, Seri A No. 127, s. 34, paragraf 50). Ayrıca, birçok diğer koşulun da yerine getirilmesi gerekir - bağımsızlık - özellikle de yürütmeden; tarafsızlık; üyelerin görev süreleri; usuller ile sağlanan teminatlar ki bunların birçoğu 6. Madde'nin 1. fıkrasında (madde 6-1) bulunmaktadır (bkz., diğer örneklerin yanı sıra, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere davası, 23 Haziran 1981 tarihli karar, Seri A No. 43, s. 24, paragraf 55)."* Belilos-İsviçre Davasının Kararı (29 Nisan 1988, Seri A No. 132, s. 29, paragraf 64) www.anayasa.gov.tr (E.T. 25.04.2019); "*Bir yargı yerinin sözleşmenin 6. maddesi bağlamında bağımsız olup olmadığına karar verebilmek için, görünüşü de belli bir öneme sahiptir. Bu davada olduğu gibi, bir yargı yerinde, taraflardan birisi açısından üstlenilen hizmetlerin yürütülmesinde, alt konumdaki bir kişinin karar verecekler arasında bulunması, bu kişinin bağımsızlığını koruyamayacağı konusunda haklı kuşkular uyandırabilecektir. Böyle bir durum demokratik bir toplumda mahkemelerin vermeleri gereken güveni ciddi bir biçimde sarsacağından sözleşmenin 6/1 maddesine aykırıdır.*" AİHM 28.10.1984 T. Sramek/Avusturya Seri A no:84 kararında aktaran **Dinç**, s. 19.

⁵⁷² **Centel, Nur**, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Türk Hukuku*", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 47; **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 218.

anlamda kullandığı görülmektedir⁵⁷³. Bağımsızlığın tespitinde AİHM mahkemelerin kuruluşları, hâkimlerin atanma, görevden alınma, görev süreleri, hâkimlere tanınan güvenceler gibi hususları inceleyerek, mahkemelerin bağımsız bir görünümünün olup olmadığını değerlendirmektedir⁵⁷⁴. Ancak AİHM bu güvencelerin varlığını tek başına yeterli saymamakta, adaletin yerine getirilmesinin yetmeyeceğini, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi gerektiğini de kabul etmektedir⁵⁷⁵. AİHM halka ve sanığa mahkemelerin güven vermesi gerektiğini, aksi takdirde kişilerde yargılamaya ilişkin olarak endişe ortaya çıkacağını, bu durumun ise adaleti sarsacağını kabul etmektedir.

Nitekim Halkın Emek Partisi il yönetim kurulu üyelerinin DGM nezdinde TCK m. 312’de yer alan suç işledikleri iddiası ile yargılandıkları davada alınan mahkûmiyet kararına ilişkin inceleme sonucunda, İncal/Türkiye kararında AİHM, mahkeme heyetinde yer alan askeri hâkim sebebi ile başvurunun bağımsız mahkemeler nezdinde yargılanmadığını kabul etmiştir⁵⁷⁶. Karar göz önüne alındığında mahkemenin

⁵⁷³ **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 167; Mahkeme standardın oluşturulması ve ortak bir koruma anlayışı geliştirme amacı ile kavramların “özerk yorum” yöntemini benimsemiş ve sözleşmenin amacına uygun bir biçimde kavramlara istediği anlamı vermiştir. Mahkemenin kavramlara istediği anlamları verebilmesine “otonom kavramlar” doktrini olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Eren, Abdurrahman**, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, Anayasa Yargısı 33 (2016), s. 263. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52020/678362> (E.T.15.03.2020)

⁵⁷⁴ **Gölcüklü, Feyyaz**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılanma””, AÜHFD, C.49, S.1, 1994, s. 211; **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 168. Teminatlarla birlikte başvurucuda mahkemenin bağımsızlığına ilişkin uyanan şüphenin belirli ölçülerde objektif bir biçimde doğrulanabilmesi de mahkemelerin bağımsız görünümünde göz önüne alınan kıstaslardan biridir. **İnceoğlu**, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 27; **Özen**, Yargı Bağımsızlığı, s. 32; AİHM ’e göre tarafsız bir mahkemeden bahsedebilmek için aynı zamanda mahkemenin veya üyelerinin taraflara karşı onların leh ya da aleyhlerine bir duyguya sahip olmamaları gerekmektedir. Bkz. **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 133; **Centel**, AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı, s. 47.

⁵⁷⁵ “Bu bağlamda [...] görünüm bile belli bir öneme sahip olabilir. Söz konusu olan, demokratik bir toplumda halka yansıtılması gereken mahkemelere karşı güven duygusudur ve her şeyden önce, ceza davaları söz konusu olduğunda, bu güven duygusunun sanığa da yansıtılması gerekir (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Hauschildt-Danimarka davası, 24 Mayıs 1989 tarihli karar, Seri A No. 154, s. 21, paragraf 48 ve Pullar-Birleşik Krallık davası, 10 Haziran 1996 tarihli karar, Reports 1996-III, s. 794, paragraf 38). Bir mahkemenin bağımsızlıktan ya da tarafsızlıktan yoksun olduğundan endişelenmek için meşru bir neden bulunup bulunmadığına karar verirken, sanığın görüşü önem taşımakla birlikte, belirleyici değildir. Belirleyici olan, bu endişenin nesnel açıdan haklı görülüp görülmeyeceğidir (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Hauschildt davasının kararı, s. 21, paragraf 48 ve yukarıda belirtilen Gautrin ve Diğerleri davasının kararı, s. 1030-1031, paragraf 58).” Coeme ve Diğerleri-Belçika davasının kararı (22 Haziran 2000, Başvuru No. 32492/96, prg. 121) www.anayasa.gov.tr (E.T.25.04.2019).

⁵⁷⁶ Mahkeme asker üyenin yürütmeye bağlı olan orduda yer alıp, özlük haklarının bir kısmının ordunun denetiminde olduğunu, bu durumun da sanık yönünden hâkimden beklenen bağımsızlık ve tarafsızlığı

objektif görünümü ile bağımsızlığın, hâkimin sübjektif anlamda tarafsızlığının birlikte değerlendirildiği ve bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarının iç içe kullanıldığı görülmektedir⁵⁷⁷.

AIHM, gerekçeli kararlarında “*her ne kadar tarafsızlık önyargılı ve peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun sözleşmenin 6. maddesinde varlığı ya da yokluğu çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda öznel yaklaşım yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsi hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu alanda tüm meşru sebepleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirlemek üzere nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edebilir.*” belirttiği üzere tarafsızlığı objektif ve sübjektif yönden incelemeye tabii tutmaktadır⁵⁷⁸.

Objektif tarafsızlık, hâkimin dışarıdan bakıldığında makul bir gözlemciye, yargılama süresince sergilediği davranış ve tutumları ile tarafsız davrandığı konusunda güven vermesi, böyle bir algıyı kişiler üzerinde oluşturması olarak tanımlanmaktadır⁵⁷⁹. Bir başka ifade ile uyumsuzlığa bakan mahkemenin kurum olarak, kişide bıraktığı güven

üzerinde endişe yarattığını belirtmiştir. Kaldı ki DGM'nin hangi suçlar için görevli ve yetkili olarak kabul edildiği göz önüne alındığında, bu suçlar yönünden ordunun taraf olduğu da bir gerçektir. Taraf olan bir topluluğa üye olan hâkimden de tarafsız davranmasını beklemek doğru olmayacaktır (İncal v. Türkiye, 09.06.1998 No:22678/93 <https://www.echr.coe.int> (E.T. 25.10.2019); Askeri hâkimler yürütmeden emir alan orduya mensup olan kişilerdir ve özlük haklarına ilişkin kararlar idare ve ordu tarafından verilmektedir. Bu nedenle tarafsız olmaları mümkün kabul edilmemiştir. Bkz. **Özdek, Yasemin**, “*Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*”, *TODAİE*, Ankara, 2004, s. 204; AIHM'in yürütme organı tarafından hâkimin atanmasını her zaman ihlal olarak kabul etmediği de görülmektedir. Bkz. AIHM 28.06.1984 T. Başvuru no. 7819/77, 7878/77 Campbell/İngiltere prg. 80 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-57456%22>) (E.T. 15.01.2021).

⁵⁷⁷ **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 181.

⁵⁷⁸ “*Mahkeme 6. Madde'nin 1. fıkrası (madde 6-1) bağlamında tarafsızlığın mevcudiyetinin belirlenebilmesi için, belli bir yargıcın söz konusu davadaki kişisel kanaatine dayalı öznel bir test uygulanması ve bir de nesnel test uygulanarak yargıca bu bağlamda hiçbir meşru şüpheye yer bırakmayacak yeterlilikte güvenceler sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtir (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Fey-Avusturya davası, 24 Şubat 1993 tarihli karar, Seri A No. 255-A, s. 12, paragraf 28).*” Saraiva de Carvalho-Portekiz davasında (22 Nisan 1994 tarihli karar, Seri A No. 286-B, s. 38, prg. 33), <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T.25.04.2019); Morice v. France, Başvuru no: 29369/10, prg. 73-78., **Taştan**, s. 60; **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 47; **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 188; Challenges for Judicial Independence and Impartiality in The Member States of The Council of Europe, SG/Inf (2016)3rev, s. 71.

⁵⁷⁹ **Yenidünya/ İçer**, s. 42; **Öden**, Eşitlik, s. 89; **İnceoğlu**, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 35.

verici intiba ve tarafsız bir görünüme sahip olmasıdır⁵⁸⁰. AİHM objektif tarafsızlık halinin bulunmadığına ilişkin iddialarla yapılan başvurularda; tarafsızlığı sağlamaya yönelik alınan tedbirlerin yargı erkinin dış görünümünde tarafsızlığına ilişkin makul şüpheleri ortadan kaldırma niteliği olup olmadığını ve sanığın yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin olarak içsel dünyasındaki inancını göz önüne almaktadır⁵⁸¹.

Yine hâkime farklı görevler verilmesi ya da uyuşmazlık konusunun aynı zamanda hâkimin menfaatine ilişkin olması halinde de objektif anlamda hâkimin tarafsızlığından şüphe edileceği kabul edilmektedir⁵⁸².

Peirsack/Belçika kararında hâkimin tarafsızlığını kaybettiğine ilişkin somut veriler değerlendirilmiş, bu tespitin olduğu yerde hâkimin davadan çekinmesinin beklendiği belirtilmiştir⁵⁸³. AİHM'in 24.05.1989 tarih ve 255 numaralı Hauschildt-Danimarka başvurusuna ilişkin olarak verdiği kararda soruşturma aşamasında görev yapan hâkimin tarafsızlığı sübjektif ve objektif yönden değerlendirilmiş ve objektif kriterlerin sağlanmadığı gerekçesi ile başvurunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir⁵⁸⁴. Başvurucunun tutukluluğunun devamına ilişkin alınan kararların dokuzunda da aynı gerekçeye dayanılmış ve bu durum hâkimin başvurunun "suçluluğuna" ilişkin olarak yoğun bir düşünce altında yargılama sürecini sürdürdüğü şeklinde yorumlanmıştır. Aynı şekilde Karakoç v. Türkiye kararında kovuşturma

⁵⁸⁰ **Centel**, AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı, s. 47; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd**, s.182; **Taştan**, s. 60.

⁵⁸¹ Bu anlamda AİHM mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda başvurunun haklı şüphesinin varlığını aramaktadır. **Özdek**, s. 205; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd**, s.182-183; **Taştan**, s. 60; **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 188.AİHM' in 28.10.1998 tarihli Çıraklar/Türkiye 19601/92 numaralı başvuruda da DGM'de yapılan yargılamanın sözleşmenin 6. maddesini ihlal ettiği belirtilmektedir. Öcalan/Türkiye 12.03.2003 tarih no:46221/99 sayılı kararında DGM yargılamasının bir kısmına katılan askeri hâkimler nedeniyle de sözleşmenin 6. maddesinin ihlali kararı verilmiştir. Aynı şekilde Sıkı Yönetim Mahkemeleri tarafından yapılan yargılamalarda askeri hâkimlerin özlük işleri, dış baskılara karşı teminatları olmaması, mahkemenin bağımsız ve tarafsız görünüme sahip olmaması sebebi ile sözleşmenin 6. maddesinin ihlaline karar verildiği görülmektedir. Bkz. Mitap ve Müftüoğlu/ Türkiye 08.12.1994 tarih, Başvuru no: 15530/99, 15531/89.

⁵⁸² **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 190.

⁵⁸³ AİHM 01.10.1982 T. Başvuru no: 8692/79, <https://www.hudoc.echr.coe.int> (E.T. 13.11.2019).

⁵⁸⁴ **Eser, Albin**, "Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights", Ritsumeikan Law Review, No:26, 2009, s.180,181; **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 195-196.

aşamasında görevli hâkimlerin CMUK m. 104/1 düzenlemesini dayanak göstererek soruşturma aşamasından itibaren aldıkları tutuklama ve devamı kararlarında kuvvetli suç şüphesinin ötesine geçer nitelikte hareket ettiklerinden m. 6'nın ihlal edildiğini belirtmiştir⁵⁸⁵.

AİHM, tarafsızlıktan bahsederken her şeyden önce “*peşin hükümlü olmamayı*” kast etmektedir⁵⁸⁶. Burada kastedilen subjektif tarafsızlıktır. Subjektif tarafsızlığı hâkimin her türlü kişisel görüşünden sıyrılarak taraflara hiçbir önyargı olmaksızın yaklaşması, bir anlamda hâkimin birey olarak tarafsız olması şeklinde tanımlamak mümkündür⁵⁸⁷. Subjektif tarafsızlık mahkeme tarafından aksi ispatlanana kadar mevcut kabul edilmektedir⁵⁸⁸. AİHM yargılama yapan hâkimlerden kişisel önyargılarının, uyumsuzluğa ilişkin kişisel kanaatlerinin olmamasını; tarafların leh veya aleyhlerine bir duygu içerisinde hareket etmemelerini beklemektedir⁵⁸⁹.

AİHM subjektif tarafsızlık iddiası ile yapılan başvurularda, iddianın ispatının zor ve taraflar yönünden yanlış anlaşılma olasılığının yüksek olduğu gerekçesi ile başvuruların reddine karar vermektedir⁵⁹⁰. Ancak mahkemenin içinde veya dışında sözlü ifadeler, beden dili ya da fiziksel başka davranışlarla taraflı davranılmasının söz konusu olduğu durumlarda başvuruyu kabul ettiği kararlar bulunmaktadır⁵⁹¹.

⁵⁸⁵ AİHM Karakoç ve diğerleri v. Türkiye, 15.10.2002 T. Başvuru No: 33179/96 <https://www.adalet.gov.tr> (E.T. 13.11.2019).

⁵⁸⁶ **Centel/ Zafer**, s. 691; **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 188.

⁵⁸⁷ **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 32; **Yenidünya/ İcer, S. 43; Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd.**, s.182.

⁵⁸⁸ **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 51; **Taştan**, s. 60; **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 189.

⁵⁸⁹ **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 182.

⁵⁹⁰ **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd**, s.182; **Taştan**, s. 60.

⁵⁹¹ AİHM Mezraniç/Hırvatistan (2005) yargılamanın başında başvurunun karşısında olan hâkimin yargılamanın sonunda da aynı yönde karar vermiş olmasını subjektif tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirmiş ve önyargılı karar verildiğini kabul etmiştir. Yargılamadan çok süre önce davacının bir süreliğine de olsa temsilini yürütmüş olan hâkimin aynı dava içerisinde farklı görüşler açıklamasını da çelişkili bularak objektif tarafsızlığa aykırı bulmuştur. Hâkimin davacıyı temsil yetkisini kızına devretmiş olması mahkeme tarafından hâkimin tarafsızlığının olmadığı bir ispatı olarak değerlendirilmiştir. **Dinç**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre Adil Yargılanma Hakkı, 197-198; **Uran Murphy**, s. 58.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hâkimin yargılama konusuna ilişkin olarak kişisel menfaatinin bulunmasını, hâkimin tarafsız olamayacağı sebebi ile sözleşmenin ihlali olarak nitelendirilmiştir⁵⁹². AİHM'in tarafsızlık yönünden yaptığı inceleme aynı zamanda uyuşmazlığa bakan hâkimin o dava ile bağlantılı kişisel menfaatlerinin olup olmadığı yönündedir. Bu durum ya hâkimin taraflarla arasında yakın bir ilişki olması ya da hâkimin uyuşmazlık konusuna ilişkin bir menfaatinin bulunması olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Mahkemenin Sigurdsson/İzlanda kararında yargılamaya bakan hâkimlerden birinin davanın tarafı olan banka ile yüklü miktarda olan borcunun yapılandırılması konusunda anlaşmış olması hâkimin tarafsızlığı yönünden şüphe uyandıran bir durum olarak kabul edilerek ihlal kararı verilmesine sebep olmuştur⁵⁹³.

Mahkeme kararın bozulmasından sonra davanın aynı mahkemeye gönderilmesini tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirmemektedir⁵⁹⁴. AİHM böyle bir kabul halinde herkes tarafından bu başvurunun yapılacağını ve mahkemelerin sürekli değişime uğrayacağını, hatta yeniden yapılan yargılamadaki kişinin ilk kez mahkeme önüne çıkan kişiden daha avantajlı bir hale geleceğini kabul etmektedir.

AİHM aynı CMK'da olduğu gibi hâkimin daha önce yargılamanın bir aşamasında diğer sùjelerden birinin görevinde bulunmasının hâkimin tarafsızlığına zarar verdiğini kabul etmektedir⁵⁹⁵. Hâkimin karar öncesine kadar geçen süre içerisinde dava konusu uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar alıp almadığı bu aşamada incelenmekte, davanın esasına ilişkin olmayan kararlar alan hâkimin tarafsızlığının zedelenmeyeceği kabul edilmektedir. De Cubber/Belçika kararında soruşturma aşamasında görev yapan

⁵⁹² Başvurucuya yazdığı makalesinin içeriğinde meclise saygısızlık etmekten para cezası verilmiştir. Bu cezanın verilmesine karar veren meclis üyelerinden ikisi aynı makalede eleştirilmektedir. Eleştirilen iki meclis üyesi başvurunun davasının her aşamasına, suçun tespitine ve cezanın verilmesine katılmışlardır. Bu durum yargılama makamının tarafsızlığı konusunda şüphe duyulmasına neden olacak nitelikte kabul edilmiştir. Bkz. AİHM 27.08.1991 T. Demicoli/ Malta, Başvuru No: 13057/87, <https://www.echr.coe.int> (E.T. 12.10.2019).

⁵⁹³ Sigurdsson/İzlanda, AİHM 10.04.2003 T. Başvuru No. 39731/98, www.echr.coe.int (E.T. 12.10.2019).

⁵⁹⁴ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 209.

⁵⁹⁵ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 182-191.

hâkimin daha sonra esas davaya bakan mahkemeye üye olarak atanması ve yargılamaya katılması ihlal olarak kabul edilmiştir⁵⁹⁶.

Sainte Marie/Fransa kararında AİHM hâkimin soruşturma aşamasında görev almasını doğrudan m. 6 yönünden hâkimin tarafsızlığını kaybettiği durumlar arasında görmediği anlaşılmaktadır. Bu kararlar birlikte AİHM'in dikkat ettiği hususun soruşturma aşamasında hâkimin uyuşmazlığın esasına ne ölçüde girdiği olduğunu söylemek mümkündür⁵⁹⁷. Hâkimin aldığı kararlarla soruşturmanın esasına girdiği anlaşılıyor ise konuya ilişkin artık bir kanaati oluşacağından davada tarafsızlığı hakkında şüphe uyanacaktır.

AİHM sanığın yargılandığı mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı yönündeki algısının belirleyici olmasa da önemli olduğunu, ancak tarafsızlığın belirlenmesinde sanığın bu algısının haklı olarak görülüp görülemeyeceğinin önemli olduğunu belirtmektedir⁵⁹⁸.

Sanığın bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkından feragat etmesi hali de AİHM tarafından göz önüne alınmıştır. Bu karara göre mahkemenin tarafsızlığına ya da bağımsızlığına yargılama boyunca herhangi bir itirazda bulunulmamış olması, bu haktan feragat edildiği yönünde yorumlanmamalıdır. Mahkeme serbest ve hür iradesi ile kişinin mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin haklarından vazgeçmiş olmasını geçerli kabul etmekte ve ihlal olarak nitelenmemektedir⁵⁹⁹. Ancak bazen kişinin içinde bulunduğu ortam kendisi farkında olmasa bile aldığı feragat kararını

⁵⁹⁶ **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 193; YCGK 04.02.2014 T. 2013/1-538 E, 2014/29 K. sayılı kararında "AİHM, hâkimin duruşma öncesinde yapmış olduğu yüzeysel değerlendirmeleri ihlal kararı vermek açısından yeterli görmemekte, "duruşma hâkiminin duruşmadan önce kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşturup oluşturmadığı" kıstasından hareket etmektedir. (AİHM, Bulut - Avusturya Davası, 22.02.1996) Bununla birlikte, hâkimin daha önce bazı tedbirlere başvurmuş veya işlemler yapmış olmasının, esasa ilişkin olarak önceden belirlenmiş bir görüşe ulaştığını peşinen göstermeyeceği kabul edilmektedir. (AİHM, Fay-Avusturya Davası, 24.02.1993)" belirlemelerinde bulunulmuştur. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T. 05.10.2019).

⁵⁹⁷ **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 197.

⁵⁹⁸ AİHM 25.02.1997 T. Başvuru No: 22107/93 Findlay/ İngiltere ve 09.06.1998 T. (41/1997/825/1031) İncal/Türkiye kararları, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Independence_justice_ENG.pdf (E.T. 24.01.2021)

⁵⁹⁹ **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 212.

etkileyebilmektedir. Bu nedenle mahkeme kişiyi çevreleyen koşulları da göz önüne alarak, avukatsız veya yasal yardım alınmadan yapılmış olan feragati kabul etmemektedir⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰Bkz. Thompson v. Birleşik Krallık, 15.06.2004, Başvuru no: 36256/97, prg. 44-45, <https://www.echr.coe.int> (E.T. 12.10.2019).

2. BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE HÂKİMİN REDDİ VE ÇEKİNMESİ SEBEPLERİ

2.1. HÂKİMİN DAVAYA BAKAMAYACAĞI HALLER

2.1.1. Genel Olarak

Hâkimin görevini yerine getirirken taraflara eşit mesafede ve adil davranması gerektiği tartışmasızdır. Hâkimin yargılama sırasında taraflardan birini kayırması ihtimali bile toplumdaki adalet duygusuna zarar verecektir. Bu nedenle adaletin sağlanması adına tarafsız bir yargılamanın yapılabilmesi için hâkimlerin baskı ve etkilerden korunması gerekmektedir.

Anayasa m. 36/2'ye göre hâkimler önlerine gelen ve yetkileri dâhilinde olan davalara bakmakla görevlidirler⁶⁰¹. Hiçbir mahkeme yetkisi içinde olan bir davaya bakmamazlık edemez⁶⁰². Bu kural “*hâkim ihkak-ı haktan istinkâf edemez*” olarak ifade edilmektedir⁶⁰³. Anayasa m. 36/2’de düzenlenen yargılamanın mecburiliği ilkesi gereğince bir davaya bakıp bakmayacağı hâkimin inisiyatifine bırakılamaz.

Ancak bazı hallerde hâkimin davaya bakması halinde tarafsız olmasının mümkün olmadığı ve bu hallerin varlığında hâkimi davaya bakmak zorunda bırakmanın, hem hâkim hem taraflar ve her şeyden önce adaletin sağlanmasında yargıya duyulan güven

⁶⁰¹ Anayasa m. 36/2 “*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.*” <https://mevzuat.gov.tr> (E.T. 25.11.2018); Bu durum “*tabii hâkimin davadan çekinme yasağı*” olarak gösterilmekte ve aksi durumda kamu görevinin terki ya da yapılmamasını düzenleyen TCK m. 260’daki suç oluşacaktır. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 44; **Tanrıver**, s. 20.

⁶⁰² **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 213; *Taner* bir vatandaşın hakkını aramak için başvuracağı ya da sanığın masumiyetini ispatlamak için ortaya çıkaracağı yerin en sonunda mahkemeler olduğunu bu sebeple hâkimlerin yetki ve görevleri kapsamlarında bulunan davalara bakmaktan çekinemeyeceklerinin kesin bir dille düzenlendiğini belirtmektedir. **Taner**, s. 36-37.

⁶⁰³ **Ömeroğlu**, s. 23.

yönünden sakıncalı olacağı kabul edilmektedir⁶⁰⁴. Aksi takdirde yargıya olan güveni sarsacak ya da kişilerin endişelenmesine sebep olacak nitelikte her türlü etki ve baskı kamu düzeninin korunmasının güvencesi olan yargıyı zedeleyecektir⁶⁰⁵. Hâkimin kişiliği, dürüstlüğü, mesleğindeki başarılı geçmişi ortada olsa dahi, söz konusu sebeplerin varlığı halinde kanun koyucu hâkimin tarafsız olamayacağına kesin gözü ile bakmakta ve hâkim tarafsız olamayacağından adil bir yargılama yapılamayacağını karine olarak kabul etmektedir⁶⁰⁶.

Ceza muhakemesi yargılama faaliyeti sırasında izlenecek yöntem ve kuralları içermektedir. Demokratik hukuk devletinin gereklerinden biri ve temel hak ve özgürlüklerin teminatı olan ceza muhakemesinde, hâkimlik statüsü ile bağdaşmayacak, statü ve ilişkiler göz önüne alınarak kabul edilen bu yasaklılık hallerinin varlığı halinde, hâkimin duygu ve düşüncelerini davaya karıştırmayı ihtimalinin yüksek olması sebebi ile davaya kesin/mutlak olarak bakamayacağı kabul edilmektedir⁶⁰⁷. Bu durum doktrinde “*hâkimin yasaklılığı*”, “*görev yasakları*”, “*yargılamama mecburiyeti*” ya da “*hâkimin görevden yasaklanması*” gibi farklı terimlerle adlandırılmaktadır⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ **Kantar, Baha**, Ceza Muhakemeleri Usulü Genel Hükümler, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950, s. 51; **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 213; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 123; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 245; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 30; **Karakehya, Hakan/ Arabacı, Murat**, “*Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine*”, AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 93; **Erem**, hâkimin davaya bakmaktan yasaklanması, reddi ve çekinmesinin tek bir amaç ile düzenlendiğini, bu amacın da “şüphe dışı adaleti sağlamak” olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Erem**, CMK Şerhi, s. 49.

⁶⁰⁵ AYM 15.10.2002 T. 2002/309 E, 2002/91 K sayılı kararı www.anayasa.gov.tr (E.T.30.12.2020)

⁶⁰⁶ **Taner**, s. 38; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 236; Gerçekten toplumsal bir varlık olan insan, önce aile içerisinde sonra da okul ve çevresinden edindiği bilgiler ile kişiliğini oluşturmaktadır. Kişiliğinin oluşumunda bu kadar etkili olan çevresine ilişkin olarak kendisinden objektif olmasının beklenmesi ve buna zorlanmasının adaletin sağlanmasına hiçbir faydası olmayacağı bir gerçektir. **Demircioğlu**, s. 74; Görev yasaklarına ilişkin düzenleme ile aslında hâkimin tarafsız olamayacağını tespitini yapmak değil, böyle bir şüphenin giderilmesi ve mahkemeye duyulan güvenin sağlanması amaçlanmaktadır. **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 138.

⁶⁰⁷ **Öden**, *Anayasa Yargısında Hâkimin ve İşe Davaya Bakamaması*, s. 67; **Ünver/ Hakeri**, s. 191; **Taştan**, s. 205.

⁶⁰⁸ **Yenisey**, “*hâkimin görevden yasaklanması*” olarak adlandırırken, **Yurtcan** ’ın “*hâkimin yasaklanmasını*” kullandığı görülmektedir. **Kunter** bu durumu “*yargılamama mecburiyeti*” olarak adlandırmıştır. **Kunter**, normların hâkimlere emir veremeyeceğini ancak karar vermelerinde hâkimlere bir alet olabileceklerini, emir kavramının hâkim yönünden yersiz olduğu gibi, bu kavramın tam tersi olan yasaklılık kavramının da yersiz olduğunu değerlendirdiğinden eserin 1970 tarihli 4. basısından sonra “yargılama yasağı” terimini terk ettiğini belirtmektedir. **Kunter**, Hâkimin Oyunu Belli Etmesi, s. 327; “*hâkimin davaya bakmaktan bihakkın memnu olduğu haller*”, **Taner**, s. 39; **Şahin/ Göktürk**, s. 239.

Doktrinde bu hallere “*hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu haller*” denilmektedir⁶⁰⁹. Bu yasaklama ile birlikte hükmün doğruluğu sağlanacak ve her şeyden önce hüküm üzerinde oluşabilecek şüpheler bertaraf edilecektir⁶¹⁰.

Mevzuatımızda hem hukuk muhakemesi hem de ceza muhakemesinde hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hallere ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır⁶¹¹. Yine AYM başkan ve üyelerine ilişkin olarak 6216 sayılı yasanın m. 59 vd. dava ve işlemlere katılmaya engel durumlar, hâkimin reddi ve çekinmesi düzenlenmiştir⁶¹². İYUK’da da benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir⁶¹³. Aynı şekilde özel kanunlarda da yer alan düzenlemelerle hâkimin davadan yasaklanması mümkündür. Örneğin Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunu m. 177’de kurulda görevli hâkimin bakamayacağı davalar düzenlenmiştir⁶¹⁴.

Çalışma konumuz olan ceza muhakemesindeki düzenlemelerle, hâkim tarafsız görünmek için kendini zorlamayacak ve baskı altına kalmasının önüne geçilerek, bir anlamda hâkim de korunacaktır⁶¹⁵. Bu amaç doğrultusunda CMK m. 22’de yapılan düzenleme ile hâkimin davaya bakamayacağı haller sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Zira

⁶⁰⁹ “*Hâkimin görev yasakları*” olarak ifade etmenin doğru olacağına ilişkin bkz. **Turhan**, *Hâkimin Tarafsızlığı*, s. 141.

⁶¹⁰ **Kantar**, s. 38. *Erem* şüphe dışı adaleti sağlamak amacı ile hâkimin reddi ve çekinmesi kurumlarının kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. **Erem**, *Ceza Usul Hukuku*, s. 105.

⁶¹¹ Bkz. 6100 s. HMK m.34-45; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 103-111.

⁶¹² 6216 s. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, RG 03.04.2011/ 27894 <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 04.04.2019); Detaylı bilgi için Bkz. **Öden**, *Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*, s. 69 vd.

⁶¹³ İYUK m. 56 “*Danıştay’da Çekinme Ve Ret*”, m. 57 “*Mahkemelerde Çekinme ve Ret*”i düzenlemektedir. <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T.27.09.2019) Bu düzenlemeler usule ilişkin olup, hâkimin reddi ve çekinmesine ilişkin HMK hükümleri uygulanacaktır. Bkz. **Sezer, Yasin/ Ermumcu, Osman/Bilgin, Hüseyin**, “*Yeni Düzenlemeler Işığında İdari Yargıda Hâkimin Çekinmesi ve Reddi*”, AAD, S.5, 2011, s. 124-125. Farklı usul kanunlarında hâkimin yasaklanması ve reddine ilişkin düzenlemeler olması uygulamanın zorlaşması yönünde eleştirilmekte olup, HSKa da yapılacak düzenleme ile bu konuda birlik sağlanması gerektiği yönünde görüşler için Bkz. **Çon**, s. 117 vd.

⁶¹⁴ “*İl ve ilçe seçim kurulu başkan ve üyeliklerini yapan yargıçlar kendi çevreleri içinde vukua gelecek seçim suçlarına mütaallik davalara bakamazlar.*”.

⁶¹⁵ **Soyaslan**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 236; **Özek**, s. 923.

ceza muhakemesinde yer alan bazı işlemlerin mahiyetleri itibariyle aynı elde toplanmış olması adalet anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

Alman CMK m. 22’de yer alan “*Hâkimin Yasaklanması*” başlıklı düzenlemenin ceza muhakememizde yer alan düzenleme ile paralel olduğunu söylemek mümkündür⁶¹⁶. Yine bizde CMK m. 22/1-d’de düzenlenen evlat edinme ilişkisini ayrıca düzenlenmediği, hâkim ile sanık veya suçtan zarar gören arasında düz çizgi kan hısımlığını yasaklılık hali olarak kabul ettiğinden evlat edinme ilişkisini de bu kapsamda değerlendirdiği görülmektedir. Alman ceza muhakemesinde ayrıca hâkimin sonradan ortadan kalksa da eşcinsel eşinin sanık ya da suçtan zarar gören olması halinde yasaklılığı kabul edilmiştir. Bizde eşcinsel evlilikler kabul edilmediğinden, bu yönde bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir.

Ülkemizde CMK m. 22/1-b, c, d, f’de hâkimin soy bağı ile bağlandığı kişiler arasındaki ailevi ilişkileri göz önüne alındığı görülmektedir. Aile, insan topluluğunun çekirdeğidir⁶¹⁷. Bu ilişki içerisindeki insanların birbirlerine karşı tarafsız olamayacağı kabul edilmektedir. Gerçekten Amerika’da da taraflardan birinin hâkimin aile üyesi olmasının sadece uygunsuz bir görünüm ve açık bir suiistimal potansiyeli yaratmadığı, aynı zamanda yargılamaya karşı da güveni ortadan kaldıracığı kabul edilmektedir⁶¹⁸. Amerika’da hâkimin önyargılı olması her olayda ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Her ne kadar davanın tanıkları ile hâkim arasında yakınlık olması hâkimin reddi sebebi sayılmasa da, bazı davalarda hâkim ile 3. dereceye kadar akrabalık ilişkisi içerisinde bulunan kişinin yemin altında dinlenen tanık olması sebebi ile reddi talep edildiğine ilişkin örnekler bulunmaktadır⁶¹⁹. CMK m. 22/1- g ve h bentlerinde hâkimlerin aynı davada taraflara ilişkin olarak yaptığı görevler göz önüne alınarak davaya bakmaları yasaklanmıştır.

⁶¹⁶ **Yenisey, Feridun/ Oktar, Salih**, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 10-11.

⁶¹⁷ **Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s.2.

⁶¹⁸ **Flamm**, s. 406.

⁶¹⁹ **Flamm**, s. 416.

Hâkimin davaya bakamayacağı haller kanunda sınırlı sayıda belirlenmiştir, bu nedenle düzenlemenin dar yorumlanması ve kıyas yolu ile genişletilmemesi doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir⁶²⁰. Katıldığımız görüşe göre, hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta her şeyden önce kendisi ya da heyetinde bulunan diğer üyeler yönünden kanunda düzenlenen yasaklama hallerinin olup olmadığını araştırması meslek ve etik kuralları ile kanun gereğidir⁶²¹. Kanunda öngörülen hâkimin davaya bakamayacağı hallerin varlığında, salt bu hallerin varlığının tespiti yeterli olup, hâkimin bu davaya ilişkin olarak tarafsız olup olmayacağına ilişkin ayrıca bir araştırma yapılması mümkün değildir⁶²². Tarafların hâkimin reddini talep etmemiş olmaları ya da hâkimin bizzat kendisinin davadan çekinmemiş olması dahi hâkimin o davaya bakmasına imkân vermez. Zira kanun koyucu bu durumlarda hâkimin mutlak anlamda davaya bakamayacağını kabul etmekte ve bu durumu kesin hukuka aykırılık olarak kabul etmektedir⁶²³. Aynı durum CMK m. 23’de yer alan hâkimin yargılamaya katılmayacağı haller için de geçerlidir. Her iki halde de hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olup olmadığının tespitinin bir ön sorun olarak nitelendirilmesi mümkündür⁶²⁴. Kanunda hâkimi reddedilebileceği gösterilen kişilerin rızası olsa da hâkim yasaklılık hallerinin varlığında o davaya bakamaz.

Ceza muhakemesi kanunu m. 22’de hâkimin davaya bakamayacağı haller başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir;

⁶²⁰ **Erem**, CMK şerhi, s. 49; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 245; **Karakehya/Arabacı**, s. 93; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 140.

⁶²¹ **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 110; Tarafların hâkimin reddini talep etmemiş olmaları ya da hâkimin bizzat kendisinin davadan çekinmemiş olması dahi hâkimin o davaya bakmasına imkân vermez. Zira kanun koyucu bu durumlarda hâkimin mutlak anlamda davaya bakamayacağını kabul etmekte ve bu durumu kesin hukuka aykırılık olarak kabul etmektedir. Bkz. **Kantar**, s. 54.

⁶²² **Karakehya/Arabacı**, s. 95.

⁶²³ **Kantar**, s. 54; Kanun koyucu hâkimin tarafsızlığını bozan sebeplere farklı derecelendirme yapmıştır. Bunlar mutlak ve nisbî sebepler olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak sebepler hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hallerdir. **Kolcu**, s. 143.

⁶²⁴ Kamu düzeni kamu güvenliği, huzuru ve sağlığını kapsayan bir hukuki kavramdır. Bkz. **Aktepe Artık, Sezin**, “İstinâf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, TBBD, 134, 2018, s. 261-276; Kamu düzenine ilişkin kurallar resen ve yargılamanın her aşamasında gözetilen kurallardır. Hâkimin yasaklılığı da kamu düzenine ilişkin olup resen ve her aşamada göz önüne alınacaktır.

“(1) Hâkim;

- a) Suçtan kendisi zarar görmüşse,
- b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa,
- c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,
- d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa,
- e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dâhil kan hısımlığı varsa,
- f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dâhil kayın hısımlığı varsa,
- g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adlî kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,
- h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Hâkimlik görevini yapamaz.”

2.1.2. Suçtan Kendisinin Zarar Görmüş Olması

Yargılama konusu olan suç teşkil ettiği ileri sürülen fiilden dolayı hâkimin kendisinin zarar gördüğü halde hâkimin o davaya bakması tarafsız davranmasının çok zor olması sebebi ile mümkün değildir⁶²⁵. Bu yasak “Hiç kimse kendi davasının hâkimi olamaz” (*nemo judex in propria causa/ nemo judex in re sua/ nemo judex in causa sua*) ilkesi ile de ifade edilmektedir⁶²⁶. Bilindiği üzere suç, hukuk düzeninin kendisine bir ceza yaptırımını bağladığı her beşerî fiillerdir ki bu fiillerle ihlal edilen bir değer ya da menfaat

⁶²⁵ Gerçekten usul kanunlarında hâkimin kendi davasına bakamayacağı kabul edilmekte ve buna uygun düzenlemeler yapılmaktadır. Örneğin AYM Başkan ve üyeleri, kimse kendi davasının hâkimi olamaz ilkesi gereğince, AYM nezdinde açılan davada taraf olmaları ya da suçtan zarar gören olmaları halinde o davaya bakamazlar. Bkz. **Öden**, Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya Bakamaması, s. 71.

⁶²⁶ **Tosun**, s. 238; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 118; **Taştan**, s. 208; **Samuels**, s. 383.

bulunmaktadır⁶²⁷. Bu nedenle hâkimin taraf olduğu bir konuda öncelikle kendi menfaatini gözeticeği hususunda toplumda bir kanı oluşacağı ve tarafsızlığından şüphe duyulacağı bir gerçektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu dördüncü kitap başlığı “*Mağdur, Şikâyetçi, Malen Sorumlu, Katılan*”dır. Mağdur “*Suç Mağdurlarının Desteklenmesine İlişkin 63 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*” m. 2/d’de “*Suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişi*” olarak tanımlanmıştır⁶²⁸. Kanun koyucunun bazı düzenlemelerde suçtan zarar göreni mağdur olarak kabul ettiği görülmektedir⁶²⁹. Suçtan zarar gören ve suçun mağduru aynı kişiler değildir⁶³⁰. İşlendiği iddia edilen suça konu bir fiil ile doğrudan bir hakkı ya da hukuki bir menfaati ihlal edilmiş kişi suçun mağduru bir diğer anlamıyla suçun kurbanıdır. Ancak bu suçun işlenmesinden dolayı sadece mağdur değil başka kişilerin de zarar görmeleri mümkündür. Bu kişilere suçtan zarar gören denilmektedir. Alıkonulan çocuk suçun mağduru iken çocuğun velisinin suçtan zarar görmesi örneğinde olduğu gibi.

CMK m. 237’de mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların kovuşturma aşamasında davaya katılmalarının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Suçun mağduru suçtan doğrudan zarar gören kişidir. Suçtan zarar görense suç mağdurundan daha geniş bir kavramdır. *Yenisey/Nuhoğlu*, katılma istisnai bir düzenleme olduğundan, suçtan zarar görme kavramının CMK m. 22/1-a yönünden

⁶²⁷ Suçun hukuki konusu ya da “normun ratio”su suçun incelenmesinde ve tasnifinde büyük önem taşımaktadır. Konumuz açısından suçun mağdurunun belirlenmesinde de suçun hukuki konusu göz önüne alınmalıdır. Buna göre ihlal edilen menfaat veya değer in hamili suçun mağdurudur. Bkz. **Hafizoğulları**, Ceza Genel, s. 167-168, 173-176; **Toroslu**, s. 61.

⁶²⁸ RG 10.06.2020/31151.

⁶²⁹ Bkz. CMK m. 127/5, 131/2; *Özgenç* suçun mağdurunu haksızlığa uğramış ve suçunun konusunun ait olduğu kişi olarak ifade etmektedir. Suçtan zarar gören ise, yağmaya maruz kalarak elinden çalıştığı kurumun parası çalınan memur örneğindeki, çalınan paranın sahibi olan kurum örneği ile açıklanmıştır. **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 214-215; Dar anlamda mağdur suçun konusunun ait olduğu, suçla haksızlığa uğrayan kişi olarak ifade edilmekteyken suçtan zarar gören kavramı mağdurdan daha geniş anlamda olup, suçun işlenmesi sebebi ile zarar gören gerçek/tüzel kişi olarak gösterilmektedir. **Şahin/ Göktürk**, s. 137-138.

⁶³⁰ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 171.

sadece “doğrudan” ve “gerçek zararlar” göz önüne alınarak dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedir⁶³¹.

Uzlaştırmanın düzenlendiği m. 253 ve seri muhakemenin düzenlendiği m. 250/8-b’de kanun koyucu mağdur ve suçtan zarar göreni ayrı ayrı göstermiştir. Ancak halen suçun mağduru ile suçtan zarar gören arasında bulunan sınır net bir şekilde çizilememektedir⁶³².

Doktrin göz önüne alındığında da suçtan zarar görenin tespitinde net bir kural belirlenememiş olduğu görülmektedir. *Kunter* maddi netice bakımından zararı göz önüne alarak bir değerlendirme yaparken, *Onursal*, suçun sonucunda kişi üzerinde üzüntü ve şiddet yaratmasına göre değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindedir⁶³³. Yine suçtan zarar görenin, doğrudan doğruya suçun maddi unsuruna muhatap olması ve suç ile korunan hukuksal yararı zedelenen kişinin dar anlamda suçtan zarar gören olduğu, bir başka deyişle suçun mağduru olduğu belirtilmektedir. Buna karşılık, bir kimsenin haklı çıkarının, işlendiği iddia olunan suç ile ağır biçimde zedelenmiş olması durumunda, bu haklı çıkarı zedelenmiş kişinin geniş anlamda suçtan zarar gören kişi olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen dar, dolayısıyla zarar görmeyen ise geniş anlamda suçtan zarar görmeyi ifade ettiği belirtilmiştir⁶³⁴.

⁶³¹ *Yenisey/Nuhoğlu*, s. 179.

⁶³² *Katoğlu, Tuğrul*, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFHD, S.61, 2012, s. 662; Kanunun m.170/3-c, d, 171/2, 237/1, 239/1-2, 253/1-4-6-7-13-16-21 gibi düzenlemelerde suçtan zarar gören ve mağdurun farklı kişiler olabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. YCGK 31.03.1952 T. ve 94/72 sayılı kararında müdahale talebi değerlendirilirken suçtan zarar gören ile maktul arasında kanuni veya hukuki bir bağın bulunmasını aramaktadır. YCGK 31.03.1952T 148/104 sayılı kararında evlatlığın ölümü halinde evlat edineni suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir.

⁶³³ *Kunter* “suçtan zarar gören” terimini, zarar gören fert tarafı olarak açıkladıktan sonra, suçla birlikte düzenin bozulduğu gerekçesi ile toplumun zarar görmesi ve bireyin zarar görmesi başlıkları altında incelemiştir. Bkz. *Kunter*, *Ceza Muhakemesi*, s. 214-217; *Onursal, Sami*, “*Kamu Davasına Müdahale*”, İstanbul Üniversitesi Yayınları no:1345, İstanbul, 1968, s. 57 ile aynı yönde bkz. *Gözübüyük, Abdullah Pulat*, *Ceza Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s. 239-240.

⁶³⁴ Doktrinde hakkı zedelenen kişiye ilişkin olarak “*fiilin koğuşturulması yolundaki isteğinin bir misliyle karşılık verme ihtiyacı olarak kabul edilmesini gerektirir*” denilebilmesi halinde, hakkı bu yönde ihlal edilen kişinin de geniş anlamda suçtan zarar gören kapsamında olduğu belirtilmektedir. Bkz. *Özbek/Doğan/ Bacaksız*, s. 239-340; *Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd.*, s.240; Doktrinde muhakeme hukukunun aktif süje olarak kabul edip, kendisine yetkiler tanıdığı suçtan zarar gören, “... *yetişkin birine karşı*

Kavramın kullanıldığı yere göre ifade genişletilip daraltılabilmektedir⁶³⁵. *Kunter* tarafından böyle bir durumda zararın somut olarak tespitinin yanı sıra “*tehlike*” nin de içine alınacağı biçimde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir⁶³⁶.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22/1-a 'ya göre hâkimin davada yasaklı olup olmadığının tespitinde gerçekten suçtan zarar görenin kendisi olup olmadığının tespiti gerekmektedir⁶³⁷. Bu tespit hâkimin reddini talep edebilecek kişiler yönünden de önem arz etmektedir⁶³⁸. Yargıtay “*suçtan zarar gören*” kavramının ihtiyaca göre belirlenmesi gerektiğini, hâkimin davaya bakamayacağı halleri düzenleyen CMK m. 22'ye ilişkin değerlendirme yapılması halinde hâkimlerin objektifliğinin sağlanması adına en geniş yorumun yapılması gerektiğini kabul etmektedir⁶³⁹. Biz de Yargıtay'ın bu görüşüne katılmaktayız.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu da “*suçtan zarar gören*” in geniş yorumlanması gerektiği kanaatindedir. Yazarlara göre ancak geniş yorum yapılarak hâkimin tarafsızlığının korunması mümkün olabilecektir⁶⁴⁰. Bu geniş yorum sayesinde CMK m. 22'de dava konusuna ilişkin olarak hâkimin doğrudan zarar görmesinin yanı sıra, dava konusuna

işlenen bir müessir fiil suçunda olduğu üzere aynı zamanda suçun pasif süjesini teşkil edebileceği gibi, adam öldürme suçunda olduğu üzere, öldürülenin yakınları da” örnekleri ile açıklanmıştır. Bkz. **Onursal**, s. 41-42.

⁶³⁵ Zarar gören bireye aktif süje olarak yetkiler tanınırken, tanınan bu yetkiye göre kanun koyucunun farklı kıstaslar belirlemesi mümkündür. Örneğin şikâyet yönünden suçtan zarar görenin dar anlamda yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd**, s.239, s.239-240; Türk hukukunda mağdur, suçtan zarar gören veya şikâyetçinin belirli bir anlamda kullanılmadığına ilişkin Bkz. **Katoğlu**, s. 657-693; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 171.

⁶³⁶ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 216.

⁶³⁷ CMUK döneminde takipsizlik kararına itiraz eden suçtan zarar görenin de hâkimin reddi için yetkili kabul edilmemesi eleştirilmiştir. Bkz. **Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık**, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Seçkin Yayınevi, 1995, s. 355.

⁶³⁸ YCGK 15.07.2008T 2008/9-95E, 2008/195K sayılı kararda hâkimlerin, “*bir olayda suçtan zarar göreni belirlerken, sanığa yüklenen ve cezalandırılması istenilen fiille haklı bir çıkarı zedelenen kişinin ceza kovuşturması konusundaki isteğini göz önünde tutmak ve bu haklı görüldüğünde kişiye suçtan zarar gören niteliği tanımak durumunda*” olduğunu vurgulamıştır.

⁶³⁹ Yargıtay 21 CD 08.03.2016, 2015/7796E. 2016/4157K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T. 29.11.2018).

⁶⁴⁰ **Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.341.

ilişkin olarak alınacak kararda hâkimin dolaylı olarak zarar görmesi hali söz konusu ise, hâkim yine o davaya bakamayacaktır⁶⁴¹. *Turhan*, hâkimin yasaklı olduğu hallere ilişkin olarak suçtan zarar görenin doğrudan, tarafsızlığından şüphe duyulan hallerde ise dolaylı olarak zarar gördüğünün aranması gerektiği kanaatindedir⁶⁴². Biz de *Turhan*'ın bu görüşüne katılarak, dolaylı olarak suçtan zarar görmenin her olaya göre ayrı değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22'de suçun mağdurunun hâkim olması halinin düzenlenmediği görülmektedir. Katıldığımız görüşe göre bunun sebebi suçtan zarar gören kavramının mağduru da kapsadığıdır⁶⁴³. Doktrinde bunun bir başka nedeni olarak kimse kendisinin davasına bakamayacağına ilişkin evrensel ilke gösterilmektedir⁶⁴⁴. Yine "malen sorumlu olan" hâkimin davadan yasaklanması suçtan zarar gören kavramının geniş yorumlanması ile mümkün olacaktır⁶⁴⁵. Gerçekten dava konusu olayla ilgili olarak malen sorumlu sıfatına haiz bir hâkimin yargılama yapması mahkemenin tarafsızlığını esaslı bir biçimde zedeleyecektir.

Uygulamada en sık karşılaşılan durumlardan biri, görevi sırasında hâkime hakaret edilmesidir. Bu hakaret sonucunda onur, şeref ve saygınlığı rencide edilen hâkim artık o suçun mağdurudur⁶⁴⁶. Ancak sanığın hâkime hakaret ederek hâkimin davaya bakmasına

⁶⁴¹ *Erem*, bir anonim ortaklığın birkaç hisse senedine sahip olan hâkimin o ortaklık aleyhine işlenen bir suçun davasına bakmasına engel olmadığını belirtmektedir. **Erem**, CMK Şerhi, s. 53; Alman doktrininde dolaylı olarak suçtan zarar görülmesi halinde hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması söz konusu ise, yasaklıktan değil de bu sebepten dolayı hâkimin reddinin talep edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 55; Gerçekten bir gözlemci tarafından bakıldığında hâkimin yargılamada yer alan taraflarından birinde çok küçük hisse senedi sahibi olması, faiz de parasının bulunması, bir derneğin başkanı gibi olması her ne kadar hâkimde ön yargı oluşmasına sebep olacağı gibi bir izlenim bıraksa da, aslında gerçek bir ön yargıdan bahsetmek için yeterli değildir. **Samuels**, s. 384,385.

⁶⁴² **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 142.

⁶⁴³ **Ömeroğlu**, s. 25.

⁶⁴⁴ **Kolcu**, s. 148.

⁶⁴⁵ **Kolcu**, s. 150.

⁶⁴⁶ Yargıtay 18 CD 12.02.2019T. 2018/2597E. 2019/2813K, 18 CD 17.01.2019T. 2016/16813E, 2019/1709K. , "Bilirkişi raporu alma ihtiyacı duyan ve aleyhimize hatalı ve kasıtlı görüş veren müvekkile iftira atan bilirkişilerin raporuna dosyadaki iddialarımızı kanıtlayan delillerimizi incelemeye gerek duymadan haklı davamızı reddedeceği anlaşılan sayın hâkimin davadan çekilmesini talep ediyoruz" d bendinde" ... sayın hakimin müvekkil aleyhine objektiflikten uzak hukuka ve mevzuata aykırı ve taraflı karar vereceği açıkça görülmektedir." şeklinde beyanlara yer verilmiş, bu ifadelerin mağdurun onur,

engel olması ve kendi hâkimini seçmeye çalışmasının da önüne geçilmelidir. Doktrinde böyle bir durumda görev yasaklarından söz edilemeyeceği belirtilmektedir⁶⁴⁷. Böyle bir durumun varlığı halinde CMK m. 31/1-c gereğince talebin reddi gerekmektedir.

2.1.3. Sonradan Kalksa Bile Hâkimle Şüpheli, Sanık veya Mağdur Arasında Evlilik, Vesayet veya Kayımlık İlişkisinin Bulunması

Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nda bulunan hâkimin tarafsızlığının güvencelerine ilişkin düzenlemelerde sadece sanık ve mağdur arasındaki ilişki gözönüne alınırken, CMK'da “*şüpheli*” ile hâkim arasında olan ilişkiler de düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesinde soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi şüpheli, kovuşturma aşamasından hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişi sanık olarak adlandırılmaktadır⁶⁴⁸. CMK m. 158/6 ile “*İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez.*” düzenlemesi yapılarak her şikâyet edilenin şüpheli sıfatını almasının önüne geçilmiştir⁶⁴⁹. Kanunda mağdur tanımlanmamıştır. Ancak yukarıda detaylı bir biçimde açıklandığı üzere mağdur suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişidir⁶⁵⁰.

Ceza Muhakemesi Usul Kanunu düzenlemesinden farklı olarak, sanık ve mağdur ile birlikte şüphelinin de düzenlenmesi sonucunda, daha soruşturma aşamasında da

şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olduğu, bu itibarla, hakaret suçunun unsurlarının somut olayda olduğu anlaşılmıştır.” Yargıtay 18 CD 16.10.2018T. 2018/6440E. 2018/13084K. <https://www.sinerjimevzuat.com> (E.T. 28.09.2019).

⁶⁴⁷ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 142.

⁶⁴⁸ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 219.

⁶⁴⁹ 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun m. 140, RG 08.03.2018/30354

⁶⁵⁰ Bkz. 2.1.2. Suçtan Kendisinin Zarar Görmüş Olması

hâkimin tarafsızlığına ilişkin olarak CMK m. 22 vd. haklar kullanılabilir⁶⁵¹. CMK'da diğer usul kanunlarında kabul edildiği gibi, hâkimin yargılamanın sùjelerinden biri ile belirli derecede hısımlık ilişkisi içerisinde olması halinde, tarafsız bir şekilde hareket ederek o davaya bakmasının çok güç olduğu kabul edilmiş ve bu hallerin varlığı halinde davaya bakmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir⁶⁵².

2.1.3.1. Evlilik İlişkisi

Evlilik, Türk Medeni Kanun (TMK) m.124 vd. daki maddelerine uygun olarak, evlenme ehliyeti olan kişiler arasında resmi memur huzurunda yapılan olumlu evlenme irade açıklaması ile kurulur⁶⁵³. Evlenme ile ayrı cinsten iki kişi sadece cinsellik amacı ile değil, aynı zamanda hayatın acı ve tatlı bütün olaylarını içine alan bir hayat ortaklığı içerisine girerler⁶⁵⁴. Evlenme ile eşler birbirlerine karşı haklar ileri sürebilecekleri gibi, birliğin mutluluğunu sağlama, sadakat, dayanışma ve yardımcı olma ve çocuklara bakma ve yetiştirme gibi yükümlülükler altına da girerler. Birbirlerine hayat ortaklığı gibi sağlam bir bağ ile bağlı olan eşlerin birbirlerinin davalarına bakmaları halinde tarafsız olamayacakları kabul edilmiş, bu kişinin kendi davasına bakmasından farklı bir durum olarak değerlendirilmemiştir⁶⁵⁵. Gerçekten, hâkimin eşine karşı tarafsız davranma ihtimali mümkün değildir⁶⁵⁶. Bu nedenle eşinin davasına bakması kabul edilmeyecektir.

CMK m. 22/1-b 'de hâkim ve şüpheli, sanık veya mağdur ile arasında, TMK hükümlerine uygun olarak kurulmuş geçerli resmi bir evlilik ilişkisi aranmaktadır. Şu

⁶⁵¹ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 527.

⁶⁵² Sadece usul kurallarında değil, uluslararası yargılama yapan mahkemelerde de hâkimin tarafsızlığının sağlanması adına düzenlemeler bulunmaktadır. Bkz. AD HOC mahkemeler, **Dursun**, s. 17.

⁶⁵³ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 48.

⁶⁵⁴ **Akıntürk, Turgut/ Karaman Ateş, Derya**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, 2015, İstanbul, s. 59.

⁶⁵⁵ **Taştan**, s. 210.

⁶⁵⁶ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 143.

hâlde hâkim şüpheli, sanık veya mağdur ile resmi evlilik birliği içerisinde ise, hâkimin bu davaya bakması mümkün değildir.

Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını vermeleri ile oluşmaktadır (TMK m.142). Ancak evliliğin ayrı cinsten kişiler arasında, evlendirme memurunun huzurunda ve tarafların aynı anda memurun önünde bulunmadan yapılmış olması halinde evlenmenin yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Yok hükmünde olan bir evlenme, baştan itibaren hukuki anlamda var olmadığı için kendiliğinden hükümsüz kabul edilmektedir⁶⁵⁷. Bu aşamada evliliğin yurt dışında yapılmış olmasının da bir öneminin bulunmadığını, geçerli bir evlilik olmasının yeterli olduğunu belirtmek gerekmektedir⁶⁵⁸.

Kanun koyucu CMK m. 22/1-b “*sonradan ortadan kalksa bile*” ibaresi ile evliliğin sona ermiş olması halinde hâkimin eski eşinin taraf olduğu davaya bakmaktan yasaklanmasını kabul etmiştir. Evliliğin yokluk sebebi ile hükümsüz olduğu durumda, bir an için bile evlenme gerçekleşmediğinden sonradan ortadan kalkması da söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda, hâkim yönünden davaya bakmaktan yasaklı bir durum bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak yetkili kişilerin CMK m. 25’e göre hâkimin reddinin talep etme ve hâkimin re’sen davadan çekilme hakları saklıdır.

Hukukumuzda evlenmenin kurucu unsurları var olduğu için kurulmuş bir evlenmenin, kanun tarafından aranan unsurlarında bir eksiklik bulunması ya da tarafların iradelerinde bir sakatlık söz konusu olması halinde mahkeme kararı ile geçersiz hale getirilmesi de mümkündür⁶⁵⁹. TMK m. 145 vd. da evlenmenin mutlak butlanı, m. 148 vd. da nisbî butlanı düzenlemiştir. Mutlak butlanla batıl hale gelen evlenme, butlan kararına kadar aslına uygun bir evlenmeden farksız olarak kabul edilmektedir, bu nedenle taraflar geçerli bir evlenmeye son veren boşanmadan faydalanırlar⁶⁶⁰. Evlenme, TMK m.

⁶⁵⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 79.

⁶⁵⁸ Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 59; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 526-527.

⁶⁵⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 80.

⁶⁶⁰ Berki, Şakir, “Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan”, AÜHFD, C. 19, S. 1, 1962, s. 225.

156'ya göre butlan kararının kesinleşmesinden itibaren ileriye doğru hükümsüz hale gelir, kesinleşmeye kadar evliliğin tüm sonuçlarını doğurur.

CMK m. 22/1-b'de düzenlenen yasaklama halinde “*sonradan ortadan kalkan*” evlenme de göz önüne alınacağından, butlanla batıl hale gelen evliliğin tarafları da birbirlerinin taraf oldukları davalarda hâkimlik yapamayacaklardır⁶⁶¹.

Evlilik ilişkisi TMK hükümlerine göre; eşlerden birinin ölümü, gaipliği veya cinsiyet değiştirmesi, evlenmenin hükümsüzlüğüne karar verilmesi ve boşanma kararı ile sona ermektedir⁶⁶². Ancak kanun koyucu CMK m. 22/1-b hükmü yönünden evlilik birliğinin nasıl sona erdiğini önemsememektedir. Herhangi bir yolla evlilik birliği sona erdiğinde de hâkim eski eşinin taraf olduğu davaya bakamayacak, o davaya bakmaktan yasaklı olacaktır. Kanaatimizce kanun koyucu devam eden evliliklerde tarafların birbirleri lehine, sonradan ortadan kalkan evliliklerde ise birbirleri aleyhine bir davranış içerisine girebileceklerini öngörerek böyle bir düzenleme yapmıştır.

Bu aşamada ilk akla gelen resmi olmayan; günümüzde hayat arkadaşlığı olarak da adlandırılan, sürekli fiili birlikteliklerde taraflar arasında CMK m. 22/1-b'nin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Kanun koyucu medeni hukuk kurallarına göre kurulmuş ve geçerli olan bir evliliği aradığından hukuki olmayan birlikteliklere ilişkin olarak CMK 22/1-b maddesi uygulanamayacaktır⁶⁶³. *Soyaslan*, yıllarca evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin birbirlerine karşı tarafsız olamayacaklarından hareketle, maddenin kapsamına resmi evliliklerin yanı sıra fiili evliliklerin de girmesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁶⁴. Fiili bir birliktelikleri bulunan kişilerin birbirlerine karşı tarafsız olamayacaklarına ilişkin gerekçesine katılmakla birlikte, böyle bir durumun varlığı halinde ilerde açıklanacağı gibi hâkimin tarafsızlığının şüpheye düştüğü gerekçesi ile hâkimin reddinin talep edilebileceğini ya da hâkimin bizzat kendisinin çekilebileceğini düşünmekteyiz. Zira

⁶⁶¹ Ömeroğlu, s. 153.

⁶⁶² Akıntürk/ Karaman Ateş, s. 195; Kılıçoğlu, Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 2015, Ankara, s. 72; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 104 vd.

⁶⁶³ Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 59, 210.

⁶⁶⁴ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 236-237.

Anayasa m. 174 ve TMK m. 110 hükümleri gereğince sadece resmî makamlar önünde kurulan evliliklerin korunacağı düzenlenmiştir⁶⁶⁵. Hâkimin tarafsızlığı konusunda şüphe oluşturan bir durumun varlığı iddiası ile hâkimin reddi yoluna başvurulması ile TMK hükümleri ile korunan “resmi evlilik” kurumuna da zarar verilmeyeceği kanaatindeyiz.

CMK m. 22/1-b devam eden veya sonradan sona eren evlilik birliğinden bahsedilmiş olsa da medeni hukuk kuralları arasında düzenlenen “*nişanlılık kurumu*” ndan bahsedilmemiştir. TMK m. 118-123 arasında nişanlılık kurumu düzenlenmiştir. Nişanlanma TMK m. 118/1’e göre bir evlenme vaadidir. Nişanlanma ile taraflar birbirleri ile evlenme yükümlülüğü ve sadakat gibi bir takım aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerin altına girerler.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22’de hâkimin davaya bakamayacağı haller sınırlı sayıda belirtildiğinden ve bunların kıyas yolu ile genişletilebilmesinin mümkün olmamasından dolayı, hâkimin taraflardan biri ile nişanlılık ilişkisinin devamı ya da sona ermiş olması hallerinde CMK m. 22 uygulanamayacaktır⁶⁶⁶. Böyle bir durumun varlığında da hâkimin tarafsızlığının şüpheye düştüğü gerekçesi ile hâkimin reddini talep etmek mümkün olacaktır⁶⁶⁷. Kanun koyucunun nişanlılık ilişkisini evlilik birliği kadar kuvvetli görmeyerek, daha zayıf nitelendirdiği, bu hısımlık türünü ayrıca düzenlenmediği şeklinde yorumlamak da mümkündür. Ancak kanun tasarısının gerekçesinde, bu durumun ceza davalarının niteliğinden kaynaklandığı belirtilmekle yetinildiği görülmektedir⁶⁶⁸. Kanaatimizce nişanlılık halinin tarafların evlilik gibi güçlü bir

⁶⁶⁵ **Öztañ, Bilge**, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 9.

⁶⁶⁶ Hâkimle taraflardan biri arasında nişanlılık ilişkisi bulunması HMK m. 34/11-e’de bir yasaklama sebebi olarak kabul edildiği görülmektedir. HMK ’nın kıyasen CMK yönünden uygulanması mümkün olmadığından ceza muhakemesi yönünden hâkimin taraflardan biri ile nişanlılık ilişkisi içerisinde bulunması yasaklılık sebeplerinden biri değildir. <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 29.09.2019).

⁶⁶⁷ Nişanlılık gibi evliliğe yaklaşan hallerin yasaklama sebebi olmadığına ilişkin olarak, bkz. **Erem**, CMK Şerhi, s. 50; **Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 230.

⁶⁶⁸ “*Bu hâller, ceza davasının özelliklerinden kaynaklanmakta ve bu nedenle 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden kısmen farklılık göstermektedir*” Bkz. CMK gerekçe <https://www.mevzuat.gov.tr> (29.09.2019).

hısımlık ilişkisine geçmeden önceki bir süreci kapsadığı göz önüne alınarak, aynı hukuk muhakemesinde olduğu gibi bir yasaklanma sebebi olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

2.1.3.2. Vesayet İlişkisi

Vesayet, velayet altında bulunmayan küçüklerle, çeşitli sebeplerle kendilerini ve mal varlıklarını idare etmekten aciz ergin kişileri korumak amacıyla düzenlenmiş hukuki bir koruma kurumudur⁶⁶⁹. Bu sayede, kişisel ve ekonomik menfaatlerini koruyamayan küçük ve ergin oldukları halde velayet altına alınmamış, özel bakım altında olmaları gereken kişilerin temsili ve bakımı sağlanabilmektedir⁶⁷⁰. Vasiler, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemeleri ile denetim makamı olan asliye hukuk mahkemelerinin gözetimi altında işlem yaparlar⁶⁷¹.

Türk Medeni Kanunu m. 404'e göre "*Velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır.*" Yine kanunun devamında; akıl hastalığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, kişinin bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya yaşlılık, engelli olma, deneyimsizlik veya ağır hastalık sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetememek gibi sebeplerin varlığı halinde ergin kişilerin kısıtlanarak kendilerine vasi atanmasına karar verileceği kabul edilmiştir. Vasi atanmasının usul ve esasları da TMK m. 413-425 'de düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre vasinin görevleri küçüklere ve kısıtlılara karşı özen göstermek, onların mal varlıklarını yönetmek, onları temsil etmek ve hesap vermektir⁶⁷². Vasi ile kısıtlı arasında böyle korumaya dönük sıkı bir ilişki olması sebebi

⁶⁶⁹ Akıntürk/ Karaman Ateş, s. 479.

⁶⁷⁰ Kaplan, İbrahim, "TMK'nın Vesayete İlişkin Hükümleri ve Uluslararası Vesayet Hukukundaki Yeni Gelişmeler", Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, 2016, s. 106.

⁶⁷¹ Dinç, Hakkı, "Vesayet Kararı ve Özellikleri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C. 1, S.1, 2014, s. 59.

⁶⁷² Akıntürk/ Karaman Ateş, s. 518-520; Dinç, s. 73; Görevlerini düzgün bir biçimde yerine getirmemeleri halinde vasiler doğrudan doğruya kendi kişisel mal varlıkları ile sorumlu olacaktır. Bkz. Kaplan, s. 107.

ile kanun koyucu hâkimin vasilik yaptığı kişiye karşı tarafsız olmayacağını kabul etmiştir⁶⁷³. Bu nedenle CMK m. 22/1-b TMK hükümlerine göre geçerli bir vesayet ilişkisi içinde bulunduğu kişinin taraf olduğu davalara hâkimin bakmasında tarafsızlığından kesin olarak şüphe duyulacağını kabul etmiş ve davaya bakmaktan yasaklanmasına karar vermiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22’de “*sonradan ortadan kalksa bile*” ifadesi kullanılmaktadır. Maddenin düzenlemesinden kanun koyucunun hâkim ile taraflardan biri arasında vesayet ilişkisinin bir kere kurulmuş olmasını yeterli bulduğu ve sona erme şekline önem vermediği anlaşılmaktadır. Gerçekten, vesayet ilişkisinin kendiliğinden ya da vesayet makamının kararı ile sona erip ermediğine ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır⁶⁷⁴. Bu nedenle hâkim ile taraflardan biri arasında devam eden ya da bir an için bile kurulmuş ve sonradan sona ermiş olan vasilik ilişkisi, hâkimin davaya bakmasına bir engeldir.

Türk Medeni Kanunu m. 418 ’de kısıtlıların, kamu hizmetinden yasaklı olan veya haysiyetsiz bir hayat sürenlerin, menfaati vasi atanacak kişi ile çatışanlar ile vasi atanacak kişilerle arasında husumet bulunanların ve ilgili vesayet daireleri hâkimlerinin vasi atanmalarının mümkün olmadığını düzenlemiştir. Ancak uygulamada bu kişilerin de sehven vasi olarak atandığını görmek mümkündür. Doktrinde TMK m. 418’de vasilik yapmaya yasal anlamda yetersiz olan kişilerin vasi olarak atanmaları halinde, vasiliğin iptaline kadar yapılan işlemlerin geçerli bir işlem gibi sonuç doğuracağı kabul edilmiştir⁶⁷⁵. Şu hâlde belirli bir süre içerisinde de olsa, vasilik engelleri sebebi ile ortadan kalkan ilişki CMK 22/1-b’ye göre, hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olmasına sebep olacaktır.

⁶⁷³ Ceza muhakemesinin aksine 6216 sayılı yasanın 59/1-c maddesine göre; AYM başkan ve üyeleri yönünden hâkimlerin geçmişte dava ve iş sahiplerinin başka dava veya işlerinde vekili, vasisi veya kayyumu olarak görev almış olması, AYM hâkimleri yönünden bir yasaklılık sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bkz. **Öden**, Eşitlik, s. 77.

⁶⁷⁴ TMK m. 483’e göre vasinin “*görevini ağır surette savsaklaması, yetkilerini kötüye kullanması veya güveni sarsıcı davranışlarda bulunması ya da borç ödemede acze düşmesi*” hallerinde görevden alınması mümkündür. Bkz. TMK <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 29.09.2019).

⁶⁷⁵ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 417.

Ceza hâkiminin önüne gelen davada şüpheli, sanık ya da mağdura ilişkin olarak, kendisinin vesayet makamında bulunup ona vasi tayin etmiş olması bir yasaklılık hali değildir. Kanun koyucu doğrudan vasilik görevini yapan kişinin yasaklanmasını düzenlemiştir. Ancak doktrinde vesayet altına alınan kişinin karşısında vasi, vesayet makamı ve denetim makamının bir bütün olarak vesayet organlarının tamamını oluşturduğu belirtilmektedir⁶⁷⁶. Gerçekten vasi, vesayet makamı ve denetim makamı görevleri gereği birlikte hareket ederek, vesayet altına alınan kişinin yüksek menfaatini koruma yönünde hareket etmektedirler. Böyle bir kabul halinde vasinin yanı sıra vesayet makamı ve denetim makamında yer alan hâkimin CMK 22/1-b hükmü gereğince yasaklı olması gerekmektedir.

Ancak kanunun lafzına bakıldığında vesayet organından değil, onun sadece bir kısmını oluşturan “*vasilik*” den bahsedildiği görülmektedir. Kanaatimizce daha önceden “*vesayet ya da denetim makamı olarak görev yapan hâkim*” in o kişiye karşı koruyucu duygular içerisinde olması kendisinden beklenen bir davranıştır. Bu nedenle kesin bir yasaklılık hali olmasa da yetkili kişilerin hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması sebebi ile reddini talep etme hakları bulunmaktadır.

2.1.3.3. Kayyımlık İlişkisi

Türk Medeni Kanunu m. 426 vd. da kayyımlık kurumu, görevleri ise TMK m. 458-460’da düzenlenmiş olup, kayyıma belirli bir işin yapılması ya da mal varlığının yönetilmesi görevi verilmektedir⁶⁷⁷. Hukukumuzda kayyımlığa ilişkin düzenleme sadece TMK’da bulunmamaktadır, ayrıca CMK’da da kayyımlığa ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür⁶⁷⁸. Kural olarak sadece gerçek kişiler yönünde kayyımlık kurumu düzenlenmiş olsa da, tüzel kişilerin de yönetim ve temsilden yoksun olmaları

⁶⁷⁶ **Erdem, Mehmet**, “*Vasinin Göreve Başlaması ve Görevinin Sona Ermesi Aşamasında Vesayet Dairelerinin Görev ve Yetkileri*”, GÜHFD, C. 14, S. 2, Temmuz 2017, s. 190-191; TMK m. 396’da vesayet organlarını vesayet daireleri ile vasi ve kayyımlar olarak göstermektedir.

⁶⁷⁷ **Kılıçoğlu**, s. 762-763; TTK m.1 hükmü gereğince TTK ’nın kayyuma ilişkin hükümlerinde, TTK ’nın ayrılmaz bir parçası olan TMK hükümlerinin uygulanmaktadır.

⁶⁷⁸ CMK m. 133, 248. <https://mevzuat.gov.tr> (E.T.29.09.2019); **Er, Elif**, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Atanması*”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 7, S. 71, 2015, s. 17-21.

halinde mahkemeler tarafından bu tüzel kişilere de kayyım atanabilmektedir⁶⁷⁹. Ceza muhakemesi kapsamında bir tüzel kişiye atanmış bir kayyım, kayyım ödemesi şirket bünyesinden karşılanırsa dahi TCK m. 6/1-c'ye göre “*kamu görevlisi*” olarak kabul edilmektedir⁶⁸⁰. Şu hâlde kayyım, temsil ya da yönetim gücünden geçici veya sürekli olarak yoksun kalan gerçek ya da tüzel kişilere veya mallara, bu eksikliğin giderilmesi ve bu kişilerin korunması amacı ile yargı makamları tarafından atanmış kamu görevlilerine verilen addır⁶⁸¹.

İşte gerek TMK'dan gerekse CMK gibi başka mevzuatlardan kaynaklı olarak hâkim ile önüne gelen davanın şüphelisi, sanığı ya da mağduru arasında hukuki anlamda geçerli ve devam eden bir kayyım ilişkisinin bulunması halinde, hâkimin davaya bakması CMK m. 22/1-b hükmüne göre yasaktır⁶⁸².

Bu ilişki, ilgili mevzuat hükümlerine göre çok uzun zaman önce resmi olarak son bulmuş olsa dahi, hâkim bu davaya bakamayacaktır. Zira kanun koyucu taraflardan biri ile hâkim arasında böyle bir ilişkinin bir defa kurulmuş olmasını yasaklılık için yeterli kabul etmektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 430/1-2 kayyımları atama makamı olarak vesayet makamlarını işaret etmektedir⁶⁸³. CMK m. 133'de de “*Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilemesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde,*

⁶⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz. **Çamoğlu, Ersin**, “Anonim Ortaklığa Yönetim Kayyımı Atanması”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 5, 2017, s. 15-28; **Otacı, Cengiz**, “Ceza Yargılamasında Mağdura Kayyım Atanması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, Sayı: 53, Ocak 2011, s. 67-76.

⁶⁸⁰ **Ersoy, Uğur**, “Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133)”, AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 3401.

⁶⁸¹ **Çamoğlu**, s. 16.

⁶⁸² Kayyımın türü de önemli değildir. TMK 'da düzenlenmiş olan ister temsil ister yönetim kayyım olsun, taraflar arasında kayyım ilişkisinin kurulması CMK anlamında hâkimin davaya bakmasına engel olacaktır.

⁶⁸³ TTK m.4 düzenlemesine göre TTK da düzenlenen işler mutlak anlamda ticari iş niteliğindedir ve görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi olacağından, TTK 'dan kaynaklanan kayyım atamalarında vesayet makamı da Ticaret Mahkemeleridir. **Çamoğlu**, s. 25.

hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir.” Bu nedenle gerek TMK gerekse CMK hükümleri gereğince kayyım atamasını yapan vesayet makamındaki hâkimin CMK m. 22/1-b hükmü gereğince davadan yasaklı olup olmadığına ilişkin olarak, vasilik kısmında yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Mahkemenin de aynı vasilikte olduğu gibi kayyımı takip etme, gerek gördüğünde resen talimatlar verme hatta kayyımı görevden alma yetkisi olduğu göz önüne alındığında, hâkimin kayyım atanmış tüzel/gerçek kişiyi korumak dürtüsü ile hareket ettiğini söylemek mümkündür. Bu şartlardaki hâkimin görevini yerine getirirken tarafsız davranmasından şüphe duyulması da olağandır.

Ceza Muhakemesi Usul Kanunu düzenlemesinde hâkimin yasaklı olduğu haller arasında “*kayyımlık ilişkisi*” bulunmamaktaydı. CMUK’un yürürlükte olduğu dönemlerde doktrinde bir vesayet organı olan kayyımlığın hâkimin davaya bakmasının yasak olduğu haller arasına eklenmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁸⁴. Bu görüşlerin CMK düzenlemeleri yapıldığı süreçte göz önüne alınarak, kayyımlık ilişkisinin hâkimin davaya bakamayacağı haller arasına eklendiği görülmektedir⁶⁸⁵.

Türk Medeni Kanunu m. 396’da vesayet makamları olarak vesayet daireleri ile vasi ve kayyımlar gösterilmiştir. Ancak kısıtlanması için kanunda gösterilen sebepler bulunmamasına rağmen, fiil ehliyeti yönünden yeterli görülmeyen ergin kişiler yönünden TMK m. 429’da “*yasal danışmanlık*” kurumu da düzenlenmiştir. Bir anlamda kişinin korunması için vasi atanmasının gerekli olmadığı ancak kayyım atanmasının da yeterli olmayacağı durumlar için öngörülmüş bir düzenlemedir⁶⁸⁶. Kanuna göre yasal danışman şartların varlığı halinde mahkeme tarafından atanır. CMK m. 22/1-b ’de “*yasal danışmanlık*” hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu haller

⁶⁸⁴ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 59.

⁶⁸⁵ Aynı şekilde HMK m. 34/1-f ’de düzenlenerek, taraflarla hâkim arasında kayyımlık ilişkisi bulunması halinde hukuk davaları yönünden de hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu kabul edilmiştir. Bkz. HMK <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T.29.09.2019).

⁶⁸⁶ **Tat, Orkun**, Türk Medeni Kanununda Yasal Danışmanlık, On iki Levha Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 2.

arasında sayılmamıştır⁶⁸⁷. TMK m. 396'ya göre yasal danışmanlara verilen görev sadece belirli konularda kişiye görüş bildirmekle sınırlıdır⁶⁸⁸. Şu hâlde kanun koyucunun yasal danışmanlığı, vekillik ilişkisi kadar tarafsızlık yönünden güçlü görmediğinden CMK m. 22/1-b kapsamına almadığını söylemek doğru olacaktır⁶⁸⁹. Ancak atanan yasal danışmanlık döneminde kişiye verdiği hizmet göz önüne alınarak, şartları varsa hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması sebebi ile reddinin talep edilebileceği kanaatindeyiz.

2.1.4. Şüpheli, Sanık veya Mağdurla Hâkim Arasında Üstsoy ya da Altsoydan Biri Olacak Şekilde Kan ve Kayın Hısımlığı Bulunması

Soybağı doktrinde en geniş anlamı ile bir kimse ile onun ecdadı ile ataları arasındaki biyolojik ve doğal bağ olarak tanımlanmaktadır⁶⁹⁰. Kan bağına dayalı olan soybağında TMK, eski düzenlemeden farklı olarak, evlilik içi ve dışı soybağı ayırımına yer vermemiştir⁶⁹¹. Hısımlık ise gerçek kişiler arasındaki yakınlık bağına ortaya koymak için kullanılan bir kurumdur. Doğal veya muayyen ilişkiler sonucunda oluşan hısımlık bağı ile kişiler arasında hukuki sonuçlar doğuran bir yakınlık kurulmaktadır⁶⁹². Kanun koyucu belirli dereceye kadar olan bu kan kayın hısımlığından kaynaklı ilişkilerde hâkimin manevi duyguları ve hısımların menfaatlerinin dolaylı olarak kendi menfaati de olması sebebi ile tarafsız bir biçimde görevini yerine getirmesinin mümkün olmadığını

⁶⁸⁷ Kanunun gerekçesinde yasal danışmanlığa neden yer verilmediği açıklanmamıştır. Bkz. Kanun gerekçe <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 29.09.2019).

⁶⁸⁸ TMK m. 396 "...1. Dava açma ve sulh olma, 2. Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, 3. Kıymetli evrakin alımı, satımı ve rehnedilmesi, 4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, 5. Ödünç verme ve alma, 6. Ana parayı alma, 7. Bağışlama, 8. Kambiyo taahhüdü altına girme, 9. Kefil olma..." <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 29.09.2019).

⁶⁸⁹ Yasal danışmanla kişi arasında mahkeme tarafından kurulmuş olan bir ilişki bulunurken, vekil ile müvekkil arasındaki ilişki tarafların özgür iradeleri ile belirledikleri şartlar dâhilinde kurulmuş bir ilişkidir. Yasal danışmanın kişi ile vekâlet ilişkisi içerisine girmesi halinde, ilerde aynı davada CMK m 22/1-g hükmü gereğince hâkimlik yapması da mümkün olmayacaktır.

⁶⁹⁰ Akıntürk/ Karaman Ateş, s. 321.

⁶⁹¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 258.

⁶⁹² Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan, Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 183.

kabul etmektedir⁶⁹³. Bu nedenle hâkimin bu kişilerin mağdur, şüpheli ya da sanık sıfatıyla taraf olduğu davalara bakması yasaklanmıştır.

2.1.4.1. Kan Hısımlığı

Kan hısımlığı, biri diğerinden veya ortak bir kökten gelmiş olan kişiler arasındaki ilişki türünü açıklamak için kullanılmaktadır⁶⁹⁴. TMK m. 17'ye göre “*Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır.*” Bir kişinin kendi çocuğu, çocuğunun çocuğu ile arasındaki ilişkisi “*alt soy*” olarak adlandırılmaktadır. Aynı kişinin kendi anne ve babasıyla olan ilişkisi ise “*üst soy*” hısımlığıdır.

CMK m. 22/1-c maddesinde herhangi bir derece belirtmeksizin hâkimin kan hısımlığı içerisinde bulunduğu altsoy ve üstsoyunun şüpheli, sanık veya mağdur sıfatıyla taraf olduğu hiçbir davaya bakamayacağı kabul edilmiştir. Bu durumda hâkim kendi anne-babası, büyük anne-büyük babası ve çocukları ile torunlarının taraf olduğu davalara bakmaktan yasaklıdır.

Medeni hukuk kurallarına göre “*çocuk ile ana arasında soybağının doğum ile*” kurulacağı kabul edilmektedir. Ancak baba ile çocuk arasında soybağının kurulması ana ile kurulması kadar kolay değildir. Babalık karinesine göre; “*evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası koca*”dır. Şu hâlde gerek babalık karinesi ile gerekse TMK m. 42 hükümlerine uygun bir biçimde tanıma yolu ya da mahkeme kararı ile baba ile çocuk arasında soy bağı kurulabilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22/1-c yönünden baba ile çocuk arasında aranan ilişki TMK m. 42'ye göre doğum kütüğünü gösterir resmi kayıtlar ile ispat edilebilecektir.

⁶⁹³ CMUK 'da “*nesepten ve sebepten*” terimleri kullanılmıştır. Burada kastedilen “*kan-sihri hısımlık*”tır. Bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 60.

⁶⁹⁴ **Akıntürk/ Karaman Ateş**, s. 73; **Dural/ Ögüz**, s. 183.

Gerçekten aralarında resmi bir üst soy-alt soy ilişkisi kurulmamış bir çocuk ve hatta bu çocuğun çocuklarının taraf olduğu davada hâkim davaya bakmaktan yasaklı olmayacaktır. Ancak düzenlemenin amacı göz önüne alınarak fiili durumun da göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyiz. TCK m. 82 'de yer alan adam öldürme suçunun “Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı” işlenmesi halinde baba tanımasa dahi kendi çocuğu olduğunu bilmesi halinde nitelikli adam öldürme suçundan cezalandırılacağı kabul edilmektedir⁶⁹⁵. Aynı şekilde hâkimin hukuken tanımadığı alt soyunun davasına bakmasından yasaklı olması gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir durumun varlığı halinde, hâkim resen davadan çekinebileceği gibi, tarafların da usulüne uygun bir biçimde hâkimin reddini talep etmeleri mümkündür. Çocuğun nesebinin davanın esası ve usul kuralları yönünden önemli olması sebebi ile bu durumun da net bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir. Yine doktrinde üvey anne-baba, üvey çocuk-torunları da kapsayacak biçimde geniş yorum yapılması gerektiği yönde görüşler bulunmaktadır⁶⁹⁶.

2.1.4.2. Kayın Hısımlığı

TMK m. 18'e göre, kayın hısımlığı, evlenme dolayısıyla meydana gelen, eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları arasındaki yakınlıktır. Düzenlemeye göre evlenme ile diğer eşin kan hısımları ile arasında, aynı tür ve dereceden kayın hısımlığı doğar.

TMK m. 18/2 kayın hısımlığının, evliliğin sonradan iptal, ölüm veya boşanma sebebiyle ortadan kalkması ile ortadan kalkmayacağını, devam edeceğini kabul etmiştir. Bu sebeple kayın hısımlığını doğuran evlenmenin geçerli ya da geçersiz olması kayın hısımlığının doğmasına engel değildir⁶⁹⁷. Şu hâlde mutlak butlanla ortadan kalkan evlilikler sebebi ile ortaya çıkan kayın hısımlığı da geçerliliğini koruyacaktır.

⁶⁹⁵ Doktrinde fail ile mağdur arasında gerçekten var olan üstsoy-altsoy ilişkisinin resmi kayıtlarda görünmemesi sebebi ile TCK m. 82'deki düzenlemenin uygulanmaması ceza adaleti ile bağdaşmayacağı belirtilmektedir. Bkz. **Soyaslan, Doğan**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 11.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 102; Aynı şekilde bkz. Yargıtay 1 CD 14.02.2012 T. 2011/3991E, 2012/730K.

⁶⁹⁶ **Çon**, s. 33.

⁶⁹⁷ **Dural/ Ögüz**, s. 186.

Nitekim TMK m. 129 'a göre “*kayın hısımlığını meydana getiren evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya alt soyu arasında*” kayın hısımlığı devam ettiği için evlenme mümkün değildir⁶⁹⁸. Ancak kayın hısımlığını doğuran evlenmenin sona ermesinden sonraki süreçte, eski eşin hısımları ile yeni bir kayın hısımlığı kurulması mümkün olmayacaktır⁶⁹⁹. Şu hâlde kişinin yeni evliliğinden olan çocuğu ile eski eşinin arasında kayın hısımlığı doğmadığından evlenme yasağına da tabii olmayacaklardır⁷⁰⁰.

Kayın hısımlığına hukuki anlamda büyük önem verilmekte ve bu hısımlığa bazı hukuki sonuçlar tanınmaktadır. Hâkimin kayın hısımlarının taraf olduğu davaya bakmasının yasaklanmasının (HMK m. 34/b, CMK m.22/-c) yanı sıra, evlenme yasağı (TMK m. 129/b), vesayet (TMK m. 414) ve tanıklıktan kaçınma (HMK m. 248, CMK m. 45/1-d) gibi düzenlemelerle kişiler arasındaki ilişkilere ilişkin de düzenlemeler bulunmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22/1-c'ye göre hâkim ile şüpheli, sanık veya mağdur arasında üst-soy veya alt-soy olacak bir biçimde kayın hısımlığının olması halinde, hâkimin o davaya bakması ya da yargılama faaliyetlerine katılması mümkün değildir.

Hâkimin, bakmakta olduğu davada üst soy-alt soy olacak biçimde kayın hısımları; şimdiki eşinin veya TMK m. 18/2'ye göre eski eşinin çocukları, torunları, anne ve babası ile büyük anne ve babasıdır. Şu halde hâkim eski eşinin babasının davasına kayın hısımlığı sebebi ile bakamayacaktır. Ancak eski eşinden ayrıldıktan sonra, eşinin bir başkasından olan çocuğu ile arasında kayın hısımlığı doğmadığından, hâkim eski eşinin çocuğunun davasına bakmaktan yasaklı olmayacaktır. Şu hâlde maddenin uygulanabilmesi için hukuken kurulmuş bir kayın hısımlığının varlığının öncelikle tespit edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, hâkimin aralarında kayın hısımlığı bulunmayan eski eşinin bir başka kişiden sonradan olan çocuğunun taraf olduğu bir

⁶⁹⁸ Bkz. **Karakaş, Fatma Tülay**, “*Evlenme Engeli Olarak Düz Çizgi Kayın Hısımlığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesi*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 1, S. 3, 2006, s. 87-99.

⁶⁹⁹ Aksi görüş **Tekinay, Selahattin Sulhi**, Türk Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s. 75-76.

⁷⁰⁰ **Zevkliler, Aydın/ Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, K. Emre**, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 720.

davaya bakmasında hâkimin tarafsız olamayacağına ilişkin bir kanı ortaya çıkıyorsa, kanunda gösterilen yetkili kişiler tarafından hâkimin reddinin istenmesi mümkündür.

Düzenlemede altsoy-üstsoy kayın hısımlığı yönünden de aynı kan hısımlığında olduğu gibi herhangi bir derece belirtilmemiştir. Bu nedenle hısımlığın derecesinin belirlenmesine gerek bulunmamaktadır, altsoy-üstsoy olması yeterlidir.

2.1.5. Şüpheli, Sanık veya Mağdurla Hâkim Arasında Evlat Edinme Bağlantısı Bulunması

Evlatlık ve evlat edinen kişi arasındaki soybağı mahkeme kararı ile ortaya çıkan bir yakınlık türüdür⁷⁰¹. Evlat edinme ilişkisi TMK m. 305-320 hükümlerine göre kurulmaktadır. TMK m. 306 hükmüne göre; eşler ancak birlikte evlat edinebilirler ve evli olmayan kişilerin birlikte evlat edinmeleri mümkün değildir. Evli olmayan bir kişinin de tek başına evlat edinmesi mümkündür. Kanunda, otuz yaşını doldurmuş kişinin tek başına evlât edinebileceği düzenlenmiştir.

Kanun koyucu TMK düzenlemesi sırasında evlat edinme ilişkisine ilişkin köklü bir değişiklik yapamadığı ve “evlat edinilen, evlat edinen anne-babanın çocuğunun hukuki durumu ile aynı hukuki durumdadır” düzenlemesini getiremediği yönünde eleştirilmiştir⁷⁰². Zira mahkeme kararı ile kurulmuş bir evlat edinme ilişkisinde, sadece evlat edinen ile evlat edinilen ve evlat edinilenin alt soyu arasında soy bağı ilişkisi kurulmaktadır⁷⁰³. Evlat edinenin hısımları ile evlat edinilen ve evlat edinilenin alt soyu hariç kan hısımları ile evlat edinen arasında bir soy bağı kurulması mümkün değildir; şu hâlde evlat edinen ile evlatlık arasındaki ilişki tam olarak kurulamadığı gibi, evlat edinilen ile kendi anne babası arasındaki ilişki de sona ermemiştir⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ **Özcan, Hande**, “Çocuğun Soybağının Kurulması ve Yardımcı Üreme Teknikleri Sonucu Soybağının Tespiti”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 5, 2015, s. 95-112.

⁷⁰² **Özcan**, s. 586.

⁷⁰³ **Balkar, Süheyla**, “Türk Hukukunda Evlât Edinme”, GSÜHFD, C. 1, S.2, 2004, s. 255; **Dural/ Ögüz**, s. 188.

⁷⁰⁴ **Özcan**, s. 586.

Türk Medeni Kanunu m. 282/3 hükmüne göre soy bağı ilişkisi kurulan evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki ilişkinin bazı hukuki sonuçları vardır. Bu hısımlık ile evlat edinilen ile altsoyu sadece evlat edinenin mirasçısı olabilirler (TMK m. 500/2), evlat edinilen ve evlat edinenin karı-kocas ve alt soyu arasında evlenme yasağı (TMK m. 129/3) doğar, tanıklıktan çekinebilirler (CMK m. 45/1-e) ve hâkim evlat edinme ilişkisi içerisinde olduğu kişinin taraf olduğu davaya bakmaktan yasaklanır (HMK m. 34/1-ç, CMK m. 22/1-d).

Evlat edinen ve evlatlık arasında kan bağına dayanmayan ancak evlat edinilen üzerinde hâkimiyet yetkisi doğuran bir hısımlık ilişkisi doğmuştur⁷⁰⁵. İşte bu hısımlık sebebi ile kanun koyucu ceza yargılamasında hâkimin evlat edinme ilişkisi içerisinde olduğu kişinin şüpheli, sanık veya mağdur sıfatıyla taraf olduğu uyuşmazlığa bakmasının tarafsızlığından kesin olarak şüphe duyulacak bir durum olarak kabul etmiş, böyle bir davaya bakmaya zorlanmasını da haklı olarak doğru bulmamıştır. Bu nedenle CMK m. 22/1-d'de hâkimin evlat edindiği kişinin dâhil olduğu uyuşmazlığa bakmasını yasaklamıştır. Bu yasak hâkimin hem “*evlat edinilen*” hem de “*evlat edinen*” kişi olması hallerinin tamamını kapsamaktadır⁷⁰⁶.

Evlat edinen ve edinilen arasında soy bağı kurulurken, birbirlerinin hısımları ile aralarında herhangi bir resmi bağ kurulmaz⁷⁰⁷. Hâkimin evlat edinilenin soy bağı içinde olduğu kişinin hısımlarının taraf olduğu davaya bakması CMK m. 22/1-d'de yasaklanmamıştır⁷⁰⁸. Bu yasaklama sadece evlat edinme ilişkisinin tarafları için geçerlidir. Ancak evlat edinme ilişkisi ile soy bağı kurulmayan ancak taraflardan biri ile soy bağı bulunan bu hısımlardan birinin taraf olduğu davada, hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması halinde hâkimin reddinin talep edilmesi mümkündür⁷⁰⁹. Evlat edinenin

⁷⁰⁵ **Öztañ**, s. 592.

⁷⁰⁶ **Kolcu**, s. 159.

⁷⁰⁷ **Akıntürk/ Karaman Ateş**, s. 284.

⁷⁰⁸ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 61; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 238.

⁷⁰⁹ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 238; Bu kişilerin taraf olduğu hallerde hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallerin varlığı sebebi ile reddinin talep edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 145.

üst soyunun evlat edinilenin davasına bakması örneğinde hâkim yasaklı olmamakla birlikte tarafsızlığından şüphe duyulması sebebi ile reddinin talep edilebileceği kanaatindeyiz.

Türk Medeni Kanunu m. 500/2'ye göre evlat edinilen kişinin alt soyu ile evlat edinen arasında hukuki sonuçlar doğuran bir ilişki olduğu gerçektir. Kanaatimizce hâkimin evlat edinilenin alt soyunun taraf olduğu bir davaya bakması CMK m. 22/1-d yönünden değil, CMK m. 22/1-c yönünden mümkün olabilecektir.

Kanun koyucu CMK m. 22/1-d'de evlat edinme bağlantısından bahsetmektedir. Kanun koyucu TMK hükümlerine göre resmi bir şekilde kurulmuş evlat edinme ilişkisinin varlığını aramaktadır. Zira TMK m. 315 evlat edinme ilişkisini mahkeme kararına bağlamaktadır. Ancak hayatın içerisinde evlat edinme ilişkisinin resmi bir yolla kurulmadan, sözlü ve fiili bir biçimde kurulduğunu görmek de mümkündür. Hâkim ile davanın taraflarından biri arasında fiili bir evlat edinme ilişkisinin varlığı halinde, CMK m. 22/1-d'nin uygulama olanağı olmayacaktır. Ancak hâkimin tarafsızlığı konusunda şüphe ortaya çıkacağından, yetkili kişiler tarafından hâkimin reddinin talep edilmesi mümkündür⁷¹⁰.

2.1.6. Şüpheli, Sanık veya Mağdurla Hâkim Arasında Üçüncü Dereceye Kadar Kan Hısımlığı Bulunması

Medeni hukuk kurallarına göre, ortak bir kişiden üreyen kişilerin bu kişi ile oluşturduğu kan hısımlığına “*derece*”, derece başının alt soy ile oluşturduğu bütünlüğe kök adı verilir⁷¹¹. TMK m. 17/2'de ayrıca ortak kökten gelen kişiler arasında var olan yan soy hısımlığı da düzenlenmiştir⁷¹². Kişiler arasındaki hısımlıkların derecesi, hısımları

⁷¹⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 61; Amerika'da taraflardan birinin hâkimin çocuğunun vaftiz babası olduğu davada, hâkimin bu kişi ile yaklaşık on yıldır hiçbir teması olmadığı belirtilerek hâkimin davadan çekinmesine gerek olmadığı kabul edilmiştir. Bir başka örnekte ise Fedaral bir hâkimin taraflardan birinin, hâkimin ölen kuzenin evli olduğu kocasının yeğeni olması sebebi ile davadan çekildiği görülmektedir. **Flamm**, s. 409.

⁷¹¹ **Gençcan, Ömer Uğur**, Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 233.

⁷¹² **Dural/ Ögüz**, s. 185.

birbirlerine bağlayan doğum sayısı göz önüne alınarak hesaplanmaktadır (TMK m.17/1). Hukukumuzda doğumların sayısı kişileri birbirlerine bağlayan çizgiler sayılarak tespit edilmektedir⁷¹³.

Bu yönteme göre kişinin üçüncü dereceye kadar olan kan hısımları, birinci derecede tek çizgi ile annesi ve babası, ikinci derecede çift çizgi ile kardeşleri, büyük annesi ve babası ve üçüncü derecede üç çizgi ile amcası, dayısı, halası, teyzesi ve kişinin kardeşlerinin çocuklarından oluşmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu 22/1-e maddesinde, hâkimin üçüncü dereceye kadar kan hısımlığı içerisinde olduğu bu kişilere karşı tarafsız kalamayacağını kabul ederek, bu kişilerin şüpheli, sanık veya mağdur olarak taraf olduğu davalarda hâkimin görev yapmasını yasaklamıştır. Bu derece yakınlığa aralarındaki duygusal temastan da kaynaklı olarak bir takım hukuki sonuçlar tanınmıştır. Hâkimin üçüncü dereceye kadar kan bağı ile hısım olduğu yakınlarının davasına bakmasının yasaklanmasının yanı sıra çeşitli kanunlarla aralarında hısımlık sebebi ile hukuki bağ bulunan kişiler arasında evlenme yasağı (TMK m. 129/1), yasal mirasçılık (TMK m. 495 vd.), vesayet (TMK m. 414), derneklerde oy kullanmaktan yasaklanma (TMK m. 82), tanıklıktan kaçınma (HMK 248/b, d, CMK m. 45/1-c, d, e), anonim ortaklıklarda denetçi olma yasağı (TTK m.400) düzenlenmiştir.

Buradaki kan hısımlığının ispatı yasal belgelerle mümkün olmaktadır. Ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan fiili durumlar da söz konusu olabilmektedir. Daha önce tanınmayan biyolojik çocuk örneğinde belirttiğimiz gibi hâkimin gerçek durumu bilmesi halinde yasaklı olması ve kendisinin davadan çekinmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁷¹³ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 237.

2.1.7. Evlilik Sona Ermiş Olsa Bile Şüpheli, Sanık veya Mağdurla Hâkim Arasında İkinci Derece Dâhil Kayın Hısımlığı Bulunması

Kanun koyucu, evlilik birliği sona ermiş olsa dahi, bu evlilik birliği sebebi ile kurulan kayın hısımlığından ikinciye derece dâhil olarak ortaya çıkan ilişkide hâkimin davaya bakamayacağını kabul etmektedir.

Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre, ikinci dereceye kadar kayın hısımlığından kasıt, eski eşin annesi-babası, kardeşleri ve büyük anne-büyük babasıdır. Bu kişilerin taraf olduğu bir davaya hâkimin bakması tarafsızlığı açısından ciddi bir şüpheye sebep olacağından, CMK m. 22/1-f ile hâkim bu davalara bakmaktan yasaklanmıştır.

Kanun koyucu 2. derece dâhil kayın hısımlığını düzenlemiştir. Ancak bu dereceden daha sonraki kayın hısımlıklarında eğer tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektirir geçerli sebepler var ise, CMK m. 25'e dayanarak hâkimin reddi talep edilebilecektir. Aynı şekilde hâkim, 2. derece dâhil kayın hısımlarının çocuk ve eşlerinin davasına bakmaktan yasaklı olmamakla birlikte tarafsızlığından şüphe duyulması halinde bu sebeple reddi mümkün olabilecektir.

Görüldüğü üzere hâkimin yasaklılık halleri gerçek kişiler ile arasında olan hısımlık ilişkisine dayanmaktadır. Doktrinde aralarında yasaklılık derecesi bulunan hısımlardan birinin hissedarı ya da tüzel kişiliğin yetkilisi olduğu sıfatıyla taraf olduğu davalarda hâkimin yasaklılığının söz konusu olmayacağı, ancak tarafsızlığından şüphe duyulan haller sebebi ile reddinin talep edilebileceği belirtilmektedir⁷¹⁴. Kanaatimce bu kişilerin tüzel kişinin yetkilisi sıfatıyla yargılandıkları durumlarda da yasaklı olduklarının kabul edilmesi gerekmektedir.

⁷¹⁴ **Çon**, s. 35; **Kolcu, Selahattin**, Adil Yargılanma Hakkı Boyutuyla Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Davaya Bakamaması ve Reddi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 160.

2.1.8. Hâkimin Aynı Davada Cumhuriyet Savcılığı, Adli Kolluk Görevi veya Şüpheli ya da Sanık Müdafiliği veya Mağdur Vekilliği Yapmış Olması

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22/1-g’de hâkimin “*aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa*” hâkimlik yapamayacağı düzenlenmiştir. Ceza muhakemesinde böyle bir yasağın düzenlenmesinin sebebi, bir dava ya da iş hakkında daha önceden kişisel bilgi edinmiş olan hâkimin bu edindiği bilgilerin doğruluğuna inanarak etkisinden kurtulamaması ve ileride kararını değiştirmemek yönünde iradesinin ortaya çıkma ihtimalinin bulunmasıdır⁷¹⁵. Böyle bir durumun varlığında hâkimin görevini yerine getirirken tarafsız olamayacağı yönünde kamuoyunda şüpheler oluşacağı bir gerçektir. Zira daha önce savcılık yapmış bir kişinin sanığın aleyhine, müdafilik yapmış bir kişinin sanığın lehine bir önyargı ile hareket edeceklerine ilişkin bir genel kanı ortaya çıkabilmektedir⁷¹⁶. Hâkimin görevini yerine getirirken tarafsız yargılama yapacağından en ufak bir şüphenin dahi bulunmaması gerektiğinden, kanun koyucu bu şüpheyi yenmenin mümkün olmayacağını kabul ederek, hâkimi kesin olarak davaya bakmaktan yasaklamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mežnarić/ Hırvatistan kararında, hâkimin aynı davada farklı sıfatlarla hareket etmiş olmasının mahkemenin tarafsızlığını tehlikeye atabileceğini, bu nedenle aynı davanın alt derece yargılama aşamasında başvuruçunun hasımlarının yasal danışmanlığını yapmış olmasının hâkimin tarafsızlığı konusunda başvuruçuda haklı bir korku uyandıracığını belirterek ihlal kararı vermiştir⁷¹⁷.

Amerika Birleşik Devletlerinde hâkim yardımcılığı, avukatlık gibi görevlerde bulunmak hâkimliğin ön şartları arasında yer almaktadır. Bu görevleri yerine getirirken davasına baktığı ya da danışmanlığını yaptığı kişilere karşı, önyargılı ya da tarafsızlığını bozacak şekilde davranması ihtimali karşısında, hâkimin bu kişi ile profesyonel bir ilişki

⁷¹⁵ Tosun, s. 338.

⁷¹⁶ Tosun, s. 337.

⁷¹⁷ AİHM 30.11.2005 T. Başvuru No. 71615/01.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-69726%22%5D%7D> (E.T. 24.01.2021)

içerisinde mi kaldığı yoksa bu profesyonel ilişkinin kişisel bir arkadaşlığa mı dönüştüğüne bakılmaktadır⁷¹⁸.

Aynı şekilde Alman Federal Mahkemesi hâkimin “eskiden taraflardan birinin avukatı” olması sebebi ile davadan çekilmesini doğru bulmamıştır. Mahkeme, objektif sebepler aramakla birlikte, hâkimin davaya konu olayda (aynı davada) tarafın avukatlığını yapmadığını ve bu konuya ilişkin olarak ona tavsiyede bulunmadığı da gerekçesine eklemiştir⁷¹⁹.

CMK m. 22/1-g’de hâkimin aynı davada daha önce yaptığı görevler sebebi ile yasaklanmasında hangi görevlerde bulunmasının arandığı sınırlı sayıda belirtilmiştir. Hâkimin önüne gelen davada daha önceden Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapması halinde artık hâkimlik faaliyetinde bulunmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir.

Hukuk Muhakemesi Kanunu’nda yapılan en son değişiklikle “*uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırmacılık yapmış bulunması*” hâkimin reddi sebepleri arasına eklenmiştir⁷²⁰. Aynı düzenlemenin ceza muhakemesi yönünden de yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarının dava şartı olması, böyle bir durumda uyuşmazlığın tarafları ile bir araya gelen ve olaya vakıf olan bir kişinin daha sonra aynı davada karar vermesi tarafsızlığın sağlandığı hususunda şüphe yaratacaktır. Arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarının özlerinde her ne kadar tarafsızlık söz konusuysa da, kişinin dava konusu olaya ilişkin taraflarla birebir temas edeceği ve olaya vakıf olacağı bir gerçektir. Kaldı ki kişiler CMK m. 253/20 gereğince uzlaştırmacı

⁷¹⁸ Samuels, s. 388.

⁷¹⁹ Alman Federal Mahkemesinin 13.06.2005 tarih ve X ZR 195/03 Sayılı Kararı, **Aktaran Özkaya Feredenci, H. Özden**, “*Federal Alman Mahkemesi’nin Hâkimin Reddine İlişkin Güncel Kararlarının İncelenmesi*”, TAÜHFD, 2019, 1(2), s. 239.

⁷²⁰ RG 28.07.2020/31199.

nezdinde aslında muhakeme mercileri önünde söylemeyeceği hususları açıklayabilirler⁷²¹.

Kanun koyucu düzenlemede “*aynı dava*” terimini kullanmıştır. Bilindiği üzere CMK hükümlerine göre dava iddianamenin kabul kararı ile açılır (m. 175) ve hükmün kesinleşmesi ile kamu davası sona erer. Ancak maddede geçen “*aynı dava*” terimi ile CMK 175-223 ile bahsedilen kovuşturma sürecinin dar anlamda kabulü halinde, CMK 22/1-g ile elde edilmek istenen amacın tam olarak sağlanması mümkün olmayacaktır.

Ceza muhakemesinde “*dava*” terimi ile ilk akla gelecek olan “*ihlale konu bir fiil*” dir. Ceza davası da ceza yargılamasının konusunu suç oluşturan fiil ve bu fiil hakkında verilen hükümlerle sınırlıdır⁷²². Bu sayede hâkime yargılama sırasında bir sınır çizilmiş olacaktır ki, bu sınır hâkimin sanığın suçlu olması ihtimali taşıyan başka fiillerine ilişkin ceza verilmesini engellensin. Kaldı ki savunmanın sınırlarının belirlenmesi de fiil ile tespit edilebilecektir⁷²³.

CMK m. 170/3-i ye göre iddianamede ceza normunu ihlal eden fiilin yer-tarih ve zaman bilgileri ile gösterilmesi zorunludur. O halde dar anlamıyla “*aynı dava*” terimi yerine, “*aynı fiil*” e ilişkin görev almış olması şeklinde kullanılmasının uygun olup olmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir⁷²⁴. Her ne kadar “*aynı fiil*” ibaresinin savcılık ve adli kolluk görevleri yönünden geçerli olduğu kabul edilse de, aynı fıkarda yapılan düzenlemede yer alan “*müdafilik*” ve “*vekillik*” görevleri yönünden yeterli olmayacaktır. Zira müdafilik ve vekillik yönünden “*belirli bir şahsa*” yönelik de yasaklılık hali söz konusudur. Belli bir sanık yargılandıktan ve onun hakkında

⁷²¹ CMK m. 253/20 ; “*Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.*”

⁷²² **Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, Kazancı Hukuk Yayınları No:57, İstanbul, 1987, s.34.

⁷²³ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 164; **Önder, Ayhan**, “*Ceza Muhakemeleri Usul Kanunumuzun 22 inci Maddesine göre Hâkimin Davaya Bakamayacağı Haller*”, İÜHFİM X, 2-4 (1967), s. 537.

⁷²⁴ **Önder** asli fail hakkında yargılama faaliyeti yapan sorgu hâkiminin, aynı fiilden dolayı yargılanan ferî failin yargılamasında bulunmasının fiil aynı olsa da failin aynı olmadığı gerekçesi ile yasaklılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. **Önder**, s. 538.

yargılama sona ererek hüküm kesinleştikten sonra, aynı fiilden dolayı artık aynı sanık ikinci kez yargılanamayacaktır⁷²⁵.

Kantar, dava terimi ile aynı kişiye karşı aynı suçtan dolayı açılmış olan davanın anlatılmak istediğini belirtse de aynı kişiye aynı fiilden dolayı açılan davanın daha doğru olacağını değerlendirmekteyiz⁷²⁶. Nitekim *Centel*, “aynı dava” ile kastedilenin hazırlık soruşturmasından başlayarak kovuşturmanın tamamlanmasına kadar olan tüm yargılama işlemlerini ve hatta cezanın infazı ile birlikte yargılamanın yenilenmesi de dâhil olmak üzere tüm muhakeme aşamalarını kapsadığını belirtmektedir⁷²⁷. Biz de “aynı dava” ile ilgili olarak *Centel*’in geniş yorum yaparak belirttiği; CMK m. 158/1’de yer alan ihbar veya şikâyet aşaması ile ortaya çıkan soruşturma aşamasından başlayarak, gerekirse yargılamanın yenilenmesi sonucunda alınan kararın kesinleşmesine kadar tüm muhakeme işlemleri olarak kabul edilmesi yönündeki görüşüne katılıyoruz. Zira ancak böyle geniş bir yorum ile kanun maddesi ile elde edilmek istenen amaç sağlanabilecektir. Doktrinde aksinin kabul edilmesi halinde, soruşturmada görev yapan müdafinin daha sonra kovuşturma aşamasında hâkimlik yapmasının ortaya çıkacağı ve bunun kabul edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir⁷²⁸.

2.1.8.1. Cumhuriyet Savcılığı Görevi Yapmak

Ceza yargılaması faaliyeti yargılama, iddia ve savunma makamları olmak üzere üçayaklı bir yapıdan oluşmaktadır⁷²⁹. İddia ceza yargılamasının bir süjesi olan savcılık

⁷²⁵ **Yurtcan**, Kesin Hüküm, s. 34.

⁷²⁶ **Kantar**, s. 55.

⁷²⁷ *Centel* “aynı dava”nın aynı kişiye karşı aynı fiil olarak açıklanmasının doğru olmadığını, olayın özelliğine göre başka fiillerin de sanık yönünden aynı dava olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 64,65.

⁷²⁸ **Kolcu**, s. 162.

⁷²⁹ Usul hukuku esasen bir diyalektiktir. Ceza yargılamasında sanığın suçlu olup olmadığı iki güç yaratarak bir diyalektik vasıtasıyla bulmaya çalışılır. Bu nedenle silahların eşitliğini bozmak diyalektiğe de zarar veren bir etkidir. Gerçek hükme ulaşmak ancak diyalektiğin bozulmadan sağlanması ile oluşur. **Erem**, Diyalektik, s.1-7; Millet adına karar veren mahkemeler tarafından adına karar verilenlerin vicdanına uygun kolektif bir hüküm verilebilmesi için yargılamanın süjelerinin tez-antitezlerinin ortaya konulması sonucunda ortaya çıkması gerekmektedir. Bkz. **Keyman**, s. 24-25; **Özen M**, s. 141.

makamı tarafından yerine getirilen bir yargısal faaliyetir⁷³⁰. Hâkimin kendisinin davayı açarak, yargılama yaptığı tahkik sistemine⁷³¹ yöneltilen eleştiriler sonucunda liberal ceza muhakemesi ile birlikte davayı açan ve takip eden savcılık makamı mahkemeden ayrılarak, birbirlerinden ayrı birer makam haline gelmişlerdir⁷³². Buna göre itham eden kişi hüküm vermemelidir⁷³³.

Muhakemenin amacına ulaşabilmesi için AİHS m. 6'da silahların eşitliği ilkesi kabul edilerek, sanığın hakları ile savcının yetkileri arasında bir denge sağlanmaya çalışılmıştır⁷³⁴. Ancak burada tam bir eşitlikten bahsedilmemekte, daha çok bir denge ifade edilmektedir ki, ceza muhakemesinde savcının yetkilerinin şüpheli ve sanığın haklarına karşı daha geniş olduğu inkâr edilmez bir gerçektir⁷³⁵.

⁷³⁰ Modern anlamda savcılık teşkilatının önce Fransa'da ardından da Almanya'da devletin suç işlediğinden şüphelendiği kişilerin cezalandırılmasını talep eden bir makam olarak görev yaptığı görülmektedir. Almanya ve Avusturya gibi ülkelerde Adalet Bakanı'nın savcıya dava açılması yönünde talimat vermesine ilişkin düzenlemeler yer aldığı görülmektedir. Savcının yargılamada adalete yönelik faaliyetleri onu yargı organı olan hâkimlere yaklaştırdığı kabul edilmektedir. Eğitimlerinin de birlikte olduğu hususu göz önüne alındığında, dönem dönem birbirlerinin yerine geçmeleri de söz konusu olmuştur. Bkz. **Zafer, Hamide**, "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü" , Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi-1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 3-11; Karşıt iki düşüncenin sentezinin yapılarak, uyumsuzluğa ilişkin şüphenin yenilmesi sonucunda ancak maddi gerçek ortaya çıkacak ve yanlışlıklar giderilebilecektir. **Keyman**, s. 26; Cumhuriyet savcısı kanunlarla kendisine tanınan yetki ve görevler kapsamında suçlunun tespiti ve yakalanması, dava açılması, davanın yürütülmesine katılmasının yanı sıra mahkemelerin verdiği kararları yerine getirmek ve kanunla kendisine verilen diğer görevleri yapmakla görevlidir. **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s.315-316; **Donay, Süheyl**, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 107; **Karakehya/Arabacı**, s. 2062; Montesquieu savcılığın önemini şöyle açıklamıştır; "Bugün bizim çok takdire şayan bir kanunumuz var, buna göre Kral, her mahkemeye, adına bütün suçları izlemeye memur bir yargıç tayin ediyor. Öyle ki, bu sayede jurnalcilik bilinmez olmuştur." **Rousselet**, s. 40.

⁷³¹ İtham görevini yerine getirerek tarafsız bir hakem olma özelliğini kaybeden hâkim tarafından yapılan yargılama faaliyeti artık bir monolog haline gelmiş ve sanığı teminatsız bırakarak, toplumun savunulmasına önem vermiştir. Detaylı bilgi için Bkz. **Keyman**, s. 38 vd; Tahkik sistemi itham sisteminin tam tersi olarak gizli, yazılı ve kişinin yokluğunda yapılan işlemleri içermektedir. Kanuni delil usulü uygulanmaktadır. Bkz. **Taner**, s. 11-12.

⁷³² **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 73.

⁷³³ **Erem**, CMK Şerhi, s. 50; **Gözübüyük**, s. 240.

⁷³⁴ **Centel/ Zafer**, s. 254.

⁷³⁵ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 54.

Cumhuriyet savcısı, kamu adına hareket ettiğinden doktrinde tarafsız olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır⁷³⁶. Savcının tarafsızlığı konusuna ilişkin tartışmalar bulunmakla birlikte bu konuya ilişkin ilerde “Savcının Reddi” başlığı altında açıklama yapılacaktır. Savcı, görevini yaparken belirli bir makamın yanında değil, hukukun uygulanması, toplumun ve kişilerin savunularak, toplumsal barışın yanında olmakla görevlidir⁷³⁷. Savcı devlet adına yargılamaya katılan bir taraf olsa da yargı görevi yapan olmadığı belirtilmektedir⁷³⁸.

Ülkemizde ceza muhakemesinde yer alan savcılık makamı soruşturma aşamasında suçlunun ortaya çıkartılmasında etkin bir görev aldığı gibi, kovuşturma aşamasına da katılarak cezalandırılması için sanığın savunmasına ilişkin iddialarına karşı aktif bir biçimde görev almaktadır⁷³⁹. Gerçekten Cumhuriyet savcısı bir suç işlendiği izlenimi edindiğinde bunu kolluk marifeti ile araştırmakla görevli olduğu gibi, kovuşturma aşamasında da maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında ithamlarda bulunarak sanığın yargılanmasında aktif bir biçimde görevlidir. Şu halde Cumhuriyet savcısı ceza muhakemesinin en önemli sülhelerinden biridir.

Kanun koyucu savcılığın bu önemli görevini göz önüne alarak CMK m. 22/1-g’de “*aynı davada*” daha önce iddia makamında bulunmuş bir Cumhuriyet savcısının, tarafsızlığı AY m. 138 ile kabul edilmiş hâkimlik görevinde bulunmasını yasaklamıştır. Bu düzenleme sayesinde itham edenin aynı zamanda karar vermesinin bu düzenleme ile

⁷³⁶ **Kanbur, Mehmet Nihat**, “*Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu*”, CHD, C. 7, S. 19, 2012, s. 39; **Özen M**, s.141.

⁷³⁷ **Kutlu**, s. 175.

⁷³⁸ **Donay**, s. 108; Keza ceza yargılamasının süjesi olan Cumhuriyet savcısının yargılamada bulunmaması da CMK m. 289/1-e maddesine göre mutlak bozma sebebi olarak kabul edilmektedir; Savcının yargı erki kapsamında kamu görevlisi olduğuna ilişkin aksi görüş için bkz. **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd**, s.221

⁷³⁹ 5235 sayılı Kanun m. 16’ya göre, her il ve ilçede o ilin ve ilçenin adıyla anılan bir başsavcılık makamı bulunur. Başsavcılığın görevleri arasında bulunan ilin Cumhuriyet Başsavcılığını temsil etmek, Başsavcılık bünyesindeki savcıların verimli, uyumlu, düzenli çalışmasını sağlayarak savcılar arasındaki iş bölümü ve koordinasyonu sağlamak duruşmalara katılarak, kanun yollarına başvurmak ve ilgili kanunlarda adliyenin işleyişine ilişkin olarak kendilerine verilen görevleri yerine getirmek gösterilmektedir. ; Başsavcılık makamı bir bütün olduğundan, aynı soruşturmada birden fazla savcının bulunması veya soruşturmaya bakan savcının sonradan değiştirilmesi hukuken de mümkündür. Ayrıca savcılar arasında alt-üst ilişkisi bulunmamaktadır. **Çetintürk, Ekrem**, “*Cumhuriyet Savcısının Statüsünün ve Savcılık Teşkilatının Kurumsal Yapısının, Savcılık Faaliyetinin Etkinliğine ve Kalitesine Etkisi*”, CHD, C.10, S. 29, 2015, s. 131.

önüne geçilmek istenmiştir. Gerçekten uygulamada sıklıkla soruşturma aşamasında savcılık faaliyeti yürüten kişinin kovuşturma aşamasında hâkimlik yapması karşılaşılan bir durumdur⁷⁴⁰.

Kantar, soruşturmanın aydınlatılması için küçük bir işlem bile yapan savcının daha sonra aynı davada hâkim olarak yargısal faaliyet göstermesini engel olarak kabul etmektedir⁷⁴¹. Gerçekten CMK m. 22/1-g’de yer alan düzenlemede Cumhuriyet savcısının belirli işleri yapması aranmamış, gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında aynı davada Cumhuriyet Savcısı sıfatıyla yapılmış her türlü faaliyetin yasaklanmak için yeterli olduğu kabul edilmiştir⁷⁴². Belirtmek isteriz ki, bir hâkimin bakmış olduğu davada daha sonradan savcılık görevine getirilmesini yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁷⁴³.

Erem, *Kantar*’a katılmakla birlikte, savcı olarak sadece evrak havalesi yapmasını o hâkimin yasaklanması için yeterli görmemekte, ancak kararın temyizi gibi bir usul işlemini imzalamanın yasaklanmaya sebep olacağını belirtmektedir⁷⁴⁴.

Başsavcılık altında bir bütün olarak kabul edilen savcılık makamında yer alan ve davaya ilişkin hiçbir faaliyeti bulunmayan bir savcının, salt “*savcılık makamının bir bütün olması*” gerekçe gösterilerek CMK m. 22/1-g’ye göre yasaklanmasının da mümkün

⁷⁴⁰ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 238.

⁷⁴¹ **Kantar**, s. 56.

⁷⁴² YCGK tebliğname sunarak davaya ilişkin görüşünü açıklayan savcının daha sonra Yargıtay üyesi seçilmesi halinde o dava hâkim sıfatıyla görev yapmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. YCGK 05.11.2013T. 2013/122E, 2013/442K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 14.11.2019); Hemen belirtmek gerekir ki hâkimin yasaklanması için savcılık sıfatıyla illaki “*iddianame hazırlanması*” ya da “*tebliğname sunarak görüşünü açıklaması*” aranmamıştır. *Yurtcan*, Cumhuriyet savcısının, kendi yargı çevresindeki bir işlemin yapılması için bir başka yargı çevresinin soruşturmasına ilişkin işlem yaptığı dahi, hâkim sıfatıyla o soruşturmaya ilişkin davaya bakamayacağını belirtmektedir. Bkz. **Yurtcan**, **Erdener**, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, s. 332.

⁷⁴³ **Erem**, CMK Şerhi, s. 50; **Kantar**, s. 56.

⁷⁴⁴ *Erem*, bir sanığın beraat ettiği davadan sonra bir başka sanık yönünden dava açılması halinde, beraat kararı verilen davada savcılık yapan hâkimin artık diğer dosyada hâkimlik yapamayacağını belirtmektedir. **Erem**, CMK Şerhi, s. 51; Benzer yönde **Gözübüyük**, s. 241.

olmadığı kabul edilmektedir⁷⁴⁵. Ancak aynı kuralın Başsavcı için geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Gerçekten Yargıtay daha önce Başsavcılık görevini yürüten bir hâkime ilişkin olarak aldığı kararında “...*Yargıçlardan birisinin, daha önce tahkikatı yürüten savcılık biriminin başı olarak görev yaptığı, bu dosyayla ilgilenen görevlilerin hiyerarşik üstü olarak mahkemeye sunulacak yazılı mütalaaları gözden geçirip düzeltme, olayda benimsenecek yaklaşımı tartışma ve hukuki noktalardan kendilerine tavsiyede bulunma hakkına sahip olmasının, böyle davranmadığı saptansa dahi suç isnadının esası üzerinde karar vermiş bir yargı yerinin tarafsızlığının kuşkuya açık olabildiğini tespit etme bakımından yeterli olup, bunun da Sözleşmenin 6/1. maddesinin (adil yargılanma hakkının) ihlali niteliğinde olduğu sonucuna...*” varmıştır⁷⁴⁶. Gerçekten uygulamada başsavcının denetim ve gözetim yetkisi kapsamında soruşturma dosyasına müdahale etmesi mümkündür⁷⁴⁷.

Yargıtay’da Cumhuriyet savcısı olarak görev yapmaktayken tebliğnamesini hazırladığı dosyaya ilişkin olarak, Yargıtay üyesi olarak atandıktan sonra müzakereye katılıp karar alınmasını sağlamak da hâkimin mutlak olarak davaya bakamayacağı hallerdendir⁷⁴⁸. Yine sanığın aleyhine verilmiş bir mahkûmiyet kararını, sanığın lehine temyiz eden bir savcının daha sonra o davaya hâkim olarak bakabilmesi de mümkün değildir⁷⁴⁹. Davanın esasına ilişkin aleyhe veya lehe olan görüşünü açıklamış bir hâkimin kendi görüşünün geçerli olarak kabul edilmesi için çaba sarf etmesinin mümkün olacağı ve

⁷⁴⁵ Başsavcılık teşkilatı tek ve bütünlük arz ettiğinden, savcıların kişiliğinin öne çıkmamaktadır. Bir savcının başladığı işlemin bir başka savcı tarafından devam ettirilmesi mümkündür. Bkz. **Şahin/ Göktürk**, s. 100.

⁷⁴⁶ YCGK 03.03.2009 T. 2009/3-21E, 2009/46K. www.sinerjimevzuat.com (E.T. 11.03.2019).

⁷⁴⁷ **Kolcu**, s. 167.

⁷⁴⁸ YCGK 27.09.2011 T. 2011/13-250 E, 2011/190 K sayılı kararında aynen; “*Yargıtay Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı sırada tarihli tebliğnameyi düzenleyip görüş bildiren E.N.’in, daha sonra aynı hükmün temyiz incelemesi sırasında Yargıtay üyesi olarak görevli olduğu Yargıtay .. Ceza Dairesinde müzakerede oy kullanmak suretiyle ... tarihli karara katılmasının kanuna aykırılık oluşturduğunda ve Anayasa uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen maddede düzenlenen ihlali niteliğinde olacağına kuşku yoktur. O halde, E.N.’in Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak tebliğname düzenleyip görüş bildirdiği somut olayda, Özel Dairede işin müzakeresine katılıp oy kullanarak kararın oluşmasını sağladığı anlaşıldığından, açıklanan ilkeler doğrultusunda Özel Dairenin kararı hukuken yok hükmünde olup sonuç doğurması olanaksızdır.*” www.sinerjimevzuat.com (E.T. 11.03.2019).

⁷⁴⁹ **Kantar**, s. 56; Yargıtay 3 CD 17.11.1938 T. 6193/7414, Temyiz Kararları Dergisi, Ankara 1938, s. 298.

dava konusuna tarafsız bir şekilde bakamayacağı yönünde şüphe uyanması çok doğaldır. Kaldı ki *Centel*, yasaklama için dava konusu olaya ilişkin görüşün açıklanmasının gerekli olmadığını, kişide konuya ilişkin bir kanaatin oluşmasının yeterli olduğunu belirtmektedir⁷⁵⁰.

CMK m. 163’de sulh ceza hâkimi tarafından soruşturmanın yürütülmesi düzenlenmiştir. Sulh ceza hâkimi, savcılığın görevini yerine getirerek, gerekirse tüm kolluk âmir ve memurlarını görevlendirerek, soruşturmayı tamamlayabilecektir. CMK m. 163’e göre savcının görevini yerine getiren hâkim CMK m. 23/2 gereğince de yargılama faaliyetinde bulunmaktan yasaklanacaktır. Burada soruşturma sırasında yakalanamayan kişiler hakkında bilgi sahibi olan bir savcının, ileride bu kişiler aleyhine bir dava açılması halinde o davada hâkimlik görevini yerine getirip getirmeyeceği hususu akla gelmektedir. CMK m.163 dışında kalan hallerde, soruşturma aşamasında koruma tedbirlerine yönelik karar alan sulh ceza hâkiminin tarafsızlığının tespitinde, alınan kararın gerekçesinin gözönüne alınması gerektiği belirtilmiştir⁷⁵¹. Bir başka görüşe göre soruşturma işlemleri yapan ve soruşturma işlemleri olmaksızın hâkim kararı gereken hallerde karar veren hâkimlerin durumu birbirlerinden farklıdır. Soruşturma işlemini bizzat yapan hâkimin davaya bakması mümkün değilken; arama, el koyma gibi hâkimlik kararları gereken hususlarda karar veren hâkimin davaya bakması mümkün olabilecektir⁷⁵². Zira bu durumda hâkim savcı gibi hareket etmemekte, kanunda düzenlenmiş hallerin varlığında ilgili kararlar vermektedir. Kanaatimizce aynı fiilden dolayı yapılacak yargılamaya hâkim olarak katılmaları mümkün değilken, bu kişilerin başka fiillerinden dolayı yapılacak olan yargılamalarında hâkimlik görevini yerine getirmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır.

AIHM Piersack/Belçika kararında ve De Cubber/Belçika kararında soruşturmayı yürüten savcılığın başkanlığını yürüten kişinin esas davada yargılama yapan

⁷⁵⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 66.

⁷⁵¹ **Malkoç, İsmail/ Yüksektepe, Mert**, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.1, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s. 183.

⁷⁵² **Kolcu**, s. 166.

mahkemeye üye olarak katılmış olmasını, tarafsızlığın sağlanamaması sebebi ile sözleşmenin ihlali olarak kabul etmiştir⁷⁵³.

Hâkimin baktığı dava konusu olayda “müfettiş”, “soruşturmacı” veya “son soruşturma kurul üyesi” gibi sıfatlarla görev alan bir kişinin, CMK m. 22/1-g hükmü gereğince davadan yasaklanması mümkün değildir⁷⁵⁴. Kanun koyucu bu düzenlemeyi açıkça Cumhuriyet savcıları yönünden yapmış olup, hükmün uygulama alanının kıyasen genişletilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumun varlığı halinde hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesi sebebi ile reddinin talep edilmesi mümkündür.

2.1.8.2. Adli Kolluk Görevi Yapmak

Hukuk devletinde adil bir ceza muhakemesinden bahsedebilmek için, iddia makamına hukuka uygun bir biçimde elde edilmiş delillerin getirilmiş olması gerekmektedir⁷⁵⁵. Hukukumuzda adli kolluk ve görevi CMK m. 164’de, polisin görev ve yetkileri PVSK m. 1 ve 2’de düzenlenmiştir⁷⁵⁶. Düzenlemelere göre Türkiye’de adli kolluk; suçun

⁷⁵³ **Dinç**, s. 27; **Taştan**, s. 220-222.

⁷⁵⁴ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 147.

⁷⁵⁵ **Jehle, Jörg Martin**, Savcılık Örgütünün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma” Adli Tebliğ, Çev. Gülşah Kurt Yücekul, TBB Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara, 2006, s. 78.

⁷⁵⁶ CMK m. 164/1 “Adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun (**Değişik ibare: 5353 - 25.5.2005 / m.25**) "4 üncü" maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.”; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu, RG 14.07.1934T. S. 2751; Yine Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.8 ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununda adli kolluk görevine ilişkin düzenleme ve yetkiler bulunmaktadır. <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T.11.05.2019). Adli kolluk görevlilerinin görevleri ve yetkileri, Adli Kolluk Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Bkz. www.adalet.gov.tr (E.T. 28.02.2019); Yönetmeliğin 6. maddesinde adli kolluğun kendilerine yapılan suç ihbar veya şikâyetlerini, bu suçlara ilişkin olarak yakaladıkları kişileri Cumhuriyet başsavcılığına ve ilgili amirine bildirilerek, soruşturmanın etkin bir biçimde yürütülmesi için Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işlem yapması görev ve yetkileri içerisinde düzenlenmiştir. Şu halde kolluk devletin kamu düzenini sağlamak ve korumak, suç işlenmesini önleyerek asayiş sağlamaya, suç işlendikten sonra da faili yakalamaya görevleri ile özellikle soruşturma aşamasında savcılığın en büyük yardımcısıdır. Çalışmamızın yapıldığı tarihte halen AY’nın 106/son maddesine göre Adalet Bakanlığının görev ve yetkilerine ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılmamış olması sebebi ile 29.03.1984 gün ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2. maddesi uygulanmaktadır. Bu durumda kolluğun amiri savcılıktır. 5442 sayılı İl

işlenmesi yolundaki şüphenin ortaya çıkmasından itibaren Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda iz ve delilleri teknik metotlarla tespit ederek, soruşturmayı yürütmek, şüpheli ve suç delillerini adli mercilere sunma adli işlemlerini yapma faaliyetidir⁷⁵⁷. Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının ve valilerin adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir⁷⁵⁸.

Kolluğun delil toplama ve delilden şüpheliye ulaşmaya ilişkin olarak teknik alt yapıya sahip bir birikimde olması, hem temel insan haklarının sağlanması hem de ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından büyük bir öneme sahiptir⁷⁵⁹. CMK m. 22/1-g'de düzenlenen adli kolluk görevi, hâkimin baktığı davada isnat edilen olayı ve suçu araştırarak, gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik delil toplama, tanık dinleme gibi soruşturmaya ilişkin faaliyetlerde bulunmaktadır.

Adli Kolluk mevzuatına uygun bir biçimde çalışmış olan bir kişi, daha sonra hâkimlik görevini yerine getirdiği sırada önüne gelen davaya ilişkin olarak daha önceden herhangi bir adli kolluk faaliyetinde bulunmuş ise, artık bu davaya bakması mümkün değildir. *Centel*, suça ilişkin ihbarda bulunan ancak soruşturma aşamasında hiçbir görev almayan bir polis memurunun daha sonra hâkim sıfatıyla yargılama yapmasının mümkün olduğunu belirtmektedir⁷⁶⁰.

İdare Kanunu m. 11-g de yapılan düzenleme ile valilere de adli kolluğa emir verme yetkisi tanınmıştır. Bu düzenlemeye göre “*Vali, lüzumu halinde kolluk amir ve memurlarına suç faillerinin bulunması için gereken emirleri verebilir. Kolluk bu emirleri, mevzuatta belirlenen usule uygun olarak yerine getirir.*” Doktrinde, adli kolluğun CMK’da yer alan yeni düzenlemelerle idari anlamda İçişleri Bakanlığı’na fonksiyonel anlamda da savcılığa bağlayarak, CMUK dönemindeki (m.154) bozuk ilişkinin düzeltildiği belirtilerek, adli kolluğun artık savcının emrinde olduğuna ilişkin görüşler sunulmuştur. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 215-216.

⁷⁵⁷ **Gözler**, İdare Hukuku 2019, s. 489; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 166.

⁷⁵⁸ Geçici köy koruyucuları ve orman muhafaza memurları adli kolluk kapsamında kabul edilmemektedir. Bkz. Yargıtay 4 CD 04.02.1997 T. 1996/485E, 1997/758K; 4 CD 30.09.1987T. 5667/434 K aktaran **Kolcu**, s. 171.

⁷⁵⁹ Kolluğun geniş yetkileri bulunmaktadır. Avrupa’da emniyet güçlerine işin niteliğine göre olayla ilgili işlemleri sona erdirmeye, kimi hafif suçlar yönünden soruşturma makamı görevini yerine getirme gibi yetkiler verildiği görülmektedir. Bkz. **Jehle**, s. 79-80.

⁷⁶⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s.68.

Aynı savcılık görevinin yerine getirilmesinde olduğu gibi, suç ve suçluyla canı pahasına mücadele veren, şüpheli ve mağdurla temasa geçen, olaya ilişkin olarak topladığı deliller ve kendi bakış açısı ile aklında sonuca ulaştıran bir kişinin o davada artık kendisinden beklenen tarafsızlığı sağlaması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki kişinin kendisinde davaya ilişkin olarak daha soruşturma aşamasında bir kanaat oluşmuştur. Aynı davaya ilişkin kanaati bulunması sebebi ile kanun koyucu hâkimin tarafsızlığı üzerinde oluşacak olumsuz düşünceleri ortadan kaldırmak amacıyla hâkimin bu davaya bakmasını yasaklamıştır.

Kanun koyucu CMK 22/1-g’de aynı davada “*adli kolluk*” görevinde bulunmayı yeterli görmüş, işin niteliğine ilişkin bir ayırım yapmamıştır. *Centel*, tutuklunun nakli, güvenliğin sağlanması ve teknik rapor verme gibi faaliyetler sebebi ile yasaklamanın mümkün olmaması gerektiğini, ancak reddinin talep edilebilmesinin de mümkün olduğunu belirtmektedir⁷⁶¹. “*İdari kolluk görevi gören kişi*”nin ileride aynı davaya bakmasında bir sakınca olmayacaktır⁷⁶².

2.1.8.3. Sanık Müdafiliği Yapmak

Savunma sözlükte; “*Saldırıya karşı koyma, müdafaa*”, “*Bir kişiyi, bir düşünceyi doğru, haklı göstermeyi amaçlayan yazı veya konuşma, savunu, müdafaname*” olarak açıklanmıştır⁷⁶³. Ceza muhakemesinde suç işlediği iddia edilen kişinin isnat edilen suçu işlemediğinin veya fiilinin daha hafif bir başka suçu oluşturduğundan daha az ceza verilmesi gerektiğinin ya da kişiye isnat edilen fiilin hukuka aykırı olmadığına ya da bazı hukuki düzenlemeler sebebi ile kişinin cezalandırılmamasının ileri sürülmesine

⁷⁶¹ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 69.

⁷⁶² İdari kolluk tek taraflı düzenleyici işlemler yapabilme yetkisi bulunan, bu yetkilerini devredilemezlik ilkesi gereğince özel kişilere devredemeyen, kolluk yetkisinin kullanılması mecburi olması sebebi ile gerekli olan tüm tedbirleri alan, kamu gücüne dayanan, yaptıkları işlemlerle hak yaratma yetkisi bulunmayan ve ancak ağır kusurluluk halinde sorumluluğuna gidilebilen kolluk güçleridir. Bkz. **Gözler**, İdare Hukuku, s. 496-498.

⁷⁶³ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 12.01.2021)

savunma, bu savunma faaliyetini yerine getiren yetkili kişiye ise “*müdafî*” denilmektedir⁷⁶⁴.

Günümüz hukuk devleti anlayışında şüpheli ya da sanığı suçlamadan kurtarmasını sağlayacak bir “*savunma hakkı*”na sahip olmak adil yargılanma hakkı kapsamında korunan temel değerlerden biridir⁷⁶⁵. Anayasa m. 36’da herkesin meşru vasıtalardan ve yollardan faydalanarak yargı mercileri önünde savunma ve adil yargılanma hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir⁷⁶⁶.

Eser, savunma hakkını “*yargılama makamları önünde ve belli bir amaçla, bir suçlamadan kurtulmak için kullanılan söz ve düşünce özgürlüğü*” olarak tanımlamaktadır⁷⁶⁷. Savunma, karar alınabilmesi için şüphenin ortadan kaldırılmasını sağlayan en önemli araçtır⁷⁶⁸. *Feyzioğlu*, savunma hakkının mahkemelerin varlık sebebi olduğunu ve hâkimlerin de bunu içselleştirmesi gerektiğini belirtmektedir⁷⁶⁹.

⁷⁶⁴ **Centel Başar, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Hukuk Yayınları:29, İstanbul, 1984, s.1-2; Savunma, gerçek veya tüzel kişilerin taraf oldukları yargısal çekişmede, haklarının, suçsuzluklarının, hukuka aykırılığın ortaya konularak, adalete uygun ve toplumsal barışı sağlayacak bir karara ulaşılabilmesi için avukatlar ya da çekişmenin doğrudan taraflarının katılımıyla gerçekleşen yargısal bir faaliyettir. **Kutlu**, s. 188; “*Her haksızın haklı her suçlunun suçsuz bir yanı mutlaka vardır. İnsanların suç işlememeleri ellerindedir ancak herhangi bir nedenle suçlanmamaları ellerinde değildir. Bu nedenle herkesin savunma hakkı vardır.*” **Evren, Teoman**, “*Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma*”, TBBD, C. 1, S.1, Ocak 1988, s. 14; **Şahin/ Göktürk**, s. 218-219; Kamusal savunma makamı olan müdafî, **Yenisey/Nuhoglu**, s.194-221.

⁷⁶⁵ **Hafizoğulları**, Savunma Hakkı, s.20; **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 63-64; Savunma, alınan kararın doğru olmasını sağlayarak ceza adaletinin ortaya çıkmasında büyük rol oynar. Devletin temeli adalet olduğundan, savunmanın devleti koruduğu bir gerçektir. Bu nedenle savunma sadece sanık için değil devletler için de çok önemlidir. Bkz. **Yenisey/Nuhoglu**, s. 194.

⁷⁶⁶ AYM de aldığı kararlarda; “*...Müdafî yardımından yararlanmakla ilgili AİHM içtihadı, adil yargılanma hakkının yeterince uygulanabilir ve etkili olabilmesi için, kural olarak şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanması*” gerektiği yönündedir. Bkz. AYM Sami Özbil Başvurusu, 15.10.2014 T. Başvuru No: 2012/543, www.anayasa.gov.tr (E.T.14.03.2019); AİHM Salduz/Türkiye Kararı, Başvuru No: 36391/02, www.hudoc.echr.coe.int. (E.T. 14.03.2019)

⁷⁶⁷ **Eser, Albin** “*Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu*”, Çev. N. Centel, YD 1990, S.3, s.326.

⁷⁶⁸ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 141.

⁷⁶⁹ **Feyzioğlu, Metin**, “*Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal Mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir Mi?*”, ABD, Y.67, S. 1, 2009, s.22.

Avukatlığın tarihi Roma Hukukuna kadar uzansa da, günümüz anlamında müdafiliğin tarihi Fransız ihtilalinden sonrasına rastlamaktadır. Yeni sistemde ortaya çıkan savcılığın karşısında denge sağlamak amacı ile savunma makamı olarak müdafilik kabul edilmiştir⁷⁷⁰.

Sanığın kendisini savunmasına “*bireysel savunma*”, müdafî tarafından yapılan savunmasına ise “*kolektif savunma*” denilmektedir⁷⁷¹. CMK m. 216’da müdafî savcının cezalandırma talepli esas hakkında mütalaasına karşı esasa ilişkin savunması bir usul işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁷².

Alman Ceza Muhakemesi m. 136/1’de “*her an, hatta sorguya çekilmesinden önce dahi, kendisince seçilecek bir müdafîe danışma*” hakkı tanınarak, müdafîi yardımının alınmasını sanığa haklarının öğretilmesi yönünde hukuki bir güvence olarak tanımlanmıştır⁷⁷³. Gerçekten kişi olaya ilişkin bilgi sahibidir, ancak hukuki bilgisi olmaması sebebi ile haklarını nasıl kullanacağını tam olarak bilebilmesi her zaman mümkün olmamaktadır.

Kunter toplumsal savunma makamı olarak nitelediği müdafiliğin gerekçesini, sanığın savunması suretiyle toplumu savunmak, yani toplumun sorumsuzluğunu ileri sürerek, iddianın kısmen ya da tamamen çürütülmesini sağlamak olarak göstermiştir⁷⁷⁴. *Gössel*, yargılamanın kanuna ve hukuka uygun olarak yapıp yapılmadığını, soruşturma ve kovuşturma organlarının sanığa ve şüpheliye hukuka uygun davranıp davranmadığını denetlemekle müdafîin de görevli olduğunu belirtmektedir⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 195.

⁷⁷¹ **Centel/ Zafer**, s. 191.

⁷⁷² **Zafer, Hamide**, Savunma Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHFHAD, C. XIX, S.2, s.510,511.

⁷⁷³ **Eser**, *Sanığın Hukuki Durumu*, s.322.

⁷⁷⁴ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 158.

⁷⁷⁵ Aktaran **Centel, Nur**, “*Ceza Soruşturmasında Müdafîin Rolüne Eleştirel Yaklaşım*”, İÜHF, C.72, 2014, s. 703.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/3-c ile de sanığın kişiliği, kendisine isnat edilen suçun niteliği ve cezanın ağırlığı göz önüne alınmadan, sanığa bir avukatın yardımına başvurma hakkı tanınmıştır⁷⁷⁶. Mahkeme savunmanın bir hak olarak kişiye tanınmasını yeterli bulmamakta, aynı zamanda bu hakkı gerçekten kullanabilmesi için zaman ve kolaylık sağlanmasını da aramaktadır⁷⁷⁷. Yine Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14/3-d'de suç ithamı ile karşı karşıya kalan kişilerin ekonomik güçleri yeterli olmasa da, avukattan hukuki yardım alma hakkı koruma altına alınmıştır⁷⁷⁸.

Görüldüğü üzere, devletin ceza takibi yönündeki menfaati ile tamamen zıt bir yönde sanığı koruyan ve savunan bağımsız müdafilik kurumu, hukuk devletinin gereklerinden biridir⁷⁷⁹. Gerçekten, bir suç iddiasına karşı savunma hakkının tanınmamış olması halinde, masumiyet karinesine aykırı bir biçimde, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkartılması mümkün olmayacaktır⁷⁸⁰. Müdafî, uyuşmazlığın adalet ve hakkaniyete uygun bir biçimde çözümlenmesini sağlamakla yükümlüdür⁷⁸¹. Bu yükümlülüğünü yerine getirirken de silahların eşitliği ilkesi gereğince belirli yetkilere de sahip olması gerekmektedir⁷⁸².

⁷⁷⁶ **Gürseler, İ. Güneş**, “Müdafî Tayini – III”, TBBD, C. 20, S.72, Eylül 2007, s. 124; Anayasa m. 90 düzenlemesiyle iç hukukumuzun bir parçası olan AİHS m. 6 gereğince; daha kişi hakkında şüpheli bu sıfatı ile ilk ceza muhakemesi işlemi yapılmadan önce kendisine yasal mevzuat ile tanınan haklardan biri olan seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanma, avukat tutmak için gerekli maddî olanakları olmaması halinde kendisine resen ücretsiz olarak avukat atanabileceğinin hatırlatılması gerekmektedir. **Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.202; **Zafer**, Savunma Hakkı ve Sınırları, s. 517.

⁷⁷⁷ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 64.

⁷⁷⁸ <https://www.ohchr.org> (E.T. 13.11.2019).

⁷⁷⁹ **Mccarthy Şahin, Oya**, “Müdafilere Yapılan Zorunlu Yol Gideri Ödemeleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 1, Ocak 2013, s. 514.

⁷⁸⁰ **Yıldırım, Akif**, “Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkının Bireysel Başvuru Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 125, Ocak 2017, s. 100; Ceza muhakemesinin amacı, yargılamaya ilişkin usul kurallarının tam olarak uygulanması sonucunda maddi gerçeğin ortaya çıkartılarak hukuki düzenini ve barışı kuran karara ulaşılmıştır. Bkz. **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 5.

⁷⁸¹ **Doğan, Y. Hakkı**, Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, İstanbul, s. 138.

⁷⁸² **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 194.

CMK m. 2 'de müdafinin, “*şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı*” ifade ettiği belirtilmiştir⁷⁸³. Şüpheli/ sanık isterse bireysel savunma yapacağı gibi, bir müdafî yardımı da talep edebilir ve kendisine müdafî de seçebilir. CMK m. 150'de hangi hallerde müdafî tayin edileceği düzenlenmiştir⁷⁸⁴. Adaletin sağlanabilmesi adına bazı hallerde şüpheli/ sanığın rızası hilafına da olsa müdafî görevlendirilmesine karar verilebilir. Bu itibarla atanma şekillerine göre atanmış müdafî veya seçilmiş müdafî olarak adlandırılmaktadırlar. CMK m.149/1, 150/1'de kişinin kendi özgür iradesi ile seçtiği müdafî “*ihtiyari müdafî*”, CMK 150/2-3 maddesinde yer alan hallerde müdafî atanması talep olmaksızın yapıldığından bu hallerde atanan müdafî “*zorunlu müdafî*” olarak adlandırılmaktadır. Adli yardım amacı ile barodan atanan müdafîye ise “*atanmış müdafî*” denilmektedir⁷⁸⁵.

Bizim de katıldığımız görüşe göre savunmanın kalitesi ve etkinliği, kişinin kendisinin seçtiği müdafî ile oluşacak güven kapsamında artmaktadır⁷⁸⁶. Gerçekten yargılanan kişi her zaman baro tarafından atanan müdafisine herşeyi anlatamamakta, bu da etkin bir savunmanın hazırlanmasına engel olabilmektedir. Gerçekten müdafin etkili bir savunma yapabilmesi, sanığın müdafine güvenmesi ve her şeyi ona anlatması kabul edildiğinden

⁷⁸³ Şüpheli veya sanığın hukuki destek almalarının yanı sıra içerisinde buldukları sürecin psikolojileri üzerindeki olumsuz etkilerin azaltılması yönünden de müdafîye ihtiyaç duydukları bir gerçektir. Bkz. **Yıldırım**, s. 100.

⁷⁸⁴ “*Madde 150 – (1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir.*

(2) Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”.

⁷⁸⁵ Arslan uygulamada zorunlu müdafilik ve adli yardım sebebi ile atanmış müdafiliğin karıştırıldığını ancak YCGK'nun 11.10.2011 T. 2011/10-182E, 2011/204K sayılı kararında ikisinin aynı kabul edilmemesi sebebi ile atanan müdafinin yokluğunda hüküm verilmesinin bozma sebebi olarak kabul etmeyerek bu konuya açıklık getirildiğini belirtmektedir. **Arslan**, Müdafî, s. 201-202.

⁷⁸⁶ **Zafer**, Savunma Hakkı ve Sınırları, s. 518.

müdafiyeye sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir⁷⁸⁷. Bu yükümlülük şüpheli/sanığın korkmadan herşeyi anlatmasını sağlamaktadır.

Ceza davalarında müdafî “*vekil*” değildir⁷⁸⁸. *Erem*, ceza yargılamasında “*görevde bağımsızlık ilkesi*” gereğince, sanığın yaptığı maddi savunma ile müdafîin yaptığı teknik/hukuki savunmanın birbirleri ile aynı ya da uyumlu olma gibi bir zorunluluğu olmadığını belirtmektedir⁷⁸⁹. Zira avukat sanığın cübbe giymiş suç ortağı değildir. Müdafîi sanığın hukuki savunmasını hazırlamasında yardımcı olan bağımsız bir savunma süjesi olmakla birlikte sanığın temsilcisi değildir⁷⁹⁰. *Arslan*, CMK’nın bütününe m. 149/1’de yer alan “müdafîin yardımından yararlanır” düzenlemesi ile birlikte değerlendirildiğinde aradaki ilişkiyi bir yardım ilişkisi olarak nitelendirilmektedir⁷⁹¹. *Kunter*’e göre de müdafîi her zaman sanığı temsil eden, ya da sanığa yardımcı olan kişi değildir⁷⁹². *Kunter* özel hukuk kurumları ile aradaki ilişkinin nitelendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Zira müdafîi savunma sırasında sanığın iradesine bağlı değildir. Bu nedenle bu ilişki sadece müdafîlik kurumu ile açıklanabilecektir.

Müdafîi görevini yerine getirirken bireysel menfaatler ile toplumsal menfaatler arasındaki dengeyi göz önünde tutmak zorundadır⁷⁹³. Müvekkil tarafından açıklanan olaylara karşı müdafîin görevi olaya ilişkin her türlü bilgi, öğreti ve içtihatlardan

⁷⁸⁷ *Yenisey/Nuhoglu*, s. 205.

⁷⁸⁸ *Arslan* kanun koyucunun CMK 151/3’te ve 149/2’deki özensizliğine dikkat çekmektedir. Zira CMK m. 151/3 “*hükümlü olanların müdafîlik veya vekillik görevini üstlenenler ... tutuklu veya hükümlünün müdafîlik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir*” ibaresinde müdafîinin aslında savunma makamı olduğunu, ancak katılanın avukatının ceza muhakemesinde vekil olarak adlandırılabilceğini bu nedenle düzenlemedeki vekillik teriminin yanlış kullanıldığını belirtmektedir. Yine CMK 149/2’de geçen “*...ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir*” düzenlemesinde müdafîinin kastedildiğini belirtmektedir. *Arslan*, Müdafîi, s. 197.

⁷⁸⁹ *Erem, Faruk*, “*Meslek Kuralları*”, Ankara Barosu Yayınları:4, Ankara, 1995, s. 27; *Erem, Faruk* Anayasa ve Savunma Hakkı, ABD, S.2, s. 183

⁷⁹⁰ *Zafer*, Savunma Hakkı ve Sınırları, s.514.

⁷⁹¹ *Arslan*, Müdafîi, s. 197.

⁷⁹² *Kunter*, Ceza Muhakemesi, s. 159.

⁷⁹³ *Zafer*, Savunma Hakkı ve Sınırları, s. 528.

öğrenerek savunmayı kurgulamaktır⁷⁹⁴. Müdafî, CMK'ya uygun bir biçimde yaptığı incelemeler sonucunda elde ettiği olaya ilişkin bilgileri, sanık tarafından kötüye kullanılacak olma ihtimali bulursa dahi, müvekkiline bildirebilir⁷⁹⁵.

Müdafîlik görevi sırasında hukuki bilgisi ile sanığa yardımcı olmasının yanı sıra, “silahların eşitliği ilkesi” gereğince savunmasını tam ve etkin bir biçimde yapabilmesi için önemli olan bilgi ve belgelere ulaşabilmesi adına avukata birçok yetki tanınmaktadır⁷⁹⁶. Müdafîye tanınan yetkiler bazı suçlar yönünden soruşturmanın gereklilikleri sebebi ile sınırlandırılrsa da, bu yetkilerin tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir⁷⁹⁷. Nitekim AYM kanunda müdafiden yararlanma hakkının kısıtlanmasına ilişkin düzenleme olsa bile; başvurucunun kabul etmediği ifadesine dayanılarak verilen mahkûmiyet kararında, sanığa kovuşturma aşamasında sonradan avukat yardımı sağlanmasının soruşturmanın başında savunma haklarına verilen zararı gidermeye yeterli olmadığını belirterek savunma hakkının özüne zarar verilmesini ihlal olarak değerlendirmiştir⁷⁹⁸.

CMK m.22/1-h'ye göre aynı davada daha önceden sanık müdafîliği yapmış olmak hâkimin davaya bakmasına yasak olan sebeplerden biridir. Şu hâlde daha önce bir

⁷⁹⁴ Zafer, Savunma Hakkı ve Sınırları, s. 529.

⁷⁹⁵ Zafer, Savunma Hakkı ve Sınırları, s. 532.

⁷⁹⁶ Bkz. Av. K. m. 2/3, CMK. m. 84/1, 85/2, 120/3, 122/2, 153/1, 197, 253/13 vd., “Silahların Eşitliği ilkesi”ni davanın taraflarının iddia ve delillerini kendisini diğer taraf karşısında bir dezavantaj içinde bırakmayacak bir biçimde ortaya koyabilmeleri için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu olarak tanımlamak mümkündür. Bkz. Hanağası, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 37.

⁷⁹⁷ Bkz. Top, Sinem, “Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkına Uygulanan Sınırlamalar”, TBBD, C. 31, S. 137, Temmuz 2018, s. 221; Ceyhan, Murat, “Soruşturmanın Gizliliği ve Müdafînin Dosyayı İnceleme Yetkisi”, TBBD, C. 26, S. 109, Kasım 2013, s.467.

⁷⁹⁸ Gerçekten, AIHM geçerli bir sebebin varlığı halinde dava aşamasında avukata erişim hakkının sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir. Ancak başvuru konusu olayda soruşturma aşamasında müdafîi yardımından yararlanma hakkının etkin bir biçimde kullanılmadığı bir aşamada başvurucunun verdiği ifade kendisi ve diğer şüpheliler aleyhine ikrar ve ayrıntı içeren bir ifadedir. 1412 sayılı mülga Kanun'un 135. maddesinde düzenlenen ifade vermeye ilişkin kurallar ve hakların hatırlatıldığına ilişkin bir dosya içerisinde bir kayda rastlanılmamış ve başvurucu bu ifadesinin baskı altında alındığını yargılama aşamasında ifade etmiştir. AYM tüm bu hususları göz önüne alarak “Başvurucunun gözetiminde avukat yardımından yararlanamaması ve bu nedenle savunma haklarına verilen zarar, yargılamanın bir bütün olarak adil olmasını engellediğine” karar vermiştir. AYM 27.10.2016T. Başvuru. No: 2014/784, www.anayasa.gov.tr (E.T.14.03.2019).

kişinin müdafiliğini yapan kişinin daha sonra o kişi hakkında karar veren makamına geçmesi mümkün değildir⁷⁹⁹. Daha önce taraflardan biri ile bu tür bir ilişkisi bulunan kişinin, artık o davada hâkim olarak görev alması yasaklanmıştır. İster kanun gereğince atanmış, ister kişinin kendi belirlediği müdafii olsun aynı davada müdafilik sıfatıyla herhangi bir işlem yapılması, hâkimin o davaya bakmasına engel olacaktır⁸⁰⁰. Nitekim doktrinde müdafilik derecesinin hiçbir öneminin olmadığı, hatta ve hatta müdafilik görevinin reddedilmiş olmasının dahi hâkimin davaya bakmasından yasaklanması için yeterli olduğu belirtilmektedir⁸⁰¹. Nitekim müdafilik görevini reddi sırasında kişide bir kanı oluşmuş ve kısmen de olsa bu kanısına ilişkin görüşlerini açıklamıştır, böyle bir durumda bulunan kişinin o davada tarafsız olmasını beklemek doğru değildir. Şu hâlde “*müdafilik yapmış olmak*” geniş bir biçimde yorumlanmalıdır.

Soyaslan, müdafinin, iki süjelik birbirine karışacağından davaya ilişkin tanık da olamayacağını belirtmektedir⁸⁰². Aynı gerekçeden hareketle davanın bir süjesi olan müdafinin aynı davada, yargılamanın en önemli süjesi olan hâkime dönüşmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Bir başka bakış açısı ile değerlendirdiğimizde, maddi gerçeği ortaya çıkarmak ile görevli hâkim ile müdafinin görevleri arasında da çelişki söz konusudur. Zira maddi gerçeğin ortaya çıkartılması kimi zaman sanığın aleyhinedir ve müdafinin sanığın aleyhindeki olay ve olguları saptamak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁰³. Müdafilik görevi sırasında maddi gerçeği ortaya çıkarma yükümlülüğü olmadan hareket eden bir süjeden daha sonra tam aksi yönde tarafsız bir biçimde davranmasını beklemek mümkün değildir. Gerçekten müdafinin aydınlatma yükümlülüğü, özen yükümlülüğü, sır saklama ve sadakat gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak burada bahsedilen

⁷⁹⁹ **Erem**, CMK Şerhi, s. 51.

⁸⁰⁰ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 147.

⁸⁰¹ **Kantar**, s. 56; **Erem**, CMK Şerhi, s. 51.

⁸⁰² **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 458.

⁸⁰³ **Doğan**, s. 138.

yükümlülük hiçbir zaman davanın saptırılması ya da mahkemelerin görevlerini engel olmak olarak anlaşılmamalıdır.

Müdafii ile sanık arasındaki ilişki sebebi ile müdafii görevini dürüstçe, hukuka uygun ve görevinin gereklerini en iyi şekilde yapma borcu altına girmektedir⁸⁰⁴. Avukat, mesleki faaliyetinin icrası sırasında müvekkili ile ilgili olarak onun maddi-manevi zarara uğramasına, ya da daha fazla ceza almasına, müvekkilinin toplum içerisinde dışlanmasına sebep olacak bilgiler edinebilecektir⁸⁰⁵. İşte bu bilgi ve belgelerin tamamının sır olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Av. K. m. 36'da düzenlenen sır saklama yükümlülüğüne göre müdafinin sanığa sunduğu savunma hizmetini yerine getirirken edindiği bilgileri açığa vurma yasaktır⁸⁰⁶. Müdafii sanık aleyhinde öğrendiklerini bildirmeye mecbur değildir. Ancak sanıktan veya bir başkasından sanığın suçsuz olduğunu öğrendiğinde sanığın rızası hilafına da olsa bu suçsuzluğun delillerini bildirmek zorundadır⁸⁰⁷. Aralarında sır saklama yükümlülüğü olan bir ilişkinin tarafları arasında tarafsızlığın sağlanamayacağı kabul edilmiştir.

Kanun koyucu sadece “*aynı davada*” sanık müdafiliği görevini yerine getirmeyi aramaktadır. Bu düzenlemeye göre hâkimin daha önce sanığın müdafisi olması aranmamakta, aynı davada bir başka sanığın müdafisi olması da yasaklanması için yeterli olmaktadır. *Centel*, düzenlemenin amacı herhangi bir görevle dava ile ilgili önceden görüş sahibi olan kişinin yargılama yapmasının önüne geçmek olduğundan, aynı olayda sanık ya da şüpheli olan başka kişilerin davasına dahi kişinin hâkimlik

⁸⁰⁴ **Kibar**, s. 63.

⁸⁰⁵ Sır saklama sadakat borcunun doğal bir sonucudur. Herkes tarafından bilinen bilgiler sır kapsamında değildir. **Özkaya, Eraslan**, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 362,363.

⁸⁰⁶ **Güner, Semih**, “*Sır Saklama Yükümlülüğü*”, ABD, 2000-3, s. 49; **Özkaya**, s. 393; Ancak cezai anlamda sır saklama yükümlülüğüne aykırılığın suç oluşturup oluşturmadığına ilişkin tartışma bulunmaktadır. 765 sayılı TCK m. 198’de meslek sırrını ifşa suçu düzenlenmiş olup, avukatların bu kapsamda değerlendirilmesi kabul ediliyordu. Ancak 5237 sayılı TCK’da m. 239 ve 258’in avukatlar yönünden uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Kanaatimizce avukatlık mesleği ticari nitelikte olmayıp, kamu görevinin yerine getirilmesi niteliğinde olduğundan TCK m. 239’un avukatlar yönünden uygulanması mümkün değildir. Ancak TCK m. 258’de düzenlenen göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunun kamu görevi gören avukatlar yönünden uygulanması mümkündür.

⁸⁰⁷ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 198.

yapamaması gerektiğini belirtmektedir⁸⁰⁸. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira dava konusu olaya ilişkin bilgi sahibi olan müdafinin, konuya ilişkin savcının, kolluğun ve hâkimin dosya kapsamında göremediği bilgilere de sahip olması mümkündür. Böyle bir şüphenin varlığında dahi hâkimin tarafsız olabilmesi hiçbir şekilde mümkün olamayacaktır.

Müdafiliğini yaptığı sanığın “bir başka davasında” hâkimin yasaklı olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Kanun koyucu “aynı davada” ifadesini kullanarak bir sınır çizmiş bulunmaktadır. Şu hâlde başka davada sanığın müdafiliğini yapmak yasaklılık hallerinden değildir. Ancak böyle bir durumda hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüphenin haklı olduğunu gösteren başkaca göstergelerin varlığı halinde hâkimin reddinin talep edilmesi mümkündür.

2.1.8.4. Mağdur Vekilliği Yapmak

Av. K. m. 1 “*Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.*” düzenlemesi ile avukatlık mesleğinin niteliğini açıkça belirtmiştir. Kanunun 2. maddesinde avukatların amacı “*hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak*” olarak gösterilmiştir.

Yargıtay⁸⁰⁹ “*Avukat, müvekkilinin her istediğini sınırsız bir biçimde yerine getirmek şöyle dursun, hukuk konusundaki bilgi ve denemelerin Yasalar ve adalet yararına kullanma ödeviyle bağlı ve yükümlüdür ve avukatlık ödevi bir kamu hizmetidir.*”

⁸⁰⁸ Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 69.

⁸⁰⁹ Yargıtay 4 HD 23.11.1970T. 2497/8629 aktaran **Ataman, Zeynep Pelin**, Savunma Etiği, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi Avukat El Kitabı I, s. 46. <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/elkitabı1.pdf> (E.T. 15.03.2020)

demektedir. Avukatlar her ne kadar kamu hizmeti veriyor olsalar da, kamu görevlisi değildirlir⁸¹⁰.

Avukatlar bağımsızdırlar. Kendilerine gelen işi kabul edip etmemekte tamamen özgürdürler. Ancak kamu hizmeti niteliğinde görev yaptıkları göz önüne alındığında bazı hallerde davayı üstlenmelerinin kamunun adalet ve avukatlık mesleğine olan inancına zarar vereceği kabul edilerek, avukatın mutlak anlamda kabul edemeyecekleri uyuşmazlıklar belirlenmiştir⁸¹¹.

Avukatlık Kanunu m. 13'e göre bir hâkim veya Cumhuriyet savcısının eşi, sebep veya nesep itibariyle usul ve fûruundan veya ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımlarından olan avukat, o hâkim veya Cumhuriyet savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemez⁸¹². Hemen burada belirtmek gerekir ki *Kuru* hâkimin eşi olan avukatın hâkimin bakmakta olduğu bir davada vekâlet alması halinde, hâkimin davadan çekilerek, davaya bir başka hâkim tarafından bakılması halinde dahi çekinen hâkimin eşinin artık o davada avukatlık yapamayacağını belirtmektedir. Bu görüşün gerekçesi Av. K. gereğince avukatın davaya bakmaya yasaklı olması olarak gösterilmektedir⁸¹³. Avukatın yasaklı olduğu davaya katılması halinde hâkimin reddi talep edilmelidir. Bu durum bir yasaklılık hali olarak düzenlendiğinden re'sen gözetilmesi gereken bir

⁸¹⁰ **Çine, Özcan**, Avukatlık Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 18. Yargıtay konuya ilişkin kararlarında cezai sorumluluk anlamında avukatı kamu görevlisi olarak kabul etmektedir. Yargıtay 5. CD 28.12.2015T., 2015/12090E., 2015/17843K. sayılı kararı aynen; “5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; avukatların 1136 sayılı Kanunun 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliği'nin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı...” <https://www.sinerjimevzuat.com> (E.T. 13.11.2019).

⁸¹¹ **Çine**, s. 97; Av. K. m. 38'de avukatın zorunlu olarak gelen işi reddetmesi gereken haller belirlenmiştir. Düzenlemenin c bendinde daha önceden hâkim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak görev yaptığı bir uyuşmazlıkta avukatın görev yapamayacağı, böyle bir talebin varlığı halinde işi reddetmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

⁸¹² Av. K. m. 13'de yapılan düzenlemede sadece “avukatlık edemez” ibaresi olduğu, bunun yaptırımının düzenlenmediği gerekçesi ile bu durumun hâkimin davaya bakamayacağı hallerden kabul edilerek görev yasağı olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin görüş için Bkz. **Kolcu**, s. 154.

⁸¹³ *Kuru* hâkimin önüne gelen davayı seçme şansının olmadığını belirtirken, avukatın hangi işi alıp almayacağını karar verme konusunda özgür olduğunu belirtmektedir. Ona göre yargılamanın zarar görmemesi adına avukatın işi alırken bu hususa dikkat etmesinde fayda bulunmaktadır. **Kuru**, s. 83.

durumdur. Hâkimin reddini talep edebilecek kişiler tarafından red talebinde bulunulmamış olsa da, yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilebilecektir.

Aynı sanık müdafiliğinde olduğu gibi mağdur vekilliğinde de sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır⁸¹⁴. Mağdurun sırlarını öğrenen kişinin daha sonra aynı davaya ilişkin olarak hâkimlik yapması CMK m. 22/1-g 'ye göre mümkün değildir⁸¹⁵.

CMK m. 2'ye göre vekil; katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukata verilen addır⁸¹⁶. CMK m. 22/1-g maddesi ise, aynı uyuşmazlıkta sadece mağdurun ceza muhakemesinin herhangi bir aşamasında temsilini yapan kişinin sonradan aynı davada hâkimlik yapamayacağını belirtmiştir⁸¹⁷. Burada bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere bazı hallerde suçtan zarar gören ile suçun mağduru farklı olabilmektedir. Suçun mağduru ve zarar göreninin farklı olması halinde CMK m. 22/1-g'nin uygulanıp uygulanmayacağı belirsizliği bulunmaktadır. Yine ceza muhakemesinde malen sorumlunun da vekili bulunmaktadır. Kanunun dar anlamda yorumlanması halinde böyle bir durumun varlığında suçtan zarar görenin ya da malen sorumlu olanın vekilliğini yapan kişinin, aynı davada hâkim olarak görev alması mümkün olabilecektir. Ancak böyle bir durumun maddenin amacı ile uyuşmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle hâkimin yasaklı olduğu hallere ilişkin olarak geniş yorum yapılarak suçtan zarar gören ve malen sorumlu olan vekilinin de aynı davaya hâkim sıfatıyla bakması mümkün olmamalıdır⁸¹⁸.

⁸¹⁴ *Erem*, Barolar ve Barolar Birliği nezdinde yapılan görevler sırasında avukatın kendi vekil ve müvekkil ilişkisi içerisinde olmadığı üçüncü kişilere ilişkin olarak elde ettiği bilgilerin de “avukatlık sırrı” kapsamında olduğunu belirtmiştir. **Erem**, Meslek Kuralları, s. 98; **Güner**, s. 47.

⁸¹⁵ 2802 s. Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 8/k “Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; yukarıdaki (i) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az üç yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibariyle kırkbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmak” <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 10.10.2020).

⁸¹⁶ Suçtan zarar görene ilişkin detaylı bilgi verilmiştir. Bkz. Bölüm 2.1.2.

⁸¹⁷ Doktrinde vekilin CMK'da yer alan müdafiden farklı olarak, yardımcı görevini değil, temsilcilik görevini yürüttüğü belirtilmektedir bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 225.

⁸¹⁸ **Kolcu**, s. 176.

Aynı davada yargılamanın iki süjesine ait makamda da bulunmanın doğru ya da olağan olmayacağı bir gerçektir⁸¹⁹. Hâkimin daha önce önüne gelen uyuşmazlıkta mağdur vekilliği yapmış olması halinde, mahkemeyi oluşturan heyet usulüne uygun kurulmadığından alınan karar hukuka kesin aykırı olacaktır.

Savunma hakkı kamusal bir hak olduğundan mağdurun da bir meslek erbabının yardımından dilediği takdirde yararlanma hakkı vardır ve bu haktan mahrum edilmesi kabul edilemez. Aynı şekilde katılanın da böyle bir hakkı olduğu kesindir. Daha önce aralarında vekil-müvekkil ilişkisi bulunan bir kişinin, bir başka davasında hâkimlik yapılması halinde CMK m. 22/1-g uygulanamayacaktır. Zira yasaklılık hali sadece “*aynı dava*” yönünden düzenlenmiştir. Ancak taraflar arasında daha önceden var olan bu vekâlet ilişkisinin hâkimin tarafsızlığı konusunda şüphe yaratması hayatın olağan akışına da uygundur. Böyle bir şüphenin varlığı halinde, CMK m. 25/1 gereğince de hâkimin reddinin talep edilmesi mümkün olacaktır.

2.1.9. Aynı Davada Tanık veya Bilirkişi Sıfatıyla Dinlenilmiş Olması

2.1.9.1. Tanık Sıfatıyla Dinlenmiş Olmak

Maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında, geçmişte yaşanmış ve sona ermiş olayı temsil eden verilere ihtiyaç bulunmaktadır. Hukuki anlamda ispata yarayan bu verilerden biri de “*tanık beyanı*”dır. Kamu hukukundan kaynaklı olarak toplumsal bir görev niteliğindeki tanıklık, yargılanan uyuşmazlıkta taraf olmayan kişinin bu uyuşmazlığa ilişkin duyu organlarından biri vasıtasıyla bilgi sahibi olması ve bu bilgilerini resmi makamlar huzurunda açıklamasıdır⁸²⁰. Tanığın tanımında da belirtildiği üzere unsurlarından biri “*taraf olmaması*”dır⁸²¹. “*Taraf olmamak*” şartı makam itibarıyla taraflık ile sınırlandırıldığında ceza muhakemesinde bir makamı işgal edenlerin uyuşmazlığa ilişkin olarak tanık olamayacağı ortaya koyulmaktadır. Örneğin davada

⁸¹⁹ Erem, Meslek Kuralları, s. 69.

⁸²⁰ Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 28,29.

⁸²¹ Yargıtay 2 CD 25.01.2010 T. 2009/38439E, 2010/1152K sayılı kararında tanık olan kişinin aynı dosyada bilirkişi olarak görev yapamayacağı belirtilmiştir. www.yargitay.gov.tr (E.T. 13.11.2019).

tanık olarak dinlenen kişinin sonradan yargılamanın süjesi konumuna geçerek hâkimlik görevini yapması mümkün değildir⁸²².

CMK m. 43-61’de tanıklık kurumuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. CMK m. 52 vd. uygun bir biçimde tanığın savcının veya hâkimin huzurunda yemin verilerek dinlenmiş olması, ifadelerinin tutanağa geçirilmesi ve kanunun gerek gördüğü hallerde sesli ya da görüntülü kayıt yapılması gerekmektedir⁸²³.

Hayatın olağan akışı içerisinde hâkimin de bir olaya tanık olması mümkündür ve vatandaşlık görevi gereğince mahkemeler huzurunda tanık olarak dinlenebilecektir. Ancak tanık olan kişi olayın tek bir tarafını görüp, olayı bir bütün olarak değerlendiremeyecek durumda olabilir⁸²⁴. Bu nedenle tanığın kendi his dünyasında yarattığı gördüğü olaya ilişkin bir önyargısı vardır ve bu önyargı konuya ilişkin her zaman gerçeği yansıtmamaktadır.

CMK m. 22/1-h’de yer alan düzenleme, hâkimin aynı davaya ilişkin olarak tanık sıfatıyla dinlenmemiş olmasını aramaktadır⁸²⁵. *Erem*’e göre, tanığı iddia veya savunmadan ayırmak mümkün değildir⁸²⁶. *Soyaslan* ’a göre, tanıklık hâkimlikten daha önemlidir, zira davaya bakmak için her zaman bir başka hâkim bulunabilecektir ancak

⁸²² YCGK 04.07.2006 T. 2006/5-127E, 2006/180K, YCGK 03.12.2002 T. 2002/4-291E, 2002/422K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 13.11.2019); **Feyzioğlu**, Tanıklık, s. 42.

⁸²³ Gerçekten TCK m. 272’de düzenlenen “*Yalan Tanıklık Suçu*” nun oluşabilmesi için sanığın yetkili merciler önünde dinlenmesi gerekmektedir, merciin yetkisi olmaması halinde suç oluşmaz. Bkz. **Göktürk, Neslihan**, “*Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)*”, GÜHFD, C.XX, 2016, S. 1, s. 362.

⁸²⁴ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 238.

⁸²⁵ Yargıtay 18 CD 11.01.2017T. 2015/19505E, 2017/ 345K. sayılı kararı “*Ceza Genel Kurulu’nun 23.10.2001 gün ve 9MD-229/230 sayılı ve 03.12.2002 gün ve 4MD-291/422 sayılı kararlarında da, aynı davada soruşturma veya koğuşturma aşamalarında tanık olarak dinlenmiş bulunanların o davada hâkimlik yapmalarının yargılama yöntemine kesin biçimde aykırılık oluşturduğu ve bu halin mutlak bozma nedeni olduğu vurgulanmıştır. İncelemeye konu olayda kararı veren hâkimin taraflarca tanık olarak gösterildiği anlaşılmalı, mahkeme hâkiminin aynı zamanda olayın tanığı olması nedeniyle hâkimlik görevini yapamayacağı halde yargılamaya katılarak, hüküm kurulması suretiyle CMK’nın 22/1-h maddesine aykırı davranılması*” Benzer yönde YCGK 04.07.2006 T. 2006/5-127 E, 2006/180K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 14.11.2019).

⁸²⁶ **Erem**, CMK Şerhi, s. 51.

bir uyumsuzluğa ilişkin olarak maddi gerçeği ortaya çıkartabilecek bir tanığın her zaman bulunması mümkün değildir⁸²⁷.

Hâkimin CMK m. 22/1-h'ye göre davadan yasaklanabilmesi için ceza muhakemesinin bir aşamasında dava konusu olaya ilişkin bilgileri alınarak, bu bilgilerin tutanağa bağlanmış olması zorunludur. Doktrinde hâkimin mahkemeye tanık olarak davet edilmiş olması yeterli olmayıp, aynı zamanda mahkeme huzurunda dinlenmesi yasaklanması için ön şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁸²⁸. Bu görüşe katılmakla birlikte, soruşturma aşamasında CMK m. 54/2'ye göre hâkimin savcı tarafından tanık sıfatı ile dinlenilmesi hali akla gelmektedir. Kanaatimizce böyle bir durumda da hâkimin yasaklanması gerekmektedir.

Soruşturma aşamasında PYSK m. 15'de “*Polis; yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müracaat lazımgelen kimseleri çağırır ve kendilerine lüzumu olan şeyleri sorar. Polis; müşteki, mağdur veya tanık ifadelerini, talepleri hâlinde ikamet ettikleri yerlerde veya işyerlerinde de alabilir.*” düzenlemesi ile polise yetkiler verilmiştir. Bu düzenlemede gelen ifade alma “bilgi alma” niteliğindedir. Kolluğun tanık dinleme yetkisi olmamasından dolayı bu aşamada bilgisine başvuru hâkimin, CMK 22/1-h'nin sınırlı olup yorumla genişletilemeyeceğinden yasaklı olmadığına ilişkin görüşler bulunmaktadır⁸²⁹. Ancak böyle bir durumda hâkimin dava konusu olaya ilişkin görgüsü olduğu ve kollukta beyanda bulunduğu durumlarda tarafsız yargılamayacağına ilişkin kanaat oluşması olağandır. Bu nedenle kollukta bilgisine başvuru hâkimin de davaya bakmaktan yasaklı olması gerektiği kanaatindeyiz.

Kantar yasaklılık için tanıklığın derecesinin ya da olaya ilişkin söylediklerinin bir öneminin olmadığını ve tanık sıfatıyla beyanı alınan bir hâkimin aynı davada görev almasının mümkün olmadığını belirtmektedir⁸³⁰. Şu hâlde olaya görgü tanığı olan bir

⁸²⁷ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s 458.

⁸²⁸ **Erem**, CMK Şerhi, s. 51,52; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 70.

⁸²⁹ **Kolcu**, s. 177.

⁸³⁰ **Kantar**, s. 56; Benzer yönde **Erem**, CMK Şerhi, s. 52.

kişinin, dosyanın hiçbir yerinde tanık sıfatıyla dinlenmemiş ve dolayısıyla tutanaklarda olmaması halinde hâkimlik yapması yasak değildir. Aynı şekilde ceza muhakemesine aykırı bir şekilde sözlü bir şekilde kolluk tarafından dinlenen tanığın ifadesi, tutanağa geçirilmemiş ise, davada hâkimlik yapmasına engel bir durum olmayacaktır. Tutanak, hâkimin yasaklılığında bir ispat aracı olarak değerlendirilmektedir. Kanaatimizce hâkimin aynı davaya ilişkin görüşlerini açıklaması ya da yazılı beyanda bulunması halinde, hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması gerekçe olarak gösterilerek reddinin talep edilebilmesi mümkündür.

Hâkimin tanıklığının hiçbir önemi olmayan davalarda hâkimin yasaklanmasının gerekmediği, ancak aynı olaya ilişkin başka davada tanıklık yapan hâkimin önüne gelen davada hâkimlik yapmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁸³¹.

Hâkimin tanık olarak dinlenmek üzere çağırılması hâkimin doğrudan davadan yasaklanmasına sebep olmamaktadır. Yargıtay tanık olarak davet edilen tanığın, gerçekten dava konusunu olayın görgü tanığı olup olmadığını da göz önüne almaktadır⁸³². Aksi kabulle tarafların kötü niyetli olarak hâkimin tanık olarak dinlenmesi için çağırmasına sebep olacaktır ki, bu durum açıkça tabii hâkim ilkesine de aykırılık teşkil edecektir⁸³³. Ancak tanık olarak davet edilen hâkim dinlenmemiş ve beyanları tutanağa bağlanmamışsa, yasaklılığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda hâkimin CMK m. 24/1 gereğince reddinin talep edilebilmesi mümkündür⁸³⁴.

Yasaklamaya ilişkin düzenleme CMK m.52/1 göz önüne alınarak da değerlendirildiğinde, tanıkların birbirlerini duymayacak biçimde ayrı ayrı dinlenmeleri

⁸³¹ Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 71.

⁸³² Yargıtay 18. CD 11.01.2017 T. 2015/19505 E, 2017/345 K. sayılı kararında “İncelemeye konu olayda kararı veren hâkimin taraflarca tanık olarak gösterildiği anlaşılmalı, mahkeme hâkiminin aynı zamanda olayın tanığı olması nedeniyle hâkimlik görevini yapamayacağı halde yargulamaya katılarak, hüküm kurulması suretiyle CMK ’nın 22/1-h maddesine aykırı davranılması...” www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 29.11.2018).

⁸³³ Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd. , s.306.

⁸³⁴ Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 71.

gerektiği bir gerçektir. Şu halde davada tanıklık yapmış olan bir kişinin hâkim olarak aynı zamanda diğer tüm tanıkları dinleyebilmesi de hukuken mümkün olmayacaktır.

2.1.9.2. Bilirkişi Sıfatıyla Dinlenmek

Bilirkişi hâkimin bilgisi olmadığı özel ve teknik konularda bilgisine başvuru olan kişidir. Bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulması amacıyla 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu kabul edilmiştir. Bilirkişilik Kanunu m. 2/b’de bilirkişi “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvuru olan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” olarak tanımlanmıştır⁸³⁵. Bu tanımdan hareketle doktrinde bilirkişinin hâkimin yardımcısı olduğunu söylemek, yargı yetkisinin sadece hâkimlere tanınmış olması ve hâkimin bilirkişi raporu ile bağlı olmamasına ilişkin yasal düzenlemeler karşısında doğru bulunmamaktadır⁸³⁶. Ancak *Yenisey/Nuhoglu*, bilirkişinin hâkim yardımcısı sıfatı olduğunu belirtmektedir⁸³⁷.

Kanuna göre bilirkişi, hâkim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirme ve nitelendirmelerde bulunmadan raporunu hazırlamakla görevlidir ve hukukçu bilirkişilerin, hukuk alanı dışındaki uzmanlıklarını belgelendirmeleri gerekmektedir⁸³⁸. Hâkimin teknik bilgisi bulursa bile, bu bilgiyi tartışma ortamını ortadan kaldıracığı gerekçesi ile teknik bilgisini kullanmaz. Hâkim bazı istisnai haller dışında bilirkişiye başvurmak zorunda değildir⁸³⁹.

⁸³⁵ 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, RG 24.11.2016/29898, www.resmigazete.gov.tr (E.T. 28.02.2019).

⁸³⁶ **Aşçıoğlu, Çetin**, “Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve (Hukuk Davalarında) Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi”, TBBD, C. 4, S. 3, Temmuz 1992, s. 350.

⁸³⁷ **Yenisey/Nuhoglu**, s. 227.

⁸³⁸ **Tutumlu, Mehmet Akif**, “Hukuki Konularda Hukukçu Bilirkişi Atanması Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 131, Temmuz 2017, s. 129.

⁸³⁹ CMK m. 74, 75, 78, 86, 87, 89 düzenlenen hallerin varlığında hâkimin bilirkişiye başvurma mecburiyeti vardır.

Ceza muhakemesi yönünden CMK m. 63, 64 ve 66'da bilirkişilik kurumu düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre bilirkişi incelemesi takdiri delil niteliğindedir⁸⁴⁰. Bilirkişi tanık değildir, ancak tanıklara ilişkin CMK m. 62'de yer alan hükümler bilirkişiler için de uygulanır⁸⁴¹.

CMK m. 67/6'da “*Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler.*” Ancak bu düzenlemede geçen “uzman” hâkim ya da savcı tarafından atanan bilirkişilerle aynı değildir. Bu uzmanlar aynı bilirkişiler gibi tanıklara ilişkin düzenlemelere tabii olup, kovuşturma aşamasında mahkeme huzurunda yemin ederler⁸⁴².

CMK m. 69-70'de bilirkişinin reddi ve çekinmesi düzenlenmiştir⁸⁴³. Kanun koyucu hâkimin reddi için düzenlenen sebeplerin varlığı halinde bilirkişinin reddinin talep edilebileceğini belirtmiştir. Şu hâlde kanun koyucu aynı hâkimden beklediği gibi,

⁸⁴⁰ CMK m. 69'a göre hâkimin reddini gerektiren sebeplerin varlığı halinde katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafileri ve C. Savcısı bilirkişinin de reddini talep etme hakkına sahiptirler. Yargıtay dava konusu olaya ilişkin olarak daha önce adli kolluk görevi yürüten bilirkişinin CMK 69'a göre bilirkişilik yapmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 7 CD 13.02.2018 T. 2017/13015E, 2018/1210K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 13.11.2019).

⁸⁴¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 221.

⁸⁴² Yenisey/Nuhoğlu, s. 223.

⁸⁴³ “*Bilirkişinin reddi Madde 69 – (1) Hâkimin reddini gerektiren sebepler, bilirkişi hakkında da geçerlidir. (2) Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, ret hakkını kullanabilirler. Hâkim veya mahkeme tarafından atanan bilirkişinin adı ve soyadı, engel sebepler olmadıkça ret hakkına sahip olanlara bildirilir. (3) Ret istemini davayı görmekte olan hâkim veya mahkeme inceler. Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısınca kabul edilmeyen ret istemi sulh ceza hâkimince incelenir. Reddi isteyen kişi, bunun nedenini, dayandığı olguları göstererek açıklamakla yükümlüdür.*”

Bilirkişilikten çekinme, bilirkişi olarak dinlenemeyenler

Madde 70 – (1) Tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da geçerlidir. Bilirkişi, geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir.”

bilirkişiden de taraf tutmamasını, görevini yerine getirirken objektif davranmasını beklemektedir⁸⁴⁴.

Aynı davada usul kanunlarına uygun bir biçimde bilirkişi olarak dinlenilmiş kişinin CMK m. 22/1-h hükmü gereğince hâkim sıfatıyla davaya bakmaktan kesin olarak yasaklanacağı düzenlenmiştir. Davaya ilişkin görüşünü açıklayan bir bilirkişiden, olaya ilişkin bir kanaati olduğundan tarafsız olması gereken hâkimin görevini yapmasını beklemek mümkün değildir⁸⁴⁵. Bu nedenle kanun koyucu adalet duygusunun zedelenmemesi adına bilirkişilerin aynı davada daha sonradan hâkimlik yapmasını yasaklamıştır.

Doktrinde taraflarca alınan, CMK m. 67/6'da düzenlenen bilimsel görüşlerin yer aldığı uzman mütalaalarının bu kapsamda olmadığı belirtilmektedir⁸⁴⁶. Hâkimin daha önce aynı davada uzman mütalaası sunmuş olması halinde CMK m. 24 kapsamında reddinin talep edilmesi mümkün olabilecektir.

Bilirkişinin bir ceza davasında değil de, aynı fiilden kaynaklı olarak aynı taraflar arasında görülen bir hukuk/idare vs. davasında da görev alarak, görüşünü açıklamış olmasının ceza muhakemesindeki hâkimin yasaklılığı için yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanunun lafzında “*aynı davada bilirkişi sıfatıyla dinlenilmenin*” yasaklandığı ve normun amacına uygun olarak “*aynı dava*” teriminin geniş yorumlanması halinde bu sonuca varmanın mümkün olacağı kanaatindeyiz. Ancak dar yorum yapılması halinde de tarafların CMK m. 24/1 gereğince hâkimin reddini talep edebilmeleri mümkündür.

Aynı davada tercümanlık yapmak bilirkişilik yapmak kapsamında değildir⁸⁴⁷. Bu nedenle tercümanlık yapmış bir kişinin daha sonra aynı davada hâkimlik yapmasını

⁸⁴⁴ **Yenisey/Nuhoglu**, s. 227.

⁸⁴⁵ **Ömeroğlu**, s. 41.

⁸⁴⁶ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 148.

⁸⁴⁷ Tercümandan faydalanma hakkı, ceza yargılamasında yargılama makamı ve diğer sùjeleri ile yargılamanın yapıldığı dili bilmeyen sùjeler arasında sağlıklı bir iletişimin kurulması amacı ile kabul

yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁴⁸. Zira bilirkişilikte davanın esasına ilişkin bir düşünce açıklaması varken, tercümanlıkta bir iradenin aktarılması söz konusudur.

Yasaklama için bilirkişinin duruşmada dinlenilmesi ya da raporunu hazırlayarak dosyaya sunması gerekmektedir⁸⁴⁹. Bilirkişi sıfatı ile çağrılmasına rağmen görevi üstlenmeyen, başka bir anlamda dinlenilmeyen ve dosyaya ilişkin rapor sunmayan kişinin yasaklanması söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay CMK m. 22’de yer alan düzenlemeden hareketle bilirkişinin yasaklanmasının hâkimin yasaklanmasına ilişkin kurallara tabii olması dolayısıyla, aynı davada tanık olarak dinlenen kişinin aynı davada bilirkişilik yapmasının da mümkün olmadığına hükmetmiştir⁸⁵⁰.

2.2. HÂKİMİN YARGILAMAYA KATILAMAYACAĞI HALLER

2.2.1. Genel Olarak

Klefish hâkimlere ilişkin yaptığı açıklamada; “*Yargıç, yargılamayı yöneten kişi olarak dosyayı okumuş ve fail ile eylemi hakkında bir kanıya varmıştır. Bu kanı, yargıçta, sanık yönünden gelecek düzeltme girişimlerini reddetme eğilimi uyandırabilir. Olayların büyük çoğunluğunda suçun doğru saptanması, eylemin iç yüzünün, sanığın ruhsal durumunun ve kişiliğinin saptanmasına bağlıdır. Yargıcın sanığı az tanıyabilmesi buna*

edilmiş bir haktır. **Kılıç, Ali Şahin**, “*Tercümandan Faydalanma Hakkı Kapsamında Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme*”, AÜHFD, S. 65/4, 2016, s. 2108.

⁸⁴⁸ **Kantar**, s. 57.

⁸⁴⁹ **Erem**, CMK Şerhi, s. 52; Her ne kadar kanunda “bilirkişi olarak dinlenmek” biçiminde kullanılmışsa da, genellikle bilirkişiler yazılı raporlarını dosyaya sunarlar ve gerek görülmesi halinde mahkeme huzurunda dinlenirler. Kanun koyucunun düzenlemedeki amacı göz önüne alındığında, bu durumun bilirkişi sıfatıyla görev yapmak, yazılı ve sözlü görüş açıklamak olarak algılanması gerekmektedir. Bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 72; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 148.

⁸⁵⁰ Yargıtay 2 CD 25.01.2010 T. 2009/38439E, 2010/1152K. Sayılı kararı www.yargitay.gov.tr (E.T. 13.11.2019).

olanak vermez.” diyerek daha önce yargılamaya katılan hâkimin elde ettiği kanının etkisinde kalabileceği gerçeğini hatırlatmıştır⁸⁵¹.

Gerçekten 1860’lardan sonra hükme doğrudan katılan hâkimlerin bu kararların üst mahkemeler tarafından incelenmesi sırasında karara katılamayacağına ilişkin düzenlemeler yapılmaya başlandığı, bu tarihten önce böyle düzenlemelere rastlanılmamasının sebebinin ise alt derece mahkemesi hâkiminin daha sonra üst derece mahkemesinde görev alması gibi bir olasılığın bulunmaması olduğu ifade edilmektedir⁸⁵².

Alman CMK’nın “*Önceki Yargılama İşlemlerine İştirak Edenlerin Görevden Yasaklanması*” başlıklı 23. maddesinde ceza muhakememizdeki düzenlemeye paralel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir⁸⁵³. Amerikan hukukunda hâkimin gereksiz yere aşırı derecede ağır yaptırım uygulamasının yüksek mahkeme tarafından bozulduğu haller, hâkim davanın taraflarına önyargılı davrandığına ikna edici bir kanıt olarak kabul edilmektedir⁸⁵⁴.

Kanun koyucu CMK m. 23’de yer alan düzenleme ile belirli hallerin varlığı halinde davaya ilişkin olarak tarafsızlığını kaybedeceğinden bahisle, kararın adil olmasını teminat altına alabilmek amacı ile hâkimin yargılamaya katılmasının önüne geçerek, adil yargılanma hakkını koruma altına almayı amaçlamıştır⁸⁵⁵. Zira hâkimin daha önce dosyaya ilişkin bir kanaati oluşur ve kendisinin dahi farkında olmadığı bu kanaatin hâkimin bilinçaltında yaşamaya devam edeceğine inanılır⁸⁵⁶. *Kunter*, bu düzenlemenin dayanağının ihsas-ı rey olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığını, hâkimin önceki kararının etkisinden kurtulamayarak layıkıyla görevini yapamayacağından duyulan

⁸⁵¹ Bkz. **Centel Başar**, Müdafî, s. 8,9.

⁸⁵² **Önder, Ayhan**, “*Ceza Muhakemeleri Usul Kanunumuzun 22 inci Maddesine göre Hâkimin Davaya Bakamayacağı Haller*”, İÜHFİM X, 2-4 (1967), s. 519-520.

⁸⁵³ **Yenisey/ Oktar**, s. 11-12.

⁸⁵⁴ “*Offutt v United States*” davası aktaran **Flamm**, s. 129.

⁸⁵⁵ **Önder**, s.521; **Ünver/ Hakeri**, s. 193.

⁸⁵⁶ **Erem**, Adalet Psikolojisi, s. 253; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 149.

endişe olduğunu belirtmektedir⁸⁵⁷. Gerçekten karar veren hâkimin bu kararın denetlenmesi sırasında kararın hatalı olduğunu bilse dahi bu kararını değiştirmek istememesi mümkündür⁸⁵⁸.

CMK m. 23'ün tasarıda yer alan gerekçesinde hâkimin yargılamaya katılamamasından hâkimin bazı yargısal işlemleri yapmaktan yasaklandığı, bu düzenleme ile “*kamu davasını açmakla ve bu husustaki işlemleri yürütmekle görevli olanlarla, hüküm mercileri arasındaki kesin ayırım*” ın muhafaza edilmesine ilişkin ilkesinin vurgulandığı belirtilmektedir⁸⁵⁹.

Yargıtay tensip kararı alan hâkimin, “*hâkimin, sanığın suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşturduğunu gösteren kararlardan*” olmaması sebebiyle ile Yargıtay nezdinde yapılan incelemeye ve inceleme sonucu alınan karara katılmasının CMK m. 23 kapsamında yargılamaya katılmasına engel durumlardan sayılmayacağını kabul etmiştir⁸⁶⁰. Burada akla hâkimin iddianamenin kabul kararına katılması hali gelmektedir. CMK m. 174/1'de iddianamenin iade sebepleri gösterilmektedir⁸⁶¹. Bu

⁸⁵⁷ **Kunter**, Hâkimin Oyunu Belli Etmesi, s. 332.

⁸⁵⁸ **Önder**, s. 522.

⁸⁵⁹ “1412 sayılı Kanununun 22 nci maddesinde “hüküm”den söz edilmektedir. Bu maddeye ilişkin gerekçede bu sözcüğün hem hükmü, hem de kararı tanımlayan geniş anlamda kullanıldığı belirtilmiş olmakla birlikte, uygulamada tereddüt ve yanlışya ortam bırakmamak için maddede “karar veya hüküm” denilerek her iki sözcüğe de yer verilmiştir. Hâkim, vermiş olduğu ve itiraz yoluna başvurulmuş kararı veya tenyiz edilmiş hükmü inceleyecek yüksek görevli mahkemedeki karara katılamaz. Toplanan delilleri tartışıp suçun nitelendirilmesini yapmak suretiyle görevsizlik kararı veren hâkim de yargılamayı yapacak yüksek görevli mahkemede görev alamaz. Karşılaştırmalı yargılama hukukunda bu konu daha kapsamlı olarak ele alınmıştır: Genel ilke, hâkimlerin önceden aynı işte soruşturmaya katılmamış olmalarıdır. Hâkimlerin, bir işe müdahale ettiklerinde önceden bir fikir veya düşüncelerinin olmaması gereklidir ve tarafsız kalmanın bir koşulu da budur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 6 ncı maddesine dayanarak hâkimin önce soruşturmasını veya bir soruşturma işlemini yaptığı davadaki usul işlemlerine katılmasını hukuka aykırı saymıştır. Avrupa usul kanunlarında da benzeri hükümler yer almaktadır. Ancak, pratik nedenlerle ilkeyi ihlâl eden kanunlar varsa da bu istisnalar Avrupa hukuklarında giderek gerilemektedir.” CMK Tasarısının Gerekçesi m. 23, www.mevzuat.tbmm.gov.tr (E.T. 09.10.2020).

⁸⁶⁰ YCGK 21.12.2010 T. 2010/11-246 E, 2010/266 K www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 10.11.2019).

⁸⁶¹ CMK m. 174/1 ; “(1) Mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar belirtilmek suretiyle; a) 170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenen, b) (Değişik:17/10/2019-7188/20 md.) Suçun sübütuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen, c) (Değişik:17/10/2019-7188/20 md.) Önödeme veya uzlaşturmaya ya da seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde önödeme veya uzlaştırma ya da seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenen, d) (Ek:17/10/2019-7188/20 md.) Soruşturma veya

sebeplerin esasa giren bir nitelikte olmadığı gözetildiğinde, iddianamenin kabulüne karar veren hâkimin içeriğe ilişkin bir değerlendirmesi olmadığını söylemek mümkün olacaktır.

CMK m. 23’de yapılan düzenlemenin yorum yolu ile genişletilmesi mümkün değildir⁸⁶². Burada akla CMK m. 141 kapsamında açılacak tazminat davaları gelmektedir. Bu davalara bakmakla m 142/2 ile “zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesi” kanunla yetkilendirilmiş ve görevlendirilmiştir. Bu maddeye göre yetkili ve görevli mahkemede tazminatın doğmasına sebep olan hâkimlerden birinin yer alması halinde CMK m. 23 hükmünün genişletilerek uygulanacak mıdır? Burada CMK m. 23’ün kıyas yolu ile genişletilmesi mümkün olmadığından, hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallerin varlığı ileri sürülerek hâkimin reddinin talep edilebileceği gibi, öncelikle hâkimin aynı gerekçe ile bu davadan çekilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ceza muhakemesi kanunu m. 23’de hâkimin davaya bakamayacağı haller başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir;

“1) Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.

2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.

3) Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.”

kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin alınmaksızın veya talep olmaksızın düzenlenen, İddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir.”

⁸⁶² *Kunter* bu düzenlemenin bir istisna olduğunu ve istisnaların ancak kanunla düzenlenmesi halinde sonuç doğurabileceğini, bu nedenle de kıyasla genişletilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. **Kunter**, Hâkimin Oyunu Belli Etmesi, s. 333.

2.2.2. Bir Karar veya Hükme Katılan Hâkimin, Yüksek Görevli Mahkemece Bu Hükme İlişkin Olarak Verilecek Karar veya Hükme Katılmaması

Yargılama sırasında hâkim hazırlayıcı nitelikte ara kararlar alarak nihayetinde alacağı son karara esas teşkil edecek bilgilerin toplanmasını sağlar⁸⁶³. *Kunter*, ilk soruşturmada hâkimin bir delili kabul etmesi gibi hazırlayıcı nitelikteki hükümlerin de bir hüküm niteliğinde olduğunu, yargılamada analiz görevini görerek oluşacak sentezle son hükmü meydana getirdiğini belirtmektedir⁸⁶⁴. Yine bir kişinin işlediği fiilin ceza hukuku normlarından birini ihlal ettiğinin iddia edilmesi halinde, bu fiilin suçu oluşturup oluşturmadığı ceza yargılaması sonucunda tespit edilecektir⁸⁶⁵. Hâkimler aldıkları kararları gerekçeli olarak açıklarlar, zira gerekçeli karar hâkimin tarafsızlığının kanıtıdır⁸⁶⁶. Ceza muhakememiz doğrudan doğruyalık ilkesini belirlemiştir⁸⁶⁷. Buna göre hâkimler yargılama sırasında doğrudan nüfus ettikleri deliller ve yargılama süresince elde ettikleri kanırlarla vicdani kanaatlerine göre karar verirler.

CMK m. 223'te "*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir*" düzenlemesi ile en son kararı hüküm olarak adlandırmıştır. Ancak maddenin devamında beraat kararının hangi hallerde verileceğini düzenleyerek, kanun koyucunun hüküm ve karar terimini eş anlamlı olarak kullandığı görülmektedir. Şu hâlde CMK m.23'te "*bir karar veya hükme katılan hâkim*" ifadesi ile kanun koyucunun kimi işaret ettiğini öncelikle ortaya koymak gerekmektedir.

Yargıtay, AİHM kararlarını göz önüne alarak yüksek görevli mahkemede görev yapma yasağının sadece önceki yargılama sırasında, "*kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluştuğunu gösterir nitelikteki*" kararlara katılan hâkimleri kapsadığını belirterek, bu haller arasında hiçbir ayırım yapılmaksızın önceki yargılama sırasındaki

⁸⁶³ **Günel, Kurşun**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayınevi, 2016, Ankara, s.65.

⁸⁶⁴ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 25; **Erem**, Diyalektik, s. 4.

⁸⁶⁵ **Erem**, Diyalektik, s.7; **Yurtcan**, Kesin Hüküm, s. 3.

⁸⁶⁶ **Aşçıoğlu, Çetin**, "*Yargıda Gereke Sorunu*", TBBD, S. 48, 2003, s. 112.

⁸⁶⁷ **Şahin, Cumhuriyet**, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 25 vd.

her türlü karara katılan hâkimin, yüksek görevli mahkemede görev yapamayacağını söylemenin düzenlemenin amacıyla bağdaşmayacağını kabul etmektedir⁸⁶⁸. Kanaatimizce hâkimin o davada yaptığı işlem veya aldığı işlemin niteliği göz önüne alınarak AIHM kararında geçen sanığın suçlu olup olmadığına düşünce oluşturmaya yeterli olup olmadığına göre karar verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde dosya kapsamında havale yaparak, davanın esasına ilişkin kanaati oluşmayan hâkimin de yargılamadan yasaklanması sonucu ortaya çıkacaktır.

Kunter, yargılamanın başında ve belirli aşamalarında yapılan geçici değerlendirmelerin son kararı etkiler nitelikte kabul edilemeyeceklerini belirtmektedir⁸⁶⁹. Gerçekten hâkimde sanığın suçluluğuna ilişkin herhangi bir düşünce oluşmasını sağlamayacak nitelikteki işlemlerde bulunan hâkimin daha sonradan yargılamaya katılmış olması CMK m. 23'ün ihlali olarak kabul edilmemiştir⁸⁷⁰. CMUK zamanında ayrı bir biçimde aleyhine kanun yollarına başvurulmuş bir hükme katılan hâkime değil, geniş anlamda o davada daha önce herhangi bir karara katılan hâkime ilişkin de bir düzenleme yapıldığı görülmektedir⁸⁷¹. CMUK'ta temyiz ve itiraz olmak üzere iki kanun yolu düzenlenmiştir⁸⁷². Bu nedenle temyiz ya da itiraz kanun yoluyla değil de; görevsizlik

⁸⁶⁸ Fey/Avusturya ve Bulut/Avusturya kararları, Yargıtay CGK 04.02.2014T 2013/1-538E 2014/29K “*Usul kanunumuzdaki yasaklamanın "ilk derece mahkemesince verilen hükümlere" katılan hâkimleri kapsadığında bir tereddüt yaşanmamakta ise de, "karardan" ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekmektedir. Zira AIHM kararları da nazara alındığında, yüksek görevli mahkemede görev yapma yasağının sadece önceki yargılama sırasında, "kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluştuğunu gösterir nitelikteki" kararlara katılan hâkimleri kapsadığı kabul edilmelidir. Bunun dışında, hiçbir ayırım yapılmaksızın önceki yargılama sırasındaki her türlü karara katılan hâkimlerin, yüksek görevli mahkemede görev yapamayacağını söylemek ise düzenlemenin amacıyla bağdaşmamaktadır.*” Benzer yönde Yargıtay 9 CD 27.04.2017 T. 2017/1112 E, 2017/1062 K, 14 CD. 13.03.2019 T. 2018/4995 E, 2019/8166 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 24.03.2019).

⁸⁶⁹ **Kunter**, Hâkimin Oyunu Belli Etmesi, s. 334.

⁸⁷⁰ Görevsizlik kararına itiraza ilişkin incelemede suçun oluşmasına ve nitelendirilmesine ilişkin kullanılan dilin davanın esasına girilerek bir kanaat açıklaması olmadığından CMK m. 23 kapsamında kabul edilmeyeceğine ilişkin Bkz. YCGK 21.12.2010 T. 2010/11-246E, 2010/266K, YCGK 07.06.2011 T. 2011/1-75 E, 2011/114 K. www.sinerjimevzuat.com (E.T. 12.11.2019).

⁸⁷¹ CMUK m. 22 “*Aleyhine kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyleyen hâkim mafevk mahkemesince bu hükme dair verilecek karara iştirak edemez.*” <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 12.10.2019), Bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 534; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 150.

⁸⁷² Mahkeme kararlarının her zamana hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün olamamaktadır. Hâkimler de tüm iyi niyet ve çabalarına rağmen, aldıkları kararlarda normun uygulanması, olayın doğru değerlendirilmesi aşamalarında hataya düşmüş olabilirler. Yine taraflar da kararın kanunlara ve

kararı vererek dosyayı bir üst mahkemeye gönderen hâkimin daha sonra üst mahkemede görev alması bir yasaklılık sebebi olarak kabul edilmemiştir. *Erem* bu düzenlemeye rağmen duruşmada sanığa isnat edilen suçun üst bir mahkeme tarafından bakılması gerektiği gerekçesi ile alınan görevsizlik kararlarında o hâkimin üst mahkemede aynı davaya bakmasının yasaklanması gerektiğini belirtmiştir⁸⁷³.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 23'ün tasarı gerekçesinde eski CMUK'ta yer alan düzenlemeye atıf yapılarak uygulamada karışıklık olmaması adına "*karar veya hüküm*" denilerek her iki sözcüğe de yer verildiğini belirtmiştir⁸⁷⁴. Bununla birlikte aynı gerekçede "*Hâkim, vermiş olduğu ve itiraz yoluna başvurulmuş kararı veya temyiz edilmiş hükmü inceleyecek yüksek görevli mahkemede karar katılamaz. Toplanan delilleri tartışıp suçun nitelendirilmesini yapmak suretiyle görevsizlik kararı veren hâkim de yargılamayı yapacak yüksek görevli mahkemede görev alamaz.*" açıklamasıyla hakkında itiraz yoluna başvuru karar ile temyiz yoluna başvuru hüküm olarak ayırım yapıldığı görülmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki yasaklılık bir üst mahkemede yapılan incelemeye katılmamaya ilişkindir. Aynı derecede aynı hükmün tekrar tatbikine ilişkin bir halin varlığında hâkimin yasaklılığından söz etmek mümkün olmayacaktır⁸⁷⁵.

2.2.2.1. Görevsizlik Kararı

CMK m. 4'e göre "*Davaya bakan mahkeme, görevli olup olmadığına kovuşturma evresinin her aşamasında re'sen karar verebilir.*" Görevsizlik kararı CMK m. 223'de

hakkaniyete aykırı olduğu yönünde bir görüşe sahip olabilirler. İşte bu sebeplerle kanun koyucu belirli şartların varlığı halinde kanun yoluna başvuru olarak, alınan kararın incelenmesini düzenlemiştir. **Taner**, s. 253.

⁸⁷³ **Erem**, CMK Şerhi, s. 52; Asliye Ceza Mahkemesinde duruşma yaparak delilleri toplayan hâkimin savcının talebi üzerine görevsizlik kararı veren hâkimin daha sonra aynı davaya Ağır Ceza Mahkemesinde katılmayacağına ilişkin bkz. YCGK, 12.07.1976 T, E. 1/335, K. 339 aktaran **Gözübüyük**, s. 255, 256.

⁸⁷⁴ <https://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> (E.T. 10.03.2019).

⁸⁷⁵ **Önder**, s. 524.

sayılan hükümlerden olmayıp, karar niteliğindedir. Bu nedenle CMK m. 23/1’de “*hüküm ya da karara katılan hâkim*” kapsamındadır.

Uygulamada görevsizlik kararı veren hâkimin yargılamadan doğrudan yargılamadan yasaklanmadığı görülmektedir⁸⁷⁶. Hâkimin daha önceden aynı davada görevsizlik kararı vermesi sebebi ile reddi talebine ilişkin yapılacak değerlendirmede, görevsizlik kararının gerekçesinde davanın esasına ilişkin bir değerlendirme yapıp yapılmadığı hususuna bakılmasının gerekmediği belirtilmektedir⁸⁷⁷. Aynı şekilde görevsizlik kararına yapılan itirazı değerlendiren hâkimlerin daha sonra o davaya bakmakla görevli olmaları onların reddi için tek başına yeterli bir kıstas olarak kabul edilmemektedir⁸⁷⁸. Yargıtay emsal kararlarında görevsizlik kararının itiraz üzerine değerlendirilmesi gibi bazı kararlara katılmış olan hâkimin reddine ilişkin taleplerde, bu tür kararların hâkimin tarafsızlığını ortadan kaldırmadığını, ancak hâkimin taraflı olduğunu gösterecek başka delillerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁸⁷⁹.

⁸⁷⁶ *Kolcu*’ya göre hâkimin görevsizlik kararı verirken gerekçesinde kullandığı dilin özenli olup olmadığına bakılmaksızın yüksek görevli mahkemede yargılamaya katılmaması gerekmektedir. Ona göre bu kabulde mahkemenin tarafsızlığı üzerinde şüphe oluşması engellenerek adil yargılanma hakkı sağlanacaktır. **Kolcu**, s. 191.

⁸⁷⁷ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 152; İstanbul BAM 12 Ceza Dairesi 18.05.2017 T. 2017/1040 E, 2017/1319 K sayılı kararında “ ...Yargıtay ...Ceza Dairesinin ...esaskarar ve ...esaskarar sayılı emsal içtihatları gereğince müştekiden edinilen kredi kartı bilgisi kullanılarak ödeme işleminin gerçekleştirildiği olayda; bir makinanın ya da bilişim sisteminin kandırılmasından söz edilemeyeceği cihetle, bilişim sistemi kullanılarak dolandırıcılık suçunun söz konusu olamayacağı, 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 3/e maddesi uyarınca “Kredi kartının, nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını” ifade etmesi karşısında kredi kartı bilgilerinden yararlanarak menfaat sağlanmasının kredi kartı gibi değerlendirilmesi gerektiği ve bu şekilde sanığın üzerine atılı eylemin 5237 sayılı kanunun ilgili maddesi kapsamında kalması ve bu suçun Asliye Ceza Mahkemesinin görevine girmesi...” gerekçesi ile verilen görevsizlik kararının suçun nitelendirilmesi konusunda dosyanın esas olarak incelenmesi sonucunda oluşan bir görüş açıklaması” olarak kabul etmiş ve hükmün bozulmasına karar vermiştir. www.sinerjimevzuat.com (E.T. 27.01.2021)

⁸⁷⁸ “Yasadan kaynaklanan görevsizlik kararını veren hâkimin Asliye Ceza Mahkemesinde yargılamaya katılması CMK’nın 23 maddesine aykırılık oluşturmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine katılmamıştır.” Yargıtay 8 CD 31.01.2008 T. 2007/9848 E, 2008/775 K aktaran **Kolcu**, s. 739; YCGK 07.06.2011 T. 2011/1-75 E. 2011/114 K. www.sinerjimevzuat.com (E.T.18.09.2019).

⁸⁷⁹ “Sanıkların suçlarının vasıflandırılmasını belirlerken bu durumda ateş eden bir kişi ya da kişilerin müştekiyi öldürme kastı altında hareket ettiklerini gösterecek hiçbir sübut delili bulunmadığı şeklinde gösterilen gerekçe” ile alınan görevsizlik kararına ilişkin Bkz. YCGK 07.06.2011 T. 2011/1-75 E, 2011/114 K, www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 02.12.2018).

Kanun tasarısının gerekçesinde ayrıca CMUK zamanında doktrinde tartışmaya sebep olan “*görevsizlik kararı veren hâkimin*” yüksek mahkemede aynı davanın görülmesine ilişkin yargılamaya katılması ile ilgili açıklamada bulunulmuştur. Gerekçede görevsizlik kararının “*toplanan delilleri tartışıp suçun nitelendirilmesini yapmak suretiyle*” verilmesi halinde hâkimin artık yüksek görevli mahkemede o davaya bakamayacağı açıkça belirtilmiştir⁸⁸⁰. Delillere nüfuz eden ve bu deliller üzerinde değerlendirme yaptıktan sonra suçun nitelemesini yapan hâkimin artık o konuya ilişkin bir kanaati vardır. Artık hâkimin yüksek görevli mahkemede tarafsız bir biçimde davaya bakmasına ilişkin bir şüphe oluşacaktır. Bu sebeple delilleri tartışarak görevsizlik kararı veren hâkimin yüksek görevli mahkemede yargılamaya katılmaması gerekmektedir.

Doktrinde, Yargıtay’ın kararlarında görevsizlik kararı veren hâkim ile bu karara karşı yapılan itiraz üzerine karar veren hâkim yönünden alınan kararlarda çelişki olduğu yönünde eleştiri bulunmaktadır⁸⁸¹. Bu düşünceye göre her iki durumda da hukuki bir niteleme yapılması gerektiğinden, aslında iki durum arasında hukuki anlamda bir fark bulunmamaktadır. Gerçekten görevsizlik kararı gerekçesinde hukuki niteleme yaparken suçun unsurlarına ve bu unsurların bulunup bulunmadığına ilişkin görüşünü açıklayan hâkimin o davaya ilişkin bir kanaatinin oluştuğunu kabul etmek gerekir.

2.2.2.2. Tutuklama Kararı

Yargıtay tutuklama kararlarına karşı itiraz üzerine inceleme yapan hâkimin Yargıtay üyesi seçilmesinden sonra, aynı davanın temyiz incelemesine katılmasını CMK

⁸⁸⁰ www.adalet.gov.tr (E.T. 13.10.2019).

⁸⁸¹ *Turhan* Yargıtay 8 CD 08.02.2016 T. 2014/32889 E, 2016/1153 K sayılı kararında da kabul edildiği üzere görevsizlik kararına ilişkin bu durumun CMK m. 23/1 kapsamında da değil de CMK m. 24/1 kapsamında her olaya göre ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Ona göre sadece aleyhinde itiraz, istinaf veya kanun yoluna başvurulmuş bir hükme katılmış hâkim yönünden kanun yolu incelemesine katılmasına ilişkin bir düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır. **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 153-154.

m.23/1'e ve AİHS m.6'da düzenlenen tarafsız mahkemeler önünde yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir⁸⁸².

Buna karşılık CMK m. 100'ün unsurlarını değerlendirerek tutukluluğa ilişkin bir karar veren hâkimin, ilerleyen zaman içerisinde delillerin durumunun değişmesi ile kararını değiştirmesi söz konusu olabilecektir. Kuvvetli suç şüphesini gösteren deliller üzerinden bir değerlendirme yapsa da hâkim davanın esasına ilişkin kesin bir kaniya sahip olamayacağından ilerde üst mahkemede yapılacak olan yargılamaya katılabileceği görüşü ileri sürülmüştür⁸⁸³. Kanaatimizce delillere nüfus eden hâkimin esasa ilişkin hiçbir fikrinin olmadığını söyleyebilmek mümkün olmadığından hâkimin üst mahkemede davaya bakmasına engel olmadığını kabul etmek mümkün değildir.

2.2.2.3. Kanun Yolları

Ceza muhakemesinde, hükme karşı başvurulabilecek kanun yolları düzenlenmiştir. Ara kararlara karşı kanun yolları incelendiğinde, bir kısmına karşı itiraz yolu düzenlenmişken, bir kısmı içinse son karar ile birlikte istinaf ve temyiz yoluna başvurma hakkı tanındığı görülmektedir. Bazı ara kararlara karşı ise tüm kanun yolları kapalıdır.

CMK m. 23'te belirtilen durumlarda yargılama sırasında bir karar veya hükme katılan hâkimin bu davaya ilişkin görüşünü ortaya koyduğu ve davaya ilişkin olarak yargılama sırasında bilgi sahibi olduğu bir gerçektir. Mahkûmiyet hükmü veren hâkimin, aynı karara karşı yapılan kanun yolu başvurusu üzerine yüksek görevli mahkemede görev

⁸⁸² “Bu kapsamda ağır ceza mahkemesi başkanı olarak görev yaptığı dönemde, itiraz üzerine sanıkların tutukluluk durumunu inceleyip, "mahkûmiyet ve tutukluluk hallerinin devamına" ilişkin kararın yerinde olduğuna dair görüş açıklayan hâkimin, Yargıtay Üyesi seçildikten sonra temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay Özel Dairesinde aynı işin temyiz incelemesine katılması, "hâkimin davaya bakamayacağı hallerden" olup, CMK 'nun 23/1. maddesinin yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 08.06.1999 gün ve 1450-156; 03.03.2009 gün ve 21-46 ile 27.09.2011 gün ve 250-190 sayılı kararları da benzer niteliktedir” YCGK 12.04.2014T. 2013/1-538E, 2014/29 K. www.sinetjimevzuat.com.tr (E.T. 24.03.2019).

⁸⁸³ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 74,75; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 149.

alması da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁸⁸⁴. Yine hâkim oyçokluğu ile alınan bir kararda karşı oy kullanmış olsa dahi artık görüşünü belli etmiştir.

Kanun yolu incelemesi sırasında yüksek mahkemede daha önce görüşünü açıklamış veya davaya ilişkin bilgi sahibi olan bir hâkimin görevlendirilmesi halinde hâkim, hem kendi kararını denetlemiş olacak hem de ne kadar objektif olmaya çalışırsa çalışsın hâkimin tarafsızlığı konusunda kamuoyunda bir şüphe oluşmasına engel olamayacaktır. Kanun koyucu adil yargılanma hakkı sebebi ile üstlendiği yükümlülüklerini tam olarak yerine getirerek, hâkimlerin tarafsızlıklarına ilişkin en ufak şüphe doğuracak durumun varlığını ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 23'te yapılan düzenleme göz önüne alındığında kararların ya da hükmün çeşitlerine göre bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Şu hâlde akla gelen soru, gerekçe ile maddenin içeriğinin çelişip çelişmediği olmaktadır. Katıldığımız görüş soruşturma ve kovuşturma aşamasında gerek kararlara katılan gerekse hükümde imzası bulunan tüm hâkimlerin, bu kararların denetimine katılmaması gerektiği yönündedir⁸⁸⁵. Ancak bu kabul ile düzenleme amacına ulaşılacaktır. Bununla birlikte her hüküm ya da karar davanın esasına ilişkin değildir. Nitekim CMK m. 223/8'e uygun bir biçimde verilmiş düşme, durma kararlarının hâkimin davaya bakarken ön yargılı davranacağına ilişkin bir gösterge olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir⁸⁸⁶. Düzenlemenin geniş yorumlanması halinde bu kararlara katılan hâkimlerin de üst mahkemede görev alması mümkün olmayacaktır.

Şu hâlde kovuşturma aşamasında bir karar veya hükme katılan hâkim BAM ve Yargıtay incelemesine, Yargıtay 'ın temyiz incelemesine katılan hâkim Genel Kurul'da yapılacak olan inceleme ve karara, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara katılan hakim bu kararın kanun yolu incelemesine katılamayacaktır.

⁸⁸⁴ Yargıtay 12 CD 13.02.2017 T. 2016/12360 E, 2017/981 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 02.12.2018).

⁸⁸⁵ Bkz. **Özen M**, s. 148.

⁸⁸⁶ Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen bankacılık zimmeti suçu sebebi ile yapılan yargılamada, BDDK veya ilgili bankanın herhangi bir şikâyeti bulunmaması örneğinde düşme kararı veren hâkim aslında davanın esasına girmemiş ve görüşünü açıklamamıştır.

CMK m. 231/5'e göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlara CMK m. 231/12'ye göre itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Yargıtay'a göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar veren bir hâkimin, CMK m. 23'e göre bu karara ilişkin yüksek görevli mahkemede yargılama faaliyetine katılmasına bir engel bulunmamaktadır. Aynı yöndeki karara göre bu kabulün gerekçesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının CMK m. 223'de düzenlenen hükümlerden olmaması gösterilmiştir⁸⁸⁷. Hüküm açıklanmasının geri bırakılması kararı, davanın esasını çözen nitelikte bir hüküm niteliğinde olmadığından, verilecek hüküm veya kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan bahsetmek de mümkün olmayacağı doktrinde belirtilmektedir⁸⁸⁸. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Yargılamayı yapan ve esasa giren hâkim aslında o davaya ilişkin delillere nüfuz etmiş, tarafları dinlemiş, bir kanaate varmıştır. Nitelim CMK m. 231/5 "*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl (2) veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir*" hükmünü içermektedir. Bu düzenlemeye göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için mahkemenin sanığın dava konusu suçu işlediğini kabul ederek, bir mahkûmiyet hükmü kurmuş olması gerekmektedir⁸⁸⁹. Yine beraat, durma, düşme, davaların ayrılması ve birleştirilmesi gibi kararlar mahkûmiyet hükmü içermediklerinden, bu kararlara ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da verilememektedir⁸⁹⁰. O halde hâkim mahkûmiyet hükmü verecek kadar dosyaya vakıftır. Bu nedenle hâkimin salt hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verdiği bahisle yüksek mahkeme nezdinde yapılacak yargılamaya katılması mümkün değildir.

⁸⁸⁷ Yargıtay 17 CD 03.11.2014T. 2013/11484 E, 2014/14914K. sayılı kararında "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, 5271 sayılı CMK'nın 23. maddesinde belirtilen hükümlerden değildir. Bunun sonucu olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar, CMK'nın 223. maddesinde sayılan hükümlerden olmadığından, bu tür kararların yasa yararına bozulması durumunda yargılamanın tekrarlanması yasağına ilişkin kurallar uygulanamayacağı gibi, davanın esasını çözen bir karar bulunmadığı için verilecek hüküm veya kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan söz edilemeyecektir.*" www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 02.12.2018).

⁸⁸⁸ **Özbek, Veli Özer**, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.780.

⁸⁸⁹ **Epözdemir, Rezan**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 107,108.

⁸⁹⁰ **Baştürk, İhsan**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 232, 233.

Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan itiraz üzerine incelemenin kapsamına ilişkin de doktrinde birçok tartışma bulunmaktadır⁸⁹¹. İtiraz üzerine yapılan incelemede suça ve bu suç için düzenlenen cezanın kapsamına, sanığın daha önce kasıtlı bir suç işleyip işlemediği, mağdurun zararını giderip gidermediği gibi objektif koşulların varlığının belirlenmesine bakılması gerektiği genel anlamda kabul edilmektedir⁸⁹². Yargıtay'ın da sadece şekil yönünden inceleme yapılmasına ilişkin kararları bulunmaktadır⁸⁹³. Ancak itiraz üzerine yapılan incelemede davanın esasına girilerek delillere nüfuz etmenin gerektiğine, sanığın beraat etme olanağının ortadan kaldırıldığına ilişkin de görüşler bulunmaktadır⁸⁹⁴.

Görüldüğü üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraz incelemesine ilişkin birçok farklı görüş olsa da, Yargıtay'ın uygulamada istikrarlı bir hale gelen kararlarına göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını inceleyen itiraz merci esasa ilişkin de inceleme yapabilmektedir⁸⁹⁵. Şu halde itiraz merci olarak davanın

⁸⁹¹ Esasa ilişkin inceleme yapılmaması halinde sanığın beraat hakkının elinden alınacağına ilişkin bkz. **Yıldırım, Akif**, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 462.

⁸⁹² **Güngör, Devrim/ Okuyucu Ergün, Güneş**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, AÜHFED, C. 65, S. 4, 2016, s.1961; **Yıldırım**, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, s. 462.

⁸⁹³ “...merciin suçun sübutu veya ceza miktarı itibarıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması sınırları içerisinde kalan eylemin vasıflandırmasıyla ilgili bir değerlendirme yapması mümkün değildir. Zira bu tür aykırılıklar hükmün açıklanması durumunda temyiz ya da kanun yararına bozma yollarının konusu olacaktır.” Yargıtay 11 CD 16.11.2016 t 2016/9684E, 2016/7622K, “Somut olayda, merciince evrak üzerinde inceleme yapılmış ve kanıt değerlendirmesine girilerek kanıtların, görevi savsama suçunun sübutu için yeterli olmadığı kabul edilip, sanık hakkında beraat kararı verilmiştir. Merciince evrak üzerinde inceleme yapılabildiğinden, itiraza konu karar yönünden yapılacak inceleme de ancak 231. maddenin objektif koşullarının belirlenmesi ile ilgili sınırlı bir inceleme olmalıdır. Duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı olacaktır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadan, bu karara konu olan ve 231. maddenin 5. fıkrası uyarınca henüz hukuki varlık kazanmamış olan hükmün değerlendirilmesi, 231 ve 271. maddelerdeki düzenlemelere aykırıdır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır. Özel Dairece, merci kararının bu yönde değerlendirilerek, beraat kararı verilmesinin yasaya aykırı bulunması sonucunda bozulmasına karar verilmesi isabetlidir.” YCGK 03.02.2009T. 2009/4-13 E, 2009/12 K (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁹⁴ Bkz. **Yıldırım**, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, s. 458.

⁸⁹⁵ Yargıtay 19 CD 18.12.2019 T. 2019/33957 E, 2019/15831 K sayılı kararı www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 06.03.2021)

esasına girerek bir değerlendirme yapan hâkimin uyuşmazlığa ilişkin bir kanaati oluşup, bunu açıkladığından reddinin de mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay yüksek mahkeme üyelerinin aynı davanın temyiz incelemesine katıldıktan sonraki aşamalarına örneğin genel kurul incelemelerine katılmaları CMK m. 23 kapsamında kabul etmemiş ve bu gerekçe ile yapılan hâkimin reddi talebinin kabul edilmesi mümkün olmadığına karar vermiştir⁸⁹⁶. Ceza genel kurulunun çalışmasının düzenlendiği Yargıtay Kanunu m. 41/2'de sadece özel dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlara karşı yapılan itiraz ve temyiz taleplerine karşı, o karara katılan hâkimlerin kurullarda görev alamayacağı düzenlenmiştir. Temyiz makamı olarak yapılan incelemede görev alan hâkimlerin genel kurulda görev almaması düzenlenmemiştir.

2.2.3. Soruşturma Evresinde Görev Yapan Hâkimin Kovuşturma Evresinde Görev Yapmaktan Yasaklı Olması

Soruşturma aşamasında hâkim koruma tedbirlerine ilişkin talepleri değerlendirerek, maddi gerçeğin ortaya çıkması için kararlar alır. Aynı zamanda soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcılarını veya hâkimler tarafından alınan kararlara karşı yetkili kişiler tarafından yapılan itirazlar üzerine incelemeler yaparak, talepler değerlendirilmektedir. Soruşturma aşamasında CMK hükümlerine uygun olarak hâkim tutuklama, arama kararı, el koyma kararı, kayyım atama, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirmesi, teknik araçlarla izleme kararı gibi kararlar verebilmekte, bunlara ilişkin itirazlar değerlendirilmektedir⁸⁹⁷. İşte bu aşamada karar veren bir hâkimin, iddianamenin kabulü ile birlikte başlayan kovuşturma aşamasında tarafsız olamayacağı

⁸⁹⁶ YCGK 16.09.2014 T. 2013/6-39 E, 2014/372 K. sayılı kararında "...Sanık tarafından reddi hâkim gerekçesi olarak ileriye sürülen, "aynı dosyanın daha önce temyiz incelemesine katılmış olmak" tarafsızlığı şüpheye düşürecek bir neden olmadığı gibi somut olayda reddi istenen Yargıtay Başkan ve Üyelerinin tarafsızlıklarını şüpheye düşürecek başka bir neden de bulunmamaktadır." www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 29.11.2018).

⁸⁹⁷ AYM 14.01.2015 T. 2014/164E, 2015/12K. sayılı kararında özetle; sulh ceza hâkimliklerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak oluşturuldukları ve bu hâkimliklerin kararlarına karşı yapılacak itirazların da uzmanlaşma ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla yine aynı hâkimliklerce incelenmesini öngören kuralların hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkına aykırı olmadığına karar vermiştir. RG 22.05.2015/29363

değerlendirilerek, yargılamaya katılamayacağı kabul edilmiştir. Maddenin lafzi yorumunda sadece soruşturma aşamasında görevli olmanın yeterli olduğu ancak amaçsal yorum yapılması halinde soruşturma aşamasında yapılan işlem ya da alınan kararın niteliğine bakılarak, ihsas-ı rey anlamına gelecek işlemleri gerçekleştiren hâkimin yasaklanması gerektiği belirtilmektedir⁸⁹⁸. Nitekim AYM sulh ceza hâkimliklerinin tabii hâkim ilkesine aykırı olduğu, bağımsız ve tarafsız olmadıkları, kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığı, tutuklama kararına karşı etkili bir başvuru yolu olmadığı, soruşturma dosyalarına erişim haklarının engellendikleri ve masumiyet karinesinin çiğnendiği gerekçesi ile yapılan bireysel başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması gerekçesi ile reddine karar vermiştir⁸⁹⁹.

Gerçekten hâkimlerin soruşturma aşamasında konuya ilişkin kararlar vererek, daha önceden bir fikir sahibi olmaları ceza hukuku anlamında kabul edilebilecek bir durum değildir. Böyle bir durumun varlığı halinde hâkimden tarafsız kalmasını beklemenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim kanunun gerekçesinde de genel ilkenin hâkimlerin daha önceden aynı işte soruşturma işlemlerinde bulunmaması olduğu; AİHM'nin, AİHS m. 6 hükmüne göre hâkimin önce soruşturmasını veya herhangi bir soruşturma işlemini yaptığı uyuşmazlığın yargılamasına katılmasını hukuka aykırı kabul ettiği belirtilmiştir⁹⁰⁰.

Ceza Muhakemesi Usul Kanunu düzenlemesine ilişkin olarak doktrinde; soruşturma aşamasında olayın aydınlatılması ve delillerin toplanmasına ilişkin işlemler hariç, esaslı

⁸⁹⁸ **Özen M**, s. 148.

⁸⁹⁹ AYM 08.04.2015T. Başvuru No: 2014/14061, RG 08.07.2015/29410

⁹⁰⁰ <https://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> (E.T. 10.03.2019); bkz. AİHM De Cubber/Belçika kararı (26 Ekim 1984, Başvuru No. 9186/80), **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 193; AİHM Karakoç ve diğerleri v. Türkiye, 15.10.2002 T. Başvuru No: 33179/96 sayılı kararında, başvurucular tutuklama kararına imza atan hâkimlerin daha sonra aleyhlerinde açılan kamu davasında da görüş bildirmelerini mahkemenin tarafsız olmadığı delili olarak göstermiş ve AİHM hâkimlerin tutuklama kararını vererek dava esasına ilişkin görüşlerini açıkladıklarını kabul ederek sözleşmenin 6. maddesinin ihlal gerekçelerinden biri olarak kabul etmiştir. www.adalet.gov.tr (E.T. 13.11.2019).

olmayan işlemleri yapan bir hâkimin davaya bakmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁹⁰¹.

5320 sayılı yasanın 11. maddesi “*Ceza Muhakemesi Kanununun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz.*” hükmü ile CMK m. 23/2’nin uygulama alanını daraltmıştır⁹⁰². CMK m. 163’te soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. CMK ilk kabul edildiği şekilde soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yürütülmesi istisna olarak yer almazken, bu düzenlemenin 5320 sayılı yasanın 11. maddesi ile değiştirildiği görülmektedir⁹⁰³. Düzenleme ile soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yürütülmesi hali haricinde, başka hallerde CMK m. 23/2’nin uygulanmasının önüne geçilmiştir⁹⁰⁴. Bu kabulün sebebi, doktrinde hâkim sayısının günümüz koşullarında yeterli olmaması olarak açıklanmaktadır⁹⁰⁵. İki hâkimin bulunduğu küçük yerlerde bir hâkim tarafından tutuklama kararı verilirken, tutuklamaya itiraz üzerine o davaya bakan ve aynı bölgedeki tek diğer hâkimin de CMK m. 23’e göre yasaklanması halinde, yargılamanın kilitleneceği yönünde gelen eleştiriler düzenlemenin yürürlük kanunu ile değiştirilmesine sebep olmuştur⁹⁰⁶.

⁹⁰¹ **Kantar**, s. 57.

⁹⁰² 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, RG 31.03.2005/25772.

⁹⁰³ 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulamasına İlişkin Kanun, RG 31.03.2005/25772 “*Yargılamaya katılamayacak hâkim MADDE 11 .- (1) Ceza Muhakemesi Kanununun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz.*”

⁹⁰⁴ Yargıtay 1 CD 15.04.2008 T. 2007/2898E, 2008/3015K sayılı kararı; “*5271 sayılı CMK’nın 23/2. maddesindeki Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz kuralı, 5320 sayılı CMK’nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 11. maddesi gereğince, CMK’nın 163. maddesinde sayılı (suçüstü hali ile gecikmesinde sakıncalı bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet Savcısının iş gücünü aşıyorsa), soruşturmanın sulh ceza hâkimince yapıldığı durumlara ilişkindir. Bu nedenle, soruşturma aşamasında tutuklama kararı veren hâkimin durumu CMK. 23/2. maddesi kapsamında bulunmadığından, tebliğnamedeki (3) no.lu bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.*” www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 15.03.2020)

⁹⁰⁵ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 238-239.

⁹⁰⁶ **Ünver/ Hakeri**, s. 194.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 23'ü işlevsiz bırakan böyle bir düzenlemenin ileride yargısal alandaki eksikliklerimiz tamamlandıktan sonra kaldırılmasının, düzenlemenin amacına uygun bir hale getirilmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar düzenleme küçük yerlere özgü durumlar göz önüne alınarak CMK m. 163 yönünden sınırlandırılmışsa da, aynı düzenlemenin ikiden fazla hâkimin bulunduğu yerlerde de uygulanmaya devam ettiği ve soruşturma aşamasında da hâkimin uyuşmazlığa ilişkin olarak bilgi sahibi olduğu, bu durumun da ileriki aşamalarda tarafsızlığını etkileyeceği bir gerçektir. *Önder*'in de belirttiği gibi delilleri toplayan hâkimin bu delillerle birlikte diğer üyelere etki edebileceğini, tek hâkimli bir mahkemede ise karar verirken kendisinin bizzat bu etki altında faaliyet gösterecektir⁹⁰⁷.

5320 sayılı yasanın 11 maddesi düzenlemesiyle, suçüstü halinde gecikmesinde sakınca bulunan bir durumda, Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması halinde soruşturma işlemleri sulh ceza hâkimi tarafından yürütülmüş ise, aynı sulh ceza hâkiminin kovuşturma aşamasında artık bu davaya bakması mümkün değildir⁹⁰⁸. Ancak Cumhuriyet Savcısı tarafından yürütülen bir soruşturma kapsamında tutuklama, teknik takip, gizli soruşturmacı, el koyma gibi kararlar alan sulh ceza hâkimi, aynı davanın kovuşturma aşamasında davaya katılabilecektir⁹⁰⁹.

Doktrinde soruşturma aşamasında görev alan ve madde yönünden yetkisizlik veren hâkimin daha sonra aynı olayın kovuşturma aşamasında görev alması mümkün olarak değerlendirilmektedir⁹¹⁰. Bu durum CMK m. 23/2'nin sadece CMK m. 163'ün yönünden uygulanmasına ilişkin düzenlemeye de uygundur.

Doktrinde CMK m. 163 düzenlemesi ile savcılık yetkilerini kullanan bir hâkimin yargılamanın iddia makamını teşkil eden süjesinin görevini yapıp sonradan bir başka süjenin yerine geçerek karar vermesinin mümkün olmadığı yönünde görüşler

⁹⁰⁷ *Önder*, s. 522.

⁹⁰⁸ *Toroslu/ Feyzioğlu*, s. 124; *Yenisey/Nuhoğlu*, s. 165.

⁹⁰⁹ Alman Ceza Muhakemesinde de aynı yönde düzenleme olduğuna ilişkin olarak Bkz. *Turhan*, *Hâkimin Tarafsızlığı*, s. 155, 156.

⁹¹⁰ *Toroslu/ Feyzioğlu*, s. 124-125.

bulunmaktadır⁹¹¹. Bu durumu aynı zamanda CMK m. 22/1-g’de düzenlenen aynı davada savcılık görevini yapan hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olması ile de açıklamak mümkündür.

Kanaatimiz soruşturma aşamasında kararlar alan her hâkimin, o kararların niteliği gereği konunun esasına ilişkin bilgi sahibi olması gerektiği yönündedir. Zira soruşturma aşamasında alınan koruma tedbirlerine ilişkin her tür kararlar kişilerin gerek AİHS gerekse AY ile korunan en temel hak ve hürriyetlerini açıkça sınırlandıracak niteliktedir. Hiçbir hâkim bu kadar önemli kararların altına konunun esasına girmeden imza atmayacaktır. Kuvvetli suç şüphesini gösteren delillere temas edeceğinden dava konusu olaya ilişkin kanısı oluşacaktır. Bu nedenle CMK m. 23/2’nin hiçbir istisna olmaksızın uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Hükmü verecek olan hâkimin soruşturma aşamasındaki işlemlerin etkisi altında kalmadan, önyargısız bir biçimde sanık hakkında hüküm kurması gerekmektedir⁹¹².

Yargıtay emsal kararlarında hâkimin ihbarı ile soruşturmanın başladığı hallerde, hâkimin dava konusuna ilişkin olarak görüşünü belli ettiği gerekçesi ile ceza davasının kovuşturma aşamasında yargılamaya katılmasının CMK m. 23/2 hükmü gereğince mümkün olmadığını kabul etmiştir⁹¹³. Burada suç ihbarında bulunmak soruşturma aşamasının bir parçası olarak kabul edildiğinden, soruşturma aşamasında yargılama faaliyetinde bulunmasa dahi hâkimin davaya bakmaktan yasaklandığı görülmektedir. Hâkimin CMK m. 23/2 yerine, CMK m. 22/1-g ya da h hükmü ile hâkimin davaya bakmaktan yasaklanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

⁹¹¹ Ünver/ Hakeri, s. 195.

⁹¹² Önder, s. 522.

⁹¹³ Yargıtay 9. CD 18.03.2013 T. 2012/4544 E, 2013/4098 K. sayılı kararında “....Sanıklar hakkında açılan davanın konusunu oluşturan olayların Senirkent Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/25 esas sayılı dava dosyasının yapılan yargılaması sırasında gerçekleştiği ve bu hususun hâkim tarafından ara karara bağlanarak yetkili makama gönderilmek suretiyle soruşturmaya başlandığı anlaşıldığından, adil yargılanma ilkesine ve hâkimin tarafsızlığına gölge düşürülmemesi ve verilen kararın vicdanları rahatsız etmemesi bakımından CMK ’nın 23/2. maddesi açık hükmü karşısında sanıklar hakkında soruşturmayı başlatan hâkimin kovuşturma evresinde görev yapamayacağı gözetilmeden...” karar verilmesini bozma gerekçesi olarak göstermiştir. Aynı yönde Yargıtay 2 CD 11.04.2018T. 2018/1981 E, 2018/4306 K. www.sinetjimevzuat.com.tr (E.T. 13.11.2019).

2.2.4. Yargılanmanın Yenilenmesi Halinde, Önceki Yargılamada Görev Yapan Hâkimin Aynı İşte Görev Alamaması

Ceza muhakemesinde yargılamanın yenilenmesi olağan üstü kanun yoludur⁹¹⁴. Yargılama sonucunda kesinleşen bir hükümde sonradan hataların bulunduğu anlaşılması üzerine başvurulmuş bir kanun yoludur⁹¹⁵. Kesin hükmün adaletli olması ve toplumda hukuki güvenliği sağlaması beklendiğinden, kanun koyucu kesin hükümde hataların olduğunun anlaşılması halini göz önüne alarak yargılamanın yenilenmesi kurumunu kabul etmiştir⁹¹⁶.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 311 vd. kesinleşen bir hükme karşı uygulanacak yargılamanın yenilenmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. CMK 318/1. maddesine göre yargılamanın yenilenmesi talebinin CMK m. 311’de düzenlenen yargılamanın yenilenmesi nedenlerini içerip içermediği incelemesini kararı veren mahkeme tarafından duruşmasız olarak yapılacaktır. Mahkemenin yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulüne ya da reddine ilişkin kararına karşı itiraz yoluna başvurulabilecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 23/3’te yer alan “*yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz*” düzenlemesinde, hâkimin daha bu talebin değerlendirilmesi aşamasında mı yoksa talebin kabul görenek yeniden yargılama yapılması aşamasında mı davaya bakmaktan yasaklı olduğu net bir biçimde düzenlenmemiştir. Doktrinde hâkimin ilk verdiği hükmün etkisinde kalmasının mümkün olacağı ve aynı kanun yolu incelemesinde olduğu gibi kendi kararlarını

⁹¹⁴ Kanun yolları kesinleşmemiş kararlara ilişkin düzenlenmiş olup, yargılamanın yenilenmesi kesinleşmiş hükümler için geçerlidir. Bkz. **Taner**, s. 399; **Yenisey, Feridun /Nuhoglu, Ayşe**, “*Yargılamanın Yenilenmesi Muhakemesi*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.123-124, Şubat-Mart 2015, s.7.

⁹¹⁵ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 635.

⁹¹⁶ **Ömeroğlu**, s. 49.

değiştirmek istemeyecekleri olasılığı göz önüne alınarak, önceki hükme katılan hâkimlerin hiçbirinin bu değerlendirmeye katılmaması gerektiği kabul edilmektedir⁹¹⁷.

Kanun tasarısının gerekçesinde; karşılaştırmalı hukukta konuya ilişkin genel ilkenin, hâkimlerin önceden aynı işte soruşturmaya katılmamış olmaları olduğunu belirtmektedir. Bunun nedeni karar verecek hâkimin önceden dava konusuna ilişkin bir fikre ve düşünceye sahip olmamalarının gerekmesidir⁹¹⁸. Şu hâlde aynı uyumsuzluk hakkında daha önce kanaatini belirtmiş olan hâkimin daha sonra yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapması önlenecek hâkim tarafsızlığının bu şekilde sağlanması amaçlanmıştır⁹¹⁹.

Doktrinde CMK m.23/3'ün düzenlenme amacı; hâkimin önyargılı, şartlanmış ve tarafsız olamama gibi bir durum içerisine girmesinin engellenmesi, yargılamanın tarafları yönünden de dosyanın bir başka bakış açısı ile değerlendirilmesinin sağlanması olarak gösterilmektedir⁹²⁰. Bu düzenleme ile yeniden yargılama yapacak olan hâkimin önyargısız bir şekilde karar vermesinin sağlanacağı da bir gerçektir. *Yenisey/Nuhoğlu*,

⁹¹⁷ **Önder**, s. 526; **Yenisey/ Nuhoğlu**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 12; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 157; "...ilk kararı veren heyetin olayla ilgili kanaatinin oluştuğu, görüşünün ilk hükümle belirginleştiği, yeniden yargılama aşamasında ya da bu aşamaya götürecek talebin kabule değer olup olmadığına dair vereceği kararda önceki kanaat ve görüşünün etkisi altında kalabileceği, bu sebeple adil yargılama hakkının bir uzantısı olarak olaya tamamen yabancı, farklı bir heyetin yargılamanın yenilenmesi talebini incelemesi gerektiği, somut olayda ise ilk kararı veren heyette yer alan aynı hâkimin yargılamanın yenilenmesi talebini değerlendiren heyete katıldığı cihetle, itirazın bu yönden kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden..." Yargıtay 1 CD 18.01.2017 T. 2016/4114 E, 2017/46 K; aynı yönde 2 CD 06.05.2019 T. 2019/8264 E, 2019/8267 K; 2 CD 06.05.2019 T. 2019/8256 E, 2019/8251 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T.28.09.2019).

⁹¹⁸ www.adalet.gov.tr (E.T. 13.10.2019)

⁹¹⁹ "CMK'nın 23/3. maddesine göre yargılamanın yenilenmesi halinde, yargılamada görevli hâkim, aynı işte görev alamaz. Bu halde hâkim, uyumsuzluk hakkında daha önceden görüşünü bildirmiştir. Yargılama süresince görüşünü bildirmiş olan bir hâkimin, yargılamanın yenilenmesi aşamasında görev yapması, hâkimin tarafsızlığı ilkesi ile bağdaşmaz. Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin kararın, aynı mahkemece, fakat asıl kararı veren hâkim dışındaki hâkim tarafından verilmesi gerekir." Yargıtay 2 CD 11.04.2018 T. 2018/198 E, 2018/4306 K; "...Somut olayda, sanık hakkında verilen 08/01/2018 tarihli ve 2018/17 değişik iş sayılı kararda heyette üye olarak yer alan ... sicil numaralı Hâkim ...'in yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair karara itiraz üzerine mercii tarafından verilen itirazın reddi kararında da mahkeme heyetinde görev alması ... sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası ile adil yargılama ilkesine aykırı olup kanun yararına bozma istemi yerinde görülmüştür." Yargıtay 20 CD 03.04.2019 T. 2018/4904 E, 2019/2075 K.

⁹²⁰ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 239; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 636; **Bakım, Sevi**, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi", MÜHFAD, Nur Centel 'e Armağan, C. 19, S.2, İstanbul, 2013, s.926.

yargılamanın yenilenmesi başvurusu da dâhil olmak üzere; gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturmanın sona ermesi aşamasında, ilk yargılamaya katılan hâkimin hiçbir şekilde yeniden yargılamaya katılmaması gerektiğini belirtmektedir⁹²¹. Bu sayede hâkimin ilk verdiği hükmün etkisinde kalmasının önüne geçilecektir.

Yargıtay yargılamanın yenilenmesi talebinin incelenmesi aşamasından başlamak üzere, eski hükme katılan hâkimlerin yargılamanın yenilenmesi muhakemesine katılmayacaklarını kabul etmiştir⁹²². Ancak düzenlemede kullanılan “*yargılamanın yenilenmesi halinde*” ibaresi, düzenlemenin amacına aykırı olarak yenileme talebinin kabul edilmesi olarak yanlış yorumlanmasına ve uygulanmasına sebep olmaktadır⁹²³. Katıldığımız görüşe göre, yargılamanın yenilenmesi talebine ilişkin karar, hükmü veren başkan ve üyeler haricinde oluşacak heyet tarafından verilmesi gerekmektedir⁹²⁴. Şu hâlde asliye ceza mahkemelerinde aynı mahkemede getirilecek başka bir hâkimle, ağır ceza mahkemelerinde asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hâkimlerden oluşacak heyet tarafından yargılamanın yenilenip yenilenmeyeceğine ilişkin karar verilmelidir⁹²⁵.

Oysaki Yargıtay kimi kararlarında hâkimin yaptığı yargılama sonucunda olaya ilişkin bir görüşe sahip olduğunu ve bu görüşünü kararında açıkladığını, bu sebeple

⁹²¹ **Yenisey/Nuhoğlu**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 22.

⁹²² Yargıtay 1 CD 13.01.2010 T. 2009/10007 E, 2010/4 K, 10 CD 05.04.2018 T. 2018/521 E, 2018/3247 K, 10 CD 23.11.2006 T. 2006/7775 E, 2006/13038 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 14.11.2019); 14 CD 18.02.2016 T. 2016/947 E, 2016/1533 K sayılı kararında “...*Adalet Komisyonunun 23. maddesine üçüncü fıkra eklenmesinin gerekçesi ve fıkranın konuluş amacıyla bağdaşmayacağı gibi bu tür bir uygulamanın hâkimin tarafsız olmasının yanında tarafsız da görünmesi gerektiği ilkesine uymayacağından, yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer olup olmadığına dair kararın da aynı mahkemeye fakat asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hâkimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerektiği ve inceleme konusu olayda asıl hükmü veren mahkeme heyetinde bulunan Başkanın yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair karar veren heyette de görev aldığı gözetilerek itirazın bu yönden kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.*” Kazancı Mevzuat Bankası (E.T. 15.03.2020).

⁹²³ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 157; Yargıtay’da kavrama ilişkin olarak açıklık sağlanamadığından farklı kararlar ortaya çıkmaktadır. Bkz. “*CMK’nın 23/3. madde ve fıkrasında hükme bağlanan yasağın sadece aynı kanunun 321/2. maddesinde belirtilen yargılamanın yenilenmesi ve duruşma açılması aşamasından sonrasını kapsamaması ve önceki aşamalar için anılan yasağın bulunmaması karşısında*” gerekçesi ile Yargıtay 14 CD 18.04.2019 T. 2019/1997 E, 2019/9230 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 14.11.2019).

⁹²⁴ **Şahin/ Göktürk**, s. 240.

⁹²⁵ Yargıtay 1 CD 27.04.2011 T. 2011/3298 E, 2011/2610K. sayılı kararı (Kazancı Mevzuat Bankası).

yargılamanın yenilenmesi talebi daha incelenirken açıkladığı kararının etkisinde kalarak, talebe ilişkin tarafsız bir değerlendirme yapmasının mümkün olmayacağını belirtmektedir⁹²⁶. Bu nedenle kesinleşmiş hükmü veren heyette bulunan hâkimlerin, yargılamanın yenilenmesi talebine ilişkin kararın değerlendirilmesine katılmaları mümkün değildir. Bu hâkimlerin yokluğunda kurulacak yeni heyet tarafından yargılamanın yapılması uygun görülmüştür.

Yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi kararına karşı yapılan itiraz incelemesinde de CMK m. 23 hükmü gereğince de mercii sıfatıyla karar veren mahkemede görev alması mümkün değildir⁹²⁷.

Ceza Muhakemesi Usul Kanunu m. 22 genel anlamda hâkimin kanun yolu aşamasından önce yaptığı faaliyet sebebi ile davaya bakmasının yasaklı olduğu halleri düzenlemiştir. Doktrinde CMUK'taki bu düzenle “*kanun yolu davasına bakmak*” olarak da adlandırılmıştır⁹²⁸.

⁹²⁶ Yargıtay 1 CD 19.02.2018 T. 2017/3496 E, 2018/602 K, 10 CD 07.12.2017 T. 2017/7708 E, 2017/6458 K, 14 CD 09.11.2017 T. 2017/7393 E, 2017/5496 K, 3 CD 25.10.2017 T. 2017/14024 E, 2017/13467 K, 13 CD 08.05.2017 T. 2015/4645 E, 2017/4902 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T.30.11.2018); “*Somut olayda, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine, önceki yargılamada görev yapan hakim ...'ün, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin kararda görev almasının, CMK'nın 23/ 3. fıkrası ile adil yargılanma ilkesine aykırı olduğunun gözetilmemesi yasaya aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerindedir*”; Yargıtay 10 CD 10.02.2020 T. 2020/237 E, 2020/807 K, “*...adı geçen hâkimin dava ile ilgili yargılama yaparak ulaştığı kanaatini ilk hükümle dosyaya yansıtması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer olup olmadığı yönünden yapılan değerlendirmede önceki kanaatinden etkilenebileceği dikkate alınarak, farklı hâkim tarafından istem hakkında karar verilmesi gerekeceğinden...*”; Aynı yönde Yargıtay 15 CD 09.03.2020 T. 2019/12231 E, 2020/3438 K. sayılı kararı, 8 CD 03.06.2020 T. 2019/17101 E, 2020/12384 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 27.01.2021)

⁹²⁷ “*...itiraz üzerine önceki yargılamada görev yapan (xxxx) sicil sayılı hâkimin mercii sıfatıyla karar veren Sakarya 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2016/250 D.İş sayılı kararında da 5271 Sayılı CMK.nun 23. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak heyet başkanı olarak görev aldığı anlaşılmalı, hakim davadan çekinme kararı vermesi gerekirken, istemin reddine karar verilmesi yerinde görülmediğinden*” Yargıtay 8 CD 26.01.2017 T. 2016/859E, 2017/730K. (Kazancı Mevzuat Bankası).

⁹²⁸ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 73-76; Hâkim yargılama sırasında nihai karara katılmış olabileceği gibi yargılamalar sırasında duruşmalara katılmış ancak nihai karara (hükme) katılmamış da olabilir. *Centel* CMUK m. 22'ye ilişkin yaptığı değerlendirmesinde; hâkimin yargılama sırasında görevsizlik kararı verirken, itiraz makamı olarak inceleme yaparken, tanık dinlerken ya da istinabe veya naip hâkimlik yaparken; davanın esasına ilişkin görüşlerini belirtmiş ise, artık kanun yollarına başvurulması halinde yargılamaya katılamayacağını belirtmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 23/3'de “*önceki yargılamada görev alan hâkim, aynı işte görev alamaz*” düzenlemesine yer verdiği için, önceki yargılamada yapılan işleme bakılmaksızın, görev yapan hâkimin yasaklı olacağı kabul edilmiştir⁹²⁹.

Yargılamanın yenilenmesi kararından sonra savcılık ve kolluk tarafından yönetilmeyecek, CMK m. 320'ye göre bizzat mahkeme ya da görevlendireceği naip hâkim veya istinabe yoluyla yapılacaktır. İstinabe yolu ile tanık dinleyen hâkim davanın esasına ilişkin olarak görüş bildirmiş olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz. *Önder*, istinabe yolu ile tanık dinleyen hâkimin esasa ilişkin bir kanaati oluşmayacağını belirtmektedir⁹³⁰. Yine yargılamanın yenilenmesi sonucunda yeni bir hüküm verilecektir. Bu aşamalarda CMK m. 23/3 düzenlemesi göz ardı edilerek, daha önceki yargılamada görev alan bir hâkim tarafından yapılmış olmasının hâkimin tarafsızlığı konusunda büyük şüphe yaratacağı kuşkusuzdur.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 23'de yer almamasına rağmen, HSKa m. 46'da yer alan düzenlemeye göre karı-koca, ikinci derece dâhil kan ve sıhri hısımlar bir dairenin aynı dairesinde görev yapamazlar⁹³¹. Örneğin toplu mahkemelerde aynı heyette yer alamayacakları gibi aynı davada Cumhuriyet savcısı ve hâkim olarak görev yapamazlar⁹³². *Turhan*, düzenlemenin CMK m. 23 kapsamında kabul edilmemesinin yerinde olduğunu ancak Alman hukukunda olduğu gibi CMK m. 24 kapsamında

⁹²⁹ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 159; Benzer yönde Yargıtay 10 CD 23.03.2006 T. 2006/2853 E, 2006/4288 K “...*önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz şeklindeki ifade karşısında, hâkimin ilk kararın duruşma hazırlığını yapan ve 21.12.2004 tarihli ilk oturumda görev alan hâkim olması sebebiyle, yargılamanın yenilenmesi davasında görev alamayacağı gözetilmeden...*” www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 14.11.2019); “*Yargılamanın yenilenmesi talebinin hükmü veren mahkemece incelenmesinde hukuka aykırılık olmadığı, CMK'nın 23/3. madde ve fıkрасının yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi halinde sonuç doğuracağı anlaşıldığından bu konudaki istemin reddine karar verilmesinde sonucu itibariyle isabetsizlik bulunmamaktadır*” Yargıtay 07.01.2020 T. 2019/13307 E, 2020/192 K. sayılı kararı www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 27.01.2021)

⁹³⁰ Aynı şekilde Naip hâkimin de yaptığı yargısal faaliyetler sebebi ile esasa ilişkin kanaati oluşmayacağını belirtmektedir. Bkz. **Önder**, s.533-534.

⁹³¹ **Şahin/ Göktürk**, s. 240; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 159.

⁹³² Yargıtay 18 HD 15.03.2011 T. 2011/1070 E, 2011/3411K, 8 CD 10.07.2002 T. 2001/11935 E, 2002/7928 K www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 12.11.2019).

hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesine sebep olabilecek nitelikte değerlendirilebileceğini belirtmektedir⁹³³.

2.3. HÂKİMİN TARAFSIZLIĞINDAN ŞÜPHE DUYULAN HALLER

Hâkimin tarafsız olduğunu söylemek yeterli değildir, aynı zamanda hâkimin gerçekten tarafsız davranmasının sağlanması ve bu konuda şüphe duyulmasının önüne geçilmesi gerekir⁹³⁴. Bu nedenle neredeyse bütün usul kanunlarında hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallerde hâkimin davaya bakamayacağına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır⁹³⁵.

Hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüphelyi ortadan kaldırmak amacı ile Av. K. m. 14/1'de *“Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. Yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hâkim ve savcılarını raportörlerinin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır.”* düzenlemesi yer almaktaydı. Ancak bu düzenleme AYM kararıyla iptal edilmiştir⁹³⁶. Kanunun yürürlükte bulunan 2. fıkrasında aynı düzenlemenin AYM üyeleri ve Yüksek Mahkemeler hâkimleri hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Eski hâkimlerin belirli bir süre ile belirli bir alanda avukatlık yapamamalarına ilişkin düzenlemenin amacı, eski

⁹³³ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 161.

⁹³⁴ **Öden**, Eşitlik, s. 65; Hâkimin doğru ve tarafsız yargılama yapamayacağına ilişkin bir şüphenin oluşması halinde hâkim yönünden HSK tarafından disiplin cezasına da hükmedilmesi mümkün olabilmektedir. **İnceoğlu**, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 285 vd.

⁹³⁵ HMK'da hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmasına sebep olarak gösterilen hallere örnek olarak hâkimin davada, iki taraftan birine tavsiyede bulunması ya da yol göstermiş olması; davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde davaya ilişkin olarak fikirlerini açıklamış olması gösterilmektedir. Bkz. **Karaaslan, Varol**, *“Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi”*, SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, s. 100; **Taner** hem hukuk hem de ceza muhakemesinde hâkimin yasaklılığı ve reddine ilişkin düzenlemeler bulunduğunu, bu hususta birlik sağlanması adına mahkemelerin teşkilatlanmasına ilişkin kanunda genel bir düzenlemenin yapılmasının daha doğru olacağı yönünde kanaatini bildirmiştir. **Taner**, s. 40; **Schroeder/ Verrel**, s. 130.

⁹³⁶ AYM 01.10.2009 T. 2009/67E, 2009/119 K. sayılı karar, RG 06.11.2010/27751.

meslektaşları ve çevresi ile olan ilişkileri sebebi ile toplumda hâkimi etkileyebileceklerine ilişkin şüphenin ortaya çıkmasına engel olmaktır. İptal olan düzenlemede yer alan eski hâkim ve savcılar belirli süre ile belirli alanlarda avukatlık yapmalarına getirilen sınırlama, hâkimin tarafsızlığına ilişkin ortaya çıkması muhtemel şüpheyi ortadan gidermeye elverişli niteliktedir⁹³⁷. Gerçekten eski hâkim veya savcı, kendilerinden sonra gelen hâkim ve savcılar üzerinde bir avukat olarak tehdit yaratamazlar, ancak bu hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmasına sebep olmaları muhtemeldir⁹³⁸. Ancak bu iptal kararından sonra, TBMM konuya ilişkin bir düzenleme yapmadığından, eski hâkim ve savcılar herhangi bir sınırlama olmaksızın avukatlık yapmaları mümkündür. Kanaatimizce bu durumun düzenlenmesi hâkimin tarafsızlığının sağlanması adına gerekli ve önemlidir.

Hâkimler gerekçeli kararları ile konuşurlar. Hâkimin keyfi karar verip vermediği gerekçeli kararları ile denetlenebilecektir. Bu nedenle hâkimin tarafsızlığının tespitinde de gerekçesinin de büyük önemi vardır. Gerekçe hâkimin bağımsızlığına bir müdahale asla değildir⁹³⁹. Yine ceza hâkiminin resen araştırma ilkesi gereğince maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için yaptığı delil araştırmasının da tarafsızlığını etkilemeyeceği kabul edilmektedir⁹⁴⁰.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22’de hâkimin davaya bakamayacağı haller sayılmış olmakla birlikte, CMK m. 24’te “*mahkemelerin tarafsızlığı ilkesi*” gereğince hâkimin davaya bakarken tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek nedenlerin varlığı halinde de hâkimin reddinin istenebileceği kabul edilmiştir⁹⁴¹. Mülga kanunda (CMUK m. 24/1) “*tarafsızlık*

⁹³⁷ Ergül, Ozan, “*Karar Analizi: Anayasa Mahkemesi ve Hâkimin Tarafsızlığı*”, TBBD, S. 92, 2011, s. 498.

⁹³⁸ Ergül, Ozan, “*Anayasa Mahkemesi ve Hâkimin Tarafsızlığı*”, TBBD, S.54, 2004, s. 248.

⁹³⁹ Chalkiadaki, s. 145.

⁹⁴⁰ Chalkiadaki, s. 146, 147.

⁹⁴¹ Kunter, oyunu belli etme gibi hâkimin peşin hükümlü olarak kabul edildiği durumlarda, kanun koyucunun hâkimin objektiflikten uzaklaşmasının yarattığı tehlikenin hâkimin davaya bakamama durumlara göre daha az tehlikeli kabul etmesinin bir sonucu olarak, hâkimin reddi kurumu içerisinde düzenlendiğini belirtmektedir. **Kunter**, Hâkimin Oyunu Belli Etmesi, s. 332.

şüphesi”nin varlığı halinde hâkimin reddinin istenebileceği düzenlenmiştir⁹⁴². Tarafsızlığın tespiti değil, tarafsızlığın takdiri aranmaktadır⁹⁴³.

Hâkimin tarafsızlığından şüpheye düşürecek sebepler her olaya göre farklılık göstereceğinden sınırlı sayıda belirlenmesi imkânsızdır⁹⁴⁴. Kaldı ki bir olayda hâkimin tarafsızlığından şüpheye düşürmeyen bir olay bir başka hâkim yönünden farklı değerlendirilebilecektir⁹⁴⁵. Bu nedenle tarafsızlığı şüpheye düşürecek sebeplerin önceden belirlenmesinin mümkün olmaması dolayısıyla bu haller tek tek belirtilememiştir⁹⁴⁶. Ancak HMK m. 36’da yol gösterici olması yönünden hâkimin reddi sebeplerine ilişkin düzenlemelere yer verilerek, belirsizliğin ortadan kaldırılması sağlanmıştır⁹⁴⁷. *Öden*, dışarıdan bakan makul bir insanın yapacağı bağımsız bir değerlendirme sonucunda, hâkimin tarafsızlığı konusunda şüphe veya güvensizlik duyuyor olması halinde hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallerin varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁹⁴⁸. Gerçekten, ret talebinde bulunan kişinin belirttiği

⁹⁴² Düzenlemedeki hata CMK 24/1’de “tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler” biçiminde düzeltilmiştir. Bkz. **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 248.

⁹⁴³ Bu karar hâkimin vicdani kanaati ile ulaşacağı bir karardır.

⁹⁴⁴ Karşılaştırmalı hukuk göz önüne alındığında bizde olduğu gibi tarafsızlığa ilişkin şüphenin her olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, şüphenin varlığını gösteren hallerde hâkimin reddi ya da çekilmesi ile sorunun çözülmesine işaret edildiği görülmektedir. Örneğin *Locabail (UK) Ltd v Bayfield Properties Ltd* [2000] Q.B. 451 at 25 davasında Yahudi hâkim, Filistinli taraf tarafından reddedilmiştir. Gerekçe olarak Yahudi derneklerine üye olması gösterilmiştir. Ancak bu talebin kabul edilmesi; hiçbir Yahudi hâkimin Filistinli kişinin davasına bakamayacağı, Filistinli hâkimin de Yahudi tarafların davasına bakamayacağının kabulü anlamına geleceğinden reddedilmiştir. Aktaran **Samuels**, s. 384; Bkz. <https://swarb.co.uk/helow-v-secretary-of-state-for-the-home-department-and-another-hl-22-oct-2008/> (E.T. 17.01.2021)

⁹⁴⁵ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 95; **Öden**, Eşitlik, s. 68.

⁹⁴⁶ **Kantar**, s. 61; **Erem**, CMK Şerhi, s. 57.

⁹⁴⁷ HMK m. 36/1; “a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması. b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması. c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması; uyumsuzlukta arabuluculuk veya uzlaştırıcılık yapmış bulunması. ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması. d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması” <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 09.10.2020); **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**; s. 106-107; **Çon**, s. 72; **Özkaya Feredenci**, s. 227.

⁹⁴⁸ **Öden**, Eşitlik, s. 89; **Albayrak, Mustafa**, “Yeni Ceza Yargılamasında Ek İddianame Düzenlenmesi Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 4, S.33, Mayıs 2009, s. 98; Bkz. Kanunun gerekçesi “Ancak ileri sürülecek ret nedeninin nesnel ve akla uygun olması gerekir.” www.mevzuat.gov.tr (E.T. 14.09.2019).

hâkimin tarafsızlığından şüphe duymasını gerektiren olguların mantıklı ve objektif olarak geçerli olması aranmalıdır⁹⁴⁹. Şu hâlde kişinin kendi his dünyasında yarattığı düşünceye göre değil, objektif olarak olgular değerlendirildiğinde hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüphenin bertaraf edilememesi gerekmektedir.

Anayasa m. 10'da herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle hâkimin eşitlik ilkesine uygun davranması gerekmektedir, aksi takdirde hâkim anayasaya aykırı hareket etmiş olacaktır. Bu nedenle hâkimin dini, mezhebi, cinsiyeti, ırkı gibi unsurların gösterilerek tarafsızlığından şüphe duyulması sebebi ile reddinin talep edilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması halinde hâkimin reddine ilişkin genel kurala, hukuk tarihimizde bazı yargılamalar sırasında istisnalar yapılarak, yargılama yapan hâkimlerin reddinin önüne geçildiği görülmektedir. Nitekim 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 37/2. maddesinde⁹⁵⁰ savaş durumunda ve Yassıada yargılamaları sırasında kötü niyetli olarak toplu heyetin oluşmasına ve çalışmasına engel olunacağı gerekçesi ile hâkimin reddinin talep edilemeyeceğinin kanunla düzenlendiği görülmektedir⁹⁵¹.

Yargıtay'a göre CMK m. 25'in uygulama alanının tespitinde önemli olan hâkimin aldığı tedbirler ve kararların kapsamı ve niteliği itibarıyla sanığın suçluluğu açısından bir kanı

⁹⁴⁹ **Kantar**, s. 61; TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı gereğince, kişilerin dürüst davranıp davranmadıklarını belirlerken, dürüst, namuslu, makul, hareketlerinin sonuçlarını düşünebilen, sorumluluğunun kapsamını bilen bir farazi kişinin ne şekilde hareket edebileceğini göz önünde bulundurulmaktadır. Hâkimin tarafsızlığına ilişkin değerlendirme yapılırken de aynı farazi kişi göz önüne alınacaktır. **Erem**, CMK Şerhi, s. 57; AYM 14.07.2015 T. Başvuru No: 2015/144 RG 09.10.2015/29497 sayılı kararında “gerçekliği ve niteliği kesin olarak tespit edilemeyen olgulardan, başvuruculara yönelik somut önyargılı bir işlem ve tutum gösterilmeksizin ilgili hâkimlerin siyasal veya kişisel nedenlerle bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını kabul etmek mümkün değildir.”.

⁹⁵⁰ “Savaşta, hâkimin davaya bakamayacağı hâller dışındaki bir sebebe dayanılarak hâkimin reddi isteminde bulunulamaz”.

⁹⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. **Tosun**, dn. 54, s. 340.

oluşturup oluşturmadığıdır⁹⁵². Doktrinde de bu görüş hâkimdir⁹⁵³. AİHM'in Bulut/Avusturya kararı ile Fey/Avusturya davalarında verdiği karar da bu yöndedir.

Hâkimin yasaklanmasına sebep olan haller arasında yer almayan ancak bu sebeplere yaklaşan hallerin varlığı halinde hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüphe duyulması muhtemeldir⁹⁵⁴. Bu haller doktrinde yer alan bir kısım tasnifler de göz önüne alınarak aşağıdaki başlıklar altında incelenmeye çalışılmıştır.

2.3.1. Hâkimin Taraflarla Olan İlişkisi

Hâkimin tarafgir bir tutum içinde olması sözel ya da fiziksel bir biçimde ortaya çıkabilmektedir. Tarafları veya ilgililerin avukat ve müdafilerini küçük düşüren hakaret ve lakaplar, tehdit ve düşmanca davranışlar, taraflardan biri ile ırk nesep birliği olduğuna ilişkin hareket ve simgeler bulundurma gibi davranışlar hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmasına sebep olacak davranışlardır⁹⁵⁵.

2.3.1.1. Dostane İlişkiler

CMK m.22'de düzenlenen akrabalık ilişkileri dışındaki hısımları ile de hâkimin, davanın veya soruşturmanın tarafları, müdafii ve vekilleri ile dostane ilişkisi bulunabilir. Yasaklılık çok uzak akrabalar için düzenlenmemişken, hâkimin dostane ilişkiler içerisinde olduğu hısımlarının olabilmesi de hayatın olağan akışına uygundur. Bu nedenle yasaklılık halleri dışında kalan akraba ilişkilerinin de her olay yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁹⁵² "...Yasa'nın 25. maddesinde öngörülen süre geçirilmemiş olsa dahi, hâkimin görevsizlik kararının itiraz üzerine değerlendirilmesi gibi bazı kararlara katılmış olması onun taraflı olduğunu kabul etmek için tek başına yeterli de değildir." YCGK 07.06.2011T. 2011/1-75 E, 2011/114 K. <https://www.sinerjimevzuat.com> (E.T. 18.09.2019).

⁹⁵³ Ünver/ Hakeri, s. 202; Özbek, s. 121.

⁹⁵⁴ Erem, CMK Şerhi, s. 57.

⁹⁵⁵ İnceoğlu, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 286.

Hatta akrabaların kendi ilişkilerinin bile hâkimin baktığı davada tarafsızlığını etkileyip etkilemediğinin tartışıldığı görülmektedir⁹⁵⁶. YCGK kararında geçen bir örnekte Hollanda İstinaf Mahkemesi başkanının oğlunun çalıştığı iş yerinde, işten çıkartılan kişinin açtığı davada başkan tarafların hazır olduğu oturumda oğlunun davalının iş yerinde çalıştığını, davacının da aynı yerde çalışırken işten çıkartıldığını belirterek, bu davaya bakıp bakamayacağını taraflara sorduğunu ve her iki tarafından da hâkim olarak kendisine güvendiklerini belirtmeleri üzerine davaya devam ettiğini anlatmaktadır⁹⁵⁷. Gerçekten davanın taraflarından biriyle hâkimin kendisinin değil, ancak oğlunun ilişki içerisinde olduğu bir durumda dahi hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda tarafların durumu tespit etme imkânı yoksa hâkimin bunu bildirme yükümlülüğü olup olmadığı akla gelmektedir. Yargıtay anılan kararda hâkimin iddianamenin eşi tarafından hazırladığını bunu bilmesi mümkün olmayan sanığa bildirmesi gerektiğini belirtmektedir. Hâkimin “*karakterli, bilge, anlayışlı, doğru ve güvenilir, saygın, dayanıklı*” olması beklendiğinden, böyle bir durumun varlığını taraflara açıklaması karakterinin gereğidir. Kaldı ki hâkimin bu davranışı tarafların böyle bir bilgi karşısında yasal haklarını kullanmalarına ilişkin bir olanak da sağlayacaktır⁹⁵⁸.

Küçük yerlerde avukatlık yapan kişilerin ve hâkimlerin sayısının azlığı sebebi ile sürekli karşı karşıya gelmeleri mümkündür. Zaman içerisinde olumlu ya da olumsuz anlamda aralarında bir temasın doğması olağandır. Bu durumun kararlara da yansması halinde, örneğin aynı avukatın baktığı davalarda adil bir gözlemci tarafından bakıldığında kararların lehe sonuçlandığı görüldüğünde, hâkimin tarafsızlığından şüphe etmek mümkündür. Ancak bu şüphenin tam olarak ortaya konabilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda dosya içerisindeki tarafsız uzman bilirkişi raporları ve kanun

⁹⁵⁶ Amerika’da Teksas Anayasasında hâkimin mağdurla ilişkisi olması halinde hâkimin o davaya bakamayacağı düzenlenmiştir. Aynı eyalette alınan 1998 tarihli bir temyiz incelemesinde, hâkimin kızının mağdurla ilişkisinin olmasının, hâkimin mağdurla ilişkisi olduğu anlamına gelmediği belirtilmiştir. **Flamm**, s. 417.

⁹⁵⁷ Bkz. YCGK 05.06.2018 T. 2017/880 E, 2018/270 K sayılı kararın, III- Karşılaştırmalı Hukuktan Bazı Örnekler Başlığı.

⁹⁵⁸ AİHM kocasının banka işlerini çözmesine yardımcı olup, bu sürece dâhil olan hâkimin aynı banka aleyhine bir davada hâkimlik yapmasını hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması sebebi ile ihlal olarak kabul etmiştir. Bkz. Sigurdsson v. İzlanda, 10.04.2003, Başvuru no. 39731/98.

yollarının açık olması gibi haller kanaatimizce hâkimin tarafsızlığını sağlayacak etkenlerdir. Karşılaştırmalı hukukta bu konu değerlendirilmiş ve avukatın müvekkiline hâkimin ise yargı sistemi ve adalete karşı sorumluluğu olduğu belirtilmiştir⁹⁵⁹. Biz de bu görüşe katılmakla birlikte, hâkimlerin kendi tarafsızlıkları konusunda şüphenin ortaya çıkmamasına önem vermeleri gerektiği kanaatindeyiz.

Hâkimin tarafsızlığına şüphe düşürecek olan ve yasaklı olduğu hallerde düzenlenmeyen ilişki türlerine en iyi örnekler hâkimle taraflardan biri arasında “*fili birlikteliklerin*” varlığıdır. Böyle bir ilişki halen devam edebiliyor olabileceği gibi, sona da ermiş olabilir. Her iki durumda da hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması sebebi ile reddinin talep edilebileceği kabul edilmiştir⁹⁶⁰.

Yine CMK m. 22’de her ne kadar sonradan evlilik birliği ortadan kalksa bile eşler arasında bir yasaklama hali kabul edilmiş olsa dahi, nişanlılık ilişkisine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Nişanlanma, belirli bir zaman sonra birbirleri ile evlenmek isteyen ayrı cinsten iki kişinin, evlenme niyetlerini aralarında dile getirerek, birbirlerine karşı bu yöndeki iradelerini açıklamalarıdır⁹⁶¹. Evlenmenin ön şartı olarak kabul edilen nişanlılık ile taraflar arasında artık hukuki bir ilişki doğar. Taraflar arasındaki bu hukuki ve öncelikli olarak duygusal ilişki sebebi ile hâkimin tarafsızlığından bahsetmek mümkün değildir⁹⁶². Alman ceza muhakemesinde de hâkimin suçtan zarar görenle nişanlanmış olması hâkimin reddi sebeplerine örnek olarak gösterilmektedir⁹⁶³. Nitekim CMK’da açıkça düzenlenmiş olmasa da, HMK m. 34/1-e hâkimin nişanlısının taraf olduğu bir davaya bakamayacağı ve talep olmasa da o davadan çekinmekle yükümlü olduğunu belirterek hukuk muhakemesinde hâkimin yasaklılık halleri arasında nişanlılığı da saymıştır.

⁹⁵⁹ **Samuels**, s. 389.

⁹⁶⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 90.

⁹⁶¹ **Akıntürk/ Karaman Ateş**, s. 24; **Kılıçoğlu**, s. 9.

⁹⁶² **Öztürk/ Erdem**, s. 230; **Şahin/ Göktürk**, s. 241.

⁹⁶³ **Kantar**, s. 61; **Tosun**, s. 339.

Hâkimin kesin olarak davaya bakamayacağı haller arasında üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımlığı ilişkisi olacağı kabul edilmiştir. Ancak kişilerin bu kapsamda yer almadıkları kan ve kayın hısımları arasında da ilişkilerinin süreklilik ve bağlılık içermesi mümkündür⁹⁶⁴.

Sadece akraba veya duygusal bir ilişkinin varlığı değil, taraflardan biri ile hâkimin dostluk, komşuluk, arkadaşlık içerisinde olması da hâkimin tarafsızlığına şüphe düşürecektir⁹⁶⁵. Yine sıklıkla önüne gelen davalarda avukatlık yapan bir kişi ile çok samimi dostluk içerisinde bulunmak ve bu avukat tarafından karşılanan davet ve organizasyonlara katılmak etik kurallara aykırı olarak değerlendirilmiştir⁹⁶⁶. Bu durumun varlığı halinde hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmasının da mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Zira hâkimin toplum içerisindeki ilişkilerinde, tarafsız karar verme yeteneğini etkileyecek nitelikte uygunsuz bir kayırma olarak algılanabilecek durumlara dikkat etmesi gerekmektedir⁹⁶⁷. Alman Federal Mahkemesi, hâkimin eşinin dosyadaki taraf vekillerinden birinin sekreteri olmasını, hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulacak hallerden olduğunu kabul etmiştir. Zira avukatın yanında bulunan sekreteri baskı altına alması olanaksız değildir⁹⁶⁸. Bu durum red talebinde bulunan kişinin bakış açısından değerlendirildiğinde gerçekten tarafsızlığa dair “kötü bir görüntü”dür.

Florida Yüksek Mahkemesi verdiği kararda, taraflardan birinin avukatı ile sosyal medya üzerinden arkadaşlık yapan hâkimin tarafsızlığından şüphe edilemeyeceğini kabul

⁹⁶⁴ Yargıtay 18 CD 08.01.2019 T. 2018/4609 E, 2019/581K. sayılı kararı www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 15.03.2020)

⁹⁶⁵ Hâkim sosyal ilişki içerisinde olurken bir taraftan kararlarını etkileyecek bir taraftan da toplum içerisinde saygı kazanmasına sebep olacak şekilde hareket etmeyi hep aklında tutmalıdır. **Pamchaud**, s. 550.

⁹⁶⁶ **İnceoğlu**, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 294.

⁹⁶⁷ Türk Yargı Etiği Bildirgesi, m.3.3. “*Mesleki ve sosyal hayatlarında tarafsızlık ilkesine aykırı düşebilecek her türlü ayrımcı söylem ve davranıştan kaçınır; konuşma ve beden dilini tarafsızlıklarını ihlal etmeyecek bir biçimde kullanmaya özen gösterirler.*” RG 14.03.2019/30714.

⁹⁶⁸ Alman Federal Mahkeme’sinin 21.06.2018 t. ve I ZB 58/17 sayılı kararı, aktaran **Özkaya Feredenci**, s. 233.

etmiştir⁹⁶⁹. Konuya ilişkin haberde hâkimin tarafsızlığından şüphe üzerine davadan reddine ilişkin alınan kararın gerekçesinde facebook arkadaşlığının niteliğinin belirsiz olması gösterilmiştir. Gerçek bir dostluğun sevgi ve saygıya dayanan bir ilişki olduğu ancak sosyal medya üzerinden yapılan arkadaşlığın dijital olup, çoğu zaman kişilerin birbirlerini hatırlamadıkları, facebookun algoritma üzerinden tanıyor olabileceği kişileri kendisine gösterdiği, kişilerin burada arkadaş olmalarının gerçek bir arkadaşlık olmayacağı kabul edilmiştir.

Alman ceza muhakemesinde hâkimin reddi sebepleri arasında hâkimin hissedarı olduğu bir anonim şirketin suçtan zarar görmesi hali düzenlenmiştir⁹⁷⁰. Gerçekten dava konusu olayla ilgili olarak alınacak kararın hâkimi etkilemesinin söz konusu olabileceği hallerde hâkimin reddi müessesesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu akla gelmektedir. Böyle bir durumda hâkimin tarafsız bir şekilde davranacağına ilişkin kesin ve her türlü şüpheden uzak bir tespitte bulunmak mümkün olmadığından, hâkimin reddinin talep edilebileceği kanaatindeyiz.

Alman Federal Mahkemesi'nin kararları göz önüne alındığında, red talebinde bulunan kişinin olayı nasıl algıladığına büyük önem verildiği görülmektedir. Bununla birlikte somut olaya ilişkin objektif değerlendirmeler ile o olayın kendi özünde değerlendirildiği görülmektedir⁹⁷¹. Davalı adına çıkartılan Armağan'da hâkimin davalının kişiliği ve mesleğine ilişkin övgüler yazmış olması, hâkimin kişisel anlamda bir yakınlıkları aranmaksızın, hâkimin davalıya saygı duyduğunun bir göstergesi olarak kabul edilmiş ve hâkimi reddeden tarafın bakış açısı ile değerlendirildiğinde hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir⁹⁷².

⁹⁶⁹<https://qz.com/1467342/a-court-ruled-that-judges-can-be-facebook-friends-with-lawyers-because-those-are-not-real-friendships/> (E.T. 19.10.2019).

⁹⁷⁰Bkz. **Kantar**, s. 61.

⁹⁷¹ **Özkaya Feredenci**, s. 239.

⁹⁷² Alman Federal Mahkemesinin 07.11.2018 tarih ve IX ZA 16/17 Sayılı Kararı, aktaran **Özkaya Feredenci**, s. 230.

AİHM yargı mensuplarından ifade özgürlüğü hakkını kullanmasında ölçülü davranmalarının beklendiğini belirtmektedir⁹⁷³. Mahkeme yargı mensuplarının basın kullanmalarının kendilerinden beklenen ihtiyatlı davranışlardan olmadığını belirtmiştir. Gerçekten hâkimin ifade özgürlüğü kapsamında gerek basının önünde gerekse basın olmadan yaptığı değerlendirmelerde ölçünün kaçması halinde hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulacaktır. Kanaatimizce yapılan açıklamanın içeriği ve taraflarca bu açıklamanın nasıl değerlendirildiği göz önüne alınarak hâkimin tarafsızlığı konusunda karar verilmesi gerekmektedir.

2.3.1.2. Husumete Dayalı İlişkiler

Hâkimin tarafsızlığı konusunda şüphe uyandıran sebepler arasında hâkim ile taraflar arasında cinsiyet, inanç, ailevi ve mesleki durum, hemşerilik ilişkisi, aynı cemaatten olmak, aynı sosyal kurum veya kuruluşa üye olma vs. gibi benzerliklerin bulunması sayılamaz⁹⁷⁴.

Hâkimin tarafsızlığını etkileyebilecek ilişkiler her zaman dostane olmak zorunda olmadığı gibi, hâkimin menfaatlerine zarar veren gergin ilişkiler sebebi ile de tarafsız davranmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Gerçekten hâkimin toplum içerisinde iletişime geçtiği insanlar ile alacak-verecek, düşünce yapısı, kişisel menfaatler gibi sebeplerle kişilere karşı hasımlık, kin veya çekişme duygularına kapılması ve bu duygulara kapılarak hareket etmesi ihtimali her zaman mümkündür. Yargıtay böyle bir duygu içerisinde bulunan tanığın beyanına dahi “*Husumete dayalı ilişki içerisinde olduğu*” gerekçesi ile uyuşmazlığa ilişkin ispatta tam olarak kabul etmemekte, ifadeye şüphe ile bakmaktadır⁹⁷⁵. Nitekim HMK m. 36/1-d’de hâkimin

⁹⁷³ AİHM 13.02.2009 T. Başvuru No: 64119/00 ve Kayasu/ Türkiye Başvuru No: 76292//01 kararları, file:///C:/Users/toshiba%20p50%20c/Downloads/CASE%20OF%20KAYASU%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs%20(1).pdf (E.T. 24.01.2021)

⁹⁷⁴ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 357.

⁹⁷⁵ Yargıtay 4 CD 28.05.2015 T. 2015/7543E, 2015/30018 K. sayılı kararı “... Tanık Ömer'in akrabası olan katılan ile sanık arasında arazi anlaşmazlığından kaynaklanan husumet bulunmaktadır. Tanığın beyanının delil değerini belirlemek, açıklık, sözlülük, yüz yüzelik ve doğrudanlık ilkeleri çerçevesinde duruşma yaparak bunun sonucunda oluşan vicdanı kanaatine göre hüküm veren ilk derece yargılamasını yürüten hâkiminin takdirindedir. Sanığın aksi ispatlanamayan savunması, katılan tarafından gösterilen

tarafardan biri ile arasında davası veya düşmanlık bulunması tarafsızlığı konusunda şüphe uyandıran hallerden kabul edilmiştir. Ancak CMK’da böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Hâkimle yargılamanın süjeleri arasında husumete dayalı bir ilişkinin varlığı halinde hâkimin tarafsız davranacağına ilişkin şüpheler ortaya çıkacağından, böyle bir şüphenin varlığına rağmen yargılamanın yapılmış olması adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir.

Hâkim ile taraflar arasında husumete dayalı bir ilişkinin olduğu maddi olaylarla ispat edilebilecektir. Hâkim ile taraflardan biri arasında görülmekte olan ya da kesinleşmiş bir dava olabileceği gibi, birbirlerine ihtarname göndermiş olabilirler. Yine aralarında alacak-borç ilişkisi bulunması da mümkündür. Ancak hâkimin her temas ettiği olaydan dolayı tarafsızlığından ödün vereceğini düşünmek de doğru değildir. Bu nedenle hâkimle taraf arasında yaşanan her somut olayın özelliklerinin ayrı bir biçimde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Burada akla gelen soru hâkimin karşılıklı davası bulunan bir kişinin davasına bakıp bakamayacağı hususunun hâkimin yasaklanma sebepleri arasında düzenlenip düzenlenemeyeceğidir. Böyle bir durumun varlığı halinde duygusal davranan hâkimin de davadan çekilme ihtimali bulunacaktır. Tarafsızlığın bir unsuru olan “kişiliğinden sıyrıлма” ya aykırı tutum ve davranışlar, hâkimin red sebeplerinden biridir.

2.3.2. Oyunu Belli Etme (İhsas-ı Rey)

Hâkimin yargılama bitmeden önce, yargılama devam ederken, uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak bir görüşünün olması kabul edilemez⁹⁷⁶. *Kunter*, ihsas-ı rey sebebi ile

diğer tanıkların tehdit olayını doğrulamaması, tanık Ömer ile katılan arasındaki akrabalık ilişkisi ve sanık ile katılan arasındaki husumet dikkate alındığında... www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 15.03.2020)

⁹⁷⁶ **Ünver/ Hakeri**, s. 199; Benzer şekilde Fransa’da yargılama süjelerinden biri olan jüri üyeleri yönünden de ihsası reyde bulunmama yükümlülüğünün düzenlendiği görülmektedir. Bu yükümlülük jüri kesin listesinin açıklanması ile başlamakta ve kararın çıkması ile sona ermektedir. Bu zaman aralığı dışında yapılan açıklamalar ihsası rey olarak kabul edilmemektedir. Jüri üyelerinin şifahi ya da yazılı olarak görüşlerini açıklamalarının yanı sıra mimik ve hareketlerle de ihsası rey anlamına gelen

hâkimi reddetmenin mümkün olmasının sebebinin onun objektif olmaması ile ilgili olmadığını, hâkimin kendi kişiliğinden sıyrılamaması ile ilgili olduğunu belirtmektedir⁹⁷⁷. Hâkimin uyuşmazlığın tüm taraflarına karşı eşit mesafede olması gerekmektedir. Hâkimin sebebi ne olursa olsun, yargılama sırasındaki davranış ve sözleri ile bir diğer taraf aleyhine sonuçlar doğuracak bir anlamda hareket etmesi, ya da yol göstermesi kabul edilemez⁹⁷⁸. İhsas-ı rey HMK'da da hâkimin reddi sebepleri arasında sayılmıştır. Hukuk usulünde hâkimin taraflardan birine tavsiyede bulunmuş olması veya yol göstermesi hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulacak hallerden kabul edilmektedir⁹⁷⁹.

İhsas-ı rey, yargılamada hükmün önceden bilinmesi sonucunu ortaya çıkaracak ve süjeler yönünden iddiaları ve savunmaları için uğraşmanın anlamsız hale dönüşmesine ve bu sebeple hâkimin uyuşmazlığın maddi vakıaları ve hukuki olgularını tam olarak bilmeden yanlış karar almasına sebep olacaktır. Böyle bir durumun taraflara olduğu

davranışlardan uzak durmaları kendilerinden beklenmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Taşkın, Mustafa**, "Fransız Yargı Sisteminde Jüri", Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S.37, Eylül 2009, s.21-54.

⁹⁷⁷ **Kunter**, Hâkimin Oyunu Belli Etmesi, s. 332.

⁹⁷⁸ Gerçekten 6216 sayılı kanununun 59/1-d maddesinde AYM Başkan ve üyelerinin "İstisarı görüş ve düşüncesini ifade etmiş olduğu dava ve işlere" bakmaktan yasaklı olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme AYM başkan ve üyelerinin kaçınmaları gereken bir davranış biçimi olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. **Öden**, Eşitlik, s. 84 vd; Mahkeme başkanının yargılama devam ederken sanığın suçlu olduğuna ilişkin görüşünü açıklamış olması... Bkz. **Kantar**, s. 61; **Taştan**, s. 244, Yargıtay 3 CD 16.01.2017 T. 2016/13451E, 2017/118 E. sayılı kararında "Somut olayda yerel mahkeme hâkimi davanın sanık ve mağdurunun katılmadığı 19/11/2013 günlü celsede "GD/Tanıklar ... ve ...'nun kollukta ayrıntılı beyanları ile müşteki ...'in beyanları ile sanık ...'un müşteki ...'e kafa atmak suretiyle yaraladığı, sanık ...'un mahkememizde müştekiyi iteklediği sırada düştüğünde yaralanmış olabileceği beyanı ile sanığın kasten yaralama suçunu işlediği sabit olduğundan hükme etkisi bulunmayan tanıkların dinlenmesinden vazgeçilmesine karar verilerek tefhimle açık yargılamaya devam olundu." şeklindeki ara kararı ile yargılama konusu olayla ilgili görüşünü açıkladıktan sonra aynı celsede sanık hakkındaki hükmü tefhim etmiştir. Bu durumda ancak hâkimin reddi yoluna gidilmesi mümkündür ki, bu hak yalnızca CMK'nin 24/2. maddesinde sayılan Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya bunların müdafii ile katılan veya vekiline tanınmıştır..." www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 29.11.2018).

⁹⁷⁹ **Öden**, Eşitlik, s. 90; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 121; Ancak CMK 'dan farklı olarak HMK'da hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulacak hallerde örnekleme yoluyla düzenleme yapıldığı görülmektedir. HMK m. 36/1; "a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması. b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması. c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması; uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırıcılık yapmış bulunması. ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması. d) Davanın esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması."

kadar hâkime de büyük zararları olacaktır. Zira hâkim açıkladığı karardan dönmenin üzerinde yaratacağı zorluklarla da baş başa kalacaktır⁹⁸⁰.

Doktrinde hâkimin “*delillerin çokluğu karşısında ifade vermemesinin çok da akıllıca olmadığını*”, “*sanığa uyuşturucu satıcısına benziyorsun*”, “*siz suç işlemeyi meslek haline getirdiniz*”, “*bu tutumunuzun karşılığını cezanın belirlenmesinde göreceksiniz*” gibi sözler söylemesi ihsas-ı reye örnek olarak gösterilmektedir⁹⁸¹. Yine sözle olmasa da hâkimin duruşmanın yönetimindeki davranışları ile de ihsas-ı reyde bulunduğunu söylemek mümkün olabilecektir. Sanığın toplanmasını talep ettiği delillerin gereksiz bir biçimde reddedilmesi, orantısız bir sertlikte davanın yürütülmesi, sanığın savunmasını sürekli keserek tam ve doğru savunma yapmasının engellemesi, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını engellemek kastı ile hareket edilmesi de ihsas-ı rey olarak nitelendirilebilecektir⁹⁸². *Kunter* yargılamayı yapan, sanık aleyhine delilleri toplayarak yargılama sonucunda sanığa cezalandırma kararı veren hâkimin ihsas-ı reyde bulunduğunu belirtmektedir⁹⁸³.

Tutuklama unsur ve koşullarının gerçekleşmesi sebebi ile verilen tutuklama kararı ihsas-ı rey olarak kabul edilmemektedir⁹⁸⁴. Burada CMK m. 100 hükmünün kalıp sözlerle tekrar edilmesi de kanaatimizce gerekçeli karar hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle tutukluluğa veya devamına karar verecek hâkimin kararının ihsas-ı reyde bulunup bulunmadığı tartışmalı bir konudur. Hâkimin, koruma tedbiri niteliğindeki

⁹⁸⁰ **Dedeğaç, Ender**, “*İhsas-ı Rey ve Sürpriz Karar Yasağı*”, www.enderdedeagac.blogspot.com (E.T.24.03.2019).

⁹⁸¹ **Ünver/ Hakeri**, s. 200-201.

⁹⁸² Alman ceza muhakemesinde muhakemeden kaynaklı haklarını kullanan tarafın eleştirilmesi, yargılama sırasında suçluluğa ilişkin kanaatin açıklanması, alay eden tavır ve davranışlar, sanıkla sıklıkla sosyal ilişki içerisinde olma, ikrar edilmesi için sanığa baskı yapılması tarafsızlığından şüphe edilen haller olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Schroeder/ Verrel**, s. 131.

⁹⁸³ **Kunter**, Hâkimin Oyunu Belli Etmesi, s. 326.

⁹⁸⁴ Tutuklamanın unsur ve koşullarının gerçekleşmesi halinde tutuklama kararı veren hâkim ihsas-ı reyde bulunmuş olmaz. Yargıtay 4 CD 05.02.1976 T. 1976/1011E, 1976/700 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T.12.11.2019); Aksi yönde tutuklama kararına itirazı gerekçeli olarak inceleyen hâkimin kamu davasına katılamayacağına ilişkin olarak Yargıtay 5 CD 09.04.1976 T. E. 1072, K.1150, aktaran **Gözübüyük**, s. 265; Aynı yönde hâkimin tutuklama kararı verebilmesi için kuvvetli emarelerin varlığını kabul etmesi nedeniyle tarafsız kabul edilemeyeceğine ilişkin bkz. **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, s. 355.

tutuklamaya ilişkin olarak vereceğin kararda, “*kuvvetli suç şüphesine*” ilişkin mevcut deliller üzerinde değerlendirme yapması, suçun var olup olmadığına ilişkin görüş açıklamasında bulunmaktan kaçınması gerektiği kanaatindeyiz.

Yine işin niteliğini belirterek alınan bir görevsizlik kararı sonrasında bir üst mahkemede hâkimin o davaya bakması mümkün kabul edilmeyecektir⁹⁸⁵. Ancak oyunu açıklamaksızın sırf sevk maddesine göre verilen görevsizlik kararı ihsas-ı rey olarak kabul edilmemektedir⁹⁸⁶. Yine talimatla sanığın sorgusunu yapan ya da tanık dinleyen hâkimin daha sonra asıl dosyada hâkimlik yapabilmesi mümkün olarak kabul edilmiştir⁹⁸⁷.

Ceza muhakemesinde mükerrer suçluluk halinde olan sanığın yargılanmasında hâkimin sanığın daha önce suç işlemiş olmasının etkisinde kalmadan, yargılama süresince sanık hakkında edindiği ilk fikirden hep şüphe duyarak davaya bakması beklenmektedir⁹⁸⁸. Suç işlemekten defalarca yargılanmış ve ceza almış bir kişinin yargılanması sürecinde lehe delillerin göz ardı edilerek, sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi uygulamada ihsası rey olarak kabul edilmemektedir. Bu durum delillerin değerlendirilmesine ve kararın gerekçelendirilmesine ilişkin kurallara aykırılık olduğu ve hâkimin dava konusu olayda hukuki yanılığa düştüğü biçiminde yorumlanmaktadır. Bu görüşe göre, hâkimin

⁹⁸⁵ “*Ağır Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararında sanıkların suçlarının vasıflandırılmasını belirlerken "bu durumda ateş eden bir kişi ya da kişilerin müştekiyi öldürme kastı altında hareket ettiklerini gösterecek hiçbir sübut delili bulunmadığı" şeklinde gösterilen gerekçenin CMK.nun 24.maddesi kapsamında kanaat açıklamasında bulunma niteliğinde olması hususu gözönüne alındığında Asliye Ceza Mahkemesince görevsizlik kararı ile yeniden kendilerine gönderilen davaya bakamayacaklarından..."* Yargıtay 1 CD 16.04.2008 T. 2007/1009E, 2008/3051K (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁸⁶ YCGK 10.05.1976 T. 2019/233, görevsizlik kararında suçun sübutu halinde uygulanması gereken ve kendi görevini aşan kanun maddesini gösteren hâkimin ihsası bulunmadığına ilişkin Yargıtay 6 CD 28.02.1975T. E. 1033, K. 1019, aktaran **Gözübüyük**, s. 256,257.

⁹⁸⁷ YBGK 05.12.1977 T. 1977/2 E, 1977/3 K “*tutuklama unsur ve koşullarının gerçekleşmesi halinde hâkim veya mahkemece soruşturmanın her hal ve aşamasında verilebilen biri tedbir kararıdır. Sanığın tutuklanmasına veya salıverilmesine karar vermekle hâkim oyunu belli etmiş sayılamaz. Nitekim duruşma sırasında da Mahkemeler soruşturmanın bütün aşamalarında hatta hükümle birlikte tutuklama veya salıverme kararı vermekte ve aynı davanın duruşmasına devam etmektedirler. Burada CMUK.nun 22 nci maddesine aykırılıktan söz edilemez. Bu itibarla hazırlık soruşturması sırasında CMUK.nun 124, 125 inci maddelerine göre sanığın tutuklanmasına veya salıverilmesine karar veren hakim davaya bakan Mahkemenin duruşmasına katılmasında bir sakınca bulunmadığı doğrultusunda görüş birliğine varılmıştır.*” www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 15.07.2020)

⁹⁸⁸ **Erem**, Adalet Psikolojisi, s. 252.

hukuki hataya düşmesi bir red sebebi olarak düzenlenmediğinden, tarafsızlığını kaybettiğinin emaresi değildir⁹⁸⁹.

Gerçekten, hâkimin reddi sebepleri arasında hukuki hata yapması düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde hâkimin esaslı hukuki hatalar yapması taraflarda hâkime olan güveni sarsacağından taraflara o hâkimi reddetme hakkının tanınması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁹⁹⁰. *Centel* Alman yasalarına göre ancak bir normun tamamen göz ardı edilmesi ve normun içeriğine çok dikkat çekici bir biçimde aykırılık olması halinde keyfilik bulunduğundan hâkimin reddinin mümkün olduğunu belirtmektedir⁹⁹¹.

Yargıtay ek iddianame talebini hâkimin konuya ilişkin görüşünü açıklaması sebebi ile ihsas-ı rey olarak kabul etmiştir⁹⁹². Kanunda “*ek iddianame*” düzenlenmemiştir. Yargıtay mahkeme tarafından ek iddianame düzenlenmesinin istenmesiyle bir anlamda suçun oluştuğunu belirterek baştan sanığın mahkûmiyetine dair görüşünü ortaya koyduğunu bunun da hâkimin tarafsızlığını kaybettiğinin bir göstergesi olacağını belirtmiştir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin kararında hâkimin böyle bir kanaatinin varlığı halinde Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunabileceği belirtilmiştir. Ancak Yargıtay yakın tarihli kararında yargılama sırasında sanık hakkında bir başka suçtan dolayı suç duyurusunda bulunan hâkimin, soruşturmayı başlatan hâkimin kovuşturma evresinde görev yapamayacağı gerekçesi ile verdiği çekinme kararı sonucunda “*suç duyurusunda bulunulması CMK’nın 22. ve 23. maddeleri kapsamında hâkimin davaya bakamayacağı hallerden olmadığı gibi yargılamaya katılmaya engel bir durum da oluşturmaması*” gerekçesi ile bozmuştur⁹⁹³. Hâkim TCK m. 279 gereğince görevi

⁹⁸⁹ Direnme kararı vermelerine rağmen yeni bir hüküm kurmak yerine yargılamaya devam eden hâkimlerin, direnme kararı vermelerinin ihsas-ı rey olduğu gerekçesi ile yapılan hâkimin reddi talebine ilişkin olarak verilen, hukuki hata yapmanın hâkimin reddi sebebi olmadığına ilişkin bkz. Yargıtay 9 CD 09.06.2014 T. 2013/18493 E, 2014/6987 K. www.yargitay.gov.tr (E.T. 13.09.2019).

⁹⁹⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 107.

⁹⁹¹ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 108.

⁹⁹² Yargıtay 3 CD 29.06.2009 T. 2009/27 E, 2009/13450 K sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 15.03.2020).

⁹⁹³ Yargıtay 8 CD 13.01.2020 T. 2019/13144 E, 2020/529 K sayılı kararı, www.sinerjimevzuat.com (E.T. 27.01.2021)

sırasında öğrendiği suçu bildirmekle yükümlüdür. Yargılamaya konu fiil dışında bir başka suça ilişkin fiilden bilgi sahibi olan ve bu konuda suç duyurusunda bulunan hâkimin CMK m. 23/2’de aranan soruşturma aşamasında görev alıp almadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten hâkim salt ihbar eden konumunda olup, soruşturma aşamasında kararlara katılmadığından “soruşturmada görev aldığından bahsedilmesi” kanaatimizce mümkün değildir. Bu nedenle hâkimin CMK m. 23/2 gerekçesi ile yasaklılık halinin varlığından bahisle çekinmesi doğru olmamıştır. Ancak hâkimin çekinme gerekçesi olarak yaptığı yargılama sırasında ihbarda bulunduğu suçun detayına ilişkin bilgi sahibi olduğunu ve kanaatinin oluştuğunu, artık yargılama yaparken tarafsızlığı konusunda şüphe oluşacağını belirtmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

İhsas-ı rey olarak kabul edilen hallere, hâkimin görevi dışında dava ile ilgili olarak bilgi sahibi olması veya davaya ilişkin olarak fikrini açıklamış olması örnek olarak gösterilmektedir⁹⁹⁴. Böyle bir durumun varlığında hâkimin o davada “önyargılı” hareket ettiğini söylemek mümkündür⁹⁹⁵. Burada hâkimin yargılama sırasında nihai karara ilişkin olmayan ve davanın içeriğine ilişkin elde ettiği bilgilere dayanan açıklamalarının farklı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira bilgilendirmeye yönelik bu tür açıklamalar ihsas-ı rey olarak kabul edilmemektedir⁹⁹⁶. Günümüzde gelişen sosyal medya ağları ile birlikte hâkimlerin bu platformlarda yaptıkları açıklamalar da ihsas-ı rey niteliği yönünden tartışma konusu olmaktadır⁹⁹⁷. Hâkimler tarafından sosyal medya kullanımı halkın bilgilendirilmesi ve aydınlatılması yönünden faydalı olduğu

⁹⁹⁴ **Tosun**, s. 339; BGHSt, 21,85 sayılı kararda, alışveriş esnasında sanıklara ilişkin olarak “Alman hukukuna göre ceza almaları mümkün değil” açıklamasına karşı “hala şüphemiz var mı?” dediği ileri sürülen hâkimin tarafsızlığını kaybettiği iddia edilmiş, hâkim ise böyle bir beyanda bulunmadığını sadece “buna siz inanıyor musunuz” dediğini ancak davanın esasına ilişkin görüşünü beyan etmediğini belirtmiştir. **Schroeder/ Verrel**, s. 131.

⁹⁹⁵ Elbette hâkimin içgüdülerinden uzak olarak davaya ilişkin delilleri tartışması ve olayı herhangi bir sempati ya da antipati duygusuna kapılmadan görevini yerine getirmesi gerekmektedir. *Erem*, aynı psikolojiyi yaşamaktan dolayı sempati duyduğu ya da kendisinde nefret duyguları uyandıran sebeplerle antipati hissettiği kişilere karşı hâkimin tarafsızlığının etkilenmemesi için hâkimin çaba harcaması gerektiğini belirtmektedir (*Erem, Adalet Psikolojisi*, s. 252.). Ancak hâkimin böyle duygular içerisinde kalarak tarafsız hareket edemeyeceği kanısının çok da geçerli olmadığı kanaatindeyiz.

⁹⁹⁶ **Kantar**, s. 61.

⁹⁹⁷ **Kılıç**, s. 30.

gibi, halktan da kopmamasını sağlamaktadır⁹⁹⁸. Ülkemizde hâkimlerin sosyal medya kullanımlarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakta, genel disiplin uygulamaları içerisinde değerlendirme yapılmaktadır⁹⁹⁹. CEELI (Merkezi ve Doğu Avrupa Ülkeleri Girişim Enstitüsü) hâkimlerin sosyal medya kullanımında; yargıyı iyi temsil etmesi gerektiğini, görülmekte olan dava ile ilgili yorum yapılmaması gerektiğini, davanın taraflarının sosyal medya üzerinden araştırılmamasını, sosyal medya üzerinden arkadaş olan kişilere ve yapılan beğenilere dikkat edilmesi gerektiğini, siyasi ve ticari içerikli yorumlar yapılmamasını, gizlilik ayarlarına ve çevrimiçi görünürlüğüne dikkat edilmesi gerektiğini, kişisel verilerin korunmasını ve sosyal medyanın halkın bilgilendirilmesi amacı ile kullanılması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁰⁰. Hâkimin benzer davalara ilişkin paylaşım, retweetleri veya beğenileri, kapalı sosyal medya gruplarına katılması ihsas-ı rey olarak nitelendirilebilecek ve hâkimin konuya ilişkin önyargılı olabileceği iddia edilebilecek, sosyal medya üzerindeki arkadaşlıkları da mercek altına alınacaktır¹⁰⁰¹.

Hâkimler kararları ile konuşurlar. Hâkimin kararında kaleme aldığı “*zimmete geçirilen parayı Devlete geri ödemek için anlaşma yapmak suretiyle suçu tevilli ikrar yoluyla kabul etmek*” yönündeki gerekçesi hâkimin benzer yöndeki davalara ilişkin görüşünü açık bir şekilde ortaya koymasına rağmen uygulamada ihsas-ı rey olarak kabul edilmediği görülmektedir¹⁰⁰². Yine Yargıtay kararlarında gerekçeli karar hakkının bir sonucu olarak tutuklama ve bu karara karşı yapılan itiraz üzerine alınan kararlarda yer alan gerekçelerin ihsas-ı rey olarak nitelendirilemeyeceğini kabul etmektedir. Bu kararlarda yer alan gerekçenin davanın esasına ilişkin olmadığı, tutukluluk ve devamına dair koşullara ilişkin olduğu, bu kararların soyut gerekçelere dayanmasının hem taraflar

⁹⁹⁸ **Kılıç**, s. 31; **Kaya, Mehmet Bedii**, Hukuk ve Etiğin Işığında Hâkimlerin Sosyal Medya Kullanımı, <https://www.mbkaya.com/hakimlerin-sosyal-medya-kullanimi-etik-hukuk/> (E.T. 25.01.2021).

⁹⁹⁹ Dünyada yargı mensuplarının sosyal medya kullanımına ilişkin başlatılan çalışmalar ve yapılan düzenlemeler için bkz. **Kılıç**, s. 32-35.

¹⁰⁰⁰ “*Practical Guidelines on Use of Social Media by Judges: Central and Eastern European Context*”, CEELI Institute, s. 10-12, aktaran **Kılıç**, s. 43.

¹⁰⁰¹ **Kaya**, <https://www.mbkaya.com/hakimlerin-sosyal-medya-kullanimi-etik-hukuk/> (E.T. 25.01.2021)

¹⁰⁰² **Öztürk/ Erdem**, s. 230.

yönünden doyurucu olmayacağı hem de açıkça kanuna aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir¹⁰⁰³.

Doktrinde hâkimin sanık hakkında daha önce yargılama konusu ile ilgili benzer olayları içeren ve sanık aleyhine kitap yazmasının ve zimmet suçuna ilişkin gerekçeli kararında “*zimmete geçirilen parayı devlete geri ödemek için anlaşma yapmak suçu tevilli yoldan ikrar etmektir*” demesinin hâkimin bu davalarda tarafsızlığına ilişkin şüphe yarattığını belirterek, hâkimin reddi talebi halinde bu talebin kabul edilmesi gerektiğini ancak uygulamada bu taleplerin kabul edilmediği belirtilmektedir¹⁰⁰⁴. Kanaatimizce hâkim bu açıklaması ile hukuki anlamda normun uygulamasında hataya düşmüştür. Hâkimin düştüğü bu hata da davanın esasını etkileyecek niteliktedir. Zira sanığın ikrarını var kabul etmektedir. Böyle bir durumda hâkimin reddi talebinin kabul edilerek, sanığın kendisini güvende hissedeceği ve önyargılı olarak değerlendirilmeyeceği bir mahkemede yargılanmasının sağlanması gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukuk örneğinde hâkim yardımcısının daha önce yazdığı makalelerde hukuki değerlendirme yaparken bir taraf lehine ve diğer taraf aleyhine çok açık görüş bildirmesi, önüne gelen davada önyargılı olacağından bahisle davadan çekilmesi gerektiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır¹⁰⁰⁵.

Konuya ilişkin Yargıtay kararında, hâkimin gerekçeli kararında aynı dava konusuna ilişkin farklı taraflara ait daha önceden verdiği kararlara dayanmasını görüşünü açıklamak veya ihsas-ı rey olarak kabul etmemektedir¹⁰⁰⁶. *Kantar*, hâkimin bir başka

¹⁰⁰³ YHGK 24.11.2010 T. 2010/4-552 E, 2010/599 K. sayılı kararı <https://www.sinerjimevzuat.com> (E.T. 24.03.2019).

¹⁰⁰⁴ **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd.**, s.186; Gerçekten gerekçeli kararlar hâkimlerin uyumsuzluğa ilişkin verdikleri kararların mantıksal niteliğini ortaya koyan bir delil niteliğindedir. Gerekece ile sağlanmak istenen adalet bir yandan ortaya konulurken, bir yandan da kaybeden tarafa uyumsuzluğa ilişkin verilen kararın hislerle değil, hukuk kuralları ile verildiğini, kararın keyfi olarak alınmadığını ve süreç sonunda verilmesi gereken kararın verildiğini göstermek amacıyla büyük önem taşımaktadır. **Yücel, Mustafa Tören**, Hukuk Felsefesi, Başkent Matbaası, Ankara, 2013, s. 166-167; Yargılamayı yapan mahkeme başkanı tarafından kaleme alınan kitabın belirli kısımlarında sanıklar aleyhine ön yargı olarak kabul edilebilecek nitelikte beyanlar olduğuna ilişkin olarak hâkimin reddi talebine dair Bkz. Yargıtay 7 CD 28.06.2006 T. 2006/1464E, 2006/13086K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 20.09.2019).

¹⁰⁰⁵ **Samuels**, s. 388.

¹⁰⁰⁶ “...somut olayda, mahkeme hâkimi tarafından ihtiyati tedbir kararı sebebiyle baskı altında kaldığı, adil yargılama yapmasının söz konusu olmadığı, tarafsızlığından şüpheye düşüldüğü gerekçesiyle çekilme

davada görüşünü açıklamış olmasının yeni baktığı davada bir önemi olmadığını, genellikle sanık aleyhine hukuki görüşünün bulunması veya aynı hukuki konularda daha önce verdiği kararların farklı olmasının ihsas-ı rey olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir¹⁰⁰⁷.

Yargılama sırasında sanığın yaptığı açıklamalara karşı verilen tepkiler de hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesine sebep olabilecektir¹⁰⁰⁸.

CMK m. 191/3-b'de hâkimin iddianamede yer alan suçlama ve suçlamanın dayanağı olan fiil ve buna ilişkin delilleri sanığa duruşmada açıklaması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre hâkim, sanığa hakkındaki suçlama ile ilgili bilgi verecek, hangi fiilinden dolayı yargılanacağını açıklayacaktır¹⁰⁰⁹. Hâkimin sanığa dava konusuna ilişkin kanuna uygun olarak yaptığı bilgilendirme hiçbir şekilde ihsas-ı rey olarak nitelendirilemez¹⁰¹⁰. Ancak bu bilgilendirme kısmında davanın sonucuna ilişkin bir

kararı verilmişse de, maddi bulgu ve delillerle desteklenmeyen soyut iddiaların hâkimlerce duygusallıkla karşılanıp davadan çekilmelerine neden olması, ileride giderilmesi mümkün olmayacak zararlara yol açacağından kabul edilemez. Aksi halde, bir yerde görev yapan hâkimlerin, aynı yöntemle davadan çekilmeleri sağlanarak, tabii hâkim ilkesinin zedelenmesine yol açılacağı unutulmamalıdır. Ayrıca, H.M.K.nun 297 ve 298. maddeleri uyarınca hükümde, tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerini gösterir gerekçesiyle birlikte varsa karşı oya da yer verilmesi yasal zorunluluk olduğundan, hakimin, tarafları ve konusu benzer olan ayrı davalarda verdiği ret veya kabul kararlarının sebeplerinin gerekçeli kararda açıkça gösterilmesi, H.M.K. 36/1-b maddesinde düzenlenen iki taraftan birine veya bir üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde, görüşünü açıklamak veya ihsası reyde bulunmak olarak değerlendirilemez. Bu sebeple mercii hâkimin çekilmesini kabul eden kararı bu yönüyle bozulmalıdır.” Yargıtay 20 HD 23.09.2013 T. 2013/6729 E, 2013/8282 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 31.08.2019).

¹⁰⁰⁷ Kantar, s. 61.

¹⁰⁰⁸ Nitekim alman ceza muhakemesinde siyasi görüşlerini açıklayan sanığa karşı gösterilen tepki sebebi ile yapılan red taleplerinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bir kabul bulunmaktadır. (LG Freiburg StV 1982, 111,112, -LG Krefeld StV 1984, 196) **Schroeder/ Verrel**, s. 131.

¹⁰⁰⁹ Aynı şekilde hukuk muhakemesinde de hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.

¹⁰¹⁰ Ceza muhakemesinde sanığın meramını anlatabilme hakkı bilgilendirilme, açıklamada bulunabilme ve açıklamalarının dikkate alınmasını isteyebilme unsurlarından oluşmaktadır. Bu kapsamda sanığın isnattan haberdar edilmesi ve sürpriz kararlarla karşılaşmama ilkesi gereğince fiili ve hukuki isnadın değiştiğinde bilgilendirilmesi gerekmektedir. Detaylı bilgi bkz. **Karakehya, Hakan**, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları”, CHKD, C.3, S.2, 2015, s. 202-211; Gerçekten hukuk mahkemesi hâkimine HMK m.31 'de davayı aydınlatma hakkı tanınmıştır. Bu sayede hâkim tarafların talepleri ve dayanaklarının açıklattırılması da mümkündür. Ancak hukuk hâkimi de bu yükümlülüğünü yerine getirirken dikkatli olmak zorundadır, örneğin geçerliliği ilgili tarafın ileri sürmesine bağlı olan bir itirazın varlığı halinde bu eksikliği belirterek giderilmesi yönünde tavsiyede

beyanda bulunursa ya da davada taraflardan birini kayırdığına, eşit ve tarafsız bir biçimde davranmadığına ilişkin şüphe yaratacak bir hareket içerisinde olursa hâkimin davaya ilişkin olarak tarafsızlığını kaybettiği iddiasında bulunmanın mümkün olduğu kanaatindeyiz. Daha önce belirttiğimiz gibi, hâkimin daha önce tarafları farklı ancak konusu aynı olan davalara ilişkin verdiği kararları emsal göstererek aldığı gerekçe de ihsas-ı rey olarak kabul edilmemektedir¹⁰¹¹.

Yargıtay hâkimin iki suçla ilişkin açılan davada suçlardan birinin uzlaşma kapsamına girmesi sebebi ile dosyayı tefrik ederek, suçla ilişkin kısmı uzlaşma bürosuna göndermesini ve diğerine ilişkin yargılama yapmasını ihsas-ı rey olarak kabul etmemiştir¹⁰¹².

Ünver/Hakeri'nin görüşü hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren özel bir durum olmadıkça hâkimin görüşünü açıklamasının hâkimin reddi sebebi

bulunulması hâkimin tarafsızlığını etkileyecek nitelikte kabul edilmektedir. Burada önemli olan hakkın kullanılması sırasında yapılan işlemlerin taraflardan biri lehine hareket olarak yorumlanmaması gerektiğidir. Hâkim, aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflara karşı eşit ve objektif bir biçimde hareket etmiyorsa tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahsedilecektir. Bkz. **Karaaslan**, s. 126 vd;

¹⁰¹¹ Yargıtay 20 HD 23.09.2013 T. 2013/6729 E, 2013/8282K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 31.08.2019); Benzer bir olayda Alman ceza muhakemesinde hâkimin daha önceki benzer olaylara ilişkin verdiği kararlara dair yaptığı açıklamalar tarafsızlığından şüphe duyulan bir durum olarak kabul edilmiş olması doktrinde eleştirilmiştir. (StV 1995,7) Bkz. **Schroeder/ Verrel**, s. 131.

¹⁰¹² Yargıtay 4 CD 15.12.2017 T. 2017/19084 E, 2017/28185 K. sayılı kararında; *"Bu bağlamda, her iki suçtan yargılama devam ederken hâkimin uzlaşturmaya tabi olacağını öngördüğü suçla ilgili olarak dosyayı soruşturma bürosuna göndermesi veya bu düşünceyle tefrik kararı vermesi durumunda, uzlaştırma kapsamında olmayan suç açısından beraat kararı verileceği izlenimi oluşabileceği cihetle, bu hususun ihsası rey olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Bu sorunun CMK'nın 226. maddesinde düzenlenen ek savunma konusuyla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Anılan madde "Sanık, suçun hukukî niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez. (2) Cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâller, ilk defa duruşma sırasında ortaya çıktığında aynı hüküm uygulanır. (3) Ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilir. (4) Yukarıdaki fıkralarda yazılı bildirimler, varsa müdafîe yapılır. Müdafîi sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır." biçimdedir. Maddeden de anlaşılacağı üzere suçun hukuki niteliği değişir ya da cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirir durumun ortaya çıkması halinde hâkim sanık ya da müdafîe ek savunma hakkı tanyacaktır ancak, bu durum yasal düzenleme nazara alındığında hâkim açısından ihsası rey olarak nitelendirilemeyecektir. Bu düzenlemeye kıyasen, uzlaşturmaya tabi olan bir suçla uzlaşturmaya tabi olmayan bir suçun yargılaması devam ederken, hâkimin uzlaşturmaya tabi olacağını öngördüğü suçla ilgili olarak dosyayı soruşturma bürosuna göndermesi veya bu düşünceyle tefrik kararı vermesi durumunda uzlaştırma kapsamında olmayan suç açısından ihsası reyde bulunduğu bahsedilemeyecektir." www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 24.01.2021)*

sayılmaması gerektiği yönündedir¹⁰¹³. Aynı olayda faillerden birine ceza veren hâkimin diğer faili de aynı yargılamada yargılayabilmesinin sebebi budur.

¹⁰¹³ Ünver/ Hakeri, s.199.

3. BÖLÜM

HÂKİMİN REDDİ VE ÇEKİNMESİ USULÜ

3.1. HÂKİMİN REDDİ

Hâkimin davaya bakarken tarafsız olamayacağına ilişkin şüphe yaratan ve/veya davaya bakmaktan ve yargılamaya katılmaktan yasaklı olduğu hallerin varlığında kanunda yetkili kılınan kişiler hâkimin reddini talep ederek, o davaya bakmasının önüne geçebilirler¹⁰¹⁴. Bu düzenleme kişilerin “*tarafsız bir hâkim*” önünde yargılanma haklarını koruyan bir teminat niteliğindedir¹⁰¹⁵. Kişinin kendisini yargılayan hâkimin tarafsızlığından şüphe duyduğu hallerde onu reddedebilmesi hakkaniyete de uygundur.

Daha önce de açıklandığı üzere ceza muhakemesinde tek hâkimli ve çok hâkimli mahkemeler bulunmaktadır. Heyet tarafından yapılan yargılamalarda, tek bir hâkimin reddinin yanı sıra mahkeme heyetini oluşturan hâkimlerin tamamının toplu olarak reddedilmesine ilişkin örneklerle rastlamak mümkündür¹⁰¹⁶. Ceza muhakemesinde toplu redde ilişkin bir düzenleme bulunmazken, Yargıtay K¹⁰¹⁷ m. 39/3’de “*Daire ve kurulların toplantılarını engelleyen toplu ret istemleri dinlenmez.*” ve AYM K¹⁰¹⁸ m. 60/3 “*Ret şahsidir. Genel Kurul ya da bölümlerin toplanmasına mani olacak sayıda üyenin reddine ilişkin talepler dinlenmez.*” düzenlemeleri ile Yargıtay ve AYM üyelerine karşı toplu red talebinin mümkün olmayacağına ilişkin açık düzenlemelere yer

¹⁰¹⁴ Centel/ Zafer, s. 692; Toroslu/ Feyzioğlu, s. 125-126; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 240-241; Benzer düzenleme Alman CMK m. 24 ve devamında yer almaktadır. Bkz. Yenisey/ Oktar, s. 12.

¹⁰¹⁵ Şahin/ Göktürk, s. 241.

¹⁰¹⁶ Aynı şekilde heyetin toplu olarak çekilmesine ilişkin uygulamada örnekler de bulunmaktadır. Yargıtay özel daireler kurulunun davayı incelemekten çekinmesi üzerine, mevzuatta bu konuda herhangi bir düzenleme yer almaması üzerine Yargıtay CMUK uygulamasını göz önüne alarak çekinme isteminin CGK tarafından incelenmesine karar verdiği görülmektedir. YCGK 19.04.1971 T. E. 127, K. 148, aktaran Gözübüyük, s. 299-300.

¹⁰¹⁷ 2797 sayılı Yargıtay Kanunu RG 08.02.1983/17958, www.mevzuat.gov.tr (E.T.28.03.2019).

¹⁰¹⁸ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, https://www.anayasa.gov.tr (E.T. 28.03.2019).

verildiği görülmektedir¹⁰¹⁹. Yargıtay toplu red talebinde bulunulduğu gerekçesi ile talebi reddettiği kararında, sanığın her bir hâkim yönünden tek tek red gerekçelerini açıklamış olması halinde CMUK uygulamasının gözönüne alınacağını fakat toplu red halinde özel düzenleme olan 1730 sayılı Yargıtay Kanunu m. 26/son hükmünün uygulama alanı bulduğunu belirtmektedir¹⁰²⁰.

Ceza muhakemesinde heyet olarak yargılama faaliyeti gösteren mahkemelerde, sadece bir hâkim yönünden ret sebeplerinin sunularak, tüm heyetin reddinin mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁰²¹. Hâkimin reddi talebinin, o hâkime ilişkin kişisel sebeplere dayanan bir talep olmasından dolayı sadece talep edilen hâkim yönünden değerlendirilmesi yönündeki görüşlere katılmaktayız. *Kantar*, mahkemenin reddinin mümkün olmadığını, ancak üyelerin her biri için sebeplerin tek tek ve ayrı ayrı gösterilmesi halinde üyelerin tamamının reddinin mümkün olabileceğini belirtmektedir¹⁰²². Yine genel bir sebeple heyet halinde çalışan bir mahkemenin bütün üyelerinin reddi mümkün değildir¹⁰²³. CMK'da hâkimlerin toplu olarak reddedilmelerini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmamasının bir sonucu olarak, her bir hâkim yönünden geçerli sebeplerin varlığı halinde talebin kabul edilmesini engelleyici bir durum söz konusu değildir¹⁰²⁴. Red talebinin dayanağı olan sebeplerin tüm hâkimler tarafından müşterek ve geçerli olması halinde de, mahkeme üyelerinin toplu olarak reddinin talep edilmesine engel bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰²⁵. Bu nedenle heyette yer alan her hâkim yönünden

¹⁰¹⁹ AYM üyelerinin çalışmalarına engel olacak nitelikte reddine ilişkin bkz. **Öden**, *Anayasa Yargısında Yargıcının Davaya Bakamaması*, s. 109.

¹⁰²⁰ YCGK 22.05.1978T. E.165-K. 117 aktaran **Gözübüyük**, s. 277-279.

¹⁰²¹ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 126; **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 112.

¹⁰²² **Kantar**, s. 63; **Taner**, s. 41; **Gözübüyük**, s. 238; **Öden**, Eşitlik, s. 109; **Taştan**, s. 263.

¹⁰²³ **Taner**, s. 41; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 94.

¹⁰²⁴ **Ünver/ Hakeri**, s. 203; **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 534.

¹⁰²⁵ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 534.

geçerli bir sebebin varlığı halinde üyelerin her birinin aynı anda ayrı ayrı reddedilebileceğine ilişkin görüşe biz de katılmaktayız¹⁰²⁶.

Uygulamada Yargıtay'ın mahkeme heyetinin toplu olarak reddi talebini reddeden merci kararını, “*talebin yetkili merci tarafından değerlendirilmeden reddedildiği*” gerekçesi ile bozduğu görülmektedir¹⁰²⁷. Bu karar ışığında mahkeme heyetinin toplu olarak reddinin Yargıtay tarafından zımnen kabul edildiğini söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Zira gerekçede red talebini inceleme mercii ile ilgili değerlendirme yapılırken, toplu olarak hâkimlerin reddine ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmamış, hatta bu gerekçeye dayanan yetkisiz merciin kararı dahi değerlendirilmemiştir.

Belirtmek gerekir ki, mahkemelerin tamamının reddi de mümkün değildir. Yargı uygulamamızda mahkemelerin çalışmalarını engelleyecek şekilde aynı uygulamada örgütsel faaliyet kapsamında tahliye kararı verecek mahkemeyi değiştirmek kastı ile toplu olarak sulh ceza hâkimlerinin tamamının reddedilerek, Asliye Ceza Mahkemesinden hâkimin reddi talebinin kabulü ile tahliye kararı alınmasına ilişkin kötü bir örnekle ile maalesef karşılaşmıştır¹⁰²⁸. Olayda 63 sanık tarafından İstanbul'da

¹⁰²⁶ Her bir üye için var olan red sebebinin bir veya birden fazla hâkim yönünden göz ardı edilmesi, bir hâkimin reddedilirken diğerlerinin salt bir üye reddedildi gerekçesi ile reddedilememesi mümkün değildir. Aksi takdirde geçerli sebeplerin varlığı halinde hangi üyenin reddedileceğinin nasıl belirleneceği açık bir sorun olacaktır. Yine hâkimin kesin yasaklı olduğu hallerin tüm heyet üyelerinde bulunması halinde hâkimlerin tamamının reddi ve hatta çekinmeleri mümkündür.

¹⁰²⁷ Yargıtay 7 CD 28.06.2006 T. 2006/1464E, 2006/13086K. sayılı kararında aynen; “*Sümerbank davasında tesis edilen hükmün gerekçesinde, TMSF ile yapılan anlaşmanın suçun tevîl yollu ikrarı anlamına geldiğinin kabul edilmiş bulunmasının, kendilerinin de TMSF ile benzer bir anlaşma yapmış olmaları nedeniyle, bu hususun kendileri için verilecek kararda ihsası rey anlamına geleceğini belirtip, tüm bu gerekçelere ilişkin delillerini de ibraz edip, CMK.nun 29, 298/c ve 31/son maddelerinin uygulanmasını talep ederek mahkeme heyeti hakkında reddi hâkim talebinde buldukları cihetle, talebin davayı uzatmaya matuf olduğu da açıkça anlaşılmadığı halde, CMK.nun 27/2.maddesinde belirtilen ret prosedürü işletilerek bir karar alınmak üzere dosyanın merciiine gönderilmesi gerekirken, talebin davayı uzatmaya matuf olduğu gerekçesiyle CMK.nun 31/1-b-c maddeleri uyarınca reddi hâkim talebinin geri çevrilmesine hükmolunması*”bozma gerekçesi olarak gösterilmiştir. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 24.03.2019).

¹⁰²⁸ YCGK 26.09.2017T. 2017/956 E, 2017/370 K sayılı kararında “*....Bunun üzerine 20.04.2015 tarihinde şüphelilerin müdafileri olan yirmi avukat tarafından İstanbul Adliyesindeki tüm sulh ceza hakimliklerinde görevli hakimlerin reddiyle şüphelilerin tahliye edilmesi istemli elli bir adet dilekçeden oluşan evrakın uygulanan prosedüre aykırı olarak tarama ve kayıt işlemlerinden geçirilmeksizin günün muhabere nöbetçisi İstanbul 29. Asliye Ceza Mahkemesi hakimi sanık M. Ö.'e odasında teslim edildiği, sanık M. Ö.'in reddi hakim taleplerini kabul ederek, muhabere nöbetçisi İstanbul 32. Asliye Ceza Mahkemesi hakimi sanık M. B.'i tahliye istemleri konusunda karar vermek üzere 24.04.2015 tarihinde görevlendirdiği, sanık M. B.'in de 25.04.2015 tarihinde talepleri kabul ederek tutuklu bulunan şüphelilerin tamamının tahliyesine karar....*” www.yargitay.gov.tr (E.T. 15.03.2020)

bulunan sulh ceza hâkimlerinin tamamının reddi talep edilmiş ancak red talebi elden muhabere nöbetçisi olan Asliye Ceza Mahkemesi hâkimine verilmiştir. Asliye ceza mahkemesi hâkimi sulh ceza mahkemelerinin tutuklamalardan önce sosyal medyaya bilgi vermesi, yürütme erkinin sulh ceza mahkemelerine ilişkin beyanları, tutuklamaya ilişkin kararların gerekçelerinde benzer şablonların kullanılmasını gerekçe göstererek, İstanbul'da bulunan tüm sulh ceza hâkimlerinin reddi talebinin kabulüne karar vererek, işbu karara itiraz makamı olarak da muhabere nöbetçisi asliye ceza mahkemesini göstermiştir. İtiraz makamı olarak gösterilen asliye ceza mahkemesi reddi hâkim taleplerini kabulü ile 63 sanığın tahliyesine karar vermiştir. İşbu kararı veren asliye ceza hâkimlerinin fiillerinin ağır hukuka aykırı olması, meslekî kıdemleri ve yetkili çalıştıkları mahkemelerdeki görev süreleri dikkate alınarak beşeri hata ve mesleki tecrübesizlik kapsamında değerlendirilmeyerek görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir.

Ceza muhakemesi kanunu m. 27/2'ye göre sulh ceza hâkimlerinin reddi isteminin yargı çevresinde bulunan asliye ceza mahkemesi tarafından karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Yukarıda belirtilen olayda hâkimin red talebi ile birlikte tutuklamaya ilişkin karara karşı yapılan itirazlar da birlikte değerlendirmiştir. Kanun düzenlemesine göre öncelikle hâkimin reddi talebine ilişkin inceleme yapılacaktır. Bu olayda kanuna aykırı bir biçimde sulh ceza mahkemesinin tutuklamanın devamına ilişkin kararına karşı itiraz, sulh ceza mahkemesine gönderilmemiş, hâkimin reddi talebini inceleme mercii tarafından değerlendirilmiştir. Kanaatimizce Yargıtay tarafından yapılan bu işlemlerin kanuna açıkça aykırı aykırı olduğu yönündeki tespit yerindedir.

3.1.1. Hâkimin Reddi Usulü

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 24-29 arasında hâkimin reddi talebinde bulunmaya ilişkin usul kuralları düzenlenmiştir. Aşağıda detaylı bir biçimde bu usul kuralları değerlendirilmiştir.

Doktrinde CMK tasarısının 26. maddesinin gerekçesinde yer alan "*Madde, yalnızca kovuşturma evresinde uygulanmak amacıyla düzenlenmiş olmakla birlikte, hâkimin tarafsızlığının yargılamanın tüm evrelerinde korunması zorunlu bulunmaktadır.*"

beyanı sebebi ile düzenlemenin soruşturma aşamasını da kapsadığı belirtilmektedir¹⁰²⁹. Katıldığımız bu görüşe göre, hâkimin reddine ilişkin düzenlemelerin kıyas yolu ile soruşturma aşamasında görev yapan sulh ceza hâkimleri yönünden de uygulanması mümkündür. Bu sayede hâkimin tarafsızlığı ve soruşturmanın etkinliği üzerinde oluşması muhtemel şüphelerin de önüne geçilecektir.

3.1.1.1. Hâkimin Reddini Talep Edebilecek Kişiler

Ceza Muhakemesi Kanununun 24. maddesinde hâkimin reddini talep edebilecek kişiler düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanık veya bunların müdafii, katılan veya vekili hâkimin reddi talebinde bulunabilecek kişilerdir¹⁰³⁰.

Hâkimin reddi talebi ile yapılan başvuru doktrinde tali bir ceza davası olan “*hâkimin reddi davası*” olarak adlandırılmaktadır¹⁰³¹. Ancak bu kişilerin davaya bakan hâkimin reddini talep etme zorunlulukları yoktur, eğer isterlerse de böyle bir talepte bulunmayabileceklerdir¹⁰³². Kanunda belirtildiği üzere Cumhuriyet Savcısı da hâkimin

¹⁰²⁹ **Kolcu**, s. 389.

¹⁰³⁰ CMK Madde 2 – “(1) Bu Kanunun uygulanmasında; a) Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, b) Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, c) Müdafii: Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı, d) Vekil: Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukatı,”. 3842 sayılı yasanın 1. maddesi ile müdafii ve vekil, hâkimin reddi talebinde bulunacak kişiler arasında eklenmiştir. Bu tarihten önceki düzenlemede hâkimin reddini sadece Cumhuriyet savcısı, davacı ve sanık talep edebilmekteydi. Bkz. 3842 s. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 01.12.1992/21422. <https://www.resmigazete.gov.tr> (E.T. 20.9.2019); HMK m. 36’a ya göre taraflardan her biri hâkimin reddini talep edebilmektedir.

¹⁰³¹ Tali ceza davası, asıl yargılama sırasında ayrı bir yargılamayı gerektiren ve asıl davadan bağımsız bir şekilde çözülmesi gereken davalardır. Tali ceza davasına ilişkin başvurunun, davanın esasından önce değerlendirilerek öncelikle karara bağlanması gerekmektedir. Bkz. AYM 28.04.1983 T. 1983/5 E, 1983/7 K www.anayasa.gov.tr (E.T.20.09.2019); **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 214; **Erem**, CMK Şerhi, s. 56; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 248; **Şahin**, s. 222.

¹⁰³² **Kantar**, s. 61.

tarafsızlığından şüphe duyulması ve yasaklılık hallerinde hâkimin reddini talep etme yetkisine sahiptir¹⁰³³.

Müdafin hâkimi red talep edebilmesine ilişkin olarak ceza muhakemesinde, hukuk muhakemesinden farklı olarak, vekâletnamesinde bu talepte bulunabilmesi için özel bir yetki verilmiş olması gerekmemektedir¹⁰³⁴. Zira müdafii red yetkisini kullanırken şüpheli ya da sanığın onayını almak zorunda değildir¹⁰³⁵. Kaldı ki müdafii ile şüpheli ya da sanığın iradesi arasında da çelişki olabilir. Hâkimin reddine ilişkin talepte şüpheli/sanık ile müdafii arasında bir çelişki olması halinde hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı net olarak düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde CMK m. 266/son'da yer alan *“150 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kendisine müdafii atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvurulmuş kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafii iradesi çelişirse müdafii iradesi geçerli sayılır.”* düzenlemesi ile kıyas yapılarak; zorunlu müdafilik halinde müdafii iradesinin üstün olarak kabul edileceği ancak özel müdafilik halinde şüpheli/sanığın iradesine itibar edileceği belirtilmektedir¹⁰³⁶. Kanaatimizce ceza yaptırım ihtimali ile karşı karşıya gelen kişinin iradesinin daha üstün olması gerekmektedir. Zorunlu müdafii iradesinin daha üstün olarak kabul edilmesinin sebebi, sanık ya da şüphelinin müdafii seçme durumunun olmaması, çocuk ya da kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması veya cezanın altı sınırının beş yıldan fazla hapis cezası gerektirmesi halidir. Bu durumlarda şüpheli veya sanığın olayın hukuki değerlendirmesinde ve savunmasında doğru karar verebilmesi çok da mümkün olamamaktadır.

Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nda yer alan düzenlemede hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olup olmadığının taraflardan herhangi bir talep gelmeden ya da hâkim tarafından

¹⁰³³ Yargıtay 4 CD 25.06.2019 T. 2019/3275 E, 2019/11768 K sayılı kararı www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 27.01.2021)

¹⁰³⁴ Yargıtay 20 HD 23.09.2013 T. 2013/6729 E, 2013/8282 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 31.08.2019).

¹⁰³⁵ Ömeroğlu, s. 385.

¹⁰³⁶ CMK m. 150/2 gereğince atanan zorunlu müdafii ile sanık arasında bu konuda bir çelişki bulunması halinde, zorunlu müdafii iradesine üstünlük tanınması gerekmektedir. **Kolcu**, s. 386.

yasaklılık hallerinin bulunduğu iddia edilmeden, yetkili merci tarafından da resen gözetilmesine ilişkin düzenleme bulunurken, CMK’da böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁰³⁷.

Kanun koyucu “*şüpheli*” nin de hâkimin reddi talebinde bulunacağını düzenlemesi soruşturma aşamasında karar veren hâkimin de şartları var ise, reddinin talep edilebileceğini göstermektedir¹⁰³⁸. Şu halde tutuklama talebine ilişkin karar verecek hâkimin de reddinin talep edilebilmesi mümkündür.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 24/2’de katılan veya vekiline hâkimi reddetme yetkisi verilmiştir. Şu hâlde mağdurun veya suçtan zarar görenin hâkimin reddini talep edebilmesi için öncelikle açılmış bir davaya katılma talebi ve bu talebin de mahkemede kabul edilmesi gerekmektedir. Buradan çıkacak bir başka sonuçsa, soruşturma aşamasında şüpheliye hâkimi reddetme hakkı tanınmışken, mağdur veya suçtan zarar gören kişiye dava açılmadan önce hâkimi reddetme hakkı tanınmadığıdır. Bu aşamada bu kişilerin haklarının savcılık tarafından korunduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu belirtilen kişilerden her birinin talebi üzerine karara veya hükme katılacak hâkimlerin isimleri kendilerine CMK m. 24/3. gereğince bildirilir. Düzenlemede “*hüküm veya karara katılacak*” hâkimden bahsedilmektedir. CMUK düzenlemesinde yaşanan tereddüt ve yanlışlara düşmemek amacı ile kanun koyucu sadece hükme katılacak hâkimin değil, dosya kapsamında ara kararlara katılan hâkimin de isminin bildirilmesini kabul etmiştir¹⁰³⁹. Kanaatimizce geniş yorum yapılarak, gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında karar veren veya yargısal işlem yapan tüm hâkimlerin isimlerinin talep üzerine taraflara verilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu

¹⁰³⁷ **Taştan**, s. 269; *Erem Askeri Ceza Usul Kanununda bulunduğunu belirttiği böyle bir soru usulünün daha doğru olacağı kanaatindedir. Bkz. Erem, CMK Şerhi, s. 57; Hem CMUK döneminde hem de CMK döneminde taraflara hâkimi red yetkisi verilmekle yetinilmiş, hâkimin duruşmaya başlamadan önce taraflara kendisine güvenip güvenmediğini sorma usulü tanınmamıştır.*

¹⁰³⁸ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 532.

¹⁰³⁹ Bkz. CMK Tasarı Gerekçe www.mevzuat.gov.tr (E.T. 20.09.2019).

sadece “hâkimlerin isimleri” nin verilmesini düzenlemiştir. Hâkimlere ilişkin talep edilebilecek başkaca bilgilerin verilmesi mümkün değildir¹⁰⁴⁰.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 24/3’de sadece talep halinde hâkimlerin isimlerinin verilebileceği kabul edilmiştir. Şu hâlde talep olmadan böyle bir işlemin yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Günümüzde alınan tüm kararlar ve yapılan yargısal işlemlerde işlemi yapan hâkimin ismi ve sicil numarası bulunmaktadır. Yine duruşma tutanakları duruşmaya katılan hâkimlerin isim ve sicil numaraları ile başlamaktadır. Taraflar adliyeye gitmeden UYAP üzerinden dosyalarına ilişkin olarak bilgi edinebilmektedirler. Hâkimin reddi talebinde bulunmak için CMK m. 24/3 gereğince hâkimlerin isminin talep edilmiş olması bir ön şart niteliğinde olmadığından, tarafların bu isimlere nasıl ulaştığının da bir önemi olmadığı kanaatindeyiz.

3.1.1.2. Hâkimin Reddinde Süre

Doktrinde hâkimin reddi hakkının doğma anı, hangi hâkimlerin o soruşturmada ya da davada yargısal faaliyette bulunduğu öğrenilmesi olarak gösterilmektedir¹⁰⁴¹. Hakkın sona ermesi ise red talebinin sebebine göre değişiklik göstermektedir. Zira ceza muhakememizde hâkimin reddi talebinde bulunmaya ilişkin süreler, reddin sebebine göre farklı düzenlenmiştir¹⁰⁴². Çalışmamızda kanun düzenlemesine uygun bir biçimde iki başlık altında hâkimin reddi talebine ilişkin süreler incelenmiştir.

¹⁰⁴⁰ Hâkimin nereli olduğu, hangi hukuk fakültesinden mezun olduğu, kaç yıllık hâkim olduğu, daha önceki görevleri vs. gibi bilgilerin talep edilse bile verilmesi yasaktır.

¹⁰⁴¹ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 113.

¹⁰⁴² **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 126; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 95; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 112.

3.1.1.2.1. Hâkimin Davaya Bakmaktan ve Yargılamaya Katılmaktan Yasaklı Olduğu Hallerde Süre

Hâkimin davaya bakamayacağı hallerin varlığı halinde hâkimin reddi talebi, herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın, her zaman ileri sürülebilecektir¹⁰⁴³. Kanun koyucu yasaklı hallerin varlığında hâkimin mutlaka tarafsızlığını kaybettiğinden, CMK m. 289 gereğince “*hukuka kesin aykırılık halinin varlığı*” olarak kabul etmektedir¹⁰⁴⁴. Kanun koyucu yasaklılık hallerinde hâkimin tarafsızlığına ilişkin ortaya çıkacak şüphelerin ortadan kaldırılabilmesi için red talebinde herhangi bir süre öngörmemiştir¹⁰⁴⁵.

Kantar, yasaklılık halinin varlığında hâkimin emin olmasa bile bizzat kendisinin ilk önce bu durumu bildirmesinin kendisinden beklendiğini belirtmektedir¹⁰⁴⁶. Şu hâlde süre belirlenmemiş olsa dahi, önce hâkimin yasaklılığı gösteren sebeplerin varlığından kesin emin olmasa da bu sebebi bildirmesi gerekmektedir.

Yine hâkimin reddi talebini incelemekle görevli mahkeme de kesin hukuka aykırılık olması sebebi ile hâkimin bildirim olmaksızın, herhangi bir süreye tabii olmadan resen harekete geçebilecektir¹⁰⁴⁷.

3.1.1.2.2. Hâkimin Tarafsızlığından Şüphe Duyulan Hallerde Süre

Hâkimin yasaklı olduğu hallerde hâkimin reddinde herhangi bir süre söz konusu değilken, CMK’da hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallere ilişkin olarak süreler

¹⁰⁴³ **Kantar**, s. 63; **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 215; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 126-127; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 241; **Karakehya/Arabacı**, s. 96; **Yenidünya/ İçer**, s. 51; **Tosun**, s. 339; **Taştan**, s. 279.

¹⁰⁴⁴ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 95.

¹⁰⁴⁵ **Kolcu**, s. 387.

¹⁰⁴⁶ **Kantar**, s. 63; aynı yönde bkz. **Tosun**, s. 340.

¹⁰⁴⁷ **Tosun**, s.343.

öngörülmüştür¹⁰⁴⁸. Süreler red sebebinin önceden bilinmesi ve sonradan ortaya çıkmasına göre farklı düzenlenmiştir. CMK m. 25 'e göre, ancak “*ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayıncaya, duruşmalı işlerde bölge adliye mahkemelerinde inceleme raporu ve Yargıtay’da görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanıncaya kadar*” hâkimin reddi talep edilebilecektir. Kanununun 25/1-son hükmünde “*Diğer hallerde inceleme başlayıncaya kadar hâkimin reddi istenebilir*” düzenlemesine yer verilmiştir¹⁰⁴⁹. Kanun koyucu daha önceden var olan ancak ilginin bilmediği sebepler için hâkimin reddinin uygulanma olanağını sağlayabilmek amacı ile böyle bir süre öngörmektedir¹⁰⁵⁰.

Alman CMK m. 25’te de karar hâkiminin taraf tuttuğu gerekçesi ile reddedilmesi halinde, bizdeki düzenleme ile benzer bir şekilde sanığın şahsi hallerine ilişkin sorgusunun başlamasına, istinaf ve temyiz incelemelerinde ise, raportörün raporunu sunmasına kadar reddi hâkimde bulunmasına ilişkin süre düzenlendiği görülmektedir¹⁰⁵¹. Bu düzenlemede, red sebebinin sonradan öğrenilmiş olması halinde eğer ret talebi gecikmeksizin yapılmışsa sanığın son sözünden sonra dahi hâkimin reddi talebinde bulunmanın mümkün olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Ceza muhakememizde Alman CMK’da “*gecikmeksizin*” ret talebi yapılmasına ilişkin düzenlemeden farklı olarak, red sebebinin varlığının sonradan öğrenilmesi halinde 7 günlük bir süre öngörülmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 191/3-d’de sorgunun ne zaman başlayacağı düzenlenmiştir. Buna göre sanığın sorgusu; sanığın duruşma salonuna bağımsız olarak getirilip, iddianamenin kabul kararı okunduktan, sanığın kimlik tespiti yapılarak, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alındıktan sonra iddianame veya

¹⁰⁴⁸ Kabul edilen sürelerin dolması ile taraflar haklarını kaybedeceklerdir. Hakkı kullanacak olan kişinin o esnada duruşmada hazır bulunup bulunmamasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 115.

¹⁰⁴⁹ Kanun koyucu BAM ve Yargıtay’da duruşmalı olarak yapılan incelemelerde raporun sunulmasına kadar süre öngörmüşken, duruşmasız yapılacak diğer incelemeler yönünden raporun sunulmasını aramamış, inceleme başlayıncaya kadar red talebinde bulunma hakkını düzenlemiştir.

¹⁰⁵⁰ **Erem**, CMK Şerhi, s. 59.

¹⁰⁵¹ **Yenisey/ Oktar**, s. 13.

iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan fiiller, delilleri ile açıklanıp, sanığa yöneltilen suçlamanın hukuki nitelendirmesi belirtildikten sonra başlar. Şu hâlde hâkimin sorguya geçeceğini belirtmesine kadar olan süre içerisinde hâkimin tarafsızlığından şüphe edildiği gerekçesi ile reddi talep edilebilecektir¹⁰⁵². Yine sanığın ilk duruşmaya katılmamış olması sebebi ile sorgusunun yapılmaması halinde, sorgu yapılınca kadar bu hak devam edecektir. CMUK ilk derece mahkemelerinde iddianamenin okunmasına anına kadar taraflara hâkimin reddini talep etme imkânı verirken, CMK m. 25/1 düzenlemesi ile bu süre genişletilmiştir.

Hâkimi red talebinde bulunmak için duruşmayı beklemek gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturmayaya geçilmesi ile birlikte sorguya kadar geçen süre içerisinde bu hakkı kullanmak mümkündür. Şu hâlde CMK m. 24/2 gereğince soruşturma aşamasındaki sulh ceza hâkiminin de reddi mümkündür¹⁰⁵³.

Kanun yoluna başvurulmasına ilişkin süreler yönünden değerlendirdiğimizde BAM'larda görev yapan hâkimlerin reddine ilişkin ayrı bir süre öngörüldüğü görülmektedir. 5235 sayılı Kanun m. 39/1'e göre ceza dairelerine gelen dosyaların gerekli şekilde ve zamanında incelenerek, heyete sunulması ve rapor hazırlanarak, kararının yazılması görevi başkan tarafından belirlenen üyeye aittir. BAM Ceza Dairelerindeki üyelerin veya başkanın reddi, üyenin hazırladığı inceleme raporunu heyete sunmasına kadar talep edilebilecektir. Bu süre BAM'da duruşmalı olarak yapılan incelemeler için geçerlidir. Duruşmalı yapılmayan incelemelerde kanunun 25/1-son maddesi gereğince inceleme başlayınca kadar hâkimin reddi talep edilebilecektir.

Yargıtay Kanunu m. 39'da Yargıtay başkan ve üyelerinin reddine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Başkan ve üyelerin reddinde izlenecek usul ve esaslar CMK'da düzenlenmiştir. Ancak tetkik hâkimlerine ilişkin bir düzenleme yoktur. Burada tetkik hâkimlerinin reddinin talep edilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Yargıtay İç Yönetmeliği m. 58'e göre tetkik hâkimleri teslim aldıkları dosyaların uygun süre

¹⁰⁵² **Kolcu**, s. 288.

¹⁰⁵³ **Kolcu**, s. 390.

içerisinde inceleyerek uyuşmazlıkla ilgili iddia ve savunmalarla, kararın gerekçelerini tüm delilleri ile birlikte temyiz ya da karar düzeltme nedenlerini de göstererek, kişisel görüşlerini kapsayan bir rapor düzenlemekle görevlidirler¹⁰⁵⁴. Tetkik hâkimleri kurul üyelerine bu raporlarını okuyarak gerekli açıklamalarda bulunurlar. Tetkik hâkimlerinin bu önemli görevleri göz önüne alındığında dosyaya nüfus ederek, karar verecek hâkimleri bilgilendirecekleri bir gerçektir. Şu halde zabıt kâtibinin dahi reddinin mümkün olması halinde, tetkik hâkimlerinin de reddinin düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay'da hâkimlerin reddi duruşmalı olarak yapılan incelemelerde, görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor üyelere açıklanıncaya kadar yapılabilmektedir¹⁰⁵⁵. Duruşmasız yapılacak olan incelemelerde ise CMK m. 25/1-son hükmüne göre hâkimin reddinin, dosyanın incelemesinin başlamasına kadar talep edilebilecektir¹⁰⁵⁶.

Kanun koyucu, hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebebin sonradan ortaya çıkması veya öğrenilmesi halinde farklı bir düzenleme yapmıştır. Hâkimin tarafsız olamayacağına ilişkin sebeplerin sonradan ortaya çıkması ya da daha önceden var olan bir durumun sonradan öğrenilmesi hayatın olağan akışına uygundur. Böyle bir durumda CMK m. 25/2'ye göre, “... *sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren 7 gün içerisinde ret talebinin yapılması*” şarttır¹⁰⁵⁷. Bu sürenin hak düşürücü bir süre mi yoksa düzenleyici bir süre mi sorusu akla gelmektedir. Kanun koyucu talebin 7 gün içinde yapılmasını bir şart olarak kabul etmiş, bu şartın gerçekleşmesi halinde ancak hakkın kullanılabileceğini düzenlemiştir. Şu halde süre hak düşürücü bir süredir. Doktrinde katıldığımız görüşe göre; ortaya çıkan nedenlerin gerçekten hâkimin tarafsızlığını etkileyecek nitelikte olması halinde, salt süre

¹⁰⁵⁴ www.yargitay.gov.tr (E.T. 15.03.2020)

¹⁰⁵⁵ Sanığa ait başka bir davanın aynı daire tarafından görülmüş olmasının hâkimin reddi için geçerli bir sebep olmadığına dair bkz. YCGK E.8/29, K. 62, aktaran **Gözübüyük**, s. 275-277.

¹⁰⁵⁶ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 532.

¹⁰⁵⁷ Bu süreler geçtikten sonra hâkimin reddinin talep edilmesi halinde, bu talep göz önüne alınmayacaktır. **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 127; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 241.

sebebi ile talebin reddedilmesinin yanlış olduğu, süre dolsa da hâkimin reddinin mümkün olması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁵⁸.

Ceza Muhakemesi Usul Kanunu m. 24 düzenlemesinde hâkimin tarafsızlığına ilişkin sebeplerin sonradan ortaya çıkması halinde reddinin duruşma bitinceye kadar yapılabileceği düzenlenmiştir¹⁰⁵⁹. Kanun koyucu eski düzenlemeden ayrılmasının sebebini “*davanın uzatılmasına yönelik çabaları önlemek için gerekli ve yararlı*” olduğuna ilişkin kabulü ile açıklamıştır¹⁰⁶⁰. Burada yargılamanın çabukluğu ilkesi ile tarafsız mahkemede yargılanma hakkı arasındaki menfaatlerin çatıştığını söylemek mümkündür. Kanaatimizce hak düşürücü süre düzenleyerek elde edilmek istenen menfaat, hızlı bir yargılama yapılması ile elde edilmek istenen menfaatten daha üstündür ve bu yönde düzenleme sanığın aleyhinedir. Kaldı ki makul sürenin hesaplanmasında sanığın duruşmaları uzatmaya yönelik tutum ve davranışları zaten göz önüne alınmamaktadır¹⁰⁶¹. Şu hâlde hak düşürücü sürenin doğru olmadığı yönündeki görüşlere biz de katılmaktayız¹⁰⁶². Bu nedenle yasaklılık nedenlerinin varlığı gibi, tarafsızlığını etkileyecek nitelikte sebeplerin varlığı halinde de herhangi bir süre kısıtlaması olmaksızın CMK m. 289 hükmü gereğince Yargıtay tarafından inceleme yapılabilmelidir¹⁰⁶³. Kaldı ki sürenin başlangıcının tespitinde sebebin varlığını

¹⁰⁵⁸ **Ünver/ Hakeri**, s. 202; Yargıtay’ın hâkimin reddinde süre yönünden yaptığı incelemede tarafların süresi içerisinde başvuruda bulunmadıklarını tespit etmekle yetinmediği, red gerekçesini değerlendirerek, hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüpheleri de ortadan kaldırmaya çalıştığı görülmektedir. Bkz. YCGK 07.06.2011 T. 2011/1-75 E, 2011/114 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 18.09.2019).

¹⁰⁵⁹ CMUK düzenlemesi için bkz. **Kantar**, s. 64; *Erem* kanunda belirtilen sürelerden gerçekleşen sebepler yönünden denetimin de imkânsızlığı sebebi ile duruşma bitinceye kadar red hakkı tanındığını belirtmiştir. Bkz. **Erem**, CMK Şerhi, s. 59.

¹⁰⁶⁰ Bkz. CMK Tasarı Gerekçe, www.mevzuat.gov.tr (E.T. 14.09.2019); **Yenidünya/ İçer**, s. 51; **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 532-533.

¹⁰⁶¹ Sanık ya da müdafinin de hâkimi red haklarını kullanma konusunda kötü niyetli davranmamaları gerekmektedir. Gerçekten hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüphe duydukları andan itibaren en kısa zamanda bu haklarını kullanmaları, aleyhe eleştirilerin önüne geçebileceklerdir. *Kunter*, birinci oturumda ortaya çıkan şüphenin duruşma devam ediyor kanısı ile 20. oturumda dile getirilmesini doğru bulmamaktadır. (Ceza Muhakemesi, Dipnot 137) Biz de tarafsızlığından şüphe edilen hâkim tarafından yargılamaya devam edilmesine sebep olan, hakkın geç kullanılması normun amacına uygun olmadığı kanaatindeyiz.

¹⁰⁶² Aynı yöndeki görüşler için bkz. **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd**, s.187; **Ünver/ Hakeri**, s. 202.

¹⁰⁶³ **Ünver/ Hakeri**, s. 202.

“öğrenme tarihi” göz önüne alınacağından bu tarihin tespit edilmesinde de güçlükler yaşanacağı bir gerçektir¹⁰⁶⁴.

Tarafsızlıktan şüphe edilen hallerin varlığına rağmen yetkili kişiler tarafından hâkimin reddinin talep edilmemesi halinde, Yargıtay’ın temyiz incelemesinde bu durumu resen gözetmesi mümkün değildir¹⁰⁶⁵.

Belirtmek gerekir ki, hâkimin reddi talebinin kabul edilmemesinden sonra, hâkimin tarafsızlığına ya da yasaklılığına ilişkin yeni bir durum ya da sebebin ortaya çıkması ile her zaman hâkimin yeniden reddi talep edilebilecektir¹⁰⁶⁶. Yine hâkimlerin değişmesi gibi hallerde, bu hâkimler yönünden de ilgili kişilerin red hakkı doğacaktır.

3.1.1.3. Hâkimin Reddi Talebinin Şekli

3.1.1.3.1. Talep Türleri

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 26, “*reddi istenilen hâkimin mensubu olduğu mahkemeye verilecek dilekçeyle*” veya bu konuda “*zabıt kâtibine bir tutanak düzenlenmesi için başvurulması yoluyla*” olmak üzere iki şekilde hâkimin reddinin talep edileceği düzenlenmiştir¹⁰⁶⁷. Her ne kadar zabıt kâtibine sözlü başvuru yapılması eski kanundan kalan bir alışkanlık olarak görünse ve uygulamada pek sık rastlanılmasa da, kanaatimizce düzenlemenin bu hali ile sözlü olarak vatandaşın hak arama özgürlüğünü kullanması kolaylaşmış olacaktır. Zabıt kâtibine yapılan sözlü başvurunun tutanağa geçirilmesi talep edilerek, başvurunun ve başvuru tarihinin ispatı sağlanacaktır. Başvuru

¹⁰⁶⁴ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 532-533.

¹⁰⁶⁵ Yargıtay 3 CD 16.01.2017 T. 2016/13451 E, 2017/118 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 18.09.2019).

¹⁰⁶⁶ Yargıtay, yargılama süresince müdafii tarafından tarafsızlığından şüphe duyulması sebebi ile reddedilen hâkimin salt bu sebebe dayanarak davadan çekinme talebinde bulunması halinde başka bir hâkim görevlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Şu hâlde aynı hâkimin birden fazla kez de reddi mümkündür. Bkz. Yargıtay 4 CD 24.01.2019 T. 2014/40320 E, 2019/996 K. <https://www.sinerjimevzuat.com> (E.T. 20.09.2019).

¹⁰⁶⁷ Alman CMK m. 26’da red talebinin yapılmasına ilişkin usulle paralel bir biçimde düzenlendiğini söylemek mümkündür. Yenisey/ Oktar, s. 14.

tarihi işlemin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığının tespitinde önemlidir. Bu nedenle UYAP üzerinden verilen veya mahkeme kalemine sunulan dilekçenin sunulduğuna ilişkin bir evrakın başvuru tarafından bulundurulmasında büyük fayda vardır. UYAP üzerinden yapılan işlemde iş emir numarası, mahkeme kaleminde yapılan işlemde havaleli bir örneğin saklanması gereklidir.

İster yazılı ister sözlü başvuru olsun, her iki başvurunun da reddi talep edilen hâkimin görev yaptığı mahkemeye yapılması zorunludur.

3.1.1.3.2. Dilekçenin İçeriği

Hâkimin reddinin talep edildiği dilekçede ya da sözlü başvuru üzerine zabıt kâtibi tarafından tutulan tutanakta, öncelikle hangi somut işe bakacak hâkimin isminin reddedildiğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir¹⁰⁶⁸. Dilekçede reddedilen hâkimin ismi açıkça gösterilmesi zorunludur. “*Ankara ilindeki tüm sulh ceza hâkimlerini reddediyorum*” biçiminde yapılan bir açıklama geçerli kabul edilmemektedir. Ancak mahkeme hâkimlerinin hepsinin ismini ve red sebeplerini belirterek reddedilmeleri mümkündür¹⁰⁶⁹.

CMK m. 26/2’ye göre ret sebeplerinin tamamı kanunda öngörülen süresi içerisinde, tüm olgularıyla birlikte bir defada açıklanmak zorundadır¹⁰⁷⁰. CMUK m. 25’de böyle bir düzenleme bulunmazken, kanun koyucu CMK’da tüm sebeplerin bir defada bildirilmesini aramıştır. Ret sebeplerinin bir ya da birkaçının, varlığının bilinmesine rağmen ileri sürülmemiş olması hukuka uygun bir davranış biçimi değildir ve himaye edilemez. Bu düzenleme ile her defasında farklı sebeplerle hâkimin reddinin talep

¹⁰⁶⁸ YCGK 26.09.2017 T. 2017/16-956 E, 2017/370K. sayılı kararı, www.sinerjimevzuat.com (E.T. 18.09.2019).

¹⁰⁶⁹ **Taner**, s. 41; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 117.

¹⁰⁷⁰ Alman ceza muhakemesinde yargılamanın ileride yeniden ertelenmesi veya uzamasına engel olabilmek için tüm talebin başvuru sırasında tüm inandırıcılığı ile ortaya koymasını aramaktadır. **Schroeder/Verrel**, s. 132; Red sebebi hâkimin davaya bakarken tarafsız davranamayacağına ilişkin taraflarda şüphe doğmasına sebep olan olgulardır. Daha önce de belirtildiği gibi kanun koyucu kesin delillerle ispatı değil, olgularıyla hâkimin reddi sebeplerinin varlığını aramaktadır. Bu nedenle maddenin gerekçesinde “*inandırıcı bir biçimde*” red sebeplerinin beyan edilmesi gerektiğini göstermiştir.

edilerek yargılamayı uzatmaya yönelik kötü niyetli davranışların önüne geçmek amaçlanmaktadır¹⁰⁷¹. Ancak sonradan ortaya hâkimin reddine ilişkin yeni bir durumun çıkması halinde, daha önce red talebinde bulunulmuş olması bir engel olarak kabul edilmemektedir¹⁰⁷². Ret talebinde bulunan, red sebeplerinin dayanağı olan olgu ve bu olguyu simgeleyen delillerini de dilekçe ile birlikte sunmak zorundadırlar¹⁰⁷³. Bu düzenlemenin bir faydası da aynı ret sebeplerine dayalı olarak hâkimin yeniden reddinin talep edilip edilmediğinin tespitine olanak sağlamasıdır. İnceleme yapan merci tarafından delillerin sunulması için süre verilmesi söz konusu değildir¹⁰⁷⁴.

Kolcu, talep dilekçesinde açıkça “*reddi hâkim talebi*”nde bulunulmasına gerek olmadığını, dilekçe içeriğinden hâkimin dava konusu olayda tarafsız davranamayacağını, davaya bakmaktan yasaklı olduğunun belirtilmesinin yeterli olduğu görüşündedir¹⁰⁷⁵. Bu görüşe, hâkimin tarafsızlığına ilişkin olgularla birlikte sonuç olarak talebin de açık bir şekilde ortaya konulması gerektiği gerekçesi ile katılmıyoruz. Bir delil ya da iddianın belirtilmesinin gerekçesi ve dilekçe ile talep edilen sonucun açıklanmasından doğal bir şey yoktur.

CMK m. 26’ya göre hâkimin reddini isteyen taraf hâkimin davaya bakarken tarafsız olamayacağını olgularıyla ortaya koymak zorundadır¹⁰⁷⁶. Soyut, kişilerin his dünyalarında yarattıkları ve gerçekle uyumlu olmayan iddia ve olayı yansıtmayan delillere dayanılarak yapılan talepler kabul edilmeyecektir.

¹⁰⁷¹ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 533.

¹⁰⁷² **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd.** , s.187.

¹⁰⁷³ *Kunter*, CMUK döneminde tam bir ispattan bahsetmektedir. Red davası açan tarafın iddiasını ispatla yükümlü olduğuna dair bkz. **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 216; Amerika’da hâkimin o davada ön yargılı olduğunu ispatlamanın çok zor olduğu belirtilmektedir. Ön yargının ispatı için sıklıkla hâkimin davadan önce davanın esasına ilişkin yaptığı açıklamalar sunulmaktadır ki, bu da hâkimlerin sıklıkla yaptığı türden bir şey değildir. **Flamm**, s. 119.

¹⁰⁷⁴ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 119.

¹⁰⁷⁵ **Kolcu**, s. 391.

¹⁰⁷⁶ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 97; *Kantar*, alman ceza muhakemesinde ispattan değil, red sebebini inandıracak surette olmasından bahsedildiğini belirtmektedir. Bkz. **Kantar**, s. 65; Alman ceza muhakemesinde “inandırıcı sebeplerin ortaya konulması” düzenlemesinin anlamı, muhtemel delillerin sunulması ve talebin yerindeliliğinin ihtimaller içerisinde olduğunun gösterilmesidir. **Schroeder/ Verrel**, s. 132.

Ceza Muhakemesi Usul Kanunu düzenlemesi bu açıdan farklıdır. CMUK m. 25'e göre hâkimin reddini talep eden kişiler, red sebeplerine ilişkin iddialarını delilleri ile birlikte ispatlamak zorundaydılar. Ancak bu ispat sırasında yemin deliline dayanmaları mümkün değildi¹⁰⁷⁷.

Doktrinde eski düzenleme ile red talebinde bulunan kişilere “*ispat mükellefiyeti*” yüklemenin doğru olmadığı ancak “*olgu*” ifadesinin de tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir¹⁰⁷⁸. Bu görüşe göre soyut bir sebep değil, somut bir sebep gösterilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce kanun koyucunun olgu kavramını kullanması yerindedir. Olgu zaten soyut olanı değil, somut olanı simgelemektedir. Bu nedenle bir kavram kargaşası doğmayacaktır. “*Olgu*” geniş anlamda; “*bir takım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç*” tur¹⁰⁷⁹. Herkes tarafından süreç içerisinde yapılan nesnel bir gözlemin, herkes tarafından kabul gören bir sonucudur. Şüphenin ispatı mümkün değildir. Ancak olayların dayandığı sebep veya sebeplerin yol açtığı sonuçların herkes tarafından şüpheyi ortaya çıkarabileceği muhakkaktır.

Bu olguların ortaya konulması konusunda madde gerekçesinde “*Her şeyin delil olabileceğini ilke olarak benimseyen ceza yargılamasında, hâkimin reddi bakımından yeminin kanıt olmayacağını madde metnine ayrıca yazılmasına gerek görülmemiştir*” diyerek herhangi bir sınır konulmadığı açıkça belirtilmiştir¹⁰⁸⁰. Gerçekten ceza muhakemesi hukukumuzda maddi gerçeği ispatlamaya yarayacak her türlü delilin göz önüne alınması imkânını sağlayan “*delil serbestisi ilkesi*” kabul edilmiştir¹⁰⁸¹. Kanun

¹⁰⁷⁷ *Kantar*, hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan sebeplerin kanunun kabul ettiği her türlü delil ile ispatlanacağını belirtmektedir Bkz. **Kantar**, s. 65; **Tosun**, s.347.

¹⁰⁷⁸ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 533.

¹⁰⁷⁹ TDK Türkçe Sözlük C. 2, s. 1679.

¹⁰⁸⁰ CMK Tasarısı Madde Gereçekleri, <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 15.09.2019); Kanunun tasarısında “*inandırıcı bir biçimde ortaya koymak*” olarak yapılan düzenleme, hâkimin tarafsız olamayacağını ispatlanması açısından yeterli görülmediğinden metinden çıkartılmıştır. Bkz. **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 97; Duruşmada red sebebinin ortaya çıkması halinde mahkeme heyetinin bilgisi dâhilinde olan bu durum için ayrıca bir delil gösterilmesine gerek olmadığına ilişkin Bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 117.

¹⁰⁸¹ **Arslan/ Özkul**, s. 52; Alman ceza muhakemesinde talebin değerlendirilmesinde yazılı beyanlar, yeminli olarak dinlenen tanık beyanları, avukatların teyitleri, yazılı belge ve dokümanlar göz önüne alınmaktadır. **Schroeder/ Verrel**, s. 132.

tasarısının gerekçesi göz önüne alınarak yeminin de delil olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir¹⁰⁸². Ancak kanun koyucunun gerekçesine rağmen, kanun metninde “*olgu*” kavramını kullanması tarafsızlığın tam olarak ispatının mümkün olmadığını kabul ettiğinin bir göstergesidir¹⁰⁸³.

Dilekçede red sebeplerinin öğrenilme tarihinin de bildirilmesi gerekmektedir. Tarafsızlığından şüphe duyulan hallerde, sebebin öğrenildiği tarih başvurunun süresi içerisinde yapılıp yapılmadığının tespiti açısından önem taşımaktadır¹⁰⁸⁴. Bu durumun dilekçede belirtilmemiş olması halinde, merci red talebinde bulunan taraftan “*öğrenme tarihini*” açıklamasını isteyebilir. Mercii kendisinin tarihi tespit edebilmesi halinde böyle bir açıklama istemesine gerek yoktur.

Ceza Muhakemesi Usul Kanunu m. 26/6’da hâkimin reddi talebinin dayanağı olan sebeplerin kabul edilmemesinden dolayı talebin reddine karar veren merci, aynı zamanda talepte bulunan taraf aleyhine hafif para cezasına da hükmetmekteydi ve bu para cezasına hükmedilmesi hâkimin tazminat davası açmasına engel değildi¹⁰⁸⁵. Bu düzenlemeye göre red talebine dayanak olan sebebin aksinin sabit olduğu hallerde ise hafif para cezasının artırılması kabul edilmekteydi¹⁰⁸⁶. Ret talebinin gerekçesinin gerçek

¹⁰⁸² **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 533; Alman CMK m. 26/2’de açıkça hâkimin reddi talebinde “*yemin*”in inandırıcılık vasıtası olarak hukuken kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bkz. **Yenisey/ Oktar**, s. 14; HMK’ da ret usulü başlığı altında m. 38/7’de hâkimin reddi sebeplerine ilişkin olarak yemin teklif edilemeyeceği düzenlenmişken, 22.07.2020 tarihli değişiklikle düzenleme buradan kaldırılarak HMK ret talebinin incelenmesi başlığı altında m. 42/3’e eklenmiştir. Bkz. RG 22.07.2020/31199.

¹⁰⁸³ Alman ceza muhakemesinde de tam bir ispat aranmamaktadır. Bkz. **Schroeder/ Verrel**, s. 131.

¹⁰⁸⁴ Süresi içerisinde yapılmayan başvuruların geri çevrileceğine ilişkin bkz. 3.1.1.6.3. Red İsteminin Geri Çevrilmesi.

¹⁰⁸⁵ Bkz. **Kantar**, s. 70-71; **Erem**, CMK Şerhi, s. 63-65; 6216 sayılı AYM K. m. 60/5 hükmüne göre kötü niyetli hâkimin reddi talebinde bulunan kişilere beş yüz TL’den beşbin TL’ye kadar disiplin para cezası hükmedileceği düzenlenmektedir. <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 04.04.2019) Aynı şekilde HMK m. 42/4 gereğince kötü niyetli olarak yapılan ve esas yönünden kabul edilmeyen hâkimin reddi talebinde bulunan tarafa 500 TL’den 5000 TL’ye kadar disiplin cezası uygulanabileceğini düzenlemiştir. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 10.04.2019) **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 125; İtalya ceza muhakemesinde hâkimin reddini talep eden tarafların bu taleplerinin kabul edilemez ya da reddine ilişkin karar verilmesi halinde ayrıca herhangi bir hukuk ya da cezai işlemine gerek kalmaksızın para cezası düzenlenmiştir. 1Eurodan 258 Euro’ya kadar para cezasına çarptırılabilceği madde 44’de düzenlenmiştir. Italian Code of Criminal Procedure <https://www.legal-tools.org> (E.T. 21.10.2019).

¹⁰⁸⁶ **Güler, Ahmet**, “*Hâkimi Red İsteklerinin Esassız Olmasından Reddi Hali*”, Yargıtay Dergisi 1975/2, s. 60.

olması ancak esassız olması halinde bir cezalandırma öngörülmemiştir. O tarihlerde kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapmasındaki amaç, davanın uzatılması veya dürüst karar vereceğinden korkulan hâkimin davadan uzaklaştırılmamasını sağlamak olarak gösterilmiştir¹⁰⁸⁷. Kanun koyucu haklı olarak CMK’da hak arama özgürlüğünün önüne geçmemek adına böyle bir düzenlemeye yer vermemiştir¹⁰⁸⁸.

3.1.1.4. Ret Talebi Üzerine Yapılacak İşlemler

Ret talebinin mahkemeye sunulması ile birlikte reddi istenen hâkim, CMK m. 26/son’a göre ret sebeplerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir. Başvuru üzerine hâkim görüş bildirmek zorundadır¹⁰⁸⁹. Alman CMK m. 26/3’de de hâkimin ret sebeplerine ilişkin cevap vermesi bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir. Yine Alman CMK m. 26/2’de “*inandırıcılık bakımından reddi talep edilen hâkimin beyanına dayanılabilir*” düzenlemesi ile ret talebinin sebeplerine ilişkin reddi istenen hâkimin konuya ilişkin beyanlarının tarafsızlığa ilişkin değerlendirmede göz önüne alınacağını belirtmektedir¹⁰⁹⁰. Ret talebinde bulunan tarafa yemin hakkı tanımayan bu düzenlemede, hâkimin kendi beyanının inandırıcılık bakımından hukuki anlamda daha değerli kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Hâkimin reddi talebine kaprise dayanan, boş ve anlamsız iddialar dayanak olarak gösterilebilir, ancak ne olursa olsun talebe ilişkin beyanda bulunacak olan hâkim, talebi dikkatli bir şekilde değerlendirmelidir¹⁰⁹¹. Hâkim kendisi aleyhine ileri sürülen ret sebeplerinin haklı ve doğru olduğu yönünde de görüşünü bildirebilir. Doktrinde,

¹⁰⁸⁷ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 216; **Kantar**, s. 69.

¹⁰⁸⁸ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 534; HMK m. 36’da reddi hâkim talebinin kötü niyetli yapılması ve talebin esas yönünden kabul edilmemesi halinde beşyüz liradan beşbin liraya kadar idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir.

¹⁰⁸⁹ **Kantar**, s. 65; Gerekçede “*reddi istenen hâkimin ret nedenleri hakkındaki görüşlerini yazılı olarak bildireceği hükme bağlanmıştır.*” açıklaması ile hâkimden konuya ilişkin olarak diyeceklerinin sorulacağını kanun maddesi ile düzenleyerek, bunun bir anlamda zorunluluk olduğu görülmektedir. Gerçekten, başvuruçunun iddialarına ilişkin yapılacak açıklama ile başvuruçunun hataya düştüğünün ya da haklı olduğunun ortaya çıkması mümkündür.

¹⁰⁹⁰ **Yenisey/ Oktar**, s 14.

¹⁰⁹¹ **Samuels**, s. 385.

hâkimin bu yönde beyanda bulunması, tali nitelikteki hâkimin reddi davasının kabulü anlamına geldiği belirtilmektedir¹⁰⁹². *Kunter*, böyle bir durumun varlığı halinde hâkimin bu beyanı ile kendi kendini reddettiğini, hâkimin reddi yargılamasını yapmayı gerektirecek bir anlaşmazlığın artık kalmadığını söylemektedir¹⁰⁹³. Ancak hâkimin çekinmesi de aşağıda detaylı bir biçimde açıklanacağı üzere merciin değerlendirmesine tabii olacaktır. Bu nedenle hâkimin red talebini kabul etmesi davadan çekildiği anlamında değildir.

Katıldığımız görüşe göre hâkimin red talebine ilişkin beyanlarını sunmasıyla, kendisi red sebeplerini kabul etmese dahi, yaptığı açıklama ile mahkemede hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması gerektiği yönünde bir kanı da oluşması da mümkündür¹⁰⁹⁴. *Kolcu*, hâkimin görüş bildirmesinin zorunlu tutulmasının onun özel hayatı ile ilgili açıklama yapmaya zorlamak anlamına geleceğini bu nedenle bunun isteğe bağlı tutulması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁹⁵.

Red talebine ilişkin inceleme reddi talep edilen hâkimin beyanları ve red talebi dilekçesi ile sunulan deliller üzerinden yapılır ve karara bağlanır¹⁰⁹⁶. Reddi talep edilen hâkimin, görüşlerini bildirmemesi merciin inceleme yapmasına engel değildir.

Ceza Muhakemesi Kanununda hâkimin red talebine ilişkin olarak merciye sunduğu beyanların ilgililere de verilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Taraflardan böyle bir talep geldiği takdirde, hâkimin beyanının yargılamanın şeffaf bir biçimde yapılması adına kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁰⁹⁷. Zira yargılamaya katılacak olan hâkimin tarafsızlığına ilişkin olarak saklayacağı hiçbir şeyi olmaması gerekir.

¹⁰⁹² **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 248.

¹⁰⁹³ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 236.

¹⁰⁹⁴ **Kantar**, s. 65.

¹⁰⁹⁵ **Kolcu**, s. 396.

¹⁰⁹⁶ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 121.

¹⁰⁹⁷ Alman ceza yargılamasında hâkimin açıklamasının ilgililere bildirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 122.

Ancak *Kantar* tarafların böyle bir talepte bulunma haklarının olmadığını belirtmektedir¹⁰⁹⁸.

Red talebinden vazgeçmeye ilişkin ceza muhakemesinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce hâkimin tarafsızlığı üzerinde yaratılan kuşkunun yargılama aşamasında giderilmesi şart olduğundan, hâkimin reddinden vazgeçilmesi halinde bu vazgeçme kabul edilmemeli ve merci konuya ilişkin karar vermelidir¹⁰⁹⁹. Ancak bu sayede hâkim üzerinde doğan kuşku giderilebilecek ve yargılamanın tarafsız bir hâkim tarafından yapıldığı tespit edilebilecektir.

Ret talebine ilişkin karar verinceye kadar hâkim yalnız gecikmesinde sakınca bulunan işlemleri, tutanağa “*gecikmesi sakıncalı işlerden olduğunu*” açıkça belirterek yapabilecektir¹¹⁰⁰. Hâkimin başka bir işlem yapması mümkün değildir. *Erem*, hâkimin reddi talebinin yasaklılık hallerine dayanması halinde gecikmesinde sakınca bulunan işleri dahi yapmaması gerektiğini belirtmektedir¹¹⁰¹.

Hâkimin talebe rağmen duruşmaya devam etmesi ve hüküm vermesi usulsüzdür¹¹⁰². Gecikmesinde sakınca bulunmayan işlerin reddi istenen hâkim tarafından yapılması halinde bu işleme karşı bir kanun yolu öngörülmüş ise, tarafların bu işleme karşı kanun yolunu kullanılması mümkündür. Ancak herhangi bir kanun yolu düzenlenmemişse, işlemlerin geçerli olacağı belirtilmektedir¹¹⁰³. İşlemin geçerliliği hâkimin reddi talebinin kabul edilmesi ya da edilmemesine göre değerlendirilebilecektir¹¹⁰⁴. CMK m. 29/son

¹⁰⁹⁸ **Kantar**, s. 65; AYM üyelerinin reddine ilişkin olarak yapılan incelemede red talebine ilişkin beyanın taraflara verilmesi talebi reddedilmiştir. Bkz. **Öden**, *Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya Bakamaması*, s. 108.

¹⁰⁹⁹ Her ne kadar AYM üyelerinin reddi halinde talepten vazgeçilmenin hükümsüz olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmasa da bunun mümkün olmadığı yönündeki görüşler için bkz. **Öden**, *Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya Bakamaması*, s. 107.

¹¹⁰⁰ **Kantar**, s. 68; **Tosun**, s. 345; **Erem**, CMK Şerhi, s. 60; **Turhan**, *Hâkimin Tarafsızlığı*, s. 164.

¹¹⁰¹ **Erem**, CMK Şerhi, s. 60; Gecikmesinde sakınca bulunan haller için bkz. 3.1.2.2. Reddi İstenen Hâkimin Yaptığı İşlemlerin Akıbeti.

¹¹⁰² **Erem**, CMK Şerhi, s.60.

¹¹⁰³ **Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu**, s. 183.

¹¹⁰⁴ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 535.

hükümü gereğince reddi kabul edilen hâkimin gecikmesinde sakınca bulunan haller dışındaki yaptığı tüm işlemler tekrarlanır¹¹⁰⁵. Ret talebinin kabul edilmemesi halinde, hâkimin yaptığı tüm işlemler geçerliliğini koruyacaktır.

Gecikmesi sakıncalı olan işlemlerde işlemin hiç yapılmamasının yaratacağı zarar daha fazla olduğu değerlendirilmektedir. Burada savunma delili niteliğinde olan işlemlerin de korunması gerekmektedir¹¹⁰⁶. Ancak doktrinde, uygulamada gecikmesinde sakınca bulunan ve bulunmayan işler gibi bir ayrıma gitmeksizin, ret talebi bulunmasına rağmen aynı hâkim tarafından yargılamaya devam edildiğine ilişkin eleştiriler bulunmaktadır¹¹⁰⁷. Kanun tasarısının gerekçesine bakıldığında “... *gecikmesinde sakınca bulunan veya bulunmayan diğer tüm yargısal işlemler yerine getirilir.*” açıklaması bulunmaktadır. Bu haliyle uygulamada yaşanan sıkıntılarda maddenin yorumlanmasında gerekçenin göz önüne alınması olduğunu söylemek mümkündür.

Hâkimin reddine ilişkin kesin bir karar verilmeden, dosya kapsamında alınan başkaca kararlara ilişkin itirazların değerlendirilmesi de mümkün değildir. Yargıtay iddianamenin iadesi kararı veren hâkimin Cumhuriyet savcısı tarafından reddi üzerine; hâkim talebin reddi kanaati bildirilerek dosyanın gönderildiği ilgili ağır ceza mahkemesi tarafından sadece hâkimin reddine ilişkin karar verilmesi gerekirken, aynı zamanda iddianamenin iadesi kararına karşı yapılan itirazın kabulüne de karar verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir¹¹⁰⁸. Gerçekten hâkimin reddi talebine karşı kanun yolları düzenlendiğinden, hâkimin reddi talebinin reddine ilişkin kararın da kesinleşmesinin beklenmesi gerekmektedir. Bu sayede yargılamanın tabii hâkimi tarafından yapılması sağlanacak olup, tarafsız olmayan bir hâkim tarafından yapılacak yargılama sebebi ile ileride kararın bozulmasının önüne de geçilebilecektir.

¹¹⁰⁵ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 164.

¹¹⁰⁶ Bkz. Yargıtay 10 CD 10.12.2007 T. 2007/735 E, 2007/14529 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 29.11.2018).

¹¹⁰⁷ **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd**, s.188.

¹¹⁰⁸ Yargıtay 4. CD 25.06.2019 T. 2019/3275 E, 2019/11768 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 27.01.2021)

3.1.1.5. Ret Talebini İncelemeye Yetkili Mahkeme

Bir hâkimin reddinin talep edilmesi halinde, bu talebin haklı olup olmadığının tespiti, talebin kabul edilmesi halinde yargılamayı hangi hâkimin yapacağını belirlemesi gerekecektir¹¹⁰⁹. CMK m. 27’de hâkimin reddi istemi hakkında mensup olduğu mahkemenin karar vereceği düzenlenmiştir¹¹¹⁰.

Mahkeme önüne gelen bu talebi, reddi talep edilen hâkimin yokluğunda müzakere ederek karara bağlar¹¹¹¹. Reddi istenen hâkim heyet halinde bir mahkemenin hâkimi ise ve heyet onun yokluğunda CMK m. 188/3’de düzenlenen yedek hâkim ile teşekkül edebiliyorsa mahkeme talebi değerlendirecektir¹¹¹².

Ancak reddi talep edilen hâkimin katılamaması sebebi ile mahkemenin teşekkül etmemesi de mümkündür. Böyle bir halde CMK m. 27/1;

“a) Reddi istenen hâkim asliye ceza mahkemesine mensup ise bu mahkemenin yargı çevresi içerisinde bulunan ağır ceza mahkemesi,

b) Reddi istenen hâkim ağır ceza mahkemesine mensup ise o yerde ağır ceza mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için (1) numaralı daireye; o yerde ağır ceza

¹¹⁰⁹ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 97.

¹¹¹⁰ Red talebinin sunulacağı mahkeme aynı zamanda davanın görüldüğü mahkemedir. Ancak istinabe hâkiminin reddinin talep edilmesi halinde, o hâkimin mensup olduğu mahkemeden reddi talep edilecektir. Bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 116; Alman ceza muhakemesinde de başvuru reddi talep edilen hâkimin mensubu bulunduğu mahkemeye, tek hâkimli ise reddi talep edilen hâkime yapılmaktadır. (StPO m. 26) **Schroeder/ Verrel**, s. 132.

¹¹¹¹ DGM nezdinde yapılan yargılamalarda hâkimin reddine ilişkin müzakerenin reddi talep edilen hâkimlerin de katılımında, heyet değiştirilmeksizin yapıldığı görülmektedir. Bkz. 1773 s. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanun m. 25 (RG 11.07.1973/14591) www.tbmm.gov.tr (E.T. 22.09.2019).

¹¹¹² Uygulamada mahkemeyi oluşturan hâkimlerin sık sık değiştiği görülmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde, duruşmada eski tutanaklar gerçekte hiç okunmadan, “eski tutanaklar okundu” ibaresi tutanağa eklenerek, dosyaya yeni gelen hâkimin o dava hakkında bilgi sahibi olduğu belirtilmektedir. Bu işlem uygulamada usul ekonomisi gereğince itiraza uğramamakta ve istikrarlı bir şekilde devam etmektedir.

*mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise, en yakın ağır ceza mahkemesi” nin yetkili mahkeme olacağını açıkça düzenlemektedir*¹¹¹³.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 27/2’de reddi talep edilen hâkimin sulh ceza hâkimi olması halinde, yargı çevresi içinde bulunan asliye ceza mahkemesinin, tek hâkimli bir mahkemenin hâkiminin reddi halinde ise, o hâkimin bulunduğu yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesinin karar vermesini düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 27/3’de BAM Ceza Daireleri ’nin başkan ve üyelerinin reddi isteminin, yine reddedilen başkan ve üye katılmadıkları bir müzakerede, görevli oldukları dairece incelenerek karara bağlanması kabul edilmiştir¹¹¹⁴. BAM’da müzakere için dairenin teşekkül etmemesine ilişkin olarak CMK m. 27’de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Teşkilat Kanun’un m. 29/son’da dairelerin bir başkan ve yeteri kadar üyelere oluştuğu kabul edilmiştir¹¹¹⁵. Teşkilat Kanuna göre toplantılar bir başkan ve iki üyenin katılımıyla gerçekleştirilmektedir¹¹¹⁶. Bazen bir dairede birden fazla heyet toplanabilmektedir. Kanun koyucunun BAM’ın bu yapısını göz önüne alarak talebi inceleme merciinin teşekkül etmemesini düzenlemediğini söyleyebiliriz.

¹¹¹³ Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nin tüm hâkimlerinin CMK m.23 gereğince çekinmesine ilişkin kararı inceleyen mahkemenin Van 1. Ağır Ceza Mahkemesi olduğuna (*son numaralı daireden sonra 1 numaralı dairenin incelemesine*) dair bkz. Yargıtay 10 CD 11.04.2016 T. 2016/385 E, 2016/1163 K. www.sinetjimevzuat.com (E.T. 18.09.2019); En yakın Aydın Ağır Ceza Mahkemesince incelenmesi gerekirken Muğla Ağır Ceza Mahkemesince incelenerek yazılı şekilde reddi hâkim talebinin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirdiğine dair bkz. Yargıtay 5 CD 01.07.1977 T. E.1912, K.2171 aktaran **Gözübüyük**, s. 289-290.

¹¹¹⁴ “Yargıtay dairelerinde teşekkül edememe bahis konusu değildir, çünkü üyelerin yetkileri daire ile bağlı değildir. O daireye başka üyeler sevk edilerek daire teşkil edilir” bkz. **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 216.

¹¹¹⁵ 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, RG 07.10.2004/ 25606.

¹¹¹⁶ 5235 s. K. m. 46/2; “Hukukî veya fiilî nedenlerle bir daire toplanamazsa, bölge adliye mahkemesi başkanının kararıyla diğer dairelerden, bu da mümkün olmazsa, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca diğer bölge adliye mahkemelerinden yetkili olarak görevlendirilen üyelerle eksiklik tamamlanır.”

Yargıtay daire ve kurullarında görev alan başkan ve üyelerin de reddinin talep edilmesi mümkündür. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi daire ve kurulların toplanmalarını engelleyecek biçimde toplu ret yapılması mümkün değildir¹¹¹⁷.

Kanunda incelemenin duruşmalı yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle dosya üzerinden inceleme yapılacaktır. CMK m. 29’da “*hâkimin oturum sırasında reddedilmesi hâlinde, bu konuda bir karar verilebilmesi için oturuma ara vermek gerekse bile ara vermeksizin devam olunur*” düzenlemesine yer vermiştir. Şu hâlde duruşma sırasında hâkimin reddinin talep edilmiş olması halinde, o duruşmaya devam edilecektir¹¹¹⁸. Ancak red talebinin yapıldığı duruşmada CMK m. 216’da düzenlenen son iddia, görüş ve savunma dışında, sadece gecikmesinde sakınca bulunan yargısal işlemler yapılabilecektir¹¹¹⁹. Aynı duruşmada hâkimin reddine ilişkin karar verilmesi de mümkündür. Ancak alınan karar, yapılan aleni yargılamanın bir parçası değildir¹¹²⁰. CMK m. 29/2-son düzenlemesine göre, hâkimin reddi talebine ilişkin karar verilmeden diğer duruşmaya katılması mümkün değildir¹¹²¹.

Tosun çok hâkimli mahkemelerde hâkimin yasaklılık nedenlerinin varlığını kendisi haber vermediğinde ya da taraflarca ileri sürülmediğinde, yasaklılığın resen araştırılması gerektiğini belirtmektedir¹¹²². Zira bu hallerde hâkim davaya bakmaktan yasaklıdır ve hukuka aykırılık söz konusudur.

¹¹¹⁷ 2797 sayılı Yargıtay Kanunu RG 08.02.1983/17958, <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T.28.03.2019).

¹¹¹⁸ Düzenleme ile duruşmanın geciktirilmesinin ya da durdurulmasının önüne geçilmek istendiği görülmektedir. Madde gerekçesinde detaylı bir açıklama yapılmamış olsa da, 216. maddede tanımlanan son iddia, görüş ve savunma dışında, gecikmesinde sakınca bulunan veya bulunmayan diğer tüm yargısal işlemler yerine getirmesinin sağlandığı açıklamasından bu sonuca ulaşılmaktadır.

¹¹¹⁹ Bkz. CMK Gerekçesi, www.mevzuat.gov.tr (E.T.22.09.2019).

¹¹²⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 121.

¹¹²¹ Şu hâlde duruşma sırasında yapılan hâkimin reddine ilişkin talep duruşma sırasında değerlendirilerek karara bağlanırsa, hâkim aynı duruşmaya devam edebilecektir.

¹¹²² **Tosun**, s. 340.

Tosun'a göre tarafsızlığından şüphe duyulması sebebi ile yapılan red taleplerine ilişkin incelemede mercii, gösterilen sebeplerle bağlı olup, ileri sürülmeyen sebepleri resen göz önüne alması hukuken mümkün değildir¹¹²³.

Birden fazla hâkimin reddinin talep edilmesi halinde, red dilekçelerinin verilme sıraları göz önüne alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Aynı dilekçe ile birden fazla hâkimin reddinin talep edilmesinde ise dikkat edilmesi gereken husus, reddedilen hâkimin yokluğunda ona ilişkin karar verilmesi, ardından mahkemenin teşekkülünün sağlanması olacaktır¹¹²⁴.

Mercii sadece hâkimin reddi talebine ilişkin karar verecek olup, daha önce de belirtildiği üzere reddi hâkim talebi ile birlikte iddianamenin iadesi kararına karşı yapılan itiraza ilişkin karar vermesi Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmiştir¹¹²⁵.

3.1.1.6. İnceleme Üzerine Alınan Kararlar

Red sebeplerine ilişkin delillerin değerlendirmesi hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre yapılacaktır¹¹²⁶. Mahkemenin kesin bir kanaate varmasına gerek olmayıp, red sebebinin varlığının “olası” olarak değerlendirilmesi dahi yeterlidir¹¹²⁷. Ancak delil serbestisi ilkesi gereğince hâkimin tarafsızlığına ilişkin olarak ortaya atılan olguların gerçekçi olması, akla ve mantığa uygun olması, olayı temsil ederek, olay ile arasında illiyet bağı olması ve hukuka uygun yollarla elde edilmiş olması gerektiğini söyleyebiliriz¹¹²⁸.

¹¹²³ **Tosun**, s. 343.

¹¹²⁴ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 121.

¹¹²⁵ Yargıtay 4 CD 25.06.2019 T. 2019/3275 E, 2019/11768 K sayılı kararı, www.sinerjimevzuat.com (E.T. 27.01.2021)

¹¹²⁶ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 536.

¹¹²⁷ **Demircioğlu**, s. 84.

¹¹²⁸ Bkz. Delil serbestisine ilişkin olarak, **Arslan/ Özkul**, s. 52-53.

Hâkimin reddi talebini inceleyen mahkeme yapacağı müzakere sonucunda ya talebin kabulüne ya da reddine karar verecektir. Ancak talebin usule aykırı bir biçimde yapılması halinde mahkemenin talebi geri çevirme yetkisi de bulunmaktadır.

3.1.1.6.1. Hâkimin Reddi Talebinin Kabul Edilmemesi

Hâkimin reddi talebinin karara bağlanması sürecinde izlenecek yöntem, red sebeplerine göre farklılık göstermektedir. Belirtildiği üzere hâkimin reddi davası olarak da adlandırılan bu işlem, “*tali bir ceza davası*” olarak nitelendirilmektedir¹¹²⁹. Hâkimin reddi talebi üzerine mahkemenin önce talebi inceleme için yetkisi olup olmadığını denetlemesi gerekmektedir. Yetkisinin olmaması halinde yetkili mahkemeye talebi göndermelidir.

Yapılacak olan incelemede; hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hallerin olup olmadığı, talebin hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüpheli sebeplerin varlığına dayanması halinde ret talebinin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı, hâkimin reddi için gösterilen sebepler ve bunlara ilişkin somut olgular ve varsa deliller, ret talebinin duruşmayı uzatmak amacı ile yapılıp yapılmadığı hususları tek tek göz önüne alınır¹¹³⁰.

Yapılan müzakere sonucunda ret sebeplerinin ya da bu sebeplere ilişkin delillerin gerçekte var olmadığının ya da hâkimin taraflı davranmasının olası olmadığının tespit edilmesi halinde, talep reddedilir. CMK’da 26/2’de ret sebeplerini olgularıyla birlikte açıklaması gerektiği düzenlendiğinden, CMUK’tan farklı olarak ret talebine ilişkin delillere ve niteliklerine ilişkin tartışmalara son verilmiştir¹¹³¹. Hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallerin ileri sürülmesi halinde; söz konusu hallerin varlığının tespit edilmesine rağmen, mahkeme iddia edilen hallerin hâkimin tarafsız davranmayacağını bir göstergesi olarak kabul etmeyebilir, yani taraflı davranacağına ilişkin bir olasılığın bulunmadığının kabul edilmesi halinde de talep reddedilecektir. Mercein bu incelemesi

¹¹²⁹ Yenisey/ Nuhoglu, s. 248.

¹¹³⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 535-537.

¹¹³¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 533.

esasa ilişkindir ve talep “*esassız*” olduğundan reddedilir¹¹³². Yine yasaklılık hallerinin aslında iddia edildiği gibi bulunmadığının tespiti halinde talebin reddi gerekecek, ayrıca tarafsızlığa ilişkin bir değerlendirme yapılmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki talebin hâkimin davaya bakamayacağı CMK 23’deki sebeplerden birine dayanması halinde merci ancak red talebini incelemekle görevlidir. Böyle bir durumda usule ilişkin bir karar vermek gibi yetkisi bulunmamaktadır. Örneğin, ilk hükmü veren hâkimin yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında karar veremeyeceği sebebi ile hâkimin reddi talebinin incelenmesinde talebin kabulü ile birlikte davaya bakacak hâkimin görevlendirilmesi ile yetkisi sınırlı olup, yargılamanın yenilenmesi talebinin içeriğini değerlendirmesi mümkün değildir¹¹³³.

Red talebi incelemesi sırasında bildirilmeyen ancak var olan red sebeplerinin tespit edilmesi halinde, bu ortaya çıkan sebeplerin göz önüne alınıp alınmayacağı düzenlenmemiştir. Kolcu, red isteminde bulunanın bildirmediği sebeplere ve ortaya koymadığı olgulara dayalı olarak değerlendirme yapılmasının mümkün olmadığı görüşündedir¹¹³⁴. Kanaatimizce yeni ortaya çıkan sebep hâkimin yasaklı olduğuna ilişkinse bu durum merci tarafından göz önüne alınmalıdır.

Red talebi üzerine alınan red kararı, toplu mahkemelerde reddedilen hâkimin müzakereye katılmasıyla geri çevrilirken, tek hâkimli mahkemelerde reddedilen hâkimin bizzat kendisi tarafından talep geri çevrilir¹¹³⁵.

Hâkimin reddi talebinin kabul edilmemesi halinde, hâkim davaya bakacak veya bakmaya devam edecektir¹¹³⁶. Yine hâkimin daha önceden yaptığı tüm işlemler yetkili hâkim tarafından yapıldığından geçerliliğini koruyacaktır¹¹³⁷.

¹¹³² Bkz. benzer yönde AYM üyeleri için **Öden**, *Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya Bakamaması*, s. 111.

¹¹³³ Yargıtay 10 CD 28.01.2008 T. 2007/16454 E, 2008/1229 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 20.09.2019).

¹¹³⁴ **Kolcu**, s. 397.

¹¹³⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 536.

3.1.1.6.2. Hâkimin Reddi Talebinin Kabulü

Red talebinin kabulü kararı kesindir¹¹³⁸. Hâkimin reddi talebinin incelemesi sırası daha önce de belirtildiği üzere süresi içerisinde olup olmadığı, ret sebeplerinin ve bunlara ilişkin somut olgu ve delillerin sunulup sunulmadığına bakılarak esasa girilir.

Talebin CMK m. 22 ve 23'e dayanması halinde; mahkeme bu yasaklılık hallerinin varlığının tespitini yapar ve talebin kabulüne karar verir¹¹³⁹. Zaten hâkimin yasaklılığı mahkeme tarafından resen gözetilmesi gereken bir durumdur, bu durumda mahkeme daha karar vermeden reddi talep edilen hâkimin bizzat yasaklı olduğunu bildirerek çekinmesi de mümkündür¹¹⁴⁰.

Gerçekten hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması halinin net bir biçimde ispatlanması gerekmemektedir. Böyle bir şüphenin doğmasına sebep olacak bir emarenin varlığı da hâkimin reddi talebinin kabulü için yeterli olmalıdır. Nitekim milletler arası tahkimde de yargılama faaliyeti yürüten hakemin reddine ilişkin düzenlemelerde, hakemin uyuşmazlık konusu olayda taraflı davrandığını göstermeye yetecek emarelerin varlığı hakemin reddi için yeterli kabul edilmektedir¹¹⁴¹.

Talebin hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallere dayanması halinde, öncelikle talebin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı kontrol edilir. Hak düşürücü nitelikteki süre içerisinde yapıldığının tespit edilmesi halinde, ret sebebinin hâkimin tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek nitelikte ya da hâkimin taraflı davranma olasılığının olup

¹¹³⁶ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 241.

¹¹³⁷ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 217.

¹¹³⁸ **Erem**, CMK Şerhi, s. 63. Benzer şekilde alman ceza muhakemesinde de kabul kararına karşı kanun yolu düzenlenmemiştir. **Schroeder/ Verrel**, s. 132.

¹¹³⁹ Karar açıklayıcı niteliktedir ve tarafsızlığından şüphe duyulan hallerde olduğu gibi bir takdir hakkı bulunmamaktadır. **Şahin/ Göktürk**, s. 241; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 139.

¹¹⁴⁰ Hâkim CMK m. 26/3'de yer alan düzenlemeye göre talebe ilişkin görüşlerini beyan edebilecektir. Hâkim talebin haklı olduğunu beyan ederek, çekinme hakkına sahiptir. **Soyaslan** böyle bir düzenlemenin gerekçesini hâkimi küçültmek istememek olarak açıklamaktadır. Bkz. **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 242.

¹¹⁴¹ **Kaplan**, s. 59. Mercinin bu kararı kurucu niteliktedir. **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 139.

olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, sebep ile hâkimin taraflı bir şekilde hareket etme ihtimali arasındaki nedensellik bağının kurulabiliyor olup olmadığıdır. Böyle bir bağın kurulabilmesi halinde bir başka anlamda hâkimin tarafsız davranmasının muhtemel olduğu durumlarda, talebin kabulü gerekmektedir. Verilen bu karar inşai niteliktedir¹¹⁴².

Doktrinde, merciin, hâkimin tarafsızlığı konusunda talepte bulunan tarafların ileri sürdükleri sebeplerin sübjektif bir biçimde var olduğu konusunda bir kanıya ulaşmasının arandığı belirtilmektedir¹¹⁴³. Şu hâlde inceleme yapan mahkemenin de talebe ilişkin olarak vicdani kanaatini kullandığını söylemek mümkün olacaktır.

Hâkimin reddi talebinin kabulüne karar verilmesi halinde, bu karar ile birlikte davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkeme görevlendirilir (CMK m. 27). Ret talebinin kabulü ile artık hâkim o davaya bakamayacağı gibi, o davaya ilişkin olarak mahkeme heyetinde yer alamaz ve karara iştirak edemez¹¹⁴⁴. Bağlantı sebebiyle birleştirilen dosyalarda ve birden fazla sanığın yargılandığı davada, salt bir sanığın bulunduğu talebin kabulü halinde, hâkim o dosyadan tamamen el çekeceğinden diğer sanıklar yönünden de yargılamaya katılamayacaktır¹¹⁴⁵. Bu konuda diğer sanıkların hâkimin reddi talebinin olup olmaması, ya da daha önce diğer sanıklar tarafından hâkimin reddi talebinin kabul edilmemesinin hiçbir önemi bulunmamaktadır.

3.1.1.6.3. Red İsteminin Geri Çevrilmesi

Mahkeme ret istemi süresi içerisinde yapılmamışsa, ret sebebi ve bu sebeplere ilişkin deliller gösterilmemişse, talebin duruşmayı uzatmak amacı ile yapıldığı açık bir biçimde anlaşılıyorsa ret istemini CMK m. 31/1'e göre geri çevirecektir. Hâkimin reddi için öngörülmüş olan usullere aykırı olarak yapılan talebin esasını incelemeye gerek

¹¹⁴² Şahin/ Göktürk, s. 241.

¹¹⁴³ Kantar, s. 65.

¹¹⁴⁴ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 242; Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 123.

¹¹⁴⁵ Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 123; Şahin/ Göktürk, s. 242-243.

bulunmamaktadır. Kanunun davanın uzatılmasına yönelik olarak yapılan hâkimin reddi taleplerine ilişkin “*sebeplerinin tümünün bir defada açıklanması*” ile kötü niyetli taleplere karşı aldığı önlemin yanı sıra, ileri sürülen sebeplerden de talebin uzatmaya yönelik yapıldığının çok açık bir biçimde anlaşılıyor olması gerekmektedir¹¹⁴⁶. Ömeroğlu’na göre, böyle bir kararın reddi talep edilen hâkim tarafından verilmesini, karara karşı kanun yollarının açık olduğu sürece yapmasının yargılamanın objektifliğine zarar vermeyecektir¹¹⁴⁷.

3.1.1.6.3.1. Red İsteminin Zamanında Yapılmaması

CMK m. 25’de hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallerde reddinin ne zaman isteneceği detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Red isteminin kanunda belirtilen süreler içerisinde yapılmaması halinde red talebi geri çevrilecektir. Hâkim başvurunun süresi içerisinde olup olmadığını, iddia edilen olgulardan da çıkartabilir.

3.1.1.6.3.2. Red Sebebi ve Delilin Gösterilmemesi

Detaylı bir biçimde açıklandığı üzere CMK m. 26’ya göre “*Ret isteminde bulunan, öğrendiği ret sebeplerinin tümünü bir defada açıklamak ve süresi içinde olguları ile birlikte ortaya koymakla yükümlüdür.*” Red talebi süresi içerisinde yapılmış olsa dahi, CMK m. 26’da belirtilen şartları taşımayan taleplerin geri çevrilmesi gerekmektedir.

Red sebeplerin var olup, soyut ve hiçbir somut olguya dayanmaksızın ortaya sunulması halinde de talebin geri çevrilmesi gerekmektedir¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 537; Alman CMK m. 31’de de benzer bir biçimde hâkimin reddi talebinin talebin geç yapılması, ret talebine ilişkin gerekçenin inandırıcı olmaması veya delillerinin sunulmaması ve açıkça davayı uzatmaya yönelik olarak yapılmasının anlaşılıyor olması halinde, ret talebinin “*hukuken kabul edilemeyeceği*” düzenlenmiştir. Bkz. Yenisey/ Oktar, s. 14.

¹¹⁴⁷ Ömeroğlu, s. 65.

¹¹⁴⁸ YCGK 24.03.1986 T 389/141 sayılı kararında red sebebine ilişkin inandırıcı deliller gösterilmeden hâkimin reddi talebinde direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Günay, Erhan, Hâkimin Yasaklılığı Reddi ve Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 240; AYM “*Somut olayda başvuru, hâkimi daha önce hakkında verdiği kararlar nedeniyle şikâyet ettiğini ve aralarında husumet olduğunu ileri sürmüştü de reddedilen hâkimin yargılama sürecinde kendisine ön*

3.1.1.6.3.3. Duruşmayı Uzatmak Amacıyla Yapılması

Hâkimin yargılama sırasında sürekli olarak reddedilmesi uygulamada karşılaşılması muhtemel bir durumdur. “Hâkimin reddi” ne ilişkin düzenleme hâkimin görevini gereği gibi yapması için düzenlenmiş olup, bu yönde de kullanılması gerekmektedir. Bu düzenlemenin kötü niyetli olarak kullanılması “*hâkim seçmek*” biçiminde de yorumlanabilecektir. Ceza muhakememiz hakkın kötüye kullanımını korumadığından, mahkeme tarafından bu yönde yapıldığı belli olan taleplerin geri çevrilmesinin usule uygun olduğu değerlendirilmiştir¹¹⁴⁹.

Duruşmayı uzatmak amacı ile hâkimin reddi sebeplerine; aslında hiç olmamış olguların varlığına dayanılması, duruşma sırasında arka arkaya dilekçeler verilmesi ya da her makul insanda hâkimin reddini gerektirmeyecek olduğu kabul edilen sebepler örnek olarak gösterilebilir¹¹⁵⁰. Burada ön koşul amacın duruşmayı uzatmak olmasıdır¹¹⁵¹. Kanunda duruşmayı uzatma amacının “açıkça” anlaşılabilir olması gerektiği düzenlenmiş, ancak nasıl tespit edilebileceği belirtilmemiştir¹¹⁵².

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 31/1’de düzenlenen hallerin varlığı sebebi ile red isteminin geri çevrilmesine ilişkin müzakereye toplu mahkemelerde reddedilen hâkim de katılır. Kaldı ki tek hâkimli mahkemelerde reddedilen hâkim, CMK m. 31/1’deki hallerin varlığını tespit etmesi halinde bizzat kendisi de red talebini geri çevirebilecektir.

yargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaat veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının bulunduğu gösteren somut bir delilin başvuru tarafından sunulmadığı anlaşılmıştır.” gerekçesi ile hâkimin yargılama sırasında tarafsız olmadığına ilişkin bir delilin sunulmaması sebebi ile hak ihlali bulunmadığını belirtmiştir. AYM 06.02.2020 T. Başvuru No: 2017/34600 <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T. 09.10.2020).

¹¹⁴⁹ **Erem**, CMK Şerhi, s. 64.

¹¹⁵⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 128.

¹¹⁵¹ Hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüphe duyulan hallere delilleri ve geçerli sebepleri ile birlikte gösterilerek yapılan hâkimin reddi talebi keşif yapılmasından bir gün önce sunulmuş ve duruşma gününe kadar da uzun bir süre bulunmasına rağmen bu süre içerisinde incelenerek karara bağlanması mümkünken, duruşmanın uzatılması amacıyla yapıldığı iddia edilerek talebin reddedilmesinin mümkün olmadığına ilişkin, YCGK 09.07.1984, E.1, K. 267 aktaran **Gözübüyük**, s. 273-275.

¹¹⁵² Red sebeplerinin bir kısmını belirtip bir kısmını belirtilmeden sonradan yeniden ileri sürülmesi halinde talebin açıkça davayı uzatmak amacıyla yapıldığının söylenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Özbek**, s. 138.

Centel mahkemenin bizzat talebi geri çeviriyor olmasını eleştirmektedir¹¹⁵³. Kaynak Alman ceza muhakemesinde yer alan tartışmalara yer vererek yaptığı eleştiride değerlendirmenin her olayda farklı olabileceği, özellikle “*inandırıcı delil gösterilmemesi*” ve “*davayı uzatmak amacı ile yapıldığının açıkça anlaşılıyor*” olması hallerinin reddi talep edilen hâkimden başkaca bir hâkim tarafından objektif bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten kişinin kendi tarafsızlığına ilişkin delilleri değerlendirmesinin sübjektif bir değerlendirme olacağı söylenebilir. Bu nedenle red talebinin geri çevrilmesine ilişkin değerlendirmede taraflar yönünden en ufak bir şüphenin dahi oluşmayacağı bir biçimde inceleme yapılması yönündeki eleştirilere biz de katılmaktayız.

Hâkimin reddi talebinin geri çevrilmesi kararına karşı CMK m. 31/3’de itiraz kanun yolu düzenlenmiştir¹¹⁵⁴. Uygulamada itiraz kanun yolunun kullanılmasına engel olacak biçimde dosyanın karara çıkartıldığına ilişkin örneklere rastlamak mümkündür. Kanaatimizce hâkimler geri çevirme kararı aleyhine esas hükümle beraber temyiz edilebileceği yönünde hataya düştüklerinden bu yönde kararlar vermektedirler. Ancak geri çevirme kararına itiraz edeceklerini açıklayan taraflara, itiraz haklarını kullanma imkânı sağlanmalı, bu hakların kullanılmasından sonra karar verilmelidir. Yargıtay aksi davranışı sanıkların yasal haklarını kısıtlama olarak nitelendirmekte ve bu şekilde alınan kararın bozulmasına karar vermektedir¹¹⁵⁵.

Belirtmek gerekir ki hâkimin reddi kurumunun amacı hâkimin tarafsızlığından duyulacak şüphenin ortadan kaldırılmasıdır. Bu amacın dışında, davayı uzatmaya yönelik olarak kullanılması Alman ve Fransa uygulamasında da artan bir hal almış ve hâkimin reddi kurumu adeta bir kanun yolu gibi değerlendirilmeye çalışılmıştır¹¹⁵⁶.

¹¹⁵³ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 125.

¹¹⁵⁴ Alman ceza muhakemesinde de benzer düzenleme yer almaktadır. **Schroeder/ Verrel**, s. 132.

¹¹⁵⁵ Yargıtay 7 CD 28.06.2006 T. 2006/1464 E, 2006/13086 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 20.09.2019).

¹¹⁵⁶ **Özkaya Federenci**, s. 240.

3.1.1.7. Hâkimin Reddi Talebine İlişkin Kanun Yolları

Ceza muhakememizde hâkimin reddi talebinin kabul edilmesi kararına karşı bir kanun yolu düzenlenmemiştir. Hâkimin reddi talebinin kabulü kararına kanun yolu düzenlemekte hukuki bir yarar olmadığı kabul edilmektedir. Kabul kararı ile birlikte davaya bakacak hâkim belirleneceğinden, mahkeme usulüne uygun bir biçimde kurulacak ve yargılamayı sonuçlandıracaktır. Artık yeni görevlendirilen hâkim davanın tabii hâkimidir¹¹⁵⁷. Aynı durum mehzaz Alman Ceza muhakemesi kanununda da benzer şekildedir¹¹⁵⁸. Şu hâlde hâkimin reddi talebi üzerine verilen kabul kararı “*kesin kararlar*” dandır. Hâkim bu karardan sonra gecikmesinde sakınca bulunan işleri dahi yapamayacaktır.

Ancak hâkimin reddi talebinin kabul edilmemesi halinde, ret talebinde bulunan tarafların karara karşı CMK m. 28 gereğince itiraz yoluna başvurabileceği kabul edilmiştir¹¹⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, itiraz yoluna başvuracak kişi sadece reddi hâkim talebinde bulunan kişidir. Reddi hâkim talebinde bulunmaya yetkili olan ancak bu hakkını kullanmayan kişilerin kanun yoluna gidebilmeleri mümkün değildir¹¹⁶⁰. Kanun maddesine göre; itiraz makamı ret kararını inceler ve itirazın kabulüne ya da reddine karar verir.

İtirazın kabulü üzerine alınan kararı ile hâkimin reddi talebi kabul edildiğinden bu karar kesin niteliğindedir. Ancak itiraz üzerine verilen ret kararına ilişkin olarak CMK m. 28/1-son hükmü farklı bir düzenleme içermektedir. Bu düzenlemeye göre itiraz incelemesinden geçen ret kararı hükümlerle birlikte temyiz edilerek incelenebilecektir¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁷ Bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 133; **Schroeder/ Verrel**, s. 132.

¹¹⁵⁸ Alman CMK m. 28, Bkz. **Yenisey/ Oktar**, s. 17; **Garapon / Epineuse**, s. 289.

¹¹⁵⁹ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 129; **Öztürk, Bahri**, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılama Yükümlülüğü*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S. 1, 2016, s. 415; HMK m.38/9’da reddi hâkim talebi üzerine alınan kararlar aleyhine ancak hükümlerle birlikte kanun yollarına başvurulacağı düzenlenmişken, 22.07.2020 tarihinde 7241 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle m.38/9 tamamen kaldırılmıştır. Bkz. RG 22.07.2020/31199.

¹¹⁶⁰ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 134.

¹¹⁶¹ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 129; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 242; Kanun tasarısının gerekçesine bakıldığında itiraz üzerine alınan karara karşı neden temyiz incelemesi yapılmasının

Yurtcan, bu düzenlemenin kesin bir kararın yeniden incelenmesinin önünü açarak ceza muhakemesi sistemine aykırı olduğu sebebi ile eleştirmektedir¹¹⁶². Yine hâkimin reddine ilişkin uyuşmazlığın bir an evvel çözümlenerek daha yalın bir hale getirmek amacıyla “*itiraz yolunun*” düzenlenmiş olmasına da aykırı bulmaktadır¹¹⁶³. Bu konuda Alman CMK m. 28 göz önüne alındığında, hâkimin reddi talebine ilişkin red talebine karşı acele itiraz edilebileceğini, ancak eğer reddedilen hâkim karar veren hâkim olursa, ancak bu halde asıl kararlar birlikte kanun yoluna gidilebileceği düzenlediği görülmektedir¹¹⁶⁴.

Katıldığımız görüşe göre Yargıtay’ın red talebi üzerine alınan kararı denetlemesi yerindedir¹¹⁶⁵. Bu sayede ilk derece yargılamasında yaşanması mümkün hukuki hataların düzeltilmesi ve bu sayede adil yargılama yapıldığına ilişkin toplumda güven oluşturulmalıdır. Gerçekten CMK m. 289/1-c’de “*Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması.*” mutlak bozma sebebi sayılmıştır. Şu hâlde korunan hukuki değer göz önüne alınarak hâkimin reddi isteminin kanuna aykırı olarak reddedilmesi mutlak bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay daire ve kurullarında görev alan hâkimlerin reddine ilişkin verilen kararlara yönelik başvurulabilecek bir kanun yolu düzenlenmemiştir¹¹⁶⁶. Yapılan inceleme üzerine alınan karar kesin kararlardandır.

düzenlendiği açıklanmamıştır. Kanaatimizce düzenleme ile yargılamanın tarafsız hâkim tarafından yapılıp yapılmadığının denetimi ile kesin hukuka aykırılıkların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

¹¹⁶² **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 98; CMUK m. 27, 1696 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce; reddi hâkim talebinin reddi halinde acele itiraz yoluna gidilebileceği, bu reddin esassız olmasından dolayı reddi halinde ise esas hükümle birlikte temyiz edilebileceği düzenlenmiştir. O tarihte bu farklılığın kendi ceza muhakeme kanunumuzda bulunmayan ancak kaynak Alman ceza usul kanununda bulunan karar hâkimi ve hüküm hâkimi arasındaki farklılıktan kaynaklandığı iddia edilmiştir. Bkz. **Güler**, s. 63, 64.

¹¹⁶³ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 98.

¹¹⁶⁴ **Yenisey/ Oktar**, s. 16; **Schroeder/ Verrel**, s. 132.

¹¹⁶⁵ **Kolcu**, s. 398.

¹¹⁶⁶ 2797 s. Yargıtay Kanunu m. 39/3 www.mevzuat.gov.tr (E.T. 27.09.2019).

Ancak yasaklılık sebeplerinin varlığına rağmen hâkimin davaya bakması ve kanun yolları incelemesi sonucunda kararın kesinleşmesi halinde hukuki durumun ne olacağı belli değildir. *Centel*, telafisi mümkün olmayan usuli bir haksızlığın ortaya çıkması halinde, yargılamanın yeniden yapılması yönünde bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindedir¹¹⁶⁷. Bu yönde açık bir düzenleme yapılması görüşüne katılıyoruz.

Hükmün istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmesi halinde ise CMK 309/4’de yer alan kanun yararına bozma sebepleri yönünden değerlendirme yapıldığında b bendinde yer alan “*Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin*” sebeplere dayanılması kanaatimizce mümkündür. Zira yasaklı hâkim tarafından yapılan yargılama ile tarafsız mahkeme huzurunda savunma hakkı sağlanmadığından kısıtlanmaktadır. Yine CMK m. 308’de düzenlenen Başsavcılığın itirazının da mümkün olduğu kanaatindeyiz.

3.1.2. Hâkimin Reddinin Sonuçları

3.1.2.1. Genel Olarak

Hâkimin reddi talebinin yargılamaya ilişkin olarak birtakım sonuçları oluşacağı muhakkaktır. Reddedilen hâkimin yaptığı işlemlerin geçerliliği, yargılamaya kimin devam edeceği gibi sorunların bir an evvel çözümlenerek ceza adaletinin gecikmesinin önlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu bu konulara ilişkin düzenlemeler yapmış ve belirsizliği ortadan kaldırmıştır.

3.1.2.2. Reddi İstenen Hâkimin Yaptığı İşlemlerin Akıbeti

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 29’da “(1) *Reddi istenen hâkim, ret hakkında bir karar verilinceye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapar. (2) Ancak, hâkimin oturum sırasında reddedilmesi hâlinde, bu konuda bir karar verilebilmesi için oturuma*

¹¹⁶⁷ *Centel*, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 144.

ara vermek gerekse bile ara vermeksizin devam olunur. Şu kadar ki, 216 ncı madde uyarınca tarafların iddia ve sözlerinin dinlenilmesine geçilemez ve ret konusunda bir karar verilmeden reddedilen hâkim tarafından veya onun katılımıyla bir sonraki oturuma başlanamaz. (3) Ret isteminin kabulüne karar verildiğinde, gecikmesinde sakınca bulunan hâl nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşma tekrarlanır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Bu düzenlemeye göre reddi talep edilen hâkim yalnızca gecikmesi sakıncalı olan işlemleri yapabilir¹¹⁶⁸. Bu düzenlemenin amacı, geçerli bir sebebe dayanmaksızın yapılan red talepleri ile hâkimin görevini yapmasına ilişkin engellerin önüne geçebilmektir¹¹⁶⁹. Hâkimin reddi talebinin kabul edilmemesi halinde, hâkimin aptığı tüm işlemler geçerliliğini koruyacaktır. Burada herhangi bir tartışma ya da belirsizlik bulunmamaktadır.

Elbette tarafsızlığından şüphe duyulan bir hâkimin talebe ilişkin karar verilinceye kadar davaya bakması da doğru değildir. Gecikmesinde sakınca bulunan işlemlerin ne olduğu kanunda açıkça belirtilmemiştir. Ancak kavramın genellikle koruma tedbirleri yönünden kullanıldığı görülmektedir¹¹⁷⁰. Doktrinde gecikmesinde sakınca bulunan işlem, sonra yapılamayacak ya da yapılsa bile beklenen fayda sağlanamayacak işlem olarak

¹¹⁶⁸ “*Tehiri caiz olmayan muamele*” olarak da adlandırılan bu işlemlerin ertelenmesinin doğru olup olmayacağı konusunda hâkimin takdir hakkı bulunduğuna ilişkin Bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 130.

¹¹⁶⁹ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 129.

¹¹⁷⁰ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.4; “*Gecikmesinde sakınca bulunan hâl: a) Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini, b) Önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini,*” RG 01.06.2005/25832 <https://www.mevzuat.gov.tr> (E.T. 10.10.2020).

tanımlanmaktadır¹¹⁷¹. Bir başka görüşe göre derhal işlem yapılmadığı takdirde, suçun delillerinin ortadan kaybolması ihtimalinin doğması hâlidir¹¹⁷².

Ancak reddi talep edilen hâkimin gecikmesi sakıncalı olan işler dışında işlemler yapmasının sonuçları açıkça düzenlenmediğinden bir belirsizlik söz konusudur. Zira reddi talep edilen hâkimin gecikmesinde sakınca bulunan işler dışında işlemler de yapması mümkündür¹¹⁷³. *Kunter*, reddi istenen hâkimin, kanununla bakabileceği işler dışında işlemler yapması halinde, söz konusu işlemlere yönelik kanun yolları düzenlenmiş ise bu yollara başvurulabileceği belirtmektedir¹¹⁷⁴.

Hâkim veya tarafların yargılama sırasında hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğundan haberdar olmaması ya da farkında olmasına rağmen hâkimin davadan çekinmemesi, tarafların da hâkimi reddetmemesi söz konusu olabilir. Ya da gecikmesinde sakınca bulunan haller söz konusu olabilir. Böyle bir durumda hâkimin davaya bakması hukuken mümkün müdür sorusu akla gelmektedir. Kanun koyucu, şartların varlığı halinde hâkimin tarafsız olmadığını kabul ettiğinden mutlak bir biçimde hiçbir hâkimlik faaliyetinde bulunamayacağını düzenlemiştir¹¹⁷⁵. *Kantar* gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi hâkimin yasaklılığını gerektiren sebepler varsa, işlem yapamayacağını, ancak yargılama devam ederken hâkimin yasaklılığını gerektiren bir hal ortaya çıkarsa (Evlenme vs. gibi) o ana kadar yaptığı işlemlerin geçerli olması gerektiğini belirtmektedir¹¹⁷⁶. Şu hâlde, CMK m. 22 ve 23 anlamında bir yasaklılık halinin bulunması durumunda hâkimin yargısal faaliyette bulunması mümkün değildir. Hâkimin yargılamanın bir aşamasında yasaklılık halinin olduğunu fark etmesi halinde ise, artık dosyadan el çekmesi gerekmektedir.

¹¹⁷¹ **Toroslu/Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi, s. 109.

¹¹⁷² **Yaşar, Osman**, Ceza Muhakemesi Kanunu, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.908.

¹¹⁷³ Bkz. Başlık 3.1.1.4. “*Red Talebi Üzerine Yapılacak İşlemler*”.

¹¹⁷⁴ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 238; Görev yasağı bulunan hâkimin yaptığı işlemlerin kanun yolunda bozulmadığı sürece geçerliliğini koruyacağına ilişkin bkz. **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 163.

¹¹⁷⁵ **Kantar**, s. 60; **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 86, 129.

¹¹⁷⁶ **Kantar**, s. 60.

Yasaklı bir hâkimin yargılama sırasında hâkimlik faaliyetinde bulunması halinde; kanunda yapılan işlemlerin ve alınan kararların akıbeti hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹⁷⁷. Sadece CMK m. 289/1-b’de hukuka kesin aykırılık haller arasında, davaya bakamayacak olan hâkimin yargılama yapmış olmasını “*hukuka aykırılık*” olarak kabul etmiştir¹¹⁷⁸. Böyle bir temyiz sebebinin varlığı halinde, kararın mutlak surette bozulması gerekmektedir. Doktrinde diğer kanun yollarına ilişkin de böyle bir halin varlığının bozma sebebi olduğu belirtilmektedir. Yasaklı hâkimin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yaptığı işlemler sadece yasaklı hâkim tarafından yapıldığı gerekçesi ile geçersiz kabul edilemez. Yargılama devam ederken, yasaklı hâkim tarafından yapılan işlemlerin bir başka hâkim tarafından yenilenmesi halinde kesin hukuka aykırılık halinin önüne geçilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir¹¹⁷⁹. *Yenisey/Nuhoğlu*, CMK m. 289/1-b’nin temyiz yolu açık olan kararlara ilişkin olduğunu, bu düzenlemenin itiraz yolunu da kapsayacak biçimde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Kanun yolu olmaması ya da kararda başkaca bir işlem bulunması halinde hukuken yok saymak gerektiği ancak tüm bunlara en net çözümün yapılacak bir yasal düzenleme ile olacağını belirtmektedirler¹¹⁸⁰.

Yine CMK 280/1-e maddesi gereğince, böyle bir kesin hukuka aykırılık hali, bir istinaf sebebidir. CMK m. 289 ’da belirlenen “*hukuka kesin aykırılık*” hallerinin, itirazı kabil kararlar yönünden de uygulanabilecektir. Tarafların bu gerekçe ile itirazda bulunmaları halinde, hukuka kesin aykırılık olduğundan itirazın kabulü kararı verilmesi gerekmektedir.

İtiraz hakkının kullanılması sırasında yargılamanın kim tarafından yürütüleceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde itiraz yolu incelemesi sırasında, reddi talep edilen hâkimin yargılamaya devam etmesi ve işlemler yapması

¹¹⁷⁷ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 125; **Ünver/ Hakeri**, s. 196.

¹¹⁷⁸ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 125.

¹¹⁷⁹ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 164.

¹¹⁸⁰ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 247.

eleştirilmektedir¹¹⁸¹. Kanaatimizce kanunen işlem yapmasına herhangi bir engel bulunmayan hâkimin titiz davranması ve itirazın usul ekonomisi gereğince hızlı bir biçimde değerlendirilmesi, tarafların adalet duygusunun zedelenmesine engel olacaktır. Ancak CMK m. 22 'de düzenlenen hallerin varlığı sebebi ile itirazı kabil kararlara karşı herhangi bir itiraz yapılmamışsa, kanun yolu düzenlenmemişse ya da yasaklı hâkim tarafından işlem yapılmış olsa da kanun yolu incelemesi sonucunda karar bozulmamışsa, kararın artık geçerli olacağı ve kesin tüm hukuki sonuçlarını doğuracağı belirtilmektedir¹¹⁸². Ancak *Kunter* böyle bir durumun varlığı halinde karar hariç diğer işlemlerin hukuken mevcut sayılmamaları düşüncesindedir¹¹⁸³. Bir başka görüşe göre bu işlemler mutlak surette batıl olduklarından yasaklı bir hâkim tarafından tutulan bir tutanağın yok hükmünde olması sebebi ile yargılamanın ileriki aşamalarında da göz önüne alınamayacak ve kararlara esas teşkil edemeyecektir¹¹⁸⁴. *Taner* hâkimin yaptığı bütün işlemlerin iptal olacağını ancak davanın esasına ilişkin olmayan işlemlerin geçerliliğini koruyacağını belirtmiştir¹¹⁸⁵. *Kolcu*'ya göre, yasaklı hâkimin verdiği kararlar yok hükmünde kabul edilemez ve usulüne uygun kanun yoluna başvurularak ortadan kaldırılmadıkları sürece geçerlidir¹¹⁸⁶. Ancak karşı görüş olarak; CMK m. 22'de düzenlenen hallerin varlığı söz konusu olduğu hallerde, yasaklı hâkim tarafından alınan karara karşı kanunda herhangi bir kanun yolu düzenlenmemiş olsa bile ya da yasaklı hâkim tarafından yapılan işlem karar niteliğinde olmasa da, kararın “*hukuka kesin aykırılık sebebi*” ile yok kabul edilmesi gerektiği de belirtilmektedir¹¹⁸⁷. Görüşe göre, bir kararın itiraza uğramamış olması, o kararın doğru olduğu anlamına gelmemektedir. CMK m. 22'de şartları taşıyan hâkimin tarafsız olmadığı kesin olarak kabul edildiğinden kendisine yargılama yapma yetkisi vermemektedir. Bu nedenle yetkisiz

¹¹⁸¹ **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd.**, s.188.

¹¹⁸² **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 238; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 125; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 246.

¹¹⁸³ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 238; bkz. aynı yönde **Kantar**, s. 60.

¹¹⁸⁴ **Kantar**, s. 60.

¹¹⁸⁵ **Taner**, s. 42-43.

¹¹⁸⁶ **Kolcu**, s. 200.

¹¹⁸⁷ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 214; **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 246; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 94.

makam tarafından yapılan işlemler ve alınan kararların da yok hükmünde olacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Kanaatimizce yasaklı hâkimin yaptığı işlemler ve aldığı kararlar, kanunda gösterilen gecikmesinde sakınca bulunan haller haricinde, yok hükmünde olmalıdır. Hâkimin davadan yasaklanmasının sebebi o davada tarafsızlığının mutlak anlamda olmayacağından baştan kabul edildiği düşünüldüğünde, toplumdaki hukuk devleti ilkesine olan güvenin sarsılacağı bir gerçektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 216/1’de “*Ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafine veya kanunî temsilcisine verilir. (2) Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafii ya da kanunî temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir.*” düzenlenmiştir. Buna göre oturum sırasında hâkimin reddinin talep edilmesi halinde delillerin tartışılmasından sonra gerek iddia gerekse savunma mütalaalarını veremeyeceklerdir¹¹⁸⁸. CMK m. 29’a göre ret konusunda bir karar verilmeden reddedilen hâkim ya da onun katılımıyla bir sonraki oturuma başlamak ve delillerin tartışılmasına geçilmesi mümkün değildir.

Bu konuda bir diğer tartışma kanun yolu incelemesi yapan hâkimin yasaklı olmasının sonuçlarının net olmamasıdır¹¹⁸⁹. Gerçekten Yargıtay’da yasaklı hâkimin bulunduğu heyet tarafından yapılan inceleme sonucunda kesinleşmiş olan bir karara ilişkin olarak kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda hangi yasal yollara başvurulacağına açık bir biçimde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

¹¹⁸⁸ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 99.

¹¹⁸⁹ Bkz. **Kıyak, Emre**, “*Davaya Bakmaktan Yasaklı Hâkimin Görevsizlik Kararı Vermesinin Mümkün Olup Olmadığı ve Davaya Bakmaktan Yasaklı Yargıtay Üyesinin Kullandığı Oyla Kesinleşen Hükme Karşı Hukukî Çareler*”, SÜHFD, C. 23, S. 1, 2015, s. 268.

3.1.2.3. Yargılamaya Kimin Devam Edeceği

Hâkimin reddi talebinin kabulü kararı ile birlikte yargılamanın kim tarafından yapılacağı da belirlenecektir. Yeni gelen bu hâkim, talep üzerine veya resen, reddedilen hâkim tarafından yapılan işlemlerin eğer tekrar edilmesi mümkünse yeniden yapılmasına karar verebilecektir¹¹⁹⁰.

3.2. HÂKİMİN ÇEKİNMESİ

3.2.1. Genel Olarak

Hâkimin tarafsızlığının bir diğer güvencesi olan hâkimin çekinmesi, hâkimin bizzat kendisinin yasaklılığını gerektiren sebeplerin veya tarafsızlığını etkileyen hallerin varlığını tespit etmesi halinde, yargılama görevini yerine getirmekten kaçınması olarak tanımlanmaktadır¹¹⁹¹. Hâkimin davaya bakamayacağı ya da tarafsızlığından şüphe edilecek hallerin varlığında, tarafların hâkimi reddetmesi mümkün iken, hâkimin de aynı sebeplerle davaya bakmaktan çekinebilme (kaçınma) hakkı vardır¹¹⁹².

Doktrinde hâkimin reddi talebinin hâkimin bizzat kendisinden gelmesi ve bunun bir sonucu olarak bir tali dava niteliğinde olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır¹¹⁹³. Ancak hâkimin kendisinin davadan çekinmesinde ortada bir ihtilaf bulunmadığı

¹¹⁹⁰ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 217.

¹¹⁹¹ **Centel/ Zafer**, s. 692; **Ünver/ Hakeri**, s. 205; **Özen**, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, s. 114; **Şahin**, s. 222; Hâkimin çekinmesine karşılık olarak eskiden “istinkâf” terimi kullanılmıştır. Bkz. **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 99; HMK’da yasaklılık halinin varlığı halinde hâkimin çekinmesinden söz ederken, reddi halinde çekilmesinden bahsetmektedir. Bkz. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 121.

¹¹⁹² **Erem** çekinmenin adalette bir “iç mesele” olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Erem**, CMK Şerhi, s. 69; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 129-130; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 240; **Karakehya/Arabacı**, s. 98; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 162.

¹¹⁹³ **Centel/ Zafer**, s. 692; **Şahin/ Göktürk**, s. 243.

gerekçesi ile hâkimin reddi davasının aksine, artık tali bir ceza davasından söz edilemeyeceğini belirten aksi görüşler de bulunmaktadır¹¹⁹⁴.

Alman CMK m. 30'da hâkimin kendisinin reddini gerektiren bir durumun varlığını bildirmesi veya başka sebeple yargılamadan yasaklanmasını gerektiren bir durumun varlığından şüphelenilmesi halinde hâkimin davaya bakıp bakamayacağı konusunda hâkimin reddini inceleyen merci tarafından bu konuda karar verilmesi gerektiğini düzenlenmektedir¹¹⁹⁵.

Adalet duygusunun oluşabilmesi için hâkimden ahlaki ve etik olarak belirli bir kişilikte ve yeterlilikte olmasının beklendiği bir gerçektir. Bu nedenle her şeyden önce ahlaki sebeplerle hâkimin davada çekinmesi gereken sebeplerin olup olmadığını gözetmesi kendisinden beklenmektedir¹¹⁹⁶. Ay m. 138 hükmüne göre her hâkim vicdani kanaate göre karar verir, bu nedenle vicdani kanaatin tehlikeye girdiği her halin hâkim tarafından resen gözetilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ancak hâkimin çekinmesi duygusal sebeplere dayanmamalıdır. Nitekim Yargıtay konuya ilişkin kararında hâkimlerin tarafların taleplerine karşı duygusal davranarak davadan çekilmek istemelerinin, diğer hâkimlerin de aynı baskılara boyun eğmelerine sebep olacağını ve bu durumun yargıya ve tabii hâkim ilkesi dolayısıyla adil yargılanma hakkına zarar vereceğini kabul etmektedir¹¹⁹⁷. Bu nedenle hâkimden davadan çekinme

¹¹⁹⁴ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 214; **Şahin**, s. 222.

¹¹⁹⁵ **Yenisey/ Oktar**, s. 17-18; Gerçekten alman ceza muhakemesinde hâkimin çekinmesi tabii hâkim ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile düzenlenmemiş, hâkimin kendisini bizzat reddetmesi kabul edilmemiştir. **Schroeder/ Verrel**, s. 132.

¹¹⁹⁶ İngiliz kamu hukukunda da hâkimin önyargılı olabileceğini değerlendirdiği zamanlarda taraflardan önce kendisinden davadan çekilmesinin beklendiği belirtilmektedir. **Flamm**, s. 107.

¹¹⁹⁷“Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Hâkimler görevlerinde bağımsızdır. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Bu nedenle, hâkimler önüne gelen uyuşmazlıkları, kanun çerçevesinde çözmek zorundadır. Bu işlemi yaparken, hâkim, bir olayla ilgili kuracağı hükümle, tarafların adalet duygusunu zayıflatacağını değil, güçlendireceğini düşünüp, hedefleyerek çalışmalı, yasalardan aldığı güçle hareket etmelidir. Somut olayda, mahkeme hâkimi tarafından ihtiyati tedbir kararı nedeniyle baskı altında kaldığı, adil yargılama yapmasının söz konusu olmadığı, tarafsızlığından şüpheye düşüldüğü gerekçesiyle çekilme kararı verilmişse de maddi bulgu ve delillerle desteklenmeyen soyut iddiaların hâkimlerce duygusallıkla karşılanıp davadan çekilmelerine neden olması, ileride giderilmesi mümkün olmayacak zararlara yol açacağından kabul edilemez. Aksi halde, bir yerde görev yapan hâkimlerin, aynı yöntemle davadan

talebinde bulunmadan önce, olayı kişiselleştirmeden, somut gerçekleri göz önüne alarak, yaptığı işin doğruluğuna inanarak bir değerlendirmede bulunması beklenmektedir.

3.2.2. Hâkimin Çekinmesi Sebepleri

Hâkimin hukuken geçerli bir sebep olmadan davaya bakmaktan çekinmesinin mümkün olmadığını ve AY m. 36/2 gereğince önüne gelen davaya bakmakla yükümlü olduğunu belirtmiştik. *Erem*, hâkimin çekinmesi ve reddini her şeyden önce hâkimi baskılardan korumak, kamu vicdanında şüpheye yer vermemek ve diyalektik dengeyi bozmamak olarak üç nedenle açıklamıştır¹¹⁹⁸. Kanunda hâkimin çekinmesi için geçerli hukuki sebepler tek tek belirtilmemiş olup, CMK m. 30/1’de “*hâkimin yasaklılığını gerektiren sebepler*” ve m. 30/2’de “*tarafsızlığını şüpheye düşüren sebepler*” olarak gösterilmiştir. Şu hâlde çekinme sebepleri hâkimin reddi sebepleri ile aynıdır¹¹⁹⁹.

3.2.2.1. Hâkimin Yasaklılığını Gerektiren Hallerin Varlığı

Hâkimin yasaklılığını gerektiren hallere ilişkin yukardaki anlatımlar hâkimin çekinmesi yönünden de aynen geçerlidir. Hâkimin yasaklılığını gerektiren hallerin varlığında hâkimin tarafsız olamayacağı kanunen aksinin ispatlanması mümkün olmayan bir karine olarak kabul edildiğinden, davaya bakması yasaktır¹²⁰⁰. Hâkimin böyle bir durumun varlığını tespit etmesi halinde taraflardan bir red talebi gelmeden kendisinin davaya

çekilmeleri sağlanarak, tabii hâkim ilkesinin zedelenmesine yol açılacağı unutulmamalıdır.” Yargıtay 20 HD 23.09.2013 T. 2013/6729 E, 2013/8282 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 24.03.2019).

¹¹⁹⁸ **Erem**, CMK Şerhi, s. 69.

¹¹⁹⁹ **Şahin/ Göktürk**, s. 243; Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi nezdinde yapılan 2011/1E. sayılı dosyanın yargılamaında üyelerden Osman Paksüt sanık müdafinin aynı zamanda kendi vekili de olması sebebi ile davadan çekilme talebinde bulunmuş ve mahkeme heyeti tarafından bu talebi kabul edilmiştir. Bkz. <https://www.sabah.com.tr/gundem/2011/11/21/osman-paksut-yuce-divandan-cekildi> (E.T. 25.01.2021)

¹²⁰⁰ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 162; AYM başkan ve üyeleri yönünden çekinme yalnızca yasaklılık hallerine ilişkin olarak kabul edilmişken, 6216 sayılı kanununun 61. maddesinde tarafsızlığından şüphe duyulacak hallerde de hâkime çekinme hakkı tanınmıştır. Eski düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Öden**, Eşitlik, s. 95.

bakmaktan çekinmesi doğru olanıdır¹²⁰¹. Gerçekten hâkimin önüne gelen olayda sanık ya da katılan ile akrabalık ilişkisini, karşı tarafın bilmesi her zaman mümkün olmamaktadır¹²⁰². Böyle bir durumda red talebi beklenmeksizin hâkimin davadan çekinmesi gerekmektedir. Bu sayede hâkime ve mahkemeye duyulan güven ve saygı korunabilecektir.

Tosun, hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hallerde davadan çekinmesinin bir zorunluluk olduğunu belirtirken, tarafsızlığından şüphe duyulması halinde hâkimin böyle bir zorunluluk içerisinde olmadığını, böyle bir durumda çekinmenin hâkimin takdirinde olduğunu belirtmektedir¹²⁰³.

Yine doktrinde toplu mahkemelerde üyelerden birinin davaya bakmaktan yasaklı olduğunun anlaşılması üzerine mahkemenin bu durumu bir talep olmaksızın resen gözeterek o hâkimin davadan çekinmesine karar vermesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁰⁴. Böyle bir durumda, reddi hâkim taleplerinin değerlendirilme usulleri uygulanarak mahkeme teşekkül edecektir.

3.2.2.2. Hâkimin Tarafsızlığından Şüphe Edilecek Hallerin Varlığı

Hâkim görmekte olan dava ile ilgili olarak yargılamanın devamı sırasında tarafsızlığını sağlayamayacağından bahisle davadan çekinmesini talep edebilecektir. Bu talebin ciddi olmasının yanı sıra tabii hâkim ilkesinin ihlaline neden olmaması gerekmektedir¹²⁰⁵. Çalışmanın hâkimin reddi bölümünde belirtildiği üzere, hâkimin tarafsızlığını şüpheye

¹²⁰¹ **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 162; YİBK 25.06.1941 T. ve E.46, K. 24 sayılı kararında hâkimin ister yasaklılık ister tarafsızlığından şüphe duyulması hallerinden biri olsun red sebeplerinin varlığını kendiliğinden bildirmesi halinde bu nedenin niteliğini ve yerinde olup olmadığını incelemeyen davadan çekinmekle başka bir yer mahkemesinin görevlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. **Gözübüyük**, s. 242. Ancak günümüzde çekinme talebi mahkemenin incelemesine tabiidir.

¹²⁰² **Kolcu**, s. 403.

¹²⁰³ **Tosun**, s. 341; *Erem* hâkimin davadan çekilmesinin tamamen takdiri bir durum olduğunu, çekinme ile reddin aynı anda gelmesi halinde çekinmenin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. **Erem**, CMK Şerhi, s. 49, 69.

¹²⁰⁴ **Kantar**, s. 68; bkz. benzer yönde **Tosun**, s. 340.

¹²⁰⁵ **Kolcu**, s. 403.

düşürecek olgular her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken hallerdir. Hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulacak hallere ilişkin açıklamalarımız, hâkimin çekinmesi için de geçerlidir.

Hâkimin tarafsızlığından şüphe edilen hallerde çekinmesine ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde eşlerin aynı mahkemede görev almalarının mümkün olmadığına ilişkin çok sayıda karar bulunduğu görülmektedir¹²⁰⁶. Ancak belirtmek isteriz ki bu kararlarda düzenlenen yasaklılık hali CMK 'dan değil, HSK Ka.'da yer alan yasaklılık hallerinden kaynaklanmaktadır¹²⁰⁷.

HSK Ka. m. 46/1.'de "*Karı-koca, ikinci derece dâhil kan ve sıhri hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar*" hükmü yer almaktadır. Düzenlemenin amacı, yargılama süresince arasında karı-koca ilişkisi bulunan ya da ikinci derece kan ve sıhri hısımların görevleri sırasında "*mahkemelerin tarafsızlığı*" üzerinde şüphe derecesinde dahi olsa bir izlenim ortaya çıkmasının engellenmesidir. Gerçekten Yargıtay kararlarında eşlerden birinin savcılık görevini yerine getirirken hazırladığı iddianame ile açılan davada diğer eşin karar vermesi mahkemenin tarafsızlığı ilkesine aykırı kabul edilmektedir¹²⁰⁸. HSKa m. 46, eşlerin "*aynı daire*"de görev alamayacaklarına ilişkin yapılmış bir düzenlemedir.

Ancak iddianameyi hazırlayan savcı ile karar veren hâkimin karı-koca olması ve aynı mahkemede görevli olmamaları halinde, davanın taraflarından hâkimin reddinin talep edilip edilmeyeceği de önemlidir. CMK m. 22 ve 23'de eşlerden birinin açtığı davaya diğerinin katılmayacağına ilişkin bir yasaklılık hali bulunmamaktadır¹²⁰⁹. Ancak

¹²⁰⁶ Yargıtay 4 CD 27.03.2017 T. 2014/18224 E, 2017/9199 K;4 CD 06.02.2017 T. 2014/39101 E, 2017/3235 K; 4 CD 06.02.2017 T. 2014/39062 E, 2017/3236 K; 4. CD 07.02.2017 T. 2014/47593 E, 2017/3357 K, sayılı kararları, UYAP (E.T.07.09.2019).

¹²⁰⁷ *Erem* hâkim ile savcının ve hatta mahkeme üyelerinin evli olmasının ülkemizde yasaklanma sebebi olarak kabul edilmemesine rağmen İtalyan CMUK 'da bu durumun yasaklama sebepleri arasında kabul edildiğini belirtmiştir. Bkz. **Erem**, CMK Şerhi, s. 49.

¹²⁰⁸ Yargıtay 4 CD 27.04.2017 T. 2014/15155 E, 2017/13392 K; 8 CD 19.01.2017 T. 2015/15083E, 2017/532 K; 12 CD 30.05.2016 T. 2015/16899 E, 2016/9097 K. sayılı kararları. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 29.11.2018).

¹²⁰⁹ Aynı şekilde HMK'da da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yasaklılık hallerinin hâkim ile taraflar arasında olması gerektiğinden, bu durumda hâkimin yasaklılığından söz edilemeyeceği

Yargıtay HSKa m. 46'da aynı dairede çalışmaları yasak olan eşlerden birinin açtığı davaya diğzerinin bakması mümkün olmadığını kabul etmiştir¹²¹⁰.

Yargıtay konuya ilişkin emsal kararlarında AİHM'in Peirsack/Belçika kararını dayanak yaparak, hâkimin davaya bakamayacağını mahkeme tarafından resen gözetilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹²¹¹. Gerçekten hâkimin böyle bir durumun varlığını gözeterek, davadan çekinme talebinde bulunması kendisinden beklenendir.

Hâkim bakmakta olduğu davaya ilişkin tarafsız kalamayacağını ciddi somut olgularla açıklayarak ileri sürerek, tarafların kendisini reddetmesini beklemeksizin davadan çekilebilecektir¹²¹².

Doktrinde hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması ile çekilmesine örnek olarak ihsas-ı rey de gösterilmektedir¹²¹³. Bu görüşe göre hâkimin masumiyet karinesine aykırı olarak kovuşturma aşamasında sanığın suçluluğu yönündeki sanık aleyhine olan görüşünün açıklanmış olması ihsas-ı reydir ve hâkimin bu durumda davadan çekilmesini talep etmesi gerekmektedir.

Yargılama devam ederken hâkimin davayı yönetmesine ve hukuki bilgisine ilişkin yapılan eleştiriler, hâkimin çekinmesine bir sebep değildir. Bu iddialar hâkimin tarafsızlığına ilişkin olmayıp, davada bu tür eleştirilere maruz kalan hâkimin davadan

belirtilmektedir. Örneğin hâkimin taraflardan birinin vekili ile evli olması halinde yasaklılığın avukat yönünden olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 119.

¹²¹⁰ 2802 s. yasa m. 46/1 “*Karı – koca, ikinci derece dâhil kan ve sıhri hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar*” YCGK 05.06.2018 t. 2017/880E, 2018/270K sayılı kararı, www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 15.03.2020)

¹²¹¹ Yargıtay 4 CD 27.04.2017T. 2014/15155E, 2017/13392K sayılı kararı, www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 13.11.2019), AİHM 01.10.1982 T. Başvuru No: 8692/79, www.hudoc.echr.coe.int (E.T. 13.11.2019).

¹²¹² **Kolcu**, s. 403.

¹²¹³ **Yenidünya/ İçer**, s. 49.

çekinme talebi de kabul edilmemelidir¹²¹⁴. Aksi yönde bir kabul halinde, alınan karar tabii hâkim ilkesine açıkça aykırı olacaktır.

Doktrinde ceza ve hukuk muhakemesinin değerlendirilmesinde hâkimin çekinmesinin sadece yasaklılık halleri için geçerli olduğu, hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallerde çekinmesinden değil de hâkimin kendi kendisini reddetmesinden bahsedilebileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır¹²¹⁵. Ancak bir başka görüşe göre hâkimin sadece yargılamama mecburiyetini ileri sürerek kendisini red etmesini “çekinme” olarak adlandırmanın doğru olmayacağı, denetim sisteminin varlığı göz önüne alındığında hâkimin “*ben suçtan zarar gördüm*” beyanının da araştırılması gerektiği belirtilmektedir¹²¹⁶.

3.2.3. Hâkimin Çekinmesi Usulü

3.2.3.1. Hâkimin Çekinme Talebi

Hâkim davaya bakmaktan çekinme isteminde bulunurken çekinme sebeplerini de açıklaması gerekmektedir. Hâkimin çekinmesi, aslında davadan reddini gerektiren sebepleri de bildirme yükümlülüğünün de bir sonucudur¹²¹⁷. Hâkim geçerli bir sebebe dayanarak çekilmelidir, aksi takdirde gerçekte yetkili olmayan hâkimin davaya bakması sebebi ile tabii hâkim ilkesi zedelenecektir¹²¹⁸.

¹²¹⁴ Sanığın hâkimin yeterli araştırmada bulunmadığını beyanı hâkimin davadan çekinmesini gerektiren sebeplerden olmadığına ilişkin Bkz. Yargıtay 3 CD 23.03.2016 T. 2016/4083 E, 2016/7320 K. UYAP (E.T. 07.09.2019).

¹²¹⁵ **Kuru**, s. 84.

¹²¹⁶ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 300, dp. 94, 95; **Öden**, Eşitlik, s. 94.

¹²¹⁷ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 137.

¹²¹⁸ **Öden**, Eşitlik, s. 97; Usule uygun bir biçimde reddedilmemesine rağmen mahkeme başkanının davadan çekinmesi üzerine merci ’nin çekinmenin yerinde olup olmadığını karara bağlamamasına rağmen başkanın yokluğunda mahkemenin teşkili ile duruşmaya devam edilerek karar verilmesinin usule aykırı olduğuna ilişkin Yargıtay 1 CD 15.04.1976 T. 1381E. – 1476K. aktaran **Gözübüyük**, s. 301-302.

Mahkeme üyelerinin toplu olarak davadan çekinmelerinin mümkün olup olmadığı hususu kanunda açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Şartların varlığı halinde hâkimlerin toplu olarak çekinmelerinin adil yargılanma hakkının bir gereği olarak mümkün olduğu kanaatindeyiz¹²¹⁹. Zira tarafsızlığından şüphe duyulmayan hâkimler tarafından yargılamanın yapılması en azından görünürde bir adil yargılama yapıldığının da göstergesi olacaktır. Nitekim Yargıtay'ın kararlarında da toplu olarak çekinme talebinde bulunan mahkemenin şartların varlığı sebebi ile talebinin kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²²⁰.

Ceza Muhakemesi Kanununda çekinmenin talep edilmesine ilişkin bir süre düzenlenmemiştir. Bu nedenle hâkim yargılama süresince çekinme talebinde bulunabilecektir. Hâkimden önüne gelen davada, yargılamaya geçmeden önce, çekinmesi gereken hallerin bulunduğunu anladığı anda herhangi bir işlem yapmadan davadan çekinmesi beklenmektedir. Ancak yargılama sırasında ortaya çıkan bir çekinme sebebi olması halinde, hâkim bu sebebi öğrenir öğrenmez davadan çekinmelidir.

Hâkimin yasaklılığı sebebi ile davadan çekinmesi gerekirken çekinmemiş olması, tarafların da hâkimin reddini talep etmeyerek hâkimin davaya bakmasına zımnen muvafakat etmeleri halinde dahi, hâkimin o davaya bakması mümkün değildir. Böyle bir durumun varlığı halinde sebebin ortaya çıktığı andan itibaren hâkimin davada yaptığı işlemlerden sadece gecikmesinde sakıncalı olan işlerin geçerli olması gerektiği

¹²¹⁹ AYM üyelerinin tamamını ilgilendiren bir davada, Başkan ve üyelerin çekinme taleplerinin dinlenilmeyeceğine karar verilmiştir. Zira yeni gelecek hâkimler de aynı karardan etkilenenlerdir. Bu nedenle hukuken çekinmeleri gereken bir konuda pratik anlamda çekinme ile bir fayda sağlanmayacağı göz önüne alınarak çekinme talebinde bulunamayacakları kabul edilmiştir. Bkz. **Öden**, Eşitlik, s. 73-74; Av. K. m. 14'de yer alan AYM üyelerinin görevlerinin sona ermesinden sonra avukatlık yapmalarına ilişkin düzenleme, hukuk fakültesi mezunu olan ve sonradan avukatlık yapmaları mümkün olan AYM üyelerini ilgilendirmelerine rağmen davadan çekinmemeleri doktrinde eleştirilmiştir. 2949 s. Kanun m. 49/2'de yer alan bir iş veya davaya bakılmasının imkânsız hale gelmesi şeklinde çekinme tabii ki kabul edilmemektedir. *Ergül*, bu konunun bir ön sorun olarak incelenerek karara bağlanması gerektiği görüşündedir. **Ergül**, Anayasa Mahkemesi ve Hâkimin Tarafsızlığı, 247-248; **Ergül**, Karar Analizi, s. 496; Amerika'da hiç kimse kendi davasının hâkimi olamaz ilkesi gereğince, hâkimin doğrudan ya da dolaylı bir maddi kazanç elde etmesine sebep olacak davada ön yargılı olduğu kabul edilir ve davadan çekilmesi gerekmektedir. **Flamm**, s. 321 vd.

¹²²⁰ Yargıtay aynı olay sebebi ile yargılanan sanıklardan tefrik edilerek ayrılan kişiler hakkında, ana dosyanın cezalandırma kararının gerekçesinde görüşlerini açıklamaları sebebi ile çekinme talebinde bulunan mahkeme üyelerinin artık tarafsızlığından şüphe duyulmasının muhtemel olduğu hususunun göz önüne alınarak çekinme taleplerinin kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 20 CD 12.12.2016 T. 2016/2774 E, 2016/5830 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 31.08.2019).

kanaatindeyiz. Kararın incelenmeksizin kesinleşmesi halinde dahi, kamu yararı bulunduğundan kararın kanun yararına bozulması gerekmektedir.

3.2.3.2. Çekinme Talebini İnceleyecek Mercii

Ceza Muhakemesi Kanunda “*mercii*” ile yargılama faaliyetine doğrudan katılan yargı sūjeleri ifade edilmektedir¹²²¹. CMK m. 30’da düzenlenen yetkili merciiinin belirlenmesinde uygulamada Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığı’nın karar verdiği görülse de, Yargıtay komisyonun yetki alanının idari olduğu ve yargısal bir yetkisinin bulunmadığı gerekçesi ile bu şekilde alınan kararların bozulmasına karar vermektedir¹²²².

Hâkimin çekinmesine ilişkin olarak çekinme kararının denetlenmesi ve denetlenmeden kabul edilmesi şeklinde iki farklı sistem bulunmaktadır¹²²³. Hukukumuzda 1973 yılına kadar hâkimin çekinmesinin denetlenmeden kabul edildiği sistemin uygulandığı görülmektedir¹²²⁴. Gerçekten bu tarihe kadar hâkimin çekinmesi halinde, çekinme sebeplerinin varlığı araştırılmaksızın, yetkili merci tarafından çekinen hâkimin yerine bir başka hâkim atanmaktaydı¹²²⁵. Bu yasal düzenleme bazı kritik davalarda hâkimler tarafından davaya bakmaktan kaçınmak amacıyla “*çekinme*” kurumunu kullanılmasına yol açmıştır.

¹²²¹ Yargıtay 15 CD 13.02.2017 T. 2016/5060 E, 2017/5924 K sayılı kararında aynen; “...5271 sayılı CMK ’nın “*Hâkimin davaya bakamaması ve reddi*” başlıklı beşinci bölümündeki düzenlemelerde yer alan “*Mercii*” kelimesiyle yargılama faaliyetine doğrudan katılan yargı sūjelerinin kastedilmesi ve adli yargı adalet komisyonu başkanlıklarının yargısal bir görevleri bulunmayıp...” www.sinetjimevzuat.com.tr (E.T. 02.12.2018).

¹²²² Yargıtay 15 CD 20.02.2017 T. 2017/14676 E, 2017/6284 K, UYAP (E.T. 07.09.2019).

¹²²³ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 137.

¹²²⁴ 1696 sayılı 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, RG 15.03.1973/ 14477.

¹²²⁵ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 100; YİBK 46E, 24K. RG 07.08.1941/4880 kararı “...*Bir hâkimin red sebeplerini resen bildirmesi üzerine merciiin meşrut sebebin mahiyetini ve varit olup olmadığını tetkik etmeksizin yalnız davayı başka bir mahal mahkemesine nakil ile iktifa etmesi icabeyeceğine çoğunlukla karar verildi.*” www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4880.pdf (E.T. 09.10.2020).

Çekinme serbestisi olarak nitelendirilebilecek bu fiili durumun önünü geçmek ve davaların sürüncemede kalmasını engellemek amacı ile hâkimin çekinme talebinin hukuki olup olmadığının merci tarafından incelenmesini sağlayan bir denetim sistemi kabul edilmiştir¹²²⁶. Bu hali ile çekinme hâkimin kendi takdirinde değildir. Çekinmenin sonuç doğurabilmesi için yetkili merci tarafından değerlendirilmiş olması gerekmektedir.

CMK m. 30'a göre hâkimin çekinme kararını inceleyecek merci ile hâkimin reddi talebini inceleyen mercii aynıdır¹²²⁷. Yargıtay hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallerde çekinme talebini inceleyecek merciin vazih yani net bir biçimde belli olmadığını ancak Ceza Muhakemesi Kanunu m. 27/2'de yer alan düzenlemenin kıyasen burada da uygulanabileceğini kabul etmektedir¹²²⁸. Bu durumda çekinme talebini hâkimin bizzat mensubu olduğu mahkeme inceleyecektir.

Merciin herhangi bir çekinme talebi olmadan resen harekete geçmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin olarak kanunda açık bir düzenleme yer almadığı görülmektedir. Ancak hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hallerde, mercii resen harekete geçebilecektir¹²²⁹. Tarafsızlığından şüphe duyulan hallerde merciiin resen hâkimin çekinmesine ilişkin karar verme yetkisi olup olmadığı net bir biçimde düzenlenmemiştir¹²³⁰. *Soyaslan*, mahkemenin üyelerinden birinin ya da birkaçının görevi sırasında tarafsız olamayacağına ilişkin bir kanaati bulunduğu da, merciiin kendiliğinden hâkimin o davaya bakmamasına karar verebileceğini belirtmektedir¹²³¹.

¹²²⁶ **Tosun**, s. 341.

¹²²⁷ **Şahin**, s. 222; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 162.

¹²²⁸ Yargıtay 21 CD 21.06.2016 T. 2016/7846 E, 2016/5471 K. www.yargitay.gov.tr (E.T. 01.09.2016).

¹²²⁹ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 140; **Turhan**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 163.

¹²³⁰ 2802 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası; “*Mahkeme başkanlarının, yargılamanın düzenli bir şekilde yürütülmesine ilişkin olarak görevli oldukları mahkeme dairelerindeki hâkimler üzerinde gözetim hakkı vardır*” şeklinde düzenlenmiş olup, bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere “*bir mahkemenin aynı dairesi*” ibaresi, aynı mahkemeyi ifade etmektedir. Bkz. Yargıtay 3 CD 28.01.2019 T. 2018/12223 E, 2019/1329 K. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 15.03.2020)

¹²³¹ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 240.

Merciin tarafsızlıktan şüphe duyulan hallere ilişkin olarak takdir hakkı bulunduğu göz önüne alındığında, bu görüşe katılarak, resen harekete geçebileceği kanaatindeyiz.

3.2.3.3. Mercii Kararı

Merciin çekinme talebini incelemesine ilişkin usul ve esaslar kanunda açık bir biçimde yer almamaktadır. Ancak madde metninden hâkimin yasaklı olduğu hallere dayanarak çekinmesi ve tarafsızlığından şüphe duyulan sebeplere dayanmasında merciiye farklı görevler verildiği anlaşılmaktadır. Bu görevleri göz önüne alarak merciiin inceleme yöntemlerini belirlemek mümkün olacaktır.

Yine madde metninden bu hallerin varlığının tespitinden sonra merciden derhal bir başka hâkim veya mahkemeyi görevlendirmesini istediği görülmektedir. Şu hâlde çekinme talebini inceleyen mercii, sadece bu hallerin “varlığını” tespit etmekle görevlidir demek doğru olacaktır¹²³². Bu durumda çekinme sebeplerinin varlığının hâkimin tarafsızlığı üzerindeki etkisini incelemek yetkisine sahip değildir¹²³³. Hâkimin yasaklı olduğu hallerin varlığının tespit edilmesi halinde, mercii çekinme talebinin kabulü ile birlikte bir başka hâkimi ya da mahkemeyi davaya bakmakla görevlendirme kararı verecektir. Ancak çekinme dilekçesinde belirtilen sebeplerin CMK m. 22 ve 23’de belirtilen sebeplerden biri olmadığının tespit edilmesi halinde, hâkimin davaya bakmaktan çekinme talebinin reddine karar verilecektir¹²³⁴.

Kanun koyucu m. 30/2’de hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulacak sebeplere dayanarak davadan çekinme talebinde bulunması halinde, m. 30/1’den farklı olarak merciden çekinmenin uygun olup olmayacağını değerlendirmesini istemiştir. Şu hâlde

¹²³² Şahin, s. 222; Turhan, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 162. Bkz. Yargıtay 18 CD 12.02.2019 T. 2018/2597 E, 2019/2813 K; 18 CD 07.12.2015T. 2015/10441 E, 2015/12790 K. UYAP (E.T. 07.09.2019).

¹²³³ Ünver/ Hakeri, s. 205; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 236; Hâkimin çekinmesinin yasaklılığa ilişkin sebeplere dayanması halinde merciiin tek görevinin davaya bakacak hâkim ya da mahkemeyi belirlemeye ilişkin olduğuna dair bkz. Yargıtay 20 CD 17.01.2017 T. 2016/2152 E, 2017/412K. www.yargitay.gov.tr (E.T. 01.09.2019).

¹²³⁴ CMUK uygulaması zamanında benzer bir şekilde hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hallere dayanarak yapılan çekinme taleplerinde de yetkili mercii sebeplerin var olup olmadığını incelemekle görevli olduğu görülmektedir. Bkz. Ünver/ Hakeri, s. 205.

merci talebe dayanak gösterilen sebeplerin var olup olmadığının tespitinin yanı sıra, bu olguların hâkimin tarafsızlığını etkileyecek nitelikte olup olmadığını göz önüne alarak hâkimin çekinmesinin uygun olup olmadığını değerlendirecektir¹²³⁵. Gerçekten hâkimin çekinme talebinin gerekçesini oluşturan olayların aslında olmadığı, ya da olsa bile hâkimin tarafsızlığını etkilemeyeceği merci tarafından kabul edilirse, hâkimin çekinme talebi reddedilebilecektir. Ancak hâkimin dayandığı sebeplerin varlığı tespit edilerek tarafsızlığından şüphe duyulmasına yol açacağı değerlendirilirse, hâkimin bu talebi kabul edilebilecektir.

Merciye CMK m. 30/2'ye göre tanınan takdir hakkı uygulamada denetime tabii tutulmamaktadır¹²³⁶. Gerçekten bu takdir hakkı kullanılarak merci tarafından yapılan değerlendirme sonucu verilen bir kararın, kanun yararına bozma yoluyla denetlenmesi hukuka uygun kabul edilmemektedir¹²³⁷.

Yargıtay kanun yararına bozma üzerine yaptığı bir başka incelemede; itiraz makamı olarak inceleme yapan hâkim ile asıl kararı veren hâkimin karı-koca olması halinde, taraflardan hâkimin reddi talebi olmaması ve itiraz makamı olarak karar veren hâkimin tarafsız davranmak konusunda herhangi bir çekinceye bulunmaksızın itirazı

¹²³⁵ Şahin, s. 223; Ömeroğlu, s. 78; Sanık tarafından Adalet Bakanlığı aleyhine açılan manevi tazminat davasının kendisine ihbar edilmesi sonucunda, ilerde kendisine rücu edilebilecek tazminat sebebi ile aralarında husumet bulunduğunu iddia eden hâkimin davadan çekinmesi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplere dayandığından bu durumun çekinmeye uygun olup olmadığının mercii tarafından değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yargıtay 9 CD 08.01.2014 T. 2013/7007 E, 2014/158 K. www.yargitay.gov.tr (E.T. 01.09.2019).

¹²³⁶ Hukukta deneysel bilimlerden farklı olarak mutlak kesinlikten değil de kanı veya daha az kesinlik hallerine dayanarak hüküm verilmektedir. Hâkimin bir karara ulaşabilmesi için takdir yetkisi onun yegâne kişisel ve mesleki aracıdır. Bkz. Anıl, Yaşar Şahin, Hâkimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 62.

¹²³⁷ Yargıtay 18 CD 12.02.2019 T. 2018/2597 E, 2019/2813 K. sayılı kararında; “Hâkimin davaya bakamayacağı hallerin düzenlendiği CMK'nın 22. maddesinde sınırlı olarak sayılan hallerin bulunması nedeniyle, davaya bakan hâkimin çekinmesi durumunda, CMK'nın 30/1. maddesi uyarınca merciin, bir başka hâkimi veya mahkemeyi davaya bakmakla görevlendirmesi yasal bir zorunluluk olmasına karşın, CMK'nın 30/2. maddesine göre, hâkim, tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler ileri sürerek çekindiğinde, merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verecek ve çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkemeyi görevlendirecektir. Kanun koyucu CMK'nın 30/2. maddesindeki durumda, hâkimin çekinmesinin somut olaya uygun olup olmadığını değerlendirerek, karar vermesi için merciye takdir hakkı tanımıştır. Bu takdir hakkı kullanılarak yapılan değerlendirme sonucu verilen kararın, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında kanun yararına bozma yoluyla denetlenmesi hukuka uygun görülmemiştir.” www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 07.09.2019).

değerlendirmesinde; itiraz makamında görevli olan hâkimin “*kendi tarafsızlığı konusunda takdir hakkını kullanarak aldığı karara*” ilişkin kanun yararına bozma talebinin reddine karar vermiştir¹²³⁸.

Merciinin, çekinme talebini uygun görmemesi sebebiyle reddetmesi halinde, hâkim davaya bakmaya devam eder¹²³⁹. Çekinme talebinin uygun görülmesi halinde ise, daha önce de belirtildiği üzere yargılamanın kesintisizliği ilkesi gereğince, davaya bakacak bir başka hâkim ya da mahkeme merci tarafından görevlendirmek zorundadır¹²⁴⁰. Çekinme isteminin kabulü ile hâkimin yerine yeni bir hâkim getirilemediğinden davanın artık aynı mahkemede görülmesi mümkün olmaması halinde de dava bir başka hâkime veya mahkemeye de gönderilebilecektir¹²⁴¹. Çekinme talebi üzerine merciin bu talebe ilişkin vereceği kabul veya ret kararı AY m.141/3 gereğince gerekçeli olmak zorundadır.

Merci tarafından çekinme talebi üzerine alınan karara ilişkin kanun yolu düzenlenmemiştir. Bu konuda Yargıtay’ın aldığı kararlarda, çekinme isteminin reddine ilişkin karara karşı, çekinme talebinde bulunan hâkimin direnme veya kanun yoluna

¹²³⁸ Yargıtay 18 CD 07.12.2015 T. 2015/10441E, 2015/12790K. sayılı kararında; “*Hâkim, tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler ileri sürerek çekindiğinde, merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verir. Çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkeme görevlendirilir.*” hükümleri yer almaktadır. Görüldüğü üzere, hâkimin davaya bakamayacağı hallerin düzenlendiği CMK’nın 22. maddesinde sınırlı olarak sayılan hallerin bulunması nedeniyle, davaya bakan hâkimin çekinmesi durumunda, CMK’nın 30/1. maddesi uyarınca merciin, bir başka hâkimi veya mahkemeyi davaya bakmakla görevlendirmesinin yasal bir zorunluluk olmasına karşın, CMK’nın 30/2. maddesine göre, hâkim, tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler ileri sürerek çekindiğinde, merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verecek ve çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkemeyi görevlendirecektir. Kanun koyucu CMK’nın 30/2. maddesindeki durumda, hâkime çekinmesinin somut olaya uygun olup olmadığını değerlendirerek, karar vermesi için takdir hakkı tanımıştır. Somut olayda itiraz mercii olan Bilecik Asliye Ceza Mahkemesi hâkiminin, Sulh Ceza Mahkemesi kararını incelerken, kararı veren hâkimin kendisinin eşi olduğunu bilmekte ancak bu durumun, tarafsızlığını şüpheye düşürecek hallerden olmadığını değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Keza sanık tarafından da hiçbir aşamada bu sebeple hâkimin reddi talep edilmemiştir. Bu takdir hakkı kullanılarak yapılan değerlendirme sonucu verilen kararın, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında kanun yararına bozma yoluyla denetlenmesi hukuka uygun görülmemiştir.” www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 07.09.2019).

¹²³⁹ **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 130; aynı şekilde AYM hâkimleri yönünden **Öden**, Eşitlik, s. 99.

¹²⁴⁰ **Şahin**, s. 222-223.

¹²⁴¹ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 240.

başvurma hakkının olmadığı belirtmektedir¹²⁴². *Centel*, hâkimin talebi olmaksızın merci tarafından yetkisiz bir biçimde alınan çekinme kararına karşı kanun yoluna gidilmesinin mümkün olacağını belirtmektedir¹²⁴³. Ancak CMK m. 2/f 'ye göre; kanun yararına bozma talebine konu edilen hukuka aykırılık iddiası da dâhil olmak üzere, asıl hükme yönelik olarak yapılacak temyiz incelemesi ile birlikte CMUK m. 307 'ye göre hukuka aykırılıklarına dayanarak hükümden önceki bu kararların da temyiz edilebilmesi mümkündür¹²⁴⁴. Çekinmenin reddine ilişkin kararın CMK m. 309/4-a hükmüne de kanun yararına bozulmasının talep edilmesi de mümkündür¹²⁴⁵. Bir Yargıtay Dairesi'nin toplu olarak davadan çekinmesi halinde, davanın hangi daire tarafından görüşüleceğine Yargıtay Ceza Genel Kurulu karar verecektir¹²⁴⁶.

Hâkimin çekinme talebinin kabulü halinde, merci yargılamanın uzamaması adına vakit kaybetmeden başka bir hâkimi davaya bakmakla görevlendirecektir¹²⁴⁷. Ancak çekinmenin kabulü sebebi ile davanın artık bu mahkemede görülmesi mümkün değil ise, merci artık bir başka mahkemeye davanın gönderilmesine karar verebilecektir.

Centel, hâkimin çekinme isteğinin reddine ilişkin karara karşı direnme hakkı bulunmadığını belirtirken, yargılamanın diğer sùjeleri tarafından hükümle birlikte temyiz yoluna gidilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir¹²⁴⁸.

¹²⁴² **Çağlayan, Muhtar**, “*Hâkimin Davaya Bakmaktan Çekinmesi Konusu (Yargıtay İkinci Ceza Dairesi'nin Bir Kararına İlişkin Düşünceler)*”, AD, LXIII, 1974, S. 8, s. 626.

¹²⁴³ Aynı zamanda tarafların da merciin bu kararına karşı hükümle birlikte temyiz talebinde bulunabileceklerine ilişkin bkz. **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 141.

¹²⁴⁴ Yargıtay 9 CD 08.01.2014 T. 2013/7007 E, 2014/158 K. www.yargitay.gov.tr (E.T. 01.09.2019).

¹²⁴⁵ Yargıtay 10 CD 11.04.2016 T. 2016/385 E, 2016/1163 K. www.yargitay.gov.tr (E.T. 01.09.2019).

¹²⁴⁶ YCGK 19.04.1971 t 127-148, aktaran **Kolcu**, s. 404.

¹²⁴⁷ **Taştan**, s. 270; CMK Madde 30 – “(1) Hâkim, yasaklılığını gerektiren sebeplere dayanarak çekindiğinde; merci, bir başka hâkimi veya mahkemeyi davaya bakmakla görevlendirir. (2) Hâkim, tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler ileri sürerek çekindiğinde, merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verir. Çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkeme görevlendirilir. (3) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yapılan işler hakkında 29 uncu madde hükmü uygulanır.”.

¹²⁴⁸ **Centel**, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 141; Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başladıkları 20.07.2016 tarihinden itibaren çekinme isteğinin reddine ilişkin karar, hükümle birlikte istinaf edilebilecektir.

3.2.3.4. Çekinmesi Gereken Hâkimin Yaptığı İşlemlerin Hukuki Durumu

Kanun, çekinme talebinde bulunan hâkimin yaptığı işlere ilişkin olarak CMK m. 29 hükmünün uygulanacağını düzenlemiştir. Davadan çekilen hâkim, artık o dava ile ilgili herhangi bir yargısal faaliyette bulunamayacak, ancak çekinme talebinin kabul edilmesi halinde, gecikmesinde sakınca bulunan hâllere ilişkin işlemleri dışında duruşma tekrarlanacaktır.¹²⁴⁹

Ancak CMK 30/3 maddesi çekinmesi gereken hâkimin “*gecikmesi sakıncalı bulunan hâllerde*” yaptığı işlemlere ilişkin olarak CMK 29/3 maddesinin uygulanacağını düzenlemiştir¹²⁵⁰. Bu düzenlemeye göre, çekinmesi gereken hâkimin sadece gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yapılmış işlemler geçerli olacak, ancak diğer yaptığı işlemler tekrarlanacaktır¹²⁵¹. Gecikmesinde sakınca bulunan işlere ilişkin kanunda kanun yolu düzenlenmişse, tarafların bu yola başvurma hakkını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hâkimin duruşma devam ederken çekinmesi halinde, CMK m. 29/2’ye göre duruşmada sunulması gereken deliller sunulur ve salt çekinme sebebi ile dava ertelenmez¹²⁵². Fakat delillerin taraflarca tartışılmasına izin verilmez.

¹²⁴⁹ CMUK düzenlemesi de aynı şekildedir. Bkz. YCGK 21.03.1988T. 8/45-117.

¹²⁵⁰ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 240.

¹²⁵¹ Gecikmesinde sakınca bulunan işlemler, bir işlem sonrasında artık yapılamayacak ya da artık yapılmış olsa dahi beklenen faydanın sağlanamayacağı işlemler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 72; Kasten öldürme suçunda tek görgü tanığı olan kişinin yeminle dinlenmesi gecikmesinde sakınca bulunan hâllerden biri gösterilebilecektir. **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 240; Konuya ilişkin bkz. Yargıtay 10 CD 10.12.2007 T. 2007/11735 E, 2007/14529 K. “*Mahkemece, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olduğuna karar verilmesinden sonra, hükümlünün cezaevinde bulunduğu tarihler araştırılmış, muhatap banka şubesine sunulan nüfus cüzdanının verildiği nüfus müdürlüğünden nüfus cüzdanı kayıp ve değiştirme belgesi getirilmiş, ayrıca, 5271 sayılı CMK'nın 22. maddesi uyarınca davadan çekilen hâkim tarafından, hükümlünün günsüz hazır bulundurulması üzerine imza ve yazı örnekleri alınmıştır. Davadan çekilen hâkim tarafından yapılan bu işlemin, gecikmesinde sakınca bulunan durum nedeniyle yapılmış işlemlerden sayılması ve aynı zamanda bir savunma delili niteliğinde olması nedeniyle, aynı Kanun'un 30/3 ve 29/3. maddeleri uyarınca, tekrarlanması gerekmemektedir.*” www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 29.11.2018).

¹²⁵² **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 240.

3.3. ZABIT KÂTİBİNİN VE CUMHURİYET SAVCISININ REDDİ VE ÇEKİNMESİ

3.3.1. Zabıt Kâtibinin Reddi ve Çekinmesi

Yargılama makamının yardımcı teşkilatı yazı işleri müdürü, zabıt kâtibi, mübaşir ve diğer görevlilerden oluşmaktadır. CMK'da hâkimin reddi ve çekinmesinin devamında 32. maddede “(1) Bu Bölümde yazılı hükümler zabıt kâtipleri hakkında da uygulanır. (2) Zabıt kâtibinin reddi veya kendisinin reddini gerektiren sebepleri bildirerek görevden çekinmesi hâlinde gereken karar, yanında çalıştığı mahkeme başkanı veya hâkim tarafından verilir. (3) Aynı işte zabıt kâtibinin hâkim ile birlikte reddi istemi hakkında veya çekinmelerine karar verecek merci, hâkime göre belirlenir.” olarak düzenlenmiştir. Kanunda özellikle zabıt kâtiplerinin tarafsızlığını sağlamaya ilişkin düzenleme yapılmasının sebebi, zabıt kâtiplerinin ceza muhakemesinde önemli yargı görevleri üstlenmesidir

Zabıt kâtibinin görev ve sorumlulukları Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik düzenlenmiştir¹²⁵³. Bu düzenlemeye göre;

¹²⁵³ RG 06.08.2015/29437

- “a) İş bölümüne göre kendisine verilen işleri biriktirmeden zamanında yapmak.*
- b) Dosyaları ve evrakı zamanında kaydetmek.*
- c) Doğru ve güvenilir adli istatistikler elde edilebilmesi amacıyla, verileri sisteme doğru, eksiksiz ve zamanında girmek,*
- ç) Yargılaması devam eden dosyaları eksiksiz ve düzenli bir şekilde muhafaza etmek.*
- d) Başkan, daire başkanı, üye, Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet başsavcivekili ve Cumhuriyet savcısının uygun göreceği evrakın havalesini yapmak.*
- e) Müzekkereleri yazarak, takip ve tekid işlemlerini yapmak.*
- f) Duruşma ve keşif işlemlerinde hazır bulunarak tutanağı yazmak ve imzalamak.*
- g) Cumhuriyet başsavcılığı işlemleri ile daire ara kararlarının gereğini yapmak.*
- ğ) Karar ve tutanakları başkan, daire başkanı, üye, Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet başsavcivekili ve Cumhuriyet savcısının bildirdiği şekilde dikkat ve itina ile yazarak imzalamak.*
- h) Fizikî olarak bilirkişilere teslimi gereken dosyalarla ilgili işlemleri yapmak.*
- ı) Her türlü tebligat evrakını hazırlamak.*
- i) Dizi pusulası düzenlemek.*
- j) Dosya incelenmesine nezaret etmek ve dosya inceleme tutanağını düzenlemek.*
- k) İş biten dosyaları arşive kaldırtmak.*
- l) Mevzuattan kaynaklanan veya başkan, daire başkanı, üye, Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet başsavcivekili, Cumhuriyet savcısı ya da müdürün vereceği diğer görevleri yerine getirmek.” le görevlidir.*

Aynı yönetmeliğin 98. maddesine göre *“Tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi, ifade ve sorgu işlemleri ile duruşmada yapılan işlemler aynı anda sesli veya görüntülü iletişim*

tekniğinin kullanılması suretiyle kayda alınabilir. Bu kayıtlar vakit geçirilmeksizin belgeye dönüştürülerek daire başkanı ve kaydı düzenleyen zabıt kâtibi tarafından imzalanır. Daire başkanının mazereti bulunursa kayıt en kıdemli üye tarafından imzalanır.”

Yönetmeliğin 100. maddesine göre; *sanık, mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören, katılan ve davanın tarafları, avukat veya stajyerleri vekâletname olmaksızın, dava dosyasını yazı işleri müdürü ya da görevlendireceği bir zabıt kâtibi nezaretinde inceleyebilirler. Zabıt kâtibinin yürüttüğü bu görevler sebebi ile aynı hâkim gibi tarafsız olarak görevini yerine getirmesi beklenmektedir*¹²⁵⁴.

Zabıt kâtiplerinin ceza muhakemesinde yer alan görevleri de bulunmaktadır. CMK m. 188/1’de duruşmada hazır bulunacaklar arasında yer alan zabıt kâtibi, 219. maddede duruşma tutanağını imzalayanlardandır ve 220.maddede duruşma tutanağında gösterilen kişilerden biridir. Görüldüğü üzere usulü işlemlerin yapılması sırasında hazır bulunan zabıt kâtiplerinin bu işlemler sırasında yaptıkları işlem ve hareketler davayı etkileyecek niteliktedir¹²⁵⁵.

Zabıt kâtibinin reddi ve çekinmesi sebepleri kanunda açıkça gösterilmemiş, hâkimin çekinmesi ve reddine ilişkin kuralların zabıt kâtibine de uygulanacağı düzenlenmiştir. Şu halde zabıt kâtibinin yasaklılığını gerektiren hallerin varlığında ya da tarafsızlığından şüphe edilmesi halinde reddi veya kendisinin çekinmesi mümkündür.

Yargıtay CMK 22/1-h maddesi ile reddi talep edilen zabıt kâtibine ilişkin verdiği kararda, keşif sırasında fotoğraf çeken zabıt kâtibinin fiilinin bilirkişilik olmadığı, bu sebeple davadan yasaklanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir¹²⁵⁶. Kanunun aradığı

¹²⁵⁴ **Taner**, s. 43.

¹²⁵⁵ **Gözübüyük**, s. 308.

¹²⁵⁶ Yargıtay 4 CD 29.02.2016 T. 2015/26670 E, 2016/3665 K. sayılı kararında aynen *Diğer bir deyişle katip ...'ın hâkimin talimatıyla olay yeri olan yola ait fotoğrafları çekerek dosyaya ibraz etmesi, klasik anlamda bir bilirkişilik faaliyeti olarak değerlendirilmemiştir. Kaldı ki, tarafların yargılama safhasında veya sonrasında, katip ...'ın düzenlediği keşif zaptına veya dosyaya ibraz edilen fotoğraflara herhangi bir itirazı da olmamıştır. Bu itibarla, 02.03.2015 tarihinde yapılan keşifte zabıt kâtibi olarak görev yapan ...'ın, CMK'nın 63, 64 ve 66. maddelerinde açıklandığı şekilde bilirkişi olarak atanmamış olması, yalnızca olay yerine ait fotoğrafları çekerek dosyaya ibraz etmesinin, klasik anlamda bir bilirkişilik faaliyeti*

anlamda bir “*Bilirkişilik*” faaliyetinden bahsedebilmek için CMK m. 63, 64 ve 66’de yer alan düzenlemelere uygun bir biçimde “*bilirkişi*” olarak atama yapılması ve yemin verdirilmesi gerekmektedir. Yine reddi talep edilen kişinin yaptığı işlemlerin özel veya teknik bir bilgi gerektirmesi aranmaktadır. Kâtibin görevi sebebi ile yaptığı işlemler bu kapsamda değerlendirilemez. Yargıtay dosyada tanıklık yapan zabıt kâtibinin aynı davanın farklı duruşmalarında tutanak yazmanı olarak davaya katılmasını bozma sebebi olarak kabul etmiştir¹²⁵⁷.

Zabıt kâtibinin reddi veya çekinmesi halinde karar verecek merci kanunda görev yaptığı mahkemenin hâkimi ya da mahkeme başkanı olarak gösterilmiştir. *Kolcu*, zabıt kâtibi ile mahkemenin hâkimi ya da başkanı ile hısımlık ilişkisi olmasının CMK m. 22’ye göre reddi veya çekinmesi sebebi olarak görmemektedir¹²⁵⁸. Gerçekten CMK m. 22’de yer alan hısımlık ilişkileri şüpheli, sanık, mağdur ile olan ilişkiler olması sebebi ile bu görüşe biz de katılmaktayız. Ancak burada red talebini inceleme merci olan hâkimin, zabıt kâtibinin reddi davasında tarafsızlığını sağlayıp sağlayamayacağı sorusu akla gelmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde, kanun koyucunun şüpheli, sanık ve mağdur ile hısımlık ilişkisini aramasından dolayı CMK m. 22’den değil, m. 24’de yer alan hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesi sebebi ile hâkimin reddinin talep edilmesinin mümkün olacağı kanaatindeyiz. Böyle bir durumda CMK m. 32/3’e göre zabıt kâtibi ile hâkimin aynı anda reddedilmeleri halinde, inceleme yapacak merci hâkimi red talebini inceleyecek olan mercidir¹²⁵⁹. Mercii her iki red talebini birlikte değerlendirecektir.

olarak görülmemesi ve tarafların herhangi bir itiraz ileri sürmediği olay yerine ilişkin fotoğrafların, hükmü doğrudan etkileyen bir özelliğinin bulunmaması dikkate alınarak, kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmiştir.” www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T.29.11.2018).

¹²⁵⁷ Yargıtay 5 CD 26.12.1984 T. 5336 E. – 5843K, Yargıtay 4CD 04.12.1980 T. 6915E, 6917 K aktaran **Gözübüyük**, s. 309.

¹²⁵⁸ **Kolcu**, s. 411.

¹²⁵⁹ **Gözübüyük**, s. 308; **Ömeroğlu**, s. 86.

3.3.2. Cumhuriyet Savcısının Reddi ve Çekinmesi

Modern savcılığın temelleri 1789 Fransız ihtilalinden sonra atılmış ve devlet adına soruşturma yapma görevi savcılara verilmiştir¹²⁶⁰. Bu tarihten önce davanın tarafları kovuşturmada yer almaktadır. Bizde de diğer Avrupa örnekleri gibi Fransa'dan alınmış bir savcılık kurumu bulunmaktadır¹²⁶¹. AÜHF nezdinde oluşturulmuş komisyona göre savcılık önce suçluları itham eden resmi bir organ olarak ortaya çıkmış, ardından kamu düzenini koruma görevini üstlenmiş ve en son olarak da adalet makamları nezdinde yürütmenin temsilcisi görevini üstlenmiştir¹²⁶². Yürütmenin görevi olaya adaletin el koyması ile sona erecektir¹²⁶³.

Savcı, suç şüphesinin ortaya çıkması ile soruşturma yaparak suçluyu ortaya çıkararak, bu kişinin suç işlediğini iddia ederek cezalandırılması isteği ile mahkemelerde dava açan, açtığı ceza davasının yargılaması süresince iddia makamında bulunarak talepte bulunan, yargılama makamı tarafından verilen karara karşı şartları bulunduğu kanun yollarına başvuran, şartların varlığı halinde hukuk davası açan, kanunda gösterilen idari görevlerini yerine getiren, cezaların infazını sağlayan, kanunda gösterilen noterler, mahkeme veznelerini ve icra müdürlüklerini denetleyen yargılama hukukunun bir süjesidir¹²⁶⁴. Savcılık makamı, suçların önlenmesi, cezalandırılması ve vatandaşların korunması yönünden doğrudan yasadan yetki almaktadır¹²⁶⁵.

¹²⁶⁰ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 141.

¹²⁶¹ 1876 Kanuni Esasi m. 91'de "*Umuru cezaiyede hukuku âmmeyi vikayeye memur müddei umumiler bulunacak ve bunların vezaif ve derecatı kanun ile tâyin kılınacaktır.*" düzenlemesi ile savcılığın temellerinin atıldığı görülmektedir. <https://anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/> (E.T. 24.01.2021) 1879 tarihli kanun ile savcılar mahkemelerde yer almaya başladılar. **Keyman**, Savcılık, s. 63.

¹²⁶² **Erem**, Savcılık Teminatı Meselesi, s. 16.

¹²⁶³ **Erem**, Savcılık Teminatı Meselesi, s. 17.

¹²⁶⁴ **Kolcu**, s. 412.

¹²⁶⁵ AİHM Kayasu v. Türkiye Kararı, prg. 91.

3.3.2.1. Savcının Kuvvetler Arasındaki Yeri

Savcının kuvvetlerden hangisi içerisinde yer aldığı konusu tartışmalıdır. Doktrinde savcının yürütme kuvvetinin bir parçası olduğunu kabul eden görüşler bulunmaktadır¹²⁶⁶. CMUK m. 148’de yer alan Adalet Bakanı tarafından savcıya dava açma talimatı verme yetkisinin CMK’da düzenlenmemiş olması doktrinde savcının yürütme erki içinde doktrin olmadığını söylemek için yeterli bulunmamıştır¹²⁶⁷. *Yenisey/Nuhoğlu* savcının bağımsız olmadığını, bağımsız olmasının da istenmemesi gerektiğini belirtmektedir¹²⁶⁸. Savcılara da hâkimlere tanınan teminatlar tanınmıştır. *Şık* kendisine özgü bir yapısı olan savcılığı yargı ve yürütme kuvvetleri arasında bir köprü görevini gören yürütmenin içerisinde yer alan bir idari kurum olarak tanımlamaktadır¹²⁶⁹. Ona göre savcılığın yargı kuvveti içerisinde kabul edilmesi, ceza muhakemesinde yargılama ve savunma süreçlerinin kalması demektir ki bu da tahkik sistemine dönmeye sebep olacaktır¹²⁷⁰.

Anayasa mahkemesi savcının Anayasa’da yargı kısmında düzenlenmiş olması, TCK m. 6’da yargı görevi yapanlar arasında yer alması gerekçe gösterilerek yasama kuvvetinin içerisinde olduğu belirtmektedir¹²⁷¹. Doktrinde de ceza muhakemesinde yapılan yeni düzenlemelerle savcılığın görevinin yürütme erkinin içinde değil, yargı erkine ilişkin olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır¹²⁷². Savcının yaptığı görev itibari ile yargı

¹²⁶⁶ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 423; **Sever**, s. 122; **Karakehya/Arabacı**, s. 2068.

¹²⁶⁷ **Karakehya/Arabacı**, s. 2068.

¹²⁶⁸ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 239.

¹²⁶⁹ **Şık, Hüseyin**, Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 77.

¹²⁷⁰ Bkz. Hukukun Üstünlüğü İlkesi ile Yönetilen Demokratik Toplumlarda Savcılığın Rolüne Dair Tavsiye Kararı (1604)’na göre yürütmenin idari bir birimi olan savcılığın yargıdan ayrı olması gerekmektedir. Aktaran **Şık**, s. 78.

¹²⁷¹ AYM 18.12.1967 T. 1966/31 E, 1967/45 K sayılı kararında 1961 Anayasasında savcılarının yargı kısmında düzenlenmiş olması ve görevleri gereği kendilerine teminatlar sağlanmasının zorunlu olduğu gerekçesi ile savcılık makamının görevinin idari nitelikte olmadığından yürütme kuvvetinin kapsamında olamayacağını belirtmiştir. RG 18.04.1968/12878; Aynı şekilde Yargıtay 16 CD 29.11.2017 T. 2016/7553 E, 2017/5508 K sayılı kararında “...*Bu nedenle de yürütülen bir ceza soruşturmasında Cumhuriyet savcısı, soruşturmayı yargı erki olarak kamu adına yürütmektedir*” gerekçesi ile savcının yargı kuvveti içerisinde yer aldığını kabul etmiştir. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 16.01.2021)

¹²⁷² **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd**, s. 230.

kuvveti içerisinde tamamlayıcı bir niteliği olduğu inkâr edilemez bir gerçektir. Savcının yaptığı iş kanaatimizce hem yargının hem de yürütmenin kapsamındadır¹²⁷³. Doktrinde savcılığın yaptığı görevin halen yürütme erkinin görevi olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır¹²⁷⁴. Bu görüşü savunanların dayanağı ise AY ile savcılara bağımsızlık tanınmamış olması ve en azından Cumhuriyet başsavcısının emir ve talimatı altında görev yaptıkları gösterilmektedir¹²⁷⁵.

3.3.2.2. Savcının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Kaynak alman ceza muhakemesinde savcının yaptığı görev göz önüne alınarak reddi düzenlenmemiştir¹²⁷⁶. Cumhuriyet savcısının reddi ve çekinmesi denildiğinde akla öncelikle gelen bağımsız ve tarafsız olup olmadıkları sorudur. Hukuk devletinde savcılık makamının bağımsız ve tarafsız olması yanında öyle de görünmesi gerekmektedir¹²⁷⁷.

¹²⁷³ Bu durum hiçbir şekilde Cumhuriyet savcısının idarenin veya yürütmenin altında çalıştığı anlamına gelmemektedir. Zira Cumhuriyet savcısı idarenin egemenliğini değil, devletin hukuk iradesini temsil etmektedir. Bkz. **Apaydın**, s. 56. Avrupa’da da savcılık örgütlerinin çoğunlukla parlamentoya karşı sorumlu olan Adalet Bakanlığına bağlı olduğu görülmektedir. Bakanlık savcılığın yürüteceği siyaseti çıkardığı yönergelerle belirlemektedir. Hatta Fransa’da Bakan’ın belirli konularda savcıya doğrudan talimat vermesine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Bkz. **Jehle**, s. 76.

¹²⁷⁴ **Karakehya/Arabacı**, s. 2068.

¹²⁷⁵ CMUK m. 148’de düzenlenen “*Adalet Bakanının kamu davası açılması için Cumhuriyet Savcılarına emir verme yetkisi*” Avrupa Birliğine uyum yasaları çerçevesinde 14.07.2004 tarihli ve 5219 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Bu yetkinin kaldırılmış olması olumlu bir gelişme olmakla birlikte, Cumhuriyet savcılarının yürütme erkine bağlı çalıştığı gerçeğini kanaatimizce tam olarak ortadan kaldırmaya yetmemektedir. Ancak **İçel**, bu değişikliği savcının işlevsel yönden tarafsız ve bağımsız olduğunun bir dayanağı olarak kabul etmektedir. **İçel**, s. 31.

¹²⁷⁶ **Schroeder/ Verrel**, s. 132.

¹²⁷⁷ Avrupa’da birçok ülkede savcılık örgütlerinin çoğunlukla parlamentoya karşı sorumlu olan Adalet Bakanlığına bağlı olduğu görülmektedir. Bakanlık savcılığın yürüteceği siyaseti çıkardığı yönergelerle belirlemektedir. Hatta Fransa’da Adalet Bakan’ın belirli konularda savcıya doğrudan talimat vermesine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Bkz. **Jehle**, s. 76; Macaristan örneği incelendiğinde savcılarının tamamen bağımsız oldukları ve Adalet Bakanı’nın talimat verme yetkisinin bulunmadığı görülmektedir. **Miskolci, Laszlo**, “*Macaristan’da Savcılık*” Tebliğ, Çev. Güçlü Akyürek, TBB Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara, 2006, s. 91.

AY'da savcının bağımsızlığına yer verilmemiş ancak hâkim ile aynı teminatlara sahip olması sağlanmıştır¹²⁷⁸. Bu teminatların yanı sıra savcılara bağımlılık algısında ön plana çıkan birtakım ayrıcalıklar da tanınmıştır. Bunlar savcılarının toplum içerisinde amir olarak nitelendirilmesini de sağlayan koruma, sekreteryaya, makam odası ve makam arabasıdır¹²⁷⁹. *Kunter*, savcılarının bağımsız olmaları halinde yürütme kuvvetinin hâkimleri etkileme çabası içerisinde gireceğini belirterek savcılığın bağımsız olmaması gerektiği kanaatindedir¹²⁸⁰. Ona göre savcılık ve hâkimliğin tamamen birbirlerinden ayrılması, hâkimlerle eşit olmamaları ve avukatlarla aynı statüde olmaları gerekmektedir. *Tosun*, savcının bağımsız olup olmadığının tespiti için emir alıp almadığına bakılması gerektiğini belirtmektedir¹²⁸¹. Gerçekten savcının emir alması hâkim gibi Anayasa ile yasaklanmamıştır. Kaldı ki savcının teminatları olması onun bağımsız olduğunun da göstergesi değildir.

Sever'e göre savcılık makamı devletin taraf olarak, kamu adına suçtan zarar gören olarak kurduğu bir makamdır¹²⁸². Bu görüşe sanık lehine delilleri toplamakla da görevli olması sebebi ile sadece suçtan zarar görene özgülenmesinin doğru olmayacağı sebebi ile katılmıyoruz. *Kunter* savcının her zaman bir taraf olarak kalması hatta kürsüden de inmesi gerektiğini belirtmiştir¹²⁸³.

¹²⁷⁸ Doktrinde AY'da savcının bağımsızlığının düzenlenmemiş olması bağımlı oldukları anlamına gelmeyeceği, kaldı ki savcılarının bağımsız olmamalarının AY'da düzenlenen teminatlardan yararlanamayacakları anlamına gelmediği belirtilmektedir. Bkz. **Şahin/ Gökçürk**, s. 100; **Kolcu**, s. 413.

¹²⁷⁹ **Altıntaş, Ali**, Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Adliye Yönetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s. 398.

¹²⁸⁰ **Kunter**, Yargı Kuvveti, s. 66.

¹²⁸¹ **Tosun**, 484.

¹²⁸² **Sever**, s. 129.

¹²⁸³ **Kunter**, Yargı Kuvveti, s. 75; AİHM 31.05.2012 T. Başvuru No: 38560/04 Diriöz/Türkiye başvurusunda; duruşma salonunda başvuran ve avukatının Cumhuriyet savcısının fiziki olarak oturduğu yerden aşağıda bulunduğu halde Cumhuriyet Savcısının yüksekte bulunmasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu, başvuran avukatın duruşma salonuna girerken kamunun yararlandığı girişi kullanmasına rağmen, Cumhuriyet Savcısının hâkimlerle birlikte aynı anda, başka bir kapıdan girdiklerini beyan ederek silahların eşitliğe aykırı bu durum sebebi ile sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiş, mahkeme ihlal olmadığına karar vermiştir. www.hudoc.echr.coe.int (E.T. 17.01.2021)

Savcılık makamının taraf olması ile savcının şahsen taraf olması kavramı farklıdır. Bu nedenle savcı makam olarak davanın tarafı iken, kişisel anlamda davanın tarafı değildir. Savcının taraf olmadığına dayanan görüş de buradan hareket etmektedir. Savcı ile sanık hakkında kişisel bir ilişki bulunmamaktadır. Sanık haklarının koruyucusu olan savcının taraf olması kabul edilemez¹²⁸⁴.

Savcıların tarafsız olup olmadıkları aynı olayda eşit davranıp davranmadıkları ile ölçülebilmektedir. Savcılar sadece bağlı buldukları başsavcıya karşı idari olarak sorumludurlar¹²⁸⁵. Savcıların özerk bir statüleri bulunduğu, CMK m. 309’da düzenlenen kanun yararına bozmada olduğu gibi, istinaf veya temyiz incelemesi olmaksızın kesinleşen ya da hükümde hukuka aykırılık olduğunu öğrenen yürütme organının taleplerine göre hareket etmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir¹²⁸⁶.

Savcı, suçluyu ortaya çıkarma, delilleri toplama ve cezalandırılmasını sağlayacak güçte iddiada bulunarak kamu davası açmakla görevlidir. Savcıların bu görevlerini yerine getirirken ulusal ve uluslararası mevzuata uygun olarak hareket ederek, adil, tarafsız ve tutarlı bir şekilde davranmaları kendilerinden beklenmektedir¹²⁸⁷.

Gerçekten Avrupa Savcıları Konferansı’nda Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa İlkeleri “Budapeşte İlkeleri” 31.05.2005 tarihinde kabul edilmiştir¹²⁸⁸.

¹²⁸⁴ **İçel, Kayıhan**, “Savcılar için Etik Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri” Işığında “Savcıyı Ret Sorunu””, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 7, S. 14, Güz 2008, s. 30.

¹²⁸⁵ Adalet Bakanı’nın, Cumhuriyet Savcılarına Kamu Davası Açmalarına Dair, Talimat Verme Yetkisinin Bulunmadığı Hakkında Açıklama, www.adalet.gov.tr (E.T. 29.10.2019); **Şahin/ Göktürk**, s. 101.

¹²⁸⁶ **Şahin/ Göktürk**, s. 100.

¹²⁸⁷ **Centel, Nur**, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelemesi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular”, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları serisi-1, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 95. Alman ceza muhakemesinde de başsavcının bir savcıyı soruşturmadan alabilmesi mümkündür.(GVG,145/1) **Schroeder/ Verrel**, s. 132. Bkz. Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa İlkeleri "Budapeşte İlkeleri", https://www.hsk.gov.tr (E.T. 31.10.2019).

¹²⁸⁸ Bkz. Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa İlkeleri "Budapeşte İlkeleri", www.hsk.gov.tr (E.T. 31.10.2019); www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf (E.T. 28.12.2020);

Ülkemizde de kabul edilen bu ilkelere göre, savcılarının temel görevleri arasında her zaman ve her koşulda adil, tarafsız, tutarlı ve hızlı şekilde görevlerini yerine getirmeleri gerektiği açıkça belirtilmiştir. Yine görevlerini yerine getirirken kimseye iltimas sağlamamaları, ön yargılı hareket etmemeleri, kişilerin veya belli bir kesimin çıkarlarının etkisinde kalmamaları gerektiği de kabul edilmektedir. Kanun önünde eşitlik ilkesine saygılı ve ayrımcılık yapmadan bağımsız bir biçimde görevlerini yerine getirmelidirler. Bu düzenlemelerle doğrudan veya dolaylı olarak savcının tarafsızlığı kabul edilmektedir¹²⁸⁹. Aynı düzenlemede savcılarının özel hayatlarına ilişkin de ilkeler kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre; savcılar, özel yaşamlarındaki hareketleri sebebi ile görevlerinin dürüstlüğünü, adillliğini, tarafsızlığını zedeleyecek davranışlardan kaçınmalı ve aksine algıların oluşmasına izin vermemelidirler¹²⁹⁰. Özel hayatlarında hukuk kurallarına saygılı ve uyan bir biçimde davranması ve mesleklerine toplumda duyulan güveni koruyarak, bu güveni artıracak bir biçimde hareket etmelidirler¹²⁹¹.

Bu ilkeler HSYK 10.10.2006 tarih ve 424 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Yine YCGK, *“Sanık görevinin gerektirdiği davranış biçimlerini terk etmiş, görevi adalete hizmet etmek olan bir kamu görevlisinin olmazsa olmaz ilkeleri arasında sayılan bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, eşitlik ve dürüstlük gibi evrensel etik kuralları hiçe sayarak savcılık görevinin gereklerine aykırı davranmıştır. Nitekim sanığın bu davranışı Hâkimler ve Savcılar Yasası'nda da hâkimlik ve savcılık görevinin gereklerine aykırı görülerek disiplin cezasına bağlanmıştır. Tüm bu nedenlerle, sanık Semih'in anılan eyleminin Cumhuriyet Savcısının yerine getirdiği kamu görevi ile bağdaşmadığı rahatlıkla ifade edilebilir.”* gerekçesinde Budapeşte İlkelerine yer vermiştir¹²⁹².

¹²⁸⁹ İçel, s. 28.

¹²⁹⁰ Kılıç, s. 16.

¹²⁹¹ Kılıç, s. 16.

¹²⁹² YCGK 20.11.2007 T. 2007/5-83 E, 2007/244 K. sayılı kararı, www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 28.12.2020)

Şu hâlde savcı objektif ve tarafsız davranmak zorunda olan bir yargılama makamıdır¹²⁹³. Gerek uluslararası mevzuat gerekse CMK’da yer alan düzenlemelere göre savcılarının görevlerini yapmalarında tarafsız davranma yükümlülükleri olmasına rağmen, kanunda savcının reddi düzenlenmemiştir.

Mumcuoğlu savcıya tanınması gereken teminatlara ilişkin değerlendirmede bulunurken, savcının tarafsızlığının önemine dikkat çekmiş ve savcının güvencelerinin sağlanmaması halinde dava açmaktan kaçınabileceği veya tam tersini yapması gibi olasılıkların ortaya çıkacağını belirtmiştir¹²⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi Emin Aydın başvurusunda başvurusunun yazmış olduğu bir gazete makalesinin mağduru olduğunu iddia eden Cumhuriyet savcısının, başvuru hakkında iddianame düzenlemesinin adil yargılama hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir¹²⁹⁵. Aynı kararda HSYK tarafından konuya ilişkin yapılan incelemede CMK’da “*Cumhuriyet Savcısının Yasaklılığı ve Reddinin*” düzenlenmediği, bu sebeple cumhuriyet savcısının kendisinin mağdur ya da müşteki olduğu soruşturmayı yürütmesinin ve sona erdirmesinin hukuken mümkün olduğu belirtilmiştir. AİHM Priebke/İtalya gibi emsal kararlarında tarafsızlığın sadece mahkemeler yönünden geçerli olduğunu, savcılık makamı içinse böyle bir yükümlülük olmadığını kabul etmektedir¹²⁹⁶.

3.3.2.3. Savcının Reddi ve Çekinmesi

Ceza muhakememizde Cumhuriyet savcısının şahsı sebebi ile taraf olmasından söz edilemeyeceğinden, zorunlu olmadıkça savcı ile ilgili düzenlemelerde “taraf” teriminin

¹²⁹³ **Yiğit, Uğur**, “*Anayasal İlkeler ve Etik Kuralları Çerçevesinde Savcının Soruşturma ve Davadan Reddi ile Çekinmesi*”, TBBD, S. 85, 2009, s.306.

¹²⁹⁴ **Mumcuoğlu**, s. 290.

¹²⁹⁵ AYM 25.06.2015 T. Başvuru No: 2013/3178, RG 19.09.2015/29480

¹²⁹⁶ AİHM 05.04.2001 T Başvuru No: 48799/99, www.hudoc.echr.coe.int (E.T. 15.03.2020)

kullanılmasından kaçınıldığı ancak makam olarak savcılığın bir taraf olduğu belirtilmektedir¹²⁹⁷.

Centel'e göre savcının tarafsızlığı ile kastedilen; sanığa ve mağdura karşı objektif davranması, taraflardan birini kayırmaması ve delillerin toplanması ile soruşturmanın etkin bir biçimde yürütülmesinde maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacı ile hareket etmektir¹²⁹⁸. Ancak duruşmalarda savcılık makamının temsilinde başsavcı tarafından farklı savcıların görevlendirmesi mümkündür.

Kamu davasını açan ve kovuşturma sırasında iddia makamı sıfatıyla cezalandırma talep eden bir makamın tarafsız olup olamayacağı konusu tartışmalıdır¹²⁹⁹. Doktrinde CMK m. 160/2 dayanak gösterilerek, savcının şüpheli veya sanığın haklarının koruyucusu olduğu gerekçesi ile savcının yargılamasında tarafsız olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır¹³⁰⁰. Ancak aksi görüşte, her ne kadar CMK m. 160'a göre savcılık "*şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü*" olsa da, suçlunun cezalandırılmasını sağlayarak, toplumda düzeni sağlamak amacı ile görevini yerine getiren bir makamın bu görev sırasında tarafsızlığını kaybetmesinin kaçınılmaz olduğu belirtilmektedir¹³⁰¹. Aynı madde şüphelinin bir güvencesi olarak da yorumlanmaktadır¹³⁰². *İçel*, CMK m. 174'de yer alan iddianamenin iadesi düzenlemesi ile CMK 170/5'de "iddianamenin sonuç kısmında şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da

¹²⁹⁷ **Şahin/ Göktürk**, s. 101.

¹²⁹⁸ **Centel**, Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi, s. 95.

¹²⁹⁹ Hâkim açılmış bir davaya ilişkin karar veren kişidir, ancak kendisinin bu kararı verebilmesi için öncelikle önüne bir davanın gelmesi gerekmektedir ki bu da Cumhuriyet Savcısının görevidir. Savcının bağımsız olmaması halinde davaların açılması, soruşturma aşamasının etkin bir biçimde yürütülmesine ilişkin kuşkular doğacak ve siyasi etkiler altında kaldığı iddia edilmesi mümkün olabilecektir. **Kuru**, s. 75; Alman ceza muhakemesinde sadece soruşturma aşamasında tanıklık yapan savcının reddini kabul ettiği görülmektedir. (BGH NStZ 1990,24) **Schroeder/ Verrel**, s. 133.

¹³⁰⁰ **Öztürk/ Tezcan/ Erdem vd**, s.230; **Şahin/ Göktürk**, s. 100-101.

¹³⁰¹ **Centel, Nur**, "Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006 s. 195.

¹³⁰² **Apaydın, Cengiz**, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki", Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları serisi-1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 57.

ileri sürülür” savcının CMK m. 160’a uygun davranıp davranmadığının da denetlendiğini belirtmektedir¹³⁰³.

Gözübüyük, muhakemenin süjesi olan ve önemli yetkilerle donatılmış savcının hâkimin yasaklanması gerektiren halleri taşıması halinde reddedilebileceğini, böyle bir durumda savcının bizzat kendisinin de çekinebileceğini belirtmiştir¹³⁰⁴.

Kanbur, Cumhuriyet savcısının tarafsız davranma yükümlülüğü bulunmasının, savcının ceza muhakemesinin tarafı olmasında hiçbir önemi bulunmadığını belirtmektedir¹³⁰⁵. Ona göre, savcı tarafı olmak anlamında bir taraf değil, ceza muhakemesinin süjesi anlamında bir taraftır ve ister adli görev yaptığı kabul edilsin ister idari görev yaptığı kabul edilsin, her zaman tarafsız davranma yükümlülüğü altında görev yapmak zorundadır. *Soyaslan*, savcının iddia makamı olarak davaya konu olaya bakması sonucu şartlanmasının mümkün olduğunu bu nedenle de konuya ilişkin olarak tarafsızlığını koruyamayacağını belirtmektedir¹³⁰⁶. *Kantar* savcılarının tarafsızlığına ilişkin olarak ellerinde bulundurdukları hak ve yetkilerin göz önüne alındığında taraflardan her zaman daha geniş ve kapsamlı hakları bulunan savcılarının tarafsız davranmalarının şart olduğu, ancak böyle bir tarafsızlığı sağlayamamaları halinde yapılacak talep üzerine savcının o davadan alınmasının adalet duygusunu pekiştireceğini belirtmektedir¹³⁰⁷.

Keyman ’a göre savcıyı tarafsız kılma çabalarını aslında şüpheliye sağlanan bir güvence olarak kabul etmek doğru değildir. Hâkim ve savcıyı eşit duruma getirmek aslında

¹³⁰³ **İçel**, s. 31.

¹³⁰⁴ **Gözübüyük**, s. 238-239.

¹³⁰⁵ **Kanbur**, s. 90; Aynı yönde Bkz. **Tosun**, s. 580.

¹³⁰⁶ *Soyaslan* ’a göre savcı ceza muhakemesinde karar veren olmadığından reddi de mümkün değildir. **Soyaslan**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 244; Ancak kanunda zabıt kâtibinin de karar veren olmamasına rağmen reddinin düzenlenmiş olması gözönüne alındığında bu gerekçe ile savcının reddinin mümkün olmadığını değerlendirmenin doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

¹³⁰⁷ **Kantar**, s. 52-53.

hâkimin hem suçlayan hem de ceza veren olduğu tahkik sistemini de beraberinde getirecektir¹³⁰⁸.

Kunter savcının görevinin yargılama fonksiyonu içermediği bu nedenle taraf makamını işgal eden bir kişinin reddinin kanunda düzenlenmediğini belirtmektedir¹³⁰⁹. Ancak savcının görevini layıkıyla yapmadığı durumlarda savcının reddi ya da yasaklanması uygun olacaktır. Aynı nedenle *Centel/Zafer* de savcının reddi ve çekinmesine ilişkin de düzenlemelerin yapılması gerektiği kanaatindedir¹³¹⁰. Aynı şekilde *Erem* de bir soruşturmada çekilmeyi savcının vicdanına bırakmanın doğru olmadığı belirtmektedir¹³¹¹. *Erem*, savcılarının da reddinin sağlanmasına yönelik düzenlemeler yapılması gerektiği kanaatindedir¹³¹².

Görüldüğü üzere savcının tarafsızlığına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmakta ve hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu ve hâkimin reddine ilişkin düzenlemelerin savcılar yönünde uygulanıp uygulanmayacağı hususu netleştirilememiştir¹³¹³. Hâkimin tarafsızlığına ilişkin güvencelerin kıyasen savcılara da uygulanması yönünde görüşler bulunmaktadır¹³¹⁴. Bir başka görüşe göre savcının

¹³⁰⁸ **Keyman**, s. 200 vd.

¹³⁰⁹ **Kunter**, Ceza Muhakemesi, s. 289,290; aynı yönde **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 136.

¹³¹⁰ **Centel/ Zafer**, s. 146.

¹³¹¹ *Erem* aynı zamanda savcının tarafsızlığına ilişkin tartışmaların yersiz olduğunu, savcılığın adli görev yerine getiren bir organ olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. **Erem**, Ceza Usul Hukuku, s. 104.

¹³¹² YCGK'nın 26.06.1944 T. ve 177/176 sayılı kararında "Mağdur durumda bulunan müddeiumuminin amme namına dava açabileceği gibi duruşmada da hazır bulunabilir" gerekçesi ile alınan karar göz önüne alındığında bu düzenlemenin yapılmasının zaruri olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Erem**, CMK Şerhi, s. 48.

¹³¹³ *Kantar*, o tarihte alman ceza muhakemesinde bu kurumun hâkimler yönünden uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde bir görüş birliği olduğunu belirtmektedir. Löwe, Hahn, Gerald gibi hukukçuların hâkimlere ilişkin olarak yapılan bu düzenlemelerin savcılara uygulanamayacağı, ancak kendilerinin taraf oldukları olaylarda savcılarının bizzat kendilerinin çekinmeleri gerektiği belirtilmiştir. *Kantar* aleyhine suç işlenen savcının davaya katılmasa dahi o davada tarafsız davranamayacağından görev almaması gerektiğini, ancak kendisine işlenen suçtan dolayı kamu davası açması halinde bu durumun hükmün batıl olmasına sebep olmayacağını belirtmiştir. Bkz. **Kantar**, s. 54,55.

¹³¹⁴ Cumhuriyet savcısının Adalet Bakanı'na bağlı olmaması, Bakanın dava açılması yönünde talimat veremeyecek olması, kanunilik ilkesinin varlığı savcıya yürütme karşısında tanınmış teminatlar olarak gösterilmektedir. Bkz. **Zafer**, s. 24. Belirtmek gerekir ki savcılar, hâkimin bağımsızlığına ilişkin

tarafsızlığının güvencelerine ilişkin olarak kıyas yolu ile düzenleme yapmanın doğru olmayacağı savcılar yönünden ayrı düzenlemeler yapılması gerekmektedir¹³¹⁵. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Gerçekten tarafsız bir savcı tarafından etkin bir soruşturma yapılarak soruşturma sürecine başlamanın ve devamında yargılama aşamasında iddia makamının da tarafsız bir biçimde görevini yerine getirmesi maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından çok önemlidir. Kaldı ki savcının tarafsızlığına ilişkin tartışmaların asıl amacın sanığın daha teminatlı hale gelmesinin sağlanmasıdır¹³¹⁶. Bu gerçek karşısında savcılar yönünden hâkim, zabıt kâtipleri ve bilirkişilere ilişkin düzenlemelerden tamamen farklı, savcılığın kendine özgü konumuna uygun olarak reddi ve çekinmesinin düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İçel, CMK'da savcılarının tarafsız bir biçimde görev yapmalarının kabul edilmesine rağmen, soruşturma aşamasının patronu olarak nitelendirilen savcılarının tarafsızlığı sağlamak için reddi ve çekinmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamasını eleştirmektedir¹³¹⁷. Gerçekten kendisinden tarafsız görev yapması beklenen kamu görevlisinin işlemlerine karşı teminatların düzenlenmemesi, savcının görevini yapmasına ilişkin işlemlerde şüphe yaratmaktadır. Tarafsızlığından şüphe duyularak yapılan bir soruşturma evresinde toplanan veya toplanmayan delillerle açılan bir davada, hâkimin tarafsızlığına ilişkin teminatlar olsa bile, adil bir yargılama yapıldığından kesin bir biçimde bahsetmek mümkün olmayacaktır¹³¹⁸.

Savcılarının tarafsızlığına ilişkin olarak Yargıtay verdiği kararında, mağdur olan savcının dava açarak duruşmada hazır bulunabileceğini ancak mağdur sıfatıyla dinlenirken iddia

güvencelerin çoğuna sahiptir. Azledilemezlik, ekonomik ve yer teminatı, emekliye ayrılamaya zorlanamama gibi teminatlar onların bağımsızlığını sağlarken, bir yandan da yetersiz de olsa tarafsızlıklarını da sağlamaya yönelik değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Bkz. **Kuru**, s. 76-77.

¹³¹⁵ **Kanbur**, s. 83-90; **Ünver/ Hakeri**, s. 210; C. Savcısının reddine ilişkin bir düzenleme yapmanın mümkün olmadığını, başsavcılığa sebeplerinin ortaya konularak yapılacak bir başvuru ile savcının değiştirilmesinin talep edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Şahin/ Göktürk**, s. 101.

¹³¹⁶ **Demirkol**, s. 73.

¹³¹⁷ **İçel**, s. 33.

¹³¹⁸ **Yiğit**, s. 306, 307.

makamında bir başka savcının bulunması gerektiğini belirtmektedir¹³¹⁹. Savcının kişisel olarak kendisinin tarafsız olamayacağını hissettiği bir konuda çekinmesine ilişkin mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak böyle bir durumun veya şüphenin varlığı halinde, Başsavcılığa yapılacak bir başvuru ile çekinmenin mümkün olabileceği belirtilmektedir¹³²⁰. Başsavcı tarafından bir başka savcının görevlendirilmesi ile çözülebilecek bir durum için, hâkimler gibi savcının çekinmesi ve reddine ilişkin hukuki bir düzenlemenin yapılmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir¹³²¹. Yine savcının taraflı taleplerinin mahkeme tarafından reddedilmesi de tarafsız davranışlarını etkisiz bırakabilecektir¹³²². Aynı görüşe göre hâkimin reddinde, hâkimin sanık ve katılana karşı tarafsızlığına ilişkin düzenleme yapılmış ancak hâkimin savcı ile olan ilişkisi sebebi ile bir red hali düzenlenmemiştir¹³²³.

Kanaatimizce hâkimin yasaklılık hallerinin bulunduğu durumlarda savcının da soruşturma ya da kovuşturmada görev almaması gerekmektedir. Zira savcılık makamının amacı, taraf olan katılan, mağdur ya da sanığın amacından farklıdır. Ceza muhakemesindeki tarafların amacı ile savcının amacının aynı davada aynı sıfat ile toplanması doğru değildir¹³²⁴. Savcının kişisel olarak tarafsızlığından şüphe duyulması halinde taraflara savcıyı Başsavcı'ya şikâyet etmek yerine, reddetme imkânının tanınması ya da savcıya hiyerarşik üstü olan Başsavcıya bilgi vererek değil, kendi özelinde yaptığı değerlendirme sonucunda o davadan ya da soruşturmadan çekinme hakkı verilmesi gerekmektedir. Savcının reddi ve çekinmesinin anayasa ve etik ilkeler göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹³²⁵. Nasıl hâkimin insani duyguları ile hareket etmesi mümkünse, aynı durum savcı için de geçerlidir. Böyle bir durumda

¹³¹⁹ YCGK 1970T. E. 4-318, K. 318, Aktaran **Gözübüyük**, s. 244.

¹³²⁰ **Şahin/ Göktürk**, s. 101; 353 sayılı AsMKYUK m. 46 “*Askerî savcılar reddedilemez. Ancak, hâkimin davaya bakamayacağı hâllerden veya hâkimin ret sebeplerinden biri bulunursa davadan çekinirler.*” www.mevzuat.gov.tr (E.T. 31.10.2019).

¹³²¹ **Şahin/ Göktürk**, s.101.

¹³²² **Sonel, Hikmet**, “*Cumhuriyet Savcısı Taraflardan Mıdır?*”, Adalet Dergisi, S.1, Ankara, 1950. s. 55.

¹³²³ **Sonel**, s. 56.

¹³²⁴ **Sonel**, s. 51.

¹³²⁵ **Yiğit**, s. 312.

hâkimin çekinebilmesi hâkimin lehine iken, aynı durumda olan savcının çekinememesi savcayı risk altına sokmaktadır¹³²⁶.

Savcılar aynı hâkimlerde olduğu gibi maddi gerçeği bulabilmek için soruşturma yapar ve elde ettikleri delillerin yeterli olduğu kanaatine ulaştıklarında dava açarlar. Aslında görevlerinin temelinde de kamu davasının açılması bulunmaktadır. Yargılama süresince lehe olan delillerin de toplanmasını talep edebileceği gibi, sanığın temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına dikkat eder, şartlar oluştuğunda beraatini talep eder, nihai karara karşı kanunun belirlediği hallerde sanık lehine kanun yoluna da başvurur. Tüm bu şartlara bakarak savcının sanığın tarafını tuttuğundan bahsetmek mümkün değildir. Yine yargılamanın diğer süjeleri olan mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar görenle de her zaman birlikte hareket etmemektedir.

7188 sayılı Kanun ile CMK 250. maddesi ve Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği (CMSMY) ile düzenlenen seri muhakeme usulünde savcının etkin bir rolü bulunmaktadır. Bu muhakeme türünde Cumhuriyet savcısı kanunda sınırlı sayıda belirtilen suçlar bakımından uygulanacak cezai yaptırım hususunda takdir yetkisini kullanarak şüpheliye müdafî huzurunda teklifte bulunduğu ve şüphelinin bu teklifi kabul etmesiyle gerçekleşen bir anlaşmadır¹³²⁷. Bu usulde savcı, hâkimin yetkisi dâhilinde olan TCK m.50, 51 ve CMK m. 231 hükümlerini uygulayabildiği gibi, CMK m. 250/8'e göre ceza yaptırımına dayanak delilleri de göstermek zorunda değildir. Savcının bu yetkisini kullanırken tarafsız davranması gerekip gerekmediği konusu kanaatimizce çok önemlidir.

Sonuç olarak Cumhuriyet savcısının bağımsız ve tarafsız olması, görevi olan soruşturma aşamasını en etkili ve verimli bir biçimde yapabilmesinin bir ön şartıdır¹³²⁸. Bizim de katıldığımız görüşe göre savcılara tanınan teminatlar ne kadar kuvvetli olursa olsun, savcının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ülkenin hukuk birikimi ve kültürü ile doğru

¹³²⁶ Yiğit, s. 313.

¹³²⁷ Yılmaz, Zahit/ Apiş, Özge, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", MÜHFHAD, C. 26, 2020, s. 64.

¹³²⁸ Apaydın, s. 79.

orantılıdır¹³²⁹. Hukuk devleti ilkesinin yürürlükte olmadığı düzenlerde savcıların bağımsızlıklarından ve bunun bir sonucu olarak tarafsızlıklarından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Adaletin toplum gözünde sağlanabilmesi için hem hâkimler hem de savcılar yönünden hiçbir şüphe bulunmaması gerekmektedir. Bu nedenle “şikâyet” gibi ağır bir yöntemle savcılar zan altında bırakılmaktansa, savcılarının reddine ve çekinmesine ilişkin düzenlemeler yaparak, taraflara belirli haklar tanınmasının hem savcılar yönünden hem de taraflar yönünden daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Savcılarının tarafsızlığının aslında onların kişiliğinde saklı olduğu da bir gerçektir. Kovuşturma aşamasına kadar yapılan tüm işlemlerde olayın tüm delillerinin toplanması, maddi gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi için etkin soruşturma yapılması savcılık makamının yetkisindedir. Hâkimin re’sen araştırma yetkisine sahip olması zamanında yapılmayan etkin bir soruşturma delillerin kaybolmasının önüne geçemeyecektir. Bu nedenle bağımlı olanların aynı zamanda tarafsız olamayacakları, tarafsız olmayanların tespitlerinin de sübjektif olduğuna ilişkin görüşlere katılmaktayız¹³³⁰.

¹³²⁹ **Zafer, Hamide**, “*Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü*”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi-1, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 2.

¹³³⁰ Bkz. **Demirkol**, s. 74.

SONUÇ

Yargı kuvvetini temsil eden hâkimlerin görevlerini yerine getirirken adil ve tarafsız davranacaklarına olan toplumsal inanç devletin temeli olan adaleti de sağlayacaktır. Hâkimin vereceği karara ilişkin şüphenin ortaya çıkması yargıya olan güvenin de ortadan kalkarak, kişilerin kendi adalet arayışına girmelerine sebep olacaktır. Gerçekten yargıya duyulan inancın kaybolmasının toplumlara verdiği zarar tarih boyunca yaşanmış ve edinilen tecrübeler sonucunda hâkimlerin görevlerinde tarafsız dolayısıyla da bağımsız olmaları için düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir.

Hâkimin bağımsızlığı ile tarafsızlığı çoğu zaman iç içe geçmektedir. Bir hâkimin ancak bağımsız olması halinde tarafsız olabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Tarafsızlık hukukta herhangi bir tarafı kayırmamak, taraflara karşı önyargı beslememek anlamında kullanılmaktadır. Bu nedenle hâkimlerin yasama, yürütme ve hatta yargı kuvvetlerine ve dışardan gelen baskılara boyun eğmesi endişesi ile bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının sağlanması ilişkin teminatlar tanındığı gibi, kanunlarla da düzenlemeler yapılmıştır. Gerçekten gelinen yüzyılda hâkimlerin bağımsız olmaları ve tarafsızlıkları artık tartışma konusu olmaktan çıkmış, tüm toplumlarda genel bir kabul haline gelmiştir. Nitekim AİHS m.6'da adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanmak olduğu kabul edilmiştir. Ancak yapılan tüm bu düzenlemelere rağmen hâkimin bağımsızlığının tam anlamıyla sağlandığını söylemek mümkün olmamaktadır. Anayasa'da 2017 yılında yapılan değişiklikle, kurul üyelerinin seçilmesine ilişkin düzenlemelerle hâkimler üzerinde siyasi etkinin ortadan kalkmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Yine yargı kuvvetinin bir bütçesinin olmaması ve Bütçe Kanunu kapsamında harcamalarının yürütme ve yasama kuvvetleri tarafından belirlenmesi de bu kuvvetlere karşı korumasız bırakmaktadır. Hâkimin seçilmesi aşamasında mülakat kurulunun çoğunluğunun Adalet Bakanlığı personeli olması da kanaatimizce yürütmenin hâkimler üzerindeki etkisini artırmaktadır.

Hâkimin bağımsızlığı onun aynı zamanda yargılama sırasında hiçbir etkinin altında kalmadan, taraflara karşı eşit davranmasını da sağlamaktadır. Ancak dışardan gelen etkilerin yanı sıra hâkimin kendi kişiliğinden de sıyrılarak, taraflara karşı önyargısız

yaklaşması ve yargılama süresince tarafların aklında hâkimin tarafsız davranmayacağına ilişkin bir düşüncenin oluşmaması gerekmektedir. Bu sebeple nerdeyse tüm usul kanunlarında hâkimin tarafsızlığının güvenceleri olan “*Hâkimin Reddi ve Çekinmesi*” düzenlenmiştir. Araştırmamız sonucunda;

- CMK m. 22’de hâkimin kendisinin, eşi ve çocuklarının, belirli dereceye kadar akrabalarının taraf olduğu davalara bakması yasaklanmıştır. Ancak kanunda hâkimin dava konusu olaydan “doğrudan doğruya zarar görmesi” halinde davaya bakmaktan yasaklanacağı düzenlenmiştir. Hâkimin uyuşmazlık konusu olaydan hiçbir şekilde etkilenmemiş olması en iyisidir. Ancak hâkimin dava konusu olaydan dolayı zarar görmesi ihtimali de bulunmaktadır. Böyle bir durumda her olay kendi içerisinde değerlendirilmeli ve bu dolaylı zararın hâkimin tarafsızlığını etkileyecek nitelikte olduğu değerlendirilmesi halinde, hâkimin bu sebeple davadan reddi ya da çekinmesinin mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz.
- HMK’da yasaklılık halleri arasında düzenlenen taraflardan biri ile “*nişanlılık ilişkisi*”si içerisinde olma CMK’da yasaklılık halleri arasında düzenlenmemiştir. Böyle bir halin varlığı halinde hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması sebebi ile reddinin talep edilmesi mümkündür. Ancak nişanlılık halinin yasaklama sebebi olmasının belirli sonuçları olacaktır. Resen gözetilecek, her zaman ileri sürülebilecek ve hâkimin tarafsızlığı konusunda bir takdir hakkı doğmasına sebep olmayacaktır. Bu nedenle nişanlılık halinin aynı HMK’da olduğu gibi CMK m. 22 kapsamında düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.
- CMK m. 22/1-h hükmünde hâkimin “*bilirkişi sıfatıyla dinlenilmesi*” yasaklılık hali olarak kabul edilmişse de; kanun koyucunun amacı da göz önüne alınarak, burada aynı davada bilirkişi sıfatıyla görev yapmanın kastedildiğini söylemek mümkündür. Zira uygulamada bilirkişilerin duruşmada dinlenmeleri sıklıkla görülen bir durum olmayıp, dosyaya sunulan yazılı açıklamaları ile görevlerini yerine getirdikleri görülmektedir. Burada kanunun dar anlamda değil, geniş anlamda yorumlanması gerekmektedir.
- CMUK’tan farklı olarak sadece bir hükme katılan hâkimin değil, aynı zamanda aynı davada alınan bir karara katılan hâkimin de yargılamaya katılmasının yasaklanmasının düzenlendiği görülmektedir. Burada dikkat çeken husus, CMK m. 23/1 kapsamında

alınan görevsizlik kararlarına ilişkin olarak, görevsizlik kararı veren ve görevsizlik kararına karşı yapılan itirazları inceleyen hâkimler yönünden Yargıtay'ın farklı kararlar verdiği'dir. Kanaatimizce uygulamada tereddütler yaşanmaması adına iki durum arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekmektedir.

- CMK m. 23/2'nin uygulanma alanı CMK m. 163 ile sınırlandırılmıştır. Kanaatimizce bu sınırlama kişinin adil yargılanma hakkına zarar vermektedir. Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen soruşturmalarda hâkim, o aşamaya kadar en azından kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillere göre kararlar almaktadır. Bu durum hâkimin o davaya ilişkin ister istemez bir kanaatinin oluşmasına sebep olmaktadır. CMK m. 163'ün hâkim sayısının yeterli olmadığı yerlerde ortaya çıkan durumlarda kabul edileceği yönündeki görüşler ışığında, günümüzde hâkim sayısının yeterli olduğu ve düzenleme ile elde edilecek menfaatten çok kişi hak ve özgürlüklerine zarar verildiğinden, bu daraltıcı düzenlemeden bir an evvel vazgeçilmesi gerektiği kanaatindeyiz.
- Yargıtay kararlarında CMK m. 23/3'ün uygulanması yönünden de farklı kararlara rastlamak mümkündür. Bir kısım kararlarda yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen hâkimin CMK m. 23/3 kapsamında yasaklı olduğu kabul edilirken, bazı kararlarda yargılamanın yenilenmesi talebine ilişkin karardan sonra yasaklılık sürecinin başladığı kabul edilmektedir. Düzenleme ile elde edilmek istenen yüksek amaç göz önüne alındığında, geniş yorum yapılarak, yargılamanın yenilenmesi talebinin değerlendirilmesi aşamasında, hükme katılan hâkimlerin bu değerlendirmeye katılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu sayede yargılamanın yenilenmesi talebine ilişkin de tarafsız bir karar verilebilecektir.
- Ancak Ceza Muhakemesi Kanunda yasaklılık sebeplerinin varlığına rağmen hâkimin davaya bakması ve kanun yolları incelemesi sonucunda kararın kesinleşmesi halinde alınan kararın hukuki durumunun ne olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre telafisi mümkün olmayan bir haksızlığın ortaya çıkması halinde, yargılamanın yeniden yapılması yönünde bir düzenleme yapılmasının eksikliği gidereceği belirtilmektedir.

- Hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması mümkün olan haller, her olayda farklı olabileceği gerekçesi ile tek tek düzenlenmemiştir. Uygulamada da böyle bir şüphenin hangi hallerde makul olduğunun tespitine ilişkin bir kıstas belirlenemediği görülmektedir. Zira doktrinde tarafsızlığından şüphe duyulmasının mümkün olduğunun belirtildiği bazı haller, uygulamada hâkimin reddi sebebi olarak görülmemektedir. Hukuk muhakemesinde hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan hallere ilişkin olarak hangi hallerde tarafsızlıktan şüphe duyulduğunun kabul edildiğine dair örneklerin yer aldığı düzenlemeye yer verilip, bu yönde ortaya çıkması muhtemel belirsizliğin önüne geçilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki HMK bu düzenlemeleri sınırlı sayıda belirtmemiş olup, davanın şartlarına göre değerlendirme yapmanın ölü kapatılmamıştır. Ceza muhakemesinde de bu yönde bir düzenlemenin yapılmasının uygulama yönünden faydalı olacağı kanaatindeyiz.
- Kanun koyucunun Alman ceza muhakemesinden farklı olarak, hâkimin reddi talebini 7 günlük bir süreye tabii tutması önemlidir. Aynı zamanda hâkimin reddinden vazgeçmeye ilişkin kanunda bir düzenleme de bulunmamaktadır. Doktrin bu vazgeçmenin kabul edilemeyeceğini, şüphenin ortadan kaldırılarak yargılamanın yapılması şeklinde görüşüyle sorunu çözmüşse de, norm ile boşluğun doldurulmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.
- Hâkimin kendisinin davadan çekinmesi önceleri denetime tabii tutulmamaktayken, zaman içerisinde hâkimlerin siyasi sebeplerle davaya bakmaktan çekinmeleri üzerine, çekinme talebine ilişkin mercii denetimi getirilmiştir. Gerçekten böyle bir denetime ihtiyaç olduğu ve bu değerlendirmenin yapılmasına ilişkin düzenlemenin tabii hâkim ilkesinin uygulanması yönünde yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.
- Hâkimin yasaklı olması halinde hiçbir işlem yapmaması ve biran evvel davadan çekinmesi gerekmektedir. Hâkim herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın yasaklılık halinin varlığını tespit ettiğinde bunu derhal merciiye bildirmekle yükümlüdür. Hâkimin yasaklı olduğu halde yaptığı işlemler, aldığı kararlar ve hüküm kanun yolu incelemesi sonucunda bozulmadığı sürece geçerliliğini koruyacaktır. CMK m. 289/1'e göre kesin hukuka aykırılık hallerinden olan bu durum mutlak bozma sebebidir. Kararın

bozulmasının önlenmesi için yasaklı hâkim tarafından yapılan işlemlerin yargılama sırasında yasaklı olmayan bir hâkim tarafından yenilenmesi mümkündür.

- Kanaatimizce hâkimin tarafsızlığı hâkimin vicdanına emanettir ve hangi düzenleme olursa olsun önce hâkimin tarafsızlığın ahlaki ve etik değerini hazmetmesi ve bunu uygulaması gerekmektedir. Bu da hâkimlere verilecek gerçek bir meslek eğitimi ile ancak sağlanabilecektir. Adaletin büyük önemi anlatılarak mesleğin saygınlığı ve onuru, etik kurallarının hâkimlerin adeta ruhlarına işlenmesi sağlanmalıdır. Özellikle teknolojik gelişmeler sonucunda ortaya çıkan sosyal medyadan hâkimi dışlamadan bu alandaki davranışlarına ilişkin etik kuralların dünya örnekleri de göz önüne alınarak biran evvel düzenlenmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak ceza muhakemesinde hâkimin yasaklılığı ve reddiyle yapılan düzenleme tarafsızlığın korunması yönünden yeterli bir düzenleme olsa da yukarıda açıklandığı üzere, uygulamada yaşanan farklılıkların ve belirsizliklerin giderilmesi adına halen düzenlenmeye muhtaç bazı kısımların bulunduğu kanaatindeyiz. Her usul kanunda ayrıca düzenlenmiş olan çalışma konusu hakkında birbirlerinden farklı düzenlemelerin bulunmasının sıkıntıları artırdığı gerekçesi ile HSKa'da tek bir düzenleme yapılması gerektiği yönündeki görüşlere kısmen katılmakla, HSKa'da temel bir düzenleme yapılarak, her usul kanununda kendi yargılama sisteminin özelliklerine göre ayrıca düzenlemeler yapılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Acar, Bülent H;** “*Yargıtay’ın Başkan ve Üyelerinin Hukuksal Sorumsuzluğa Yaklaşan Sorumluluklarına İlişkin Görüşün Eleştirisi*”, TBBD, S. 1990/4.
- Akcan, Recep,** “*Hâkimin Vasıfları*”, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı.
- Akgül, Mehmet Emin,** “*Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümlük Demokratik Rejimlerindeki Anlamı*”, TBBD, 2010/4, S. 68.
- Akgündüz, Said Nuri,** “*Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*”, AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.4, S.8, 2016.
- Akıntürk, Turgut/ Karaman Ateş, Derya,** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, 2015, İstanbul.
- Akipek, İlhan,** “*Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Âmil Olan Fikirler*”, AÜHFD, C. 9, S. 1, 1952.
- Aktepe Artık, Sezin,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Aktepe Artık, Sezin,** “*İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı*”, TBBD, 134, 2018.
- Alacakaptan, Uğur,** Suçun Unsurları, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.
- Albayrak, Mustafa,** “*Yeni Ceza Yargılamasında Ek İddianame Düzenlenmesi Sorunu*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S.33, Mayıs 2009.
- Altıntaş, Ali,** Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Adliye Yönetimi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2013.
- Anıl, Yaşar Şahin,** Hâkimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

- Anja Seibert-Fohr**, Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany, Recent Trends in German and European Constitutional Law, Springer, 2006.
- Antoine Garapon/ Harold Epineuse**, Judicial Independence in France, Recent Trends in German and European Constitutional Law, Springer, 2006.
- Apaydın, Cengiz**, Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları serisi-1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Arnould, Andreas Von**, “*Hukuk Devleti*”, (Çev: Arslan Topakkaya), Anayasa Teorisi, Ankara, 2014.
- Arslan, Çetin**, Hukuk Devletinde Müdafî Görevlendirilmesi, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C.3, 2012, Ankara.
- Arslan, Çetin/ Özkul, Fatih**, “*Yargı Kararları Işığında 1982 Anayasasında Suç ve Cezaya İlişkin Temel İlkelerin Değerlendirilmesi*”, TAAD, Y.4, S. 15.
- Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel**, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Artuk, Mehmet Emin** “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi- Alman ve Türk Ceza hukukuna İlişkin Araştırmalar*, Cilt: 3, 2014.
- Aşçıoğlu, Çetin**, “*Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve (Hukuk Davalarında) Nitelendirilmede Bilirkişinin Görevi*”, TBBD, C. 4, S. 3, Temmuz 1992.
- Aşçıoğlu, Çetin**, “*Yargıda Gerekçe Sorunu*”, TBBD, S. 48, 2003.
- Avcı, Mustafa**, “*Adli, İdari ve Askeri Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, AÜHFD, C. 61, S. 2, 2012.
- Aybay, Rona**, “Memur” Yargıçlar, Av. Teoman Ergül’e Armağan, TBB Yayınları No: 327, Ocak 2017, Ankara.

- Bakım, Sevi**, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*”, MÜHFAD, Nur Centel ’e Armağan, C. 19, S.2, İstanbul, 2013.
- Balkar, Süheyla**, “*Türk Hukukunda Evlât Edinme*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S.2, 2004, s. 255.
- Başak, Cengiz**, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Başgil, Ali Fuat**, “*Türkiye’de Yargı Kuvveti*”, Kanuni Esasi’nin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF Yayınları No:423, Ankara, 1978.
- Baştürk, İhsan**, Hükümün Açıklamasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Bayraktar, Köksal**, “*Yargı ve Siyaset*”, Güncel Hukuk Dergisi, S. Nisan 2014/4.
- Baytaç, Abdullah Batuhan**, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Berki, Şakir**, “*Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan*”, AÜHFD, C. 19, S. 1, 1962.
- Centel Başar, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Hukuk Yayınları:29, İstanbul, 1984.
- Centel, Nur**, Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma, Bir Adli Organ olarak Savcılık Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006.
- Centel, Nur**, Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları serisi-1, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

- Centel, Nur**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- Centel, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1996.
- Centel, Nur**, “*Ceza Soruşturmasında Müdafinin Rolüne Eleştirel Yaklaşım*”, İÜHFM, C.72, 2014.
- Centel, Nur /Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.
- Ceyhan, Murat**, “*Soruşturmanın Gizliliği ve Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi*”, TBBD, C. 26, S. 109, Kasım 2013.
- Chalkıadaki, Vasiliki**; Independence of The Judge in the Criminal Court: Aspects of the Greek Case”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C.2, Ankara, 2012.
- Çağlayan, Muhtar**, “*Hâkimin Davaya Bakmaktan Çekinmesi Konusu (Yargıtay İkinci Ceza Dairesi'nin Bir Kararına İlişkin Düşünceler)*”, AD, LXIII, 1974, S. 8.
- Çalık, Tacettin**, “*Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları ile İlişkisi*”, İnönü Üniversitesi HFD, Özel Sayı, C.2, 2015.
- Çamoğlu, Ersin**, “*Anonim Ortaklığa Yönetim Kayyımı Atanması*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 91, Sayı: 5, Eylül 2017.
- Çon, Ömer**, 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'na göre Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Çebi, Sezgin Seymen**, “*Anayasacılık ve Demokrasi*”, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 8, Aralık 2016.
- Çelik, Burak**, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Çetintürk, Ekrem, “*Cumhuriyet Savcısının Statüsünün ve Savcılık Teşkilatının Kurumsal Yapısının, Savcılık Faaliyetinin Etkinliğine ve Kalitesine Etkisi*”, CHD, C.10, S. 29, 2015.

Çine, Özcan, Avukatlık Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Dedeğaç, Ender, “*İhsas-ı Rey ve Sürpriz Karar Yasağı*”,
<https://www.enderdedeagac.blogspot.com>.

Demircioğlu, Yaşar, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Demirkol, Ferman, Bağımsız Yargının Fonksiyonları, Kazancı Hukuk Yayınları, No:119, İstanbul, 1992.

Demirkol, Ferman, Yargı Bağımsızlığı, Kazancı Hukuk Yayınları, No:94, İstanbul, 1991.

Dinç, Güney, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre Adil Yargılanma Hakkı*”, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006.

Dinç, Hakkı, “*Vesayet Kararı ve Özellikleri*”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C. 1, S.1, 2014.

Doğan, Y. Hakkı, Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994.

Donay, Süheyl, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Dönmezer, Sulhi, “*Türkiye’de Yargı Kuvveti*”, Kanuni Esasi’nin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF Yayınları No:423, Ankara, 1978.

Dönmezer, Sulhi/ Bayraktar, Köksal, Basın Hukuku, 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Dursun, Suat**, Hâkimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Dursun, Hasan**, “*Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı*”, TBBD, S. 80, 2009.
- Dursun, Hasan**, “*Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi*”, CHD, C. 12, S. 33, Nisan 2017.
- Epözdemir, Rezan**, Hükümün Açıklamasının Geri Bırakılması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Er, Elif**, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyum Atanması*”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 7, S. 71, 2015.
- Erdem, Mehmet**, “*Vasinin Göreve Başlaması ve Görevinin Sona Ermesi Aşamasında Vesayet Dairelerinin Görev ve Yetkileri*”, GÜHFD, C. 14, S. 2, Temmuz 2017.
- Eren, Abdurrahman**, “*Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri*”, Anayasa Yargısı 33 (2016).
- Erem, Faruk**, “*Adalet Psikolojisi*”, AÜHF Yay. No:194, Ankara, 1964.
- Erem, Faruk**, Savcıların Teminatı Meselesi ve İlgili Metinler, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.
- Erem, Faruk**, “*Anayasa ve Savunma Hakkı*”, ABD, S.2.
- Erem, Faruk**, “*Ceza Usulü Hukuku*”, AÜHF Yayınları, No: 324, Ankara, 1973.
- Erem, Faruk**, “*Diyalektik Açından Ceza Yargılaması*”, AUHFD, C. 34, S. 1, 1977.
- Erem, Faruk**, “*Meslek Kuralları*”, Ankara Barosu Yayınları:4, Ankara, 1995.

- Erem, Faruk**, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.
- Ergül, Ozan**, “*Anayasa Mahkemesi ve Hâkimin Tarafsızlığı*”, TBBD, S.54, 2004.
- Ergül, Ozan**, “*Karar Analizi: Anayasa Mahkemesi ve Hâkimin Tarafsızlığı*”, TBBD, S. 92, 2011.
- Ersoy, Uğur**, “*Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini (CMK m.133)*”, AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016.
- Eser, Albin** “*Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu*”, Çev. N. Centel, YD 1990, S.3.
- Eser, Albin**, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, Ritsumeikan Law Review, No:26, 2009.
- Eser, Albin**, “*Yasal Hâkim ve Münferit Olayda Tespiti*”, Çev. Nur Centel, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1985, Cilt:9.
- Eşitli Aygün, Ezgi**, “*Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi*”, TBBD, S. 104, 2013.
- Evren, Teoman**, “*Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma*”, TBBD, C. 1, S.1, Ocak 1988.
- Fabre, Cecile**, Toplumsal Sözleşme, Çev. Mehmet Fatih Deniz, Felsefe Arkivi, S. 48, 2018/I.
- Feyzioğlu, Metin**, “*Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal Mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir Mi?*”, ABD, Y.67, S. 1, 2009.
- Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, Işık Yayınları, Ankara, 2015.

- Finkin Matthew W.**, Intruduction To German Law, Ed. Ebke, Werner F., Kluwer Law International, Boston, 1996.
- Flamm, Richard E.**, Judicial Disqualification Recusal and Disqualification of Judges, Banks&Jordan Law Publishing Company, 2017, California.
- Fricero, Natalie**, Récusation et Abstention Des Juges: Analyse Comparative De L'exigence Commune D'impartialité, çev. M. Burak Başkale.
- Gemalmaz, Mehmet Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisini Giriş, Beta Yayıncılık, 1997, İstanbul.
- Gençcan, Ömer Uğur**, Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Gölcüklü, Feyyaz**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılanma””, AÜHFD C.49, S.1, 1994.
- Gözler, Kemal**, Yargı Organı, www.anayasa.gen.tr.
- Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 21.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- Gözler, Kemal**, İdare Hukuku, C. II, 23. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat**, Ceza Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994.
- Günal, Kurşun**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayınevi, 2016, Ankara.
- Günay, Erhan**, Hâkimin Yasaklılığı Reddi ve Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Güner, Semih**, “Sır Saklama Yükümlülüğü”, ABD, 2000-3.
- Güngör, Devrim/Okuyucu Ergün, Güneş**, “Hükümün Açıklamasının Geri Bırakılması”, AÜHFD, C. 65, S.4, 2016.
- Güler, Ahmet**, “Hâkimi Red İsteklerinin Esassız Olmasından Reddi Hali”, Y. Dergisi 1975/2.

Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.

Gürseler, İ. Güneş, “*Müdafî Tayini- III*”, TBBD, C. 20, S.72, Eylül 2007.

Güzel, Ali, “*Yargılama Hukukunda Tabii Hâkim*”, Güncel Hukuk Dergisi, S. Nisan 2014/4.

Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2008.

Hafizoğulları, Zeki, Laiklik ve Türk Hukuk Devrimi, <https://www.atam.gov.tr/wp-content/uploads/Zeki-HAFIZO%c4%9eULLARI-L%c3%a2iklik-ve-T%c3%bcrk-Hukuk-Devrimi.pdf>

Hakyemez, Yusuf Şevki, “*Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması*”, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 23(1) , Y. 2007

Hammond, Grant, Judicial Recusal Principles, Process and problems, Hart Publishing, 2009, Oregon.

Hanağası, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Hançerlioğlu, Orhan, Felsefe Sözlüğü, Remzi Kitabevi, 1989.

Hirschl, Ran, “*Judicialization of Politics*”, Oxford Journal of Political Science, ed. Robert E. Goodin 2011.

Hirschl, Ran; “*The Political Origins of the New Constitutionalism*” , Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 11, No. 1 (Winter 2004), ss. 71-108.

İba, Şeref, Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

- İçel, Kayıhan,** “Savcılar için Etik Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeri” Işığında “Savcıyı Ret Sorunu””, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 7, S. 14, Güz 2008
- İlhan Cengiz,** Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- İnceoğlu, Sibel,** Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- İnceoğlu, Sibel,** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- İnceoğlu, Sibel,** “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, TBBD, 2007/72.
- Jehle, Jörg Martin,** “Savcılık Örgütünün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma” Adlı Tebliğ, Çev. Gülşah Kurt YÜCEKUL, TBB Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara, 2006.
- Kaboğlu, İbrahim Ö,** Özgürlükler Hukuku, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1993.
- Kanbur, Mehmet Nihat,** “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu”, CHD, C. 7, S. 19, 2012.
- Kantar, Baha,** Ceza Muhakemeleri Usulü Genel Hükümler, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950.
- Kapani, Münci,** “İcra Organı karşısında Hâkimlerin İstiklali”, AÜHFY No:93, Ankara, 1956.
- Kapani, Münci,** “Türkiye’de Yargı Kuvveti”, Kanuni Esasinin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF Yayınları No:423, Ankara, 1978.
- Kapancı, Kadir Berk,** “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1.

- Kaplan, İbrahim**, “*TMK’nın Vesayete İlişkin Hükümleri ve Uluslararası Vesayet Hukukundaki Yeni Gelişmeler*”, Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, 2016.
- Kaplan, Yavuz**, “*Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi*”, MHB, 2001, s.43-73.
- Karaaslan, Varol**, “*Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi*”, SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı.
- Karakaş, Fatma Tülay**, “*Evlenme Engeli Olarak Düz Çizgi Kayın Hısımlığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12. Maddesi*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 1, S. 3, 2006.
- Karakehya, Hakan**, “*Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları*”, CHKD, C.3, S.2, 2015.
- Karakehya, Hakan/ Arabacı, Murat**, “*Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine...*”, AÜHFD Dergisi, C. 65, S. 4, 2016.
- Karakoç, Derya**, “*Hâkimin İdeolojisi ve Kendisine Karşı Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı*”, Kazancı online veri tabanı.
- Karakul, Selman**, “*Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Güz 2015.
- Kaşıkcı, Osman**, İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul, OSAV No:16, 1997.
- Katoğlu, Tuğrul**, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD, S.61, 2012.
- Kaya, Cemil**, “*Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/ Egemenlik Hakkı Teorisine*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, Haziran 2016.

- Kaya, Mehmet Bedii**, Hukuk ve Etiğin Işığında Hâkimlerin Sosyal Medya Kullanımı, <https://www.mbkaya.com/hakimlerin-sosyal-medya-kullanimi-etik-hukuk/> (E.T. 25.01.2021).
- Keyman, Selâhattin**, “*Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*”, AÜHF Yayınları No:266, Ankara, 1970.
- Kılıç, Ali Şahin**, “*Tercümandan Faydalanma Hakkı Kapsamında Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme*”, AÜHFD, C., S. 65, 2016.
- Kılıç, Muharrem**, Yargı Adaleti ve Etiği Açısından Yargı Mensuplarının Sosyal Medya Kullanımı, Seta Vakfı, Turkuvaz Haberleşme ve Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet**, “*Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*”, AÜHFD, C. 30, 1973.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Kılınc, Ahmet**, Osmanlı Devletinde Hâkimin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Adabı, İnsan Ve Toplum Bilimleri Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, Mayıs 2017.
- Kıyak, Emre**, “*Davaya Bakmaktan Yasaklı Hâkimin Görevsizlik Kararı Vermesinin Mümkün Olup Olmadığı ve Davaya Bakmaktan Yasaklı Yargıtay Üyesinin Kullandığı Oyla Kesinleşen Hükme Karşı Hukukî Çareler*”, SÜHFD, C. 23, S. 1, 2015.
- Kibar, Recep**, Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Klerman, Daniel M/Mahoney, Paul G**; The Value of Judicial Independence: Evidence From Eighteenth Century England, American Law and Economics Law Review, V. 7, No:1
- Kolcu, Selahattin**, Adil Yargılanma Hakkı Boyutuyla Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Davaya Bakmaması ve Reddi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Kunter, Nurullah**, “*Türkiye’de Kaza Kuvveti*”, İHFM XXV, 1960.

- Kunter, Nurullah**, “*Türkiyede Yargı Kuvveti*”, Kanuni Esasi’nin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF Yayınları No: 423, Ankara, 1978.
- Kunter, Nurullah**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1961.
- Kunter, Nurullah**, “*Madde İtibariyle Yetkisizlik Kararı ve Hakimin Oyunu Belli Etmesi*”, İÜHFM, C. XLIII., S.1-4.
- Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Kuru, Baki**, “*Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı*”, AÜHF Yayınları No: 214, Ankara, 1966.
- Kutlu, Mustafa**, Kuvvetler Ayrılığı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.
- Küçükkayalar, Çiğdem**, Adalet Tanrıçaları, Hukuk Gündemi, 2012/1, s. 20.
- Locke, John**, Two Treatises of Government, Cambridge University Press, 2019.
- Malkoç, İsmail/ Yüksektepe, Mert**, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.1., Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.
- Mccarthy Şahin, Oya**, “*Müdafilere Yapılan Zorunlu Yol Gideri Ödemeleri*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 1, Ocak 2013.
- Miskolci, Laszlo**, “*Macaristan’da Savcılık*” Tebliğ, Çev. Güçlü Akyürek, TBB Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara, 2006.
- Montesquieu, Charles Louis De Seconndat Baron De, De L’Esprit Des Lois**, Kanunların Ruhu Üzerine, Çev. Günen, Berna, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- Mumcuoğlu, Maksut**, “*Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi*”, ABD, 1989/2, s. 263.
- Murphy Uran, Peri**, Teorik Çerçeve de Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

- Onar, Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I., 3.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Onursal, Sami**, “*Kamu Davasına Müdahale*”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:1345, İstanbul, 1968.
- Ortaylı, İlber**, “*Osmanlı Kadısı*”, AÜSBFD, C.XXX/1975/14.
- Otacı, Cengiz**, “*Ceza Yargılamasında Mağdura Kayyım Atanması*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 53, Ocak 2011.
- Öden, Merih**, “*Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*”, AÜHFD, C. 43, S. 1, 1993.
- Öden, Merih**, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Ömeroğlu, Ömer**, Ceza Muhakemesinde Hâkim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.
- Önder, Ayhan**, “*Ceza Muhakemeleri Usul Kanunumuzun 22 inci Maddesine göre Hâkimin Davaya Bakamayacağı Haller*”, İÜHFM X, 2-4 (1967).
- Önüt, Lale Burcu/ Sancakdar, Oğuz/ Us, Eser/ Kasapoğlu Turhan, Mine/ Seyhan, Serkan**, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özbek, Veli Özer**, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 16.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Özer, Atilla**, Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2009.
- Özkul, Fatih**, “*Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”, ABD, 2016/3.

- Özmunucu, Seda**, “*Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler*”, S.D.Ü. HFD, MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S.2.
- Özcan, Hande**, “*Çocuğun Soybağının Kurulması ve Yardımcı Üreme Teknikleri Sonucu Soybağının Tespiti*”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, Haziran 2015.
- Özdek, Yasemin**, “*Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*”, TODAİE, Ankara, 2004.
- Özek, Çetin**, “*Umumi Af*”, İÜHFİM, C. 24, S. 1-4, 1959.
- Özek, Çetin**, “*Adliyeye Karşı Suçların Hukuki Konusu*”, İHFİM, C. LV, S. 3, 1997.
- Özek, Çetin**, “*Yargının İdari Denetimi*”, İÜHFİM, C.45-47, S. 1-4, 1979-1981.
- Özeler, Neslihan**, “*İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Karşılaştırılması*”, YBHD, S. 2017/2.
- Özen, Muharrem**, “*Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri*”, ABD, S. 2010/1.
- Özen, Muharrem**, *Hâkimin Cezai Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- Özen, Mustafa**, *Ceza Muhakemesi Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Özgenç, İzzet**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- Özkan Duvan, Ayşe**, “*Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu*”, YBHD, 2019/1.
- Özkaya, Eraslan**, *Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Özkaya Feredenci, H. Özden**, “*Federal Alman Mahkemesi’nin Hâkimin Reddine İlişkin Güncel Kararlarının İncelenmesi*”, TAÜHFİM, 2019, 1(2).

Öztañ, Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Öztürk, Bahri, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılama Yükümlülüğü*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S. 1, 2016.

Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma, Özge/ Saygılar, Yasemin F. / Özeydin, Özdem/ Alan Akcan, Esra/ Tütüncü, Efser Erden/ Altınok Vıllemın/ Derya, Tok/ Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Öztürk, Neslihan, “*Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)*”, GÜHFD, C.XX, 2016, S. 1.

Pamchaud, A., Çev. Cansel, Erol, “*Yargıçlık Mesleği Hakkında Düşünceler*”, AÜHFD, C. 7, S. 3, 1950.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Perçin, Ali Haydar, “*Uncitral Tahkim Kurallarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Yansımaları*”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 2015.

Postacıoğlu, İlhan, “*Medeni Usul Hukuku Dersleri*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:1986, İstanbul,1975, s. 105.

Rousselet, Marcel, Adalet Tarihi, Çev. Adnan Cemgil, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1963.

Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Seçkin Yayınevi, 1995.

Schroeder F. Christian/ Verrel Torsten, Ceza Muhakemesi Hukuku, Çev. Salih Oktar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

- Selçuk, Sami**, “*Yargulamada Nesnellik Bağlamında Yazılı Hukuk ve Yargıçlık İlişkisi*”, YD, C. 22, S. 3, Ankara, 1996.
- Sever, Ömer**, Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı, Doktora Tezi.
- Sezer, Yasin/ Ermumcu, Osman/ Bilgin, Hüseyin**, “*Yeni Düzenlemeler Işığında İdari Yargıda Hâkimin Çekinmesi ve Reddi*”, AAD S.5, 2011.
- Simil, Cemil**, “*Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları*”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez 'e Armağan.
- Sonel, Hikmet**, “*Cumhuriyet Savcısı Taraflardan Mıdır?*”, Adalet Dergisi, S.1, Ankara, 1950.
- Soyaslan, Doğan**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 11.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Şahbaz, İbrahim**, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri*”, TBB Dergisi, S. 54, 2004.
- Şahin, Cumhuri**, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Şahin, Cumhuri/Göktürk, Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Şenol, Cem**, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yargı Yetkisini Türkiye ile İlişkili Bir Durumda Kullanabilmesi*”, CHD, C. 12, S. 35, Aralık 2017.
- Şık, Hüseyin**, Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Tacir, Hamide**, “*Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Anayasalarımızda Yasama, Yürütme ve Yargı İlişkisi*”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2015.

- Taşkın, Mustafa**, “*Fransız Yargı Sisteminde Jüri*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S.37, Eylül 2009, s.21-54.
- Taşkın, Ozan Ercan**, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Eşitlik İlkesi*”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, S. 122, 2016.
- Taşkın, Ozan Ercan**, “*Bağımsızlık ve Tarafsızlık Bağlamında Hak olarak Yargı Mensubunun İfade Özgürlüğü*”, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2014.
- Taştan, Asuman Zeynep**, Hâkimin Tarafsızlığı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005.
- Tat, Orkun**, Türk Medeni Kanununda Yasal Danışmanlık, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Taner, M. Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- Tanrıver, Süha**, “*Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı*”, TBBD, S. 104.
- Tanör, Bülent**, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul, 1994.
- Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi**, 1982 Anayasası’na göre Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Tekinay, Selahattin Sulhi**, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- Teziç, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1991.
- Teziç, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- Top, Sinem**, “*Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkına Uygulanan Sınırlamalar*”, TBBD, C. 31, S. 137, Temmuz 2018.
- Topuz, Gökçen/ Konan, Belkıs**, “*Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı*”, AÜHFD, S. 66, 4, 2017.
- Toroslu, Nevzat**, “*Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*”, AÜHFY No: 273, Ankara, 1970.

- Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- Toroslu, Nevzat/ Toroslu, Haluk**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- Tosun, Öztekin**, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, S. 2118, İstanbul, 1976.
- Turan, Hüseyin**, “*Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı*”, CHD, C.4, S.9, Nisan 2009.
- Turgut Hasan**, Osmanlı’dan Günümüze Türk Yargı Etiği ve Hâkimin Vasıfları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Turhan, Faruk**, “*Doktrin ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesinde Hâkimin Tarafsızlığı ve Görev Yasakları*”, Ankara HBVÜHFD C.XXII, S. 4, 2018.
- Tutumlu, Mehmet Akif**, “*Hukuki Konularda Hukukçu Bilirkişi Atanması Sorunu*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 131, Temmuz 2017.
- Uzun, Cem Duran**, “*6771 Sayılı Kanunla Anayasa’da Yargıyla İlgili Yapılan Düzenlemeler*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 11, 2018.
- Uzun, Ertuğrul**, Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 27, Ankara, 2014.
- Ünal, Şeref**, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:65, Ankara, 1994.
- Ünal, Şeref**, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Ünver, Yener**, “*Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*”, İHFM, C.53, S. 1-4, s. 153-196.

- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Yaltı, Başar**, “*Adil Yargılanma Hakkına Yargıcın Etkisi*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S.4, Temmuz 2012.
- Yaşar, Osman**, Ceza Muhakemesi Kanunu, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Yavuz, Bülent**, Kuruluş ve İşleyiş Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Yenidünya, Caner/ İçer, Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe**, “*Yargılamanın Yenilenmesi Muhakemesi*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.123-124, Şubat-Mart 2015.
- Yenisey, Feridun/ Oktar, Salih**, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Yıldırım, Akif**, Hükümün Açıklamasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Yıldırım, Akif**, “*Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkının Bireysel Başvuru Kararları Işığında Değerlendirilmesi*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 125, Ocak 2017.
- Yılmaz, Zahit/Apiş, Özge**, “*Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi*”, MÜHFHAD, C. 26, 2020.

Yiğit, Uğur, “*Anayasal İlkeler ve Etik Kuralları Çerçevesinde Savcının Soruşturma ve Davadan Reddi ile Çekinmesi*”, TBBD, S. 85, 2009.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, Kazancı Hukuk Yayınları No:57, İstanbul, 1987.

Yurtcan, Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Yücel, Mustafa Tören, Hukuk Felsefesi, Başkent Matbaası, Ankara, 2013.

Zabcı, Filiz, Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim Yayınları, 2016.

Zafer, Hamide, Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi-1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Zagel, James/Winkler, Adam, The Independence of the Judges, Mercer Law Reveiw 46, 1995.

Zevkliler, Aydın/ Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

İnternet Kaynakları

www.anayasa.gen.tr

www.anayasa.gov.tr

www.ankarabarusu.org.tr

<https://constitutionnet.org>

<https://www.enderdedeagac.blogspot.com>

www.hudoc.echr.coe.int

www.judiciary.uk

www.jurix.com

www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr

www.kazanci.com

www.legal-tools.org

www.legifrance.gouv.fr/

www.mevzuat.gov.tr

www.mfa.gov.tr

www.parliament.uk

www.resmigazete.gov.tr

www.servat.unibe.ch

www.senato.it/

www.sinerji.com

www.unodc.org

<https://www.venice.coe.int>

www.yenikararlar.anayasa.gov.tr

www.yargitay.gov.tr



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: .../.../.....

Tez Başlığı : 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Hâkimin Yasaklılığı Reddi ve Çekinmesi

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam sayfalık kısmına ilişkin,/...../..... tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- Kaynakça hariç
- Alıntılar hariç
- Alıntılar dâhil
- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Adı Soyadı: Sezin Duygu TUNCER

Öğrenci No: N15240248

Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

Programı: Doktora

Statüsü: Doktora Bütünleşik Dr.

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.

(Unvan, Ad Soyad, İmza)



HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
Ph.D. DISSERTATION ORIGINALITY REPORT

HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PUBLIC LAW DEPARTMENT

Date: .../.../.....

Thesis Title : *The Disqualification and Recusal of The Judge in Criminal Procedure Law No. 5271*

According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on/...../..... for the total of pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled as above, the similarity index of my thesis is %.

Filtering options applied:

- Approval and Declaration sections excluded
- Bibliography/Works Cited excluded
- Quotes excluded
- Quotes included
- Match size up to 5 words excluded

I declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports; that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

I respectfully submit this for approval.

Date and Signature

Name Surname: Sezin Duygu TUNCER

Student No: N15240248

Department: Public Law

Program: Doktora

Status: Ph.D. Combined MA/ Ph.D.

ADVISOR APPROVAL

APPROVED.

(Title, Name Surname, Signature)



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: .../.../.....

Tez Başlığı: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Hâkimin Yasaklılığı Reddi ve Çekinmesi

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır,
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir.
4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Adı Soyadı: Sezin Duygu TUNCER

Öğrenci No: N15240248

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı:

Statüsü: Yüksek Lisans Doktora Bütünleşik Doktora

DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI

(Unvan, Ad Soyad, İmza)

Detaylı Bilgi: <http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr>

Telefon: 0-312-2976860

Faks: 0-3122992147

E-posta: sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr



HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
ETHICS COMMISSION FORM FOR THESIS

HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PUBLIC LAW DEPARTMENT

Date: .../.../.....

Thesis Title: *The Disqualification and Recusal of The Judge in Criminal Procedure Law No. 5271*

My thesis work related to the title above:

1. Does not perform experimentation on animals or people.
2. Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.).
3. Does not involve any interference of the body's integrity.
4. Is not based on observational and descriptive research (survey, interview, measures/scales, data scanning, system-model development).

I declare, I have carefully read Hacettepe University's Ethics Regulations and the Commission's Guidelines, and in order to proceed with my thesis according to these regulations I do not have to get permission from the Ethics Board/Commission for anything; in any infringement of the regulations I accept all legal responsibility and I declare that all the information I have provided is true.

I respectfully submit this for approval.

Date and Signature

Name Surname: Sezin Duygu TUNCER

Student No: N15240248

Department: Public Law

Program:

Status: MA Ph.D. Combined MA/ Ph.D.

ADVISER COMMENTS AND APPROVAL

(Title, Name Surname, Signature)