

Yargının Tarafsızlığı Sorunu

Başar YALTI*

Son dönemlerde, belli kesimlerde, basında ve hükümet sözcülerinin dile getirdiği konuşmalarda, yeri geldikçe veya fırsat çıktığında yargının tarafsızlığı konusu gündeme getirilmekte, yargı bağımsızlığından çok “yargının tarafsızlığı” ön plana çıkartılmaktadır.

Sadece Anayasa Mahkemesinin son günlerde verdiği kararları bakımından değil, örneğin Milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması veya sınırlandırılması taleplerine karşı da hemen bürokrasideki dokunulmazlıklar öne sürülmekte, artık açıkça ve çekinmeden ifade edildiği gibi, yargıçların dokunulmazlıkları kast edilerek, önce bu tür dokunulmazlıkların kaldırılması gereği-ne değinilmektedir.

Yargının anayasal bir fonksiyon olarak amacı hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi ve korunmasıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yargıya düşen görev, yasama ve yürütmenin denetimini sağlamaktır. Maddi anlamda ise yargı, her türlü hukuksal uyumsuzluğu çözüp karara bağlama işlevidir. Devletin varlık nedenlerinden birisi de zaten budur. Bu nedenle, yargının bir takım ayrıcalıklara sahip olması doğası gereğidir.

Ancak, mahkemelerden (Anayasa Mahkemesinden) hoş gitmeyen kararlar çıktıkça, yargıda tarafsızlık isteyenlerin seslerinin yükseldiği gözlenmektedir.

Eskiden yargının bağımsızlığı ilkesi adı altında, onunla birlikte, onun gereği olarak değerlendirilen tarafsızlık kavramı, birden bire üst başlık olarak öne sürülür oldu.

Esasen yargıda tarafsızlık adı altında talep edilen husus, yargısal denetimden kaçma ya da yargılayıcıları etki / baskı altına alma olanaklarının yaratılmasıdır.

Peki yargının “tarafsızlık” diye bir sorunu yok mudur?

Yargıda tarafsızlık denildiğinde, anlaşılması gereken yargıçların tarafsızlığı olup, kuşkusuz böyle bir sorunun varlığı bilinmektedir.

Yargı görevi ve işlevi gereği tarafsızdır, tarafsız kalmalıdır. Bu nedendir ki, yargıyı temsil ettiği bilinen elinde terazi ve kılıcıyla betimlenen kadın figürünün gözleri dış etkilerden uzak kalması için bağlı çizilmiştir.

Yargıç tarafsızlığı objektif (nesnel) tarafsızlık ve subjektif (özel) tarafsızlık olmak üzere iki boyutludur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), önüne gelen başvurularda nesnel ve özel tarafsızlık ayrımı çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Nesnel tarafsızlık, yargıcın görevini yaparken **kişisel olarak tarafsız davranmasını**, tarafların yararına veya zararına hareket etmemesi anlamındadır. Özel tarafsızlık

Başar Yaltı

ise kurum olarak mahkemenin veya yargıçların taraflar ve toplum üzerinde bıraktığı **güvenilirlik duygusudur. Bu durum yargıcın kendisine karşı tarafsızlığını da kapsar.**

Adalet Bakanlığının hazırladığı “yargı reformu stratejisi” belgesinde 2 nolu başlık olarak “YARGININ TARAF-SIZLIĞININ GELİŞTİRİLMESİ” düzenlenmiştir. Yargıda tarafsızlığın geliştirilmesi konusunda;

•Yargı mensupları için etik kuralların belirlenmesi

•Yargı tarafsızlığı konusunda yargı profesyonellerinin ve medya mensuplarının bilinçlendirilmesi

•Kişisel verilerin korunması kaydıyla yüksek mahkeme kararlarına erişimin sağlanması

•Kişisel verilerin korunması çerçevesinde HSYK'nın disipline ilişkin kararlarının tamamına ulaşılabilmesi

•Yargı mensupları ile ilgili disiplin hükümlerinin yeniden ele alınarak nesnel ölçütler getirilmesi ve değişik kademelerdeki yargı mensupları için paralel düzenlemeler yapılması önerilerine yer verilmiştir.

Bilindiği üzere, yargı ile ilgili etik kuralları belirlemek üzere uluslararası ölçekte çalışmalar yapılmış, bu çerçevede “Bangalore Yargı Etiği İlkeleri” adı altında toplanan kurallar Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da bu ilkeleri 2006 yılında benimsemiştir.

Bangalore Yargı Etiği İlkeleri arasında tarafsızlık konusuna, yargı bağımsızlığından sonra ikinci değer olarak yer verilmiştir. Yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getiril-

mesinin esaslı bir unsuru olarak tanımlanan tarafsızlık durumunun, sadece karar açısından değil, karara varılıncaya kadar geçen yargılama süreci bakımından da geçerli olması gerektiğine özellikle dikkat çekilmiştir.

Uygulamada yargıçların tarafsızlıklarını nasıl yerine getirecekleri ise şöyle belirlenmiştir:

•Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız 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.

•Hâkim, duruşma ve karar aşamalarında, kendisini yargılamadan zorunlu olarak el çektirecek olasılıkları makul ölçüler içerisinde asgariye indirecek şekilde hareket etmelidir.

•Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimâli olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça âdilânelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, her hangi bir şahsın ya da meselenin âdil yargılanmasını etkileyebilecek alenî olsun veya olmasın her hangi bir yorum da yapmamalıdır.

•Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği durumda veya makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi yaratması halinde, yargılamanın her hangi bir aşamasına katılmaktan çekinmelidir. Sınırlı sayıda sayılmamakla birlikte bu durum aşağıdaki ihtimâllerde söz konusu olur:

Hâkimin, yargılama aşamasında delil kâbilinden tartışılan olaylarla ilgili

* Avukat, İstanbul Barosu

kişisel bir bilgiye sahip olması veya davanın bir tarafıyla ilgili gerçek bir önyargı veya tarafsızlık içerisinde olması veya,

Hâkimin ihtilâf konusu davada, olaya ilişkin bir tanıklığının olması ya da daha önceden bu konuda avukat olarak hizmet vermiş olması veya,

Hâkim ya da hâkimin ailesinden birisinin ihtilâf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir çıkarının olması.

Pozitif hukukumuzda yargıçların tarafsızlığını sağlayacak hükümlere 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda ve yargıçların ret ve çekilmelerinin nasıl olacağını düzenleyen usul yasalarında yer verilmiştir. 2802 sayılı Yasanın yer değiştirme cezası başlıklı 68'inci maddesinde tarafsızlığa aykırı davranışlar şu şekilde sıralanmıştır:

a.Yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak,

b.Hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak,

c.Maddî tayin ve deliller elde edilmiş olsa bile rüşvet aldığı ve irtikâpta bulunduğu kanısını uyandırmak,

d.Doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi, çıkar sağlamak amacı ile verilen hediyeyi kabul etmek veya iş sahiplerinden borç istemek veya almak.

Hemen belirtmeliyiz ki, bütün uluslararası belgelerde tarafsızlık, bağımsızlık kavramıyla birlikte ele alınmıştır. Çünkü tarafsızlık, yargıcın görevini yerine getirirken, taraflara karşı adil ve eşit davranması, haksız olarak taraflardan biri yararına veya zararına tavır almaması, yasalara ve maddi olaya uygun olarak vicdani kanaatine göre karar vermesi demektir.

tir. Bu tür bir davranış, hiç kuşkusuz öncelikle bağımsız olmayı gerektirir. Bu nedenle, yargıç tarafsızlığında ön koşul bağımsızlıktır. Yargıcın bağımsızlığı hem nesnel-objektif anlamda, dış etkilere karşı korunma, öznel-sübjektif olarak da yargıçlık güvencele-rine sahip olmak demektir.

Yargıçlara tanınan bağımsızlık, onlar için kişisel bir ayrıcalık değil, yargıçların görevlerini tarafsızlık içinde yapmalarını sağlayan **toplumsal bir güvencedir.** Yargı bağımsızlığının sağlanması kamu yararı gereği olup, topluma adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığına ilişkin güven verme amacını güder. **Bu amaca bağlı olarak yargı bağımsızlığını sağlamak devletin bir görevidir.** Bağımsızlık devletin güvencesi altında olduğu içindir ki, Anayasamızda 138, 139 ve 140. maddeler bu konuya ayrılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında, TARAF-SIZLIĞIN SAĞLANMASI bakımından geliştirilen önerilenlere bakıldığında, önerilerin tamamının yargıçların disiplin hukukuna ilişkin olduğu görülmektedir.

Yapılan bu öneriler yapısal olmayıp, bürokratik kültürün etkisinde geliştirilen geçici nitelikte çözümlerdir. Elbette ki, etik değerlerin belirlenmesi ve bu değerlere uyulmasının sağlanması önemli olmakla birlikte, yargıçlığı erdem felsefesinden uzaklaştıran ve memurlaştıran bir yaklaşıma olur verilmesi kabul edilmemelidir. (Bu yaklaşım tarzı, Mecellede tanımlanan hakimlik anlayışının bile çok gerisindedir. Hakim; hakim (bilge), mekin, fehim, metin, emin ve müstakim olmalıdır.) Bu nedenle yargıda tarafsızlığın geliştirilmesiyle ilgili önerileri yetersiz ve sorunun özüyle ilgisiz bulduğumuzu belirtmeliyiz. Yargıçların yüksek hukuk kültürü ile donanmalarını sağlamak yerine, onları

disipline etme anlayışına dayanılması sağlıklı ve doğru bir yaklaşım değildir. Kaldı ki, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 6. kısmı (m.62-81) disiplin işlerine ayrılmış olup, 62. maddede Hakim ve savcılara; sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca;

- Uyarma,
- Aylıktan kesme,
- Kınama,
- Kademe ilerlemesini durdurma,
- Derece yükselmesini durdurma,
- Yer değiştirme,
- Meslekten çıkarma.

disiplin cezalarından birisinin verileceği öngörülmüştür. Mevcut düzenlemeler karşısında tarafsızlık konusunda bir sorun yaşandığı kabul ediliyor ise sorunun kaynağını başka yerlerde aramak gerekmektedir.

Yargıda tarafsızlığın sağlanması, yani yargılama sürecinde yargıcın tarafsız davranması adil yargılanma hakkının doğal ve zorunlu bir sonucu ve gereğidir.

Yargıda tarafsızlığın sağlanması için :

1- Yargıda açıklığın (aleniyetin) tam olarak sağlanması ve yargılamaya tarafların etkin olarak katılmalarını sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Bu çerçevede;

•Mahkeme kararlarının **gerekçeli** olması ve yüksek mahkemelerin içtihat birliğinin sağlanması,

•Duruşmaların açıklığı, dosya ve belgelere ulaşma olanağının sağlanması,

•Yargıçların kendisini geliştirme yeteneğinin ölçülmesi,

•Yüksek yargı yerlerine, Yargıtay ve Danıştay dairelerine avukatlar arasından bir üye atanması gerektiği kanısındayım.

2-Yargıçların dış etkilere arınmışlığının sağlanması gerekmektedir.

•Medyanın etkisinin ortadan kaldırılması, yasal korumanın sağlanması,

•İktidarın yönlendirmesinden ve siyasetin etkisinden kurtarılması şarttır.

3-Yargıcın (siyasal, felsefi ve yetiştirilme biçimi vb. bakımlardan) önyargı ve ön kabullerinin, öngörüşünün davaya etkisinin en aza indirilmesi ve davadaki taraflardan herhangi biri yararına veya zararına tutum takınmamasının (**subjektif yansızlık**) sağlanması gerekmektedir. Bu sorun, yargıçların içsel dünyalarıyla bağlantılı bir sorun olduğundan, yargıçların hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk psikolojisi konularında eğitilmeleri gereği değerlendirilmelidir.

4-Yargıcın karar verirken tek amacı adaleti sağlamak olmalı, devletin koruyucusu kollayıcısı ve memuru olmalıdır. Yargıcı memur gibi gören zihniyet ile yargıcın kendisini memur gibi görmesi aynı derecede sakıncalıdır. Ancak, bu durum elbette yargıcın devlete, devletin kuruluş felsefesine karşıtlık geliştirmesi anlamına gelmemektedir.

5-Yargıcın iş yükünün olumsuz etkisinden korunması sağlanmalıdır.

6-Yargıcın, yasayı hukuka uygun (çağdaş hukuk anlayışına uygun) olarak yorumlamasını sağlamak gerekmektedir.

Yasanın Hukuka Uygun Yorumu

Bu başlık altında yargıcın tarafsızlığı konusuna biraz daha ayrıntılı olarak değinmek istiyorum.

Yargılama süreci bilindiği üzere üç aşamalıdır. Öncelikle hukuka aykırı olduğu iddia edilen bir uyuşmazlığın ortaya çıkması, uyuşmazlığın hukuka aykırılığının saptanması ve son olarak da gerekli yaptırımın uygulanması süreci içerisinde yaşanmaktadır.

Yine bilindiği gibi yasaları yorumlama yetkisi mahkemelere/yargıçlara aittir.

Gerek uyuşmazlığın hukuka aykırılığın saptanması evresinde, gerekse uygulanacak pozitif hukuk kuralının belirlenmesi evresinde, yargıcın hata yapma olasılığı mevcut olup, taraflardan birisi, bazen her ikisi bakımından haksız sonuçlar ortaya çıkacağından, bu süreç önemsenmelidir.

Dile getirmeye çalıştığımız konu, yargıcın kaba bir şekilde yan tutmasından daha önemlidir. Çünkü birinci hal zaten yargıçlıkla açıkça bağdaşmayacak bir tutum olduğundan böyle bir olasılık çok azdır. Oysa ikinci durumda, yargıcın kasıtlı olmasa da yasayı yanlış yorumu daha ciddi riskler taşımakta ve toplumda adalet duygusunun zayıflamasına yol açmaktadır.

Bu noktada, mahkeme kararlarının denetlendiği ileri sürülebilir ise de, yargının her kademesindeki iş yükünün ve personel yetersizliklerinin varlığı karşılığında, ayrıca yargıda kalite sorunu dikkate alındığında, sağlıklı bir denetimin olmadığı kabul edilmelidir.

Tarafsızlık bakımından önemsedğim, yasanın hukuka uygun yorumu sorununun, avukatlar bakımından daha anlaşılabilir bir konu olduğu görüşümdedir. Çünkü hemen her avukat genel hukuk ilkelerine aykırı olarak verilmiş

ve kesinleşmiş kararlara ait birçok davaya tanıklık etmiştir.

Yargılamada hukuk kurallarının uygulanmaya başlamasıyla birlikte, uygulanacak hukuk normunun anlamının, yorum yoluyla ortaya çıkartılması sırasında, yargıcın iradesinin önemi ortadadır. Bu bakımdan, yargılama sürecinde, soyut olarak duran normun, somut olaya uygulanır hale getirilinceye kadar geçen aşamadaki değişimi irdelenmelidir.

Ayrıca süreç içerisinde yargıçların ön anlayış ve ön yargıya sahip olmalarının da (tarafların kimliği, davanın konusu vb.) tarafsızlıklarını etkilediği kabul edilmelidir. Çünkü yargıçların kafasında dava başlangıcında ön kararlar oluşmaktadır. Bazen önyargılar yaratıcı bir işlev görse de, önyargılar, çoğunlukla keyfiliğe, tarafgirliğe yol açmakta ve yargıcı objektif olmaktan uzaklaştırmaktadır.

Olumsuzlukların önüne geçmek için, bu durumu bir veri olarak kabul edip, yargılama sürecinin tarafsız ve rasyonel işleyişinin yöntemini bulmak gerekmektedir. **Belki de mutlak tarafsızlık diye bir şey olamayacağını kabul ederek süreci buna göre belirlemek gerekmekte**, yorumsal denetim mekanizmaları ile yargıçlardaki felsefi temelleri güçlendirme ve erdemli davranma bilincini başlangıçtan itibaren verecek eğitim programları düzenlenmelidir.

Yargıçların bu açıdan denetlenmelerinde belki de en önemli araç, anayasal ve yasal zorunluluk olan kararların gerekçeli yazılmasına uyulmasının sağlanmasıdır. Uygulamada, mahkemeler kararlarında uyguladıkları normu ne şekilde yorumladıklarını açıklamamakta, hukuksal irdeleme yapmamakta, çoğu kez bilirkişi raporlarına bağlı kalmaktadırlar.

Yargıtay bakımından ise, özellikle onama kararları birkaç satıdan ibaret kalmakta, (oysa bu durum HUMK 436. maddesine açıkça aykırıdır) taraflarda ve kararı okuyan üçüncü kişilerde dosyanın sağlıklı şekilde değerlendirilmediği izlenimi doğmaktadır.

Anayasa Mahkemesi 07.02.2007 tarih ve 2006/162E., 2007/15K. Sayılı bir kararında hukuk devletini bilinen şekliyle “insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa’nın ve yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir” olarak tanımladıktan sonra, **“hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa’ya değil, Anayasa’nın da evrensel hukuk**

ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür” belirtmesine vurgu yapmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve yine Anayasanın 90. madde hükmü dikkate alındığında, yasaların yorumunda uyulması gereken kuralların evrensel hukuk ilkelerine ne derecede uyumlu olduğunun dikkatle izlenmesi gerekmektedir.

Kaldı ki, gerçek bir hukukçu, hukuksal normları uygulama yanında, hukuksal eylem ve olgulara uygulanması gereken adaletli normun, başka bir deyişle “olması gereken” hukukun yürürlükteki hukuk normlarıyla uyup uyuşmadığını araştırmak durumundadır.

Tarafsızlık içsel bir sorundur. Hukuksal meşruluk bakımından yargıçlar üzerinde Demoklesin kılıcı şeklinde disiplin cezaları tehdidi yerine, etik bir bakış açısına sahip olmalarını sağlayacak, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk psikolojisi eğitiminin sürekli olarak verilmesinin daha doğru ve etkili olacağını değerlendiriyorum.