

Adli Yargı Hâkimlerinin Görevde Yükselme Şartlarının (Terfi Sisteminin) Yargı Bağımsızlığına Etkisi

Cengiz OTACI*

I - Yargı Bağımsızlığı

Kıta Avrupasında modern devletin kanun yapma tekelini ele geçirmesinin ardından yaşanan pozitivist hukuk anlayışı, lineer tarih anlayışıyla yeşeren sosyoloji ile modern insanı kuşatan mit haline gelmişti. Bu dönemde kanun, yüceltilen, doğruluğu tartışılmayan, modernleşmenin bekçisi, destekleyicisi, belli amaçlara ulaşmanın resmi aracı olmuştu. Kanun koyucu statüsü, kanun yapma fikrini icat eden insanlığın, bu faaliyeti kurumsallaştırması, resmi bir hüviyet vermesidir. Kanun yapmanın kurumsallaşması, modern insanın zihninde, insan davranışına yön veren bütün kuralların kanun koyucunun faaliyetinin mahsulü olabileceği imajını yerleştirmeye başlamıştı. Modernleşme öncesine kadar birkaç istisna hariç- yazılı kanun yapma pratiğinden uzak duran yönetim aygıtı, modernleşme ile birlikte kendisini “mevzuat” adı verilen metinlerle ifade etme yolunu benimsemiştir. Şüphesiz ki yönetim aygıtının bu tavrı, “kanun koyucu” statüsü ile toplumsal sistemi tasarlanmış bir bütün haline getirme hedefin sonucudur¹.

Yönetim aygıtının tekelci tavrı ve baskın karakteri, sahip olunan/kullanılacak gücün kişiler/kurumlar arasında paylaşılmasını, bu şekilde bir denge oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Parlamenter sistemde erkler ayrılığı olarak ifade edilen oluşum, yasama, yürütme ve yargının ayrılması ile sonuçlanmıştır.

Yasama erki yasayı yaparken yürütme erki ise yapılan yasanın yürütülmesini sağlar. Yargı, yorum tekelini elinde tutarak, bilimsel yöntemlerle kanunun nesnel iradesinin ne olduğunu gösterir, kanunun evrensel ilkeler açısından geçerliliğini denetler. Kanunu yorumlama tekelinin yargı erkine verilmiş olması, yasanın ve yürütmenin bencil dürtülerini, politik çıkarlarını, tek taraflı davranışını kontrol etme adına vatandaşlar için önemli bir güvencedir. Yargısal faaliyetin denetim ve yorum yetkisi, çok önemli bir güç olduğundan bu erkin bağımsızlığı da son derece önemlidir. Yargı bağımsızlığı, önemi nedeniyle ulusal ve uluslar arası hukuki metinlerde doğrudan ya da dolaylı olarak sıkça yer almaktadır.

Yargı bağımsızlığını, temelde hâkim bağımsızlığı olarak da ifade etmek mümkündür. Eichenberger tarafından “Hâkimin yansızlığı, hâkimin devlet karşısında bağımsızlığı, hâkimin düşünsel bağımsızlığı, hâkimin toplum karşısında özgürlüğü ve kendine karşı bağımsızlığı²” şeklinde ifade edilen yargı bağımsızlığının beş görünüşüne, “hâkimlerin birbirine karşı bağımsızlığı”nı da eklemek gerekir.

Yargı bağımsızlığının sağlanması için hâkimlerin birbirlerine karşı bağımsız olmasının gerekliliği, diğer ülkelerde bizdekine benzer bir görevde yükselme sistemi olmaması nedeniyle klasik yargı bağımsız-

* *Hakim, Yargıtay*

1 *Otacı Cengiz, Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunları'nın Yorumu, TBB Dergisi, 2010 sy 89 s. 439*

2 *Selçuk Sami, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara 2007, s. 26*

liğı çalışmalarında kendine yeterince yer bulamamıştır. Çünkü bir hâkimin bir başka hâkim üzerinde kararlarına yön verici aksi halde cezalandırıcı şekilde tasarrufta bulunabilme yetkisinin var olabileme ihtimalinin imkânsız görülmesi, gelişmiş ülkelerde bu konunun ele alınmasını mümkün kılmamıştır. Bir hâkimin mesleğinde yükselmek için verdiği kararların yürütme tarafından beğenilip beğenilmemesinin ölçü yapılması ne kadar yargı bağımsızlığına aykırı ise aynı durum bir başka hâkimin beğenisinin ölçü kabul edilmesi için de geçerlidir. Hâkimlerin birbirine karşı bağımsızlığı konusu, ne yazık ki ülkemizdeki yargı bağımsızlığı çalışmalarında üzerinde durulmayan ya da geçiştirilen bir ara başlık olmuştur. Bu nedenle mevzuatımızdaki “hâkimlerin görevde yükselme şartları (terfi sistemi)”na dair düzenlemeler, yargı bağımsızlığı açısından ele alınmalı ve tartışılmalıdır.

Hâkimlerin birbirine karşı bağımsızlığı, aslında hâkimlerden oluşan ancak yargılama dışı idari işleve sahip HSYK, Adalet Bakanlığı, teftiş kurumu gibi kurumlara karşı bağımsızlık ve yargılama görevi yapan Yargıtay, Danıştay gibi temyiz mahkemeleri ile itiraz üzerine karar veren diğer mahkemelere karşı bağımsızlık olarak şekli açıdan iki başlık altında toplanabilir. Bir hâkimin kararını ister temyiz isterse itiraz üzerine inceleyip kesin sonuca bağlayan diğer bir hâkimin kararı, değerlendirmesi, görüşü, kararı incelenen hâkimin mesleğinde yükselmesi gibi en temel özlük hakkının değerlendirilmesine esas alınıyorsa, yargı bağımsızlığı açısından önemli bir sorunla karşı karşıya olduğumuz ileri sürülebilir.

Bu çalışmada kısaca, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda yer alan, hâkimlerin birinci sınıfa ayrılma ve birinci sınıf olma için görevde yükselmesine (terfi

sistemi) ilişkin düzenlemelerin, hâkim bağımsızlığına etkilerine işaret edilecektir.

I- Hâkimlerin Görevde Yükselmesine (Terfisine) Dair Yasal Düzenlemeler ve Terfi Sisteminin Kısa Açılımı

Hâkimler, 2802 sayılı Kanun’a göre diğer kamu görevlilerinden farklı yükselme şartlarına tabi tutulmuştur. Hâkimler, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 20. maddesine göre, her yıl kademe ilerlemesi ve 21. maddesine göre 2 yılda bir derece yükselmesi yapar. Kademe ilerlemesi yapmak için anılan kanunun 19. ve 20. maddelerine göre;

a) Buldukları kademede en az bir yıl çalışmış olmaları,

b) Olumlu sicil almış bulunmaları yerterlidir. Bu nedenle kademe ilerlemesi yapmak neredeyse otomatik hale gelmiştir ve konumuz açısından çok da önemli değerdir. Önemli olan ve yargı bağımsızlığını zedelediğini düşündüğümüz düzenleme derece yükselmesi için kabul edilen kurallardır.

Derece yükselmesi yapabilmenin şartları 2802 Sayılı Kanun’nun 21. maddesine göre;

a) Derecesi içinde iki yıl bulunmuş ve bu derecenin ikinci kademe aylığını fiilen bir yıl almış olmaları,

b) Yükselmeye engel mahkeme hükmü veya disiplin cezalarının bulunmaması,

c) Ahlâki gidişleri, mesleki bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerde birikime sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hal kâğıtları ve sicil fişleri, Yargıtay ve Danıştayca verilen notları, örnek karar ve mütalaaları, mesleki eser ve yazıları göz önünde tutularak Hâkimler ve

3 HSYK’nun ilke kararları için Bkz <http://www.hsyk.gov.tr/ilkekararlari.htm> (Erişim 20.08.2010)

Savcılar Yüksek Kurulunca ilan edilen derece yükselme ilkelerinde aranan koşulları taşımaları gerekir.

Hâkimin çalıştığı mahkemeye ya da yaptığı işe göre iki yıllık terfi süresi içinde elindeki davaların yüzde kaçını sonuçlandırması gerektiği ve çalıştığı bölgeye göre Yargıtay'dan kaç dosyasının geçmesi, geçen dosyalardan aldığı notların oranının ne olması gerektiği, 2802 sayılı Kanun'un 21/c bendinin son cümlesine göre HSYK tarafından belirlenecektir.

HSYK, çeşitli ilke kararlarında³, ayrıntılı şekilde hangi bölgede⁴ çalışan ve hangi mahkemeye bakan⁵ hâkimin, temyiz mahkemesinden en az kaç adet dosya geçirmesi gerektiğini ve terfinin çeşidine⁶ göre not oranının⁷ ne olması gerektiğini belirler.

Örneğin 07.04.1983 tarih ve 2 sayılı "Adli Yargı Hâkim ve C. Savcılar İle İdari Yargı Hâkim ve Savcılar Hakkında 2802 sayılı Hâkimler Ve Savcılar Kanununun 21 ve 118. maddeleri Uyarınca Tesbit Edilen Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararı"nın 5. maddesine göre tercihli yükselmek için "Bir yükselme dönemi içinde Yargıtay'dan ve Bölge Adliye Mahkemesi'nden, birinci ve ikinci bölgelerde en az 30, üçüncü, dördüncü ve beşinci bölgelerde en az 10 iş geçirmiş ve bu işlerden aldığı çok iyi ve iyi not oranı birinci, ikinci ve üçüncü bölgelerde % 70'e, dördüncü, beşinci ve olağanüstü

hal ilan edilmiş yerlerdeki üçüncü bölgelerde % 60'a ulaşmış" olması, aynı ilke kararının 6. maddesine göre; mümtazen yükselmek için ise "Bir yükselme dönemi içinde Yargıtay'dan ve Bölge Adliye Mahkemesi'nden, birinci ve ikinci bölgelerde en az 40, üçüncü bölgelerde en az 35, dördüncü ve beşinci bölgelerde en az 30 iş geçirmiş ve bu işlerden aldığı çok iyi ve iyi not oranı (zayıf not bulunmama koşuluyla) % 85'e ulaşmış" olması gerekir.

Terfilerin Adiyen (A terfi), tercihli (B terfi) ya da mümtazen (C terfi) olması, 2802 sayılı Kanun'un 32 ve 33. maddelerine ve ilke kararlarına göre birinci sınıfa ayrılmada önemli bir yer tutmaktadır.

2802 sayılı Kanun'un 21. maddesinde ifade edilen ve ayrıntıları HSYK'nın ilke kararlarında belirlenen derece yükselmesinde üç husus ön plana çıkmaktadır.

1) Terfi süresi içinde (İkişer yıllık zaman dilimleri) gelen işlerin (açılan davaların, önceki yıllardan devreden işlerin, taleplerin) belirli bir kısmını bitirebilme,

2) Karara bağlanan dosyaların, çalışılan bölgeye göre belirli bir sayısının Yargıtay nezdinde temyiz incelemesinden geçirilmesi,

3) Yargıtay'a temyiz incelemesi için gönderilen dosyalarda Yargıtay'ın ilgili dairesi ya da ceza genel kurulu tarafından hâkime verilecek not ve bu notların terfi süresi içindeki yüzdesi.

4 Hâkimler ve Cumhuriyet savcılar için Türkiye, beş çalışma bölgesine ayrılmıştır.

5 Kadastro, Trafik mahkemeleri gibi mahkemeler yanında yıllık iş yükünün fazlalığına göre genel mahkemelerde çalışan hâkimlerin terfi durumlarında da farklı ilkeler benimsenmiştir.

6 Hâkimler, adiyen (A terfi), Tercihli (B terfi) ve Mümtaz (C terfi) olmak üzere üç şekilde derece yükselmesi yaparlar.

7 2802 sayılı yasanın 28. maddesine göre hâkim ve cumhuriyet savcılarında, temyiz mahkemelerinde incelenen dosyalar için çok iyi, iyi, orta ve zayıf olmak üzere not verilmektedir. Not oranı hesaplanırken basitçe ; iyi (iyi + orta) X 100 şeklinde bir formül kullanılmaktadır. Söz gelimi bir hâkimin temyiz mahkemelerinde incelenen dosyalarından 25 tanesi notsuz, 30 tanesi iyi ve 8 tanesi orta notu ile notlandırılrsa not yüzdesi $30/30+8 = \% 78$ olmaktadır. Notsuz fişi ile notlandırılan dosyalar temyiz mahkemesinden geçen işten sayılmaktadır. Ancak not yüzdesi hesaplanırken dikkate alınmamaktadır. Bu tarz bir hesaplamanın doğuracağı pek çok sakınca vardır. Ancak çalışmamızın konusu olmadığı için buna değinmiyoruz.

Terfinin belirtilen şekle tâbi tutulması, yargılamanın hızlandırılması ve Yargıtay'ın uygulamaları esas alınarak kararda isabeti temin için düşünülmüştür. Ancak meslekte yükselme şartı olarak kabul edilen bu hususları yerine getirebilmek kimi durumlarda hâkimlerin elinde olan bir durum değildir. Aşağıda da değinileceği gibi ne zaman dava açılacağı, bu davanın ne zaman biteceği, temyiz edilip edilmeyeceği, Yargıtay'ın davaları ne zaman karara bağlayacağı, temyiz aşamasında kanun değişikliği olup olmayacağı, Yargıtay'ın yorumunun değişip değişmeyeceği gibi konular hâkimlerin inisiyatifinde değildir.

Ülkemizdeki hiçbir kamu görevlisi, bu şekilde mesleğinde yükselme şartına tabi tutulmamıştır. Hâkimler ve savcılar için getirilen bu sistemi diğer kamu görevlilerine uyarlarsak; sözgelimi doktorlar tedavi ettikleri hastaların iyileşmesine, vergi memurları tahsil ettikleri vergiye, eğitim/öğretim kademesinde çalışanlar eğittikleri kişi ve öğrettikleri bilgiye, emniyet mensupları yakaladıkları sanığa, önledikleri suçta, aydınlattıkları olaya göre mesleklerinde yükseleceklerdir. Bu tarz bir terfi sisteminin eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır.

II– Terfi Sisteminin Sakıncaları ve Yargı Bağımsızlığı Açısından Değerlendirilmesi

1) Evrensel Yargılama Normlarını İhlal

Adli yargı hâkimleri için kabul edilen terfi sistemi, yargı bağımsızlığı başta olmak üzere bir dizi evrensel normu ihlal etmektedir.

A) Hâkim Bağımsızlığı

Hâkimin bağımsızlığı İHAS 6/1, Anayasa'nın 138. maddesinde kabul edil-

miştir. Anayasamızın 138. maddesine göre hâkimler, görevlerinde bağımsızdır; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verir. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemele-re ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Hâkimin bağımsızlığı, talimat ve emir almaması, özellikle yürütme erkinin etki alanı dışında olması, bunun yanında, karar vermede özgür olması, sadece kanunlara ve vicdanına karşı sorumlu olmasını da kapsayan bir yargılama güvencesidir⁸. Bu durumda hâkim bağımsızlığının, sadece yürütme erki karşısında bağımsızlık şeklinde algılanması, eksik bir anlayış olacaktır. Hâkim bağımsızlığının sağlanması için, hâkimin, başka bir hâkim karşısında da bağımsız olması gerektiği kabul edilmelidir. AİHM, hâkim bağımsızlığını değerlendirirken, hâkimlerin atanma, görevden alınma, görev süresi, hâkimlere emir veremeye yetkili kişi ya da kurum olup olmadığı gibi kriterlerin yanında “hâkimlerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığı”na bakmaktadır⁹. Mehmet Ali Yılmaz/Türkiye davasında AİHM, askeri hâkimleri, terfi yönüyle idareye bağlılık açısından değerlendirirken “...Bununla birlikte, askeri yargıçların statülerinin diğer yönleri, bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları hakkında soru işaretleri uyandırmaktadır. Birincisi, askeri yargıçlar, yürütmenin emrindeki orduya tabidirler. İkincisi, başvuranın da haklı olarak işaret ettiği gibi, askeri hâkimler, askeri disiplin ve sicil değerlendirmesine tabidirler. Dolayısıyla, terfi etmek için hem idari hem de yargısal üstlerinin olumlu sicil notuna ihtiyaç duymaktadırlar. Son olarak, atanmalarıyla ilgili kararlar, idari makamlar

⁸ Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1991 s. 58

⁹ Gölcüklü A. Feyyaz-Gözübüyük A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1998 s. 254

ve ordu tarafından alınmaktadır” görüşüne yer vermiştir.

Hukuk devletinde, hâkimin bağımsızlığı, hukuk düzenine saygıyı güvence altına alma işlevi açısından önemlidir. Hâkim, hukuk devletinde anahtar kişiliğe sahiptir¹⁰. Bu kişiliğin her türlü ayırımcılık ve baskıdan kurtarılması gerekir. O kadar ki mesleğe kabulde bile, anahtar kişiliğe sahip olacakların objektif değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Bu nedendir ki Anayasa Mahkemesi, hâkimlerin mesleğe kabulünde subjektif değerlendirmeye açık sözlü sınavı hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuş, herkesin eşit koşullarda yarışmasının hukuka uygun olacağını belirtmiştir¹¹.

Hâkimlerin görevlerini yerine getirirken Anayasaya, kanuna ve vicdanlarına bağlı oldukları Anayasa (138. md) açıkça vurgulanmıştır. Terfi sistemi, toptan bir ifadeyle kanuna/hukuka bağlılığı büyük oranda kaldırmakta, yerine, kuruma (Yargıtay, Danıştay), kurumsal görüşe (içtihat) bağlılığı getirmektedir. Kuruma bağlılık -Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olarak- 2802 sayılı Kanun'un 28/1 maddesinde, “...emsal kararların gözetilmesi...” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. “Emsal kararların gözetilmesi”, not vermede bir ölçü olarak kabul edilmiştir. Kanunda “emsal kararın” ne olduğu belirtilmemiştir. “Emsal karar”dan maksat Yargıtay'ın ilgili

daresinin kararları ise, daire kararları mahkemeleri bağlayıcı nitelikte değildir. Bu tabirden maksat Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararları ise, bu karar yargılamaya konu olay nedeniyle sadece ilgili mahkemeyi bağlar. Bu durumda “emsal karar” tabirini İBK (İçtihatları Birleştirme Kararı) olarak anlamak gerekmektedir. İBK'nın bağlayıcılığı 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinde açıkça kabul edilmiştir¹². Uygulamada ise “dairemizin süreklilik gösteren kararları”, “yerleşmiş uygulama” gibi tabirlerle bozulan kararlara orta not verilmektedir. Mahkemelerin muhalefet etme, hukuku oluşturma girişimleri Anayasa'nın 138. maddesine rağmen terfilerinde değerlendirilmek üzere olumsuz not yoluyla engellenmektedir.

Kanunu meclis, hukuku hâkim yapar. Hukukun yapılması ise karar verebilme özgürlüğünde gizlidir. Not sistemi nedeniyle kararı ile cezalandırılan/ödüllendirilen hâkim, hukuku oluşturmak ya da kısa sürede mesleğinde yükselmek ikileminde bırakılmaktadır. Hâkimin hukuk yaratma özgürlüğünün koşulsuz yadsındığı yerde, ya hâkimin vicdanında ya da sosyal varlığında yara olacaktır. Öte yandan bu özgürlüğün yadsındığı yerde insanlar, güvenmelerinin kural olamayacağı kimselerden adalet bekleyecektir. Bu durum, hâkimin vicdanında açılan yaranın toplumda büyümesi demektir¹³.

10 Kaboğlu İbrahim Ö, *Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi, Hukuk Devleti, İstanbul 1998, HFSA yay s. 94*

11 *Anayasa Mahkemesi 20.11.1990 tarih ve 13/30 sayılı kararı. Bkz R.G 03.01.1992*

12 “...Yargı kararı, yorum ve dünsünel ögeden oluşur. Bunu bağlayıcı kabul etmek, hukuku dondurmaktır: Gelişmiş batı ülkelerinin çoğunda geleceğin hâkimlerini bağlayan bu tür düzenleme yoktur...” Selçuk Sami Karşıoyların Ankara 2000 s. 57” ; Ülkemizde pek çok basit konu (örneğin usturanın silah sayılacağı, İcra hakimlerinin de red edilebileceği, müsadere davasının asıl davadan ayrı açılacağı, noterden yapılan taşınmaz satışının geçersiz olduğu, devlet izni ile genelev açanlara kiralanan gayrimenkule ilişkin sözleşmenin muteber olacağı, tramvayın nakil vasıtası sayıldığı, posta giderlerinin de yargılama gideri sayıldığı vs) İBK ya konu olmuştur. Bağlayıcılığını kanunla eşit düzeyde koruyan, ancak değişen yasalara rağmen değişmezliğini sürdüren, bu noktada yasayla çatışan pek çok İBK vardır: (örneğin 18.11.1936 tarih 26/35, 26.3.1941 tarihve 28/11, 19.12.1945 tarih ve 16/17, 7.5.1947 tarih ve 3/15, 12.6.1972 tarih ve 5/10, 23.12.1976 tarih ve 7/6, 6.4.1990 tarih ve 2/3 sayılı İBK' lar)

13 Ökçesiz Hayrettin, *Hukuk Devleti ve Yargıcı, Hukuk Devleti, İstanbul 1998 HFSA yay s. 260 ; Emsal kararları yerel mahkemelerin uygulamak zorunda bırakıldığı yolundaki görüşler için Bkz. İçel Kayıhan-Donay Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I İstanbul 1999 s. 114*

Terfi sisteminin sonucu olarak hâkimin karar verirken bağımsız/özgür, başka bir merciin etki alanı dışında, sadece kanuna ve vicdanına karşı sorumlu olduğundan bahsedilemez.

Bu noktada yüksek yargı organlarının içtihat oluşturarak yerel mahkemelerin kararları arasında birlik sağlama görevi ile hâkimlerin kararlarından bizzat sorumlu olmalarını ayırmak gerekir. Terfi sisteminin hâkim bağımsızlığına olumsuz etkisi, hâkimin kararının notla değerlendirilmesi ve dolaylı olarak aldığı ödül/ceza ile mesleğinde yükselmesinin kararıyla ilişkilendirilmesinde toplanmaktadır.

Hâkimin anayasal düzeyde korunan bağımsızlığı kadar psikolojik bağımsızlığı da önemlidir. Psikolojik bağımsızlık, verilen karardan şahsen ve doğrudan sorumlu olmamakla ölçülür. Hâlbuki terfi sistemi, hâkim ve savcıya, temyiz aşamasında incelenen dosyası için “not” vererek onu kararından şahsen ve doğrudan doğruya sorumlu hale getirmekte, bu sorumluluğu mesleğinde yükselme ile ilişkilendirmektedir. Bu nedenle hiçbir hâkim, “sorunlu” olması muhtemel kararlardan sorumlu olmak istememekte, karmaşık dosyalar adliyelerde birikmektedir.

Not sistemi, her ne kadar hâkimin çalışmasını ölçmek için kabul edilmiş olsa da sonucu itibariyle ödül ve ceza mantığına dayanmaktadır. Bir hâkimi verdiği kararı nedeniyle ödüllendirmek ya da cezalandırmak yargı bağımsızlığı ilkesine uygun değildir. Kararın yanlış, hukuka aykırı olmasının müeyyidesi kararın bozulması olmalıdır. Bunu aşarak kararı nedeniyle ilgili kişileri cezalandırmak, onlara ilkokul öğrencileri gibi orta, zayıf şeklinde notlar vermek psikolojik olarak bağımsızlığı kaldıırır. Yargılama yapan kürsü hâkimlerini, kararları temyizden denetleme görevi yapan hâkimlere ve onların yorumlarına bağımlı hale getirir. Anayasayla korunan bağımsızlık ise sadece yazılı metinlerde kalır.

Bu bağımlılığın doğuracağı sonuçlar çok vahimdir.

Terfi sistemi, karar makamında olan hâkimleri, verecekleri kararlardan alacakları not konusunda tedirgin olmalarına neden oluyorsa, bağımsızlıktan söz etmek mümkün değildir.

Her ne kadar 2082 sayılı Kanun’un 28/2 maddesinde “Hükümün onanmış veya bozulmuş olması, olumlu veya olumsuz not vermek için yeterli sebep olamaz” hükmü yer almış olsa bile hâkimlere verilen notların hiçbir objektif gerekçesi yoktur. Üstelik kararların, Yargıtay’ın dairelerinde farklı kriterlere göre notlandırıldığı bilinmektedir. Thomas Giegerich tarafından hazırlanan 14 Nisan 2009 tarihli Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı Hakkında Dördüncü İstişari Ziyaret Raporunda hâkimler hakkında kararları temyizde incelenirken not verilmesi “yargı bağımsızlığı açısından bir iç tehdit” olarak görülmekte ve şu değerlendirmelere yer verilmektedir. “Türk temyiz yargı sisteminin kendine özgü bir özelliği olarak, kararları temyizde incelenirken hâkimler ve savcılar hakkında not verilmesi yargı bağımsızlığı açısından bir iç tehdit oluşturmaktadır. Bu, temyiz edilen kararların sadece hukuka uygunlukları (ve buna göre onandığı veya bozulduğu) bakımından incelenmediği, ayrıca kalitelerinin de değerlendirildiği (ve kararları yazanların pek iyiden zayıfa doğru derecelendirilmekte olduğu) anlamına gelmektedir. Hangi nedenle verildikleri bilinmeyen bu notlar hâkim ve savcılarının terfisinde önemli bir kriter teşkil etmektedir. Türk yargısının hiyerarşik yapısının altını çizen bu sistem, hâkim ve savcılarını mevcut kararlara uymaya zorlamakta ve hukukun sürekli ileri gidip gelişmesini engellemektedir. Yargıtay üyeleri ile toplantımız sırasında verilen notların bilgi ve gerekçenin sağlamlığı gibi objektif kriterlere bağlı ol-

duğu, alt derece mahkemelerinin Yargıtay içtihatlarına uygun karar vermesine bağlı olmadığını duyduk. Not verirken bu iyi niyetin yüksek mahkemelere rehberlik yaptığını seve seve kabul ederim. Ancak, birinin kendi görüşüne uymadığı halde “pekiyi” not verilen bir karar bulmak son derece zorken, kötü not vermek için herhangi bir sebep bulunmasına gerek görülmemektedir. Daha da önemlisi, alt derece mahkeme hâkimleri hatalı veya modası geçmiş olarak görsele bile; yüksek mahkemelerin içtihatlarını tıpa tıp takip ederlerse iyi not alma şanslarının daha yüksek olacağına inanmaya teşvik edilmektedir. Temyiz sisteminin yapısında zorunlu olarak böyle bir düzenleme bulunmamasına rağmen, bu sistem yargı bağımsızlığı açısından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır.” Raporun, ilgili kısmının sonuç bölümünde ise “Yüksek mahkemelerin, hâkim ve savcıların verdikleri kararlardan dolayı onlara puan vermesi uygulamasının, temyizde onların kararlarının kalitesinin ölçülmesinin kaldırılması” tavsiye edilmektedir¹⁴.

B) Yargılamanın Makul Sürede Bitirilmemesi, Adil Yargılanmama

Yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi İHAS 6/1 de kabul edilmiştir. Sözleşmeyi kabul eden ülkemiz, yargılamanın makul sürede bitirilmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Ülkemiz yargılamanın makul sürede bitirilemediği, bu konuda gerekli tedbirleri almadığı için pek çok defa AIHM kararlarıyla tazminata mahkûm edilmiştir.

Temyiz incelemesinde hâkimin her kararına not verildiği için hâkimlerin, terfi sistemi nedeniyle karmaşık, tarafları çok, hüküm kurması zor ve bozulma riski fazla

olan dosyalarda, orta ya da zayıf not almak için karar vermemeyi tercih ederek yargılamayı uzatması, sonuçta verilecek hükmü zaman aşımına uğratması gibi bir ihtimal üzerinde durulmalıdır.

Benzer bir sorun, yargılamaya konu uyuşmazlığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile sonlandırılması ihtimalinde de kendini göstermektedir. Çalıştığı mahkeme itibariyle Yargıtay’dan yeterli sayıda iş geçirmesi mümkün olmayan bir hâkimin, CMK 231. maddede düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna başvurmaması ya da yukarıdaki paragrafta değinilen zorlukları nedeniyle orta ya da zayıf not almamak için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermesi, bu şekilde adil yargılama yapılmayarak adaletin gizlenmesi/perdelenmesi ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır.

C) Yorum Kurallarının Örselenmesi

Hukuki metin olarak adlandırılan normlar, bir yaşam alanının ya da yaşam ilişkisinin tasarımına dayanır ve bunu gerçekleştirmeyi amaçlar. Bu tasarım ve amaç, normlarda kelimeler, cümleler, deyimler, kavramlar, adlandırmalar, bölümlerle ifade edilir. Metinde yer alan ibarelerin anlamı bazen açıktır, yoruma ve tartışmaya meydan vermez. Bazen de anlamları üzerinde düşünmek, yorum yapmak gerekir¹⁵. Mahkemelerin, önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak bir hukuk kuralını yorumlamalarına yargı yorumu denir. Her yeni dava, kanunun yeniden yorumlanması demektir. Hâkim, yorumu kişi olarak değil kurum olarak yapar¹⁶.

Hâkim, bir kanun metnini yorumlamada kural olarak özgürdür. Davanın tarafları, hâkimin gerekçesine yansıtığı yorumu

¹⁴ Raporun tamamı için Bkz http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/YARGININ_BAGIMSIZLIĞI_VE_TARAFSIZLIĞI_HAKKINDA_İSTİŞARİ_ZİYARET_RAPORU.pdf (erişim 15.08.2010)

¹⁵ Otacı s. 450

¹⁶ Otacı s. 455

beğenmeyebilir, bu durumda kanun yoluna başvurmaları mümkündür. Kanun yolu mercii olarak (temyiz/itiraz/başvuru vs) bir kararı inceleyen diğer hâkimin hukuki yorumu, önceki hâkimin hukuki yorumundan daha değerli değildir. Üst merciin kararı, tartışmayı bitiren son karar olma özelliği nedeniyle hukuki değer ifade eder. Bu nedenle yukarıda değinildiği gibi hukukumuzda, İBK dışında, tüm mahkemeleri bağlayıcı yargısal yorum yoktur.

Yargı bağımsızlığının görünüm alanlarından biri, hâkimlerin birbirine karşı bağımsız olmasıdır. Yargıtay, mahkemelerce verilen kararları son merci olarak inceler (2797 SK md 13, CMUK 305, CMK 307 vd), tek veya toplu olarak karar veren hâkimler çok iyi, iyi, orta, zayıf ve notsuz olmak üzere not verir (2802 SK 28. md). Verilen bu notlar, hâkim ve cumhuriyet savcılarının derece yükselmelerinde (terfilerinde) dikkate alınır (2802 SK md 21). Yargıtay, ülkede hukuk yorumu birliğini sağlama görevi üstlenmiş ise de, kanunun yorumunda kendi yorumunu tek ve tartışmasız doğru kabul ederek başka türlü yorum yapan hâkimler hakkında olumsuz not vermesi, kanunun sadece tek şekilde yorumlanabileceği anlamına gelir. Yargıtay'ın yorumunun, diğer yorumları dışlaması, kanunun yorumunun dondurulması, tekleştirilmesi sonucunu doğurur. Tek yorumun benimsenmesi ve buna aykırı yorumların not verme yoluyla değerlendirilmesi, kanunu yorumlamakla görevli hâkimleri, görevleri ile mesleklerinde yükselme arasında seçim yapmaya zorlamaktadır. Sadece Yargıtay'ın yorumunun

doğru olduğunu kabul etmek, yargı bağımsızlığına aykırı olduğu kadar hukukun gelişimine de engeldir. Her hâkimin, yargılamaya konu olaya uygulayacağı kanun maddelerini yorumlama hakkı ve görevi vardır. Sadece Yargıtay yorumunun doğru olduğunu kabul etmek, hâkimlerin yorum yapmasına dolaylı yoldan engel olmaktadır ve kanunu yorumlama hak ve görevi olmadığı, yorumun Yargıtay tekelinde olduğu sonucunu doğurur.

Yorum, uyuşmazlığın çözüldüğü zamana hastır ve gelecek zamanı kuşatacak şekilde genişletilemez, geleceğin hukukçularını bağlayan bir özellik gösteremez. Bu nedenle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi gereğince kanun gibi bağlayıcı nitelikte olan içtihatları birleştirme kararı, hukuka uygun değildir. Erkler ayrılığına ve yargı bağımsızlığına aykırıdır.¹⁷ Metin, doğası gereği her zaman yorumlanabilir. Ancak kendisi de bir yorum olan içtihatları birleştirme kararının yeni yorumlara tabi olması düşünülemez. Bu nedenle içtihatları birleştirme kararı, yorum yoluyla oluşturulmuş, değiştirilemez¹⁸ ve yeniden yorumlanamaz "norm" niteliği taşımaktadır ki böyle bir metnin hukuki olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

D) Vicdani Kanı Yargısına Aykırılık

Davaya konu iddianın, delillerle yüze yüze gelinerek, açıklık, sözlülük gibi ilkelere, tarafların ortak katılımı ve tartışması ile oluşturulan duruşma süreci sonunda oluşturulması gerekir. Bu süreç, ortak bir yapıttır ve olay/vicdani kanı yargısı olarak adlandırılıp, gerekçeye bağlanır. Olay/

17 Selçuk 14.12.1992 tarih ve 1/5 sayılı İBK'ya karşıoy, Karşıoylarını Ankara 2001 s.532; Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1991 1. Bası 1/98

18 İBK'nın değiştirilmez olduğunu söylerken, bunun imkânsız olduğunu kastetmiyoruz. İchtihatları birleştirme kararını ortadan kaldırmanın tek yasal yolu, yeni bir içtihatları birleştirme kararıdır. İBK, farklı içtihatlar arasında birlik sağlama amacıyla alınabilir. Bu açıdan, geçerliliğini yitirmiş ya da hukuki olmadığı gerekçesi ile yeni bir İBK'nın, ne kadar hukuki olacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Hukuk tarihimiz açısından, yürürlükten kaldırılan kanunlara, değişen içtihatlara rağmen kaldırılan bir İBK olmadığını da ifade etmek gerekir.

vicdani kanı yargısında bulunmak, sadece duruşma yapan, kanıtları doğrudan değerlendiren mahkemeye aittir¹⁹.

Yargıtay hâkimi, hükmün hâkimi olarak, esas mahkemesinin sabit kabul ettiği olayları, eylemleri ve olguları, iki yolla denetleyecektir. Birincisi, olayları/eylemleri, olguları, sabittir/değildir biçiminde vicdani kanı yargısını oluşturmak için yapılan duruşmanın yargılama kanunlarının uygunluğunu ele alacaktır. Yargılama kusursuz ise, Yargıtay esas mahkemesi hükmünün özellikle olay/olgu açısından gerekçesini inceleyecektir. Zira gerekçe, yargılamanın yürüyüşünü, olay saptamalarını, hukuksal tanıyı içeren ve ikisi arasındaki bağlantıyı sağlayan, yargısal etkinliğin demokratik denetimini gerçekleştiren, herkese açık ve keyfiliği önleyen bir mekanizmadır. Bu yüzden de İtalyan Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi, gerekçe her olay ve hukuk sorununu tek tek çözmesi gereken, mantuki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıdır. Yargıtay, olaylarla ilgili kanıt değerlendirmelerine ilişkin sorunların, statik/dinamik doğa, mantık, gözlemlerle edinilen ve istisnası hemen hemen olmayan kesin deneyim ve hukuk kurallarına, bilimsel verilere uygun biçimde ele alınıp alınmadıklarını, boşluk, çelişki, belirsizlik, kapalılık olup olmadığını gerekçe denetimini yaparak irdeleyecek, hukuksal denetim ve gerekçelerde disiplin sağlama görevini bu yolla yerine getirecektir. Ancak, Yargıtay, bu konularda, duruşmadan elde edilen verilerle ve kişisel deneyimlerin katkısıyla olaylar hakkında vicdani kanı yargısı oluşturan ilk mahkemenin yerine geçerek kesin çözümler üretmez, ilk mahkemeye önerilerde bulunamaz. Yargıtay'ın, olay yargıcının kaniya varışını denetlemek bakımından sınırlı bir olanağı vardır. Bu, kural olarak Yargıtay için bağlayıcıdır. Özellikle de

Yargıtay'ın kendi değerlendirmesini olay yargıcının yerine koyma yetkisi yoktur. Özgür kanıtlama yolunda kanıt sunununun bir ölçüde yinelenmesi yetkisi de yoktur. Eğer Yargıtay, sunulmuş kanıtlama araçları dolayısıyla kendi değerlendirmesini olay yargıcının yerine koyacak olursa, kendi görev alanının sınırlarını aşmış olur. Yargıtay yargıcı, kanıt değerlendirmesi yapamaz. Vicdani kanı yalnızca duruşmadan edinilen bilgiye göre oluşur. Yargıtay ilk mahkemenin yerine yalnızca ve bir ölçüde hukuksal konularda karar verebilir²⁰.

Anayasamızın 138. maddesinde ifade edilen hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı kuralı, hâkimin yorum yaparken sadece kanun, hukuk ve vicdan ölçütünü kullanması gerektiğini belirtir. Vicdan, kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç olarak tanımlanmıştır. Vicdan, kurulan hükümle hükmü kuran arasında ahlaki bağ olduğuna göre Anayasamızda “vicdani kanı” olarak formüle edilen durumun, metne dayanan hukuki yorumdan çok yargılamaya konu olaya dayanan “kabul/kanıt” yorumu ile ilgisi vardır ve bunun da kanuna ve hukuka uygun olması gerekir. R. Dworkin'e göre yorumcunun kişisel inançlarının her zaman gerekçeye bağlanması beklenemez. Yorumcu, karar verirken bireyselleştirilmiş bir hukuk kavramı geliştirmekte, kararı kendisi için bir analiz olmaktan öte duygu ve sezgi halini almaktadır. Yorumcu, yaşadığı toplumun insanı olduğuna göre olay ve olayla bağlantılı olarak yorumu, ortalama insanın duygu ve sezgilerini temsil edecektir.

19 Selçuk Karşıoyların s. 91 vd

20 Selçuk, Karşıoyların s. 108 vd (bu uzun alıntıdan dipnotlar ve kaynaklar çıkartılmıştır.)

Vicdani kanı, güçlü ahlaki vurgusu, öznel bilgiyi temsil etmesiyle hâkimin devlete, topluma, kendi değer yargılarına, medyaya ve diğer hâkimlere karşı bağımsızlığını/tarafsızlığını da çağrıştırmakta, kanunu yorumlayan hâkimin yorumunun, nihayetinde kişisel olduğuna da işaret etmektedir.

Vicdani kanı, bir yorum aracı ya da yorum yöntemi değildir. Kişisel bilgi ve tecrübeye bağlı olarak yargılamaya konu olayla/kişilerle, kanıtların içerdiği anlamla ilgili edinilmiş şahsi bilgidir. Bu bilgi, Anayasa, kanun ve hukuk ile ifade edilen hiyerarşi içinde değerlendirilemez. Vicdani kanı olarak adlandırılan kişisel/tecrübî bilgi, bahsedilen hiyerarşik bilgilerle uyum içinde olursa, kanunun tanıdığı “hükümün kişiselleştirilmesine” hizmet ederse anlamlı ve değerlidir²¹.

Taraflar, bir hükmü temyiz ederken, duruşmada kanıtlara dayalı olarak kabul edilen ve gerekçesi gösterilen “sabit kabul edilen eylemleri” de temyiz etmekte ve Yargıtay, denetim yetkisini aşarak bu konuda da değerlendirmede bulunmakta²², kararı veren hâkime not verilmektedir.

2) Mümkün Olmayanın İstenmesi İle Başarıyı Şansa Bırakma

Yukarıda, terfi sisteminde üç hususun ön plana çıktığını, bunlardan ilkinin belirli sürede belirli sayıda davayı karara bağlamak, belirli sürede Yargıtay’dan belirli sayıda dosya geçirmek ve bu dosyalardan yine belirli oranda not almak olduğunu belirtmiştik. Terfi etmeyi iş yüzdesine ve temyizden geçecek dosya sayısına bağlamak, başarıyı şansa endekslemek demektir. Çünkü ;

- Ne zaman ve ne kadar dava açılacağı,
- Bu davaların durumuna göre terfi süresi içinde bitip bitmeyeceği,
- Kararların temyiz edilip edilmeyeceği,
- Temyiz edilirse temyizden ne zaman döneceği,
- Temyiz aşamasında kanun değişikliği olup olmayacağı ve kararın bu nedenle incelenmeksizin iade edilip edilmeyeceği²³,
- Yargıtay’ın, konu ile ilgili görüşlerinde değişiklik olup olmayacağı,
- Kararın onanıp onanmayacağı, temyiz süresi içinde zamanışımına uğrayıp uğramayacağı belli değildir.

21 Konu hakkında açıklamalar ve kaynaklar için Bkz Otacı s. 456 vd

22 “...Mağdurenin anlatımı bu nedenle samimi görülmediğinden, sanığın mahkûmiyetine dair Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına ... CGK 16.11.1987, 5-449/556” ; “...mağdurların samimi iddiaları ve bu iddiaları doğrulayan doktor raporlarından anlaşılma; suçun sübutunu kabul etmek gerekir: 8. CD 12.10.1998 10667/12819 YKD Ocak 1999” ; “...inandırıcı nedenlere dayanmadığından kabul edilemez... 11. CD 26.3.2001 1517/2227 YKD Mart 2002” ; “...Müdahil mağdur (F), aşamalarda ki samimi ve istikrarlı anlatımlarında... 5. CD 17.10.2001 585/5925 (YKD Şubat 2002)” ; “...çelişkilerle dolu ifadeleri ırza geçme suçunun işlendiğine dair inandırıcı bir delil olarak kabul edilemez... CGK, 7.12.1981, 5-348/414 ; “...mağdureyi alacağım diye kandırdığı iddiası, inandırıcı nitelikte başka bir delille doğrulanmadığı görülmektedir... CGK, 31.3.1980, 5-46/170” ; “...Çelişkili beyanlarından sanığın lehine olan duruşmadaki ifadesine itibar edilmesi... CGK, 4.6.1990 - 5/101-156...”

23 22.12.2000 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un yürürlüğe girmesi, 01.06.2005 tarihinde ceza mevzuatımızın tümden değişmesi, 5728 sayılı Kanun ile CMK’nun 231. maddedeki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulama şartlarının genişletilmesi gibi bir kısım kanun değişiklikleri nedeniyle temyiz incelemesi için Yargıtay’a gönderilen dava dosyaları, çoğunluğu itibarıyla Yargıtay Başsavcılığı tarafından ya da ilgili daireler tarafından incelenmeksizin ve not fişi düzenlenmeden mahkemelerine geri gönderilmiştir.

Belirli sürede belirli sayıda karar veremeyi, her zaman hâkimin tembelliğine, ilgisizliğine bağlamak mümkün değildir. Gerekli delillerin soruşturma aşamasında toplanmamış olması, zabitanın yeterince çalışmaması, sanığın/tanığın/davalının bulunamaması, taraf teşkilinin sağlanamadığı güçlük, taraflardan birinin yurt dışında olması, tebligat sisteminin kötü çalışması vs gibi hâkimin elinde olmayan birçok olumsuzluğun göz ardı edilmesi suretiyle belirli sürede belirli sayıda iş çıkarılmasının istenmesi, isabetli bir yaklaşım değildir.

Belirli sürede belirli sayıda dosyanın karara bağlandığı kabul edilse bile, bu dosyaların belirli bir kısmının Yargıtay denetiminden geçmesi için temyiz edilmesi gerekir. Kararların temyiz edilmesi ya da edilmemesi, tamamen davanın tarafları ve ceza yargılamasında cumhuriyet savcısının takdir alanına girdiğinden hâkimle ilişkilendirilmesi asla kabul edilemez. Buna rağmen terfi edebilmek için Yargıtay'dan belirli bir sayıda dosyanın geçmesi gerektiğinin kabul edilmesi, hâkimin başarısının, tarafların inisiyatifine bırakılması anlamına gelmektedir.

3) Yargıtay'ın İş Yükünün Artmasına Neden Olma

Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gelen iş sayısı 2005 yılında 364.485.000, 2006 yılında 411.121.000, 2007 yılında 531.660.000, 2008 yılında ise 627.637.000 dir²⁴. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gelen işlerle terfi sistemi arasında ihtimal düzeyinde olsa bile bağlantı kurmak mümkündür. Hâkimin başarısının, bir terfi döneminde Yargıtay'dan geçen iş sayısı ve bu işlerden aldığı notlarla, cumhuriyet savcısının başarısının ise temyiz edip bozduğu karar sayısı ile ölçüldüğü bir

görevde yükselme sisteminde, yeterli sayının tutturulması için bizzat hâkimler ve cumhuriyet savcıları tarafından taraflara kararın temyiz ettirildiği ihtimali üzerinde durulmalıdır.

Mevcut terfi sistemi, hâkimin verdiği kararı, temyiz edilmesi halinde puanlamaya çeviren bir sistemdir. Temyiz edilmemiş bir karar, ne kadar isabetli, ne kadar kaliteli, hakkaniyete ve hukuka uygun olursa olsun asla puanlamaya konu edilmez. Bir kararın hâkime artı puan getirmesi için mutlaka Yargıtay incelemesinden geçmesi gerekir. Tarafların adil bulup temyiz etmediği bir kararın, mesleğinde yükselmek isteyen hâkime hiçbir getirisi olmadığından hâkimin, taraflara kararını temyiz etmelerini tavsiye ve telkin etmesi gibi bir riskin her zaman mevcut olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Adli istatistiklere göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan ceza dairelerine gelen işlerden temyiz talebinin reddedilme oranları 2006 yılında 8.7, 2007 yılında 6.4, 2008 yılında ise 5.1 dir. Ret kararları, hükmün yasal olarak temyiz edilemez olması, temyiz talebinin süresinde gerçekleşmemiş olması gibi nedenlere dayanır ve esasen bu tür talepler, mahallinde karara bağlanmalıdır. Mahallinde karara bağlanmayıp Yargıtay incelemesine gönderilen ve neticede reddedilmesi gereken dosya sayısının fazlalığı, terfi sistemi nedeniyle Yargıtay'dan belirli sayıda iş geçirme endişesine dayanıyor olabilir.

4) “Hukukun” Oluşumunu Engelleme ve “Gereğe” Kalitesizliği Yaratma

Türk Hukukuna ait kitaplar dikkat edilirse ikiye ayrılmaktadır. Birisi “doktrin” diye adlandırılan bilimsel görüşlerin yer aldığı çalışmalar, diğeri “uygulama” başlığı ile başlayan ve içinde hiçbir bilimsel

24 Bkz http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/yargitay/yargitay1.pdf (erişim 21.08.2010)

görüş olmayan ya da bilimsel görüşlere çok az yer verilen içtihat derlemeleri. Hâkim ve savcılar, uyguladıkları kanunların -mukayeseli hukuk dâhil- bilimsel açılımını öğrenmek yerine, temyiz halinde iyi not alabilmek için sadece ve sadece “uygulama”sını öğrenmeyi tercih etmektedir. Bu durumun Türk Hukuk sisteminin kısır bir döngü içinde kalmasına sebebiyet verdiği açıktır. Türk yargısının kısırlaştığı, yargı kararlarının sığılığı, zamana ve zemine göre değişmesi, evrensel normlara uymaması ile sabittir. Mevcut duruma göre “hukuk” sadece Yargıtay tarafından oluşturulmaktadır. Hukukun oluşumuna yerel mahkemelerin katkısı terfi sistemi nedeniyle engellenmektedir.

İlginçtir ki hukukumuzda içtihatlar ezici bir çoğunlukla bozma kararları münasebetiyle oluşturulmaktadır. Hukuk sistemimiz doğruları yücelten bir sistem değil, yanlışları gösteren ve içinden doğruyu bulmaya sevk eden bir yapı arz etmektedir. Başka bir deyişle hukukumuz “yanlış” temeli üzerine kurulmuştur. Bozma kararlarında kimi zaman gerekçeli kimi zaman gerekçesiz olarak “doğru” gösterilirken, onama kararlarında “doğru” gösterilmekte, temyiz sebepleri gerekçeli olarak karşılanmamaktadır. Yanlıştan doğru bulma üzerine kurulu bir hukuk sisteminde terfinin de savcının kararda “yanlış bulması” üzerine kurulması kendi içinde tutarlı ancak yanlış bir işleyiştir.

Türk yargı sisteminde karar gerekçeleri, davanın taraflarını ikna etme, onlara delilleri ve uygulanan kanun maddelerini gösterme, yapının kanuni olduğunu anlatma, toplumun adalet duygusunu tatmin etme, mağduru hukuken koruma, yanlışlara işaret etme, doğruyu yüceltme gibi bir kaygı taşıdığını ileri sürmek kolay değildir. Terfi sistemi nedeniyle gerekçelerin, temyiz incelemesinde kötü not almamak için, savcılara ve Yargıtay’a karşı yazıldığı izlenimi edinmek mümkündür. Amaç, “hâkim

bu noktayı da görmüş, bu konuya da değinmiş” denilmesini sağlamaktır. Başka deyişle hukuk, davanın taraflarına değil hukukçulara anlatılır.

Terfi isteminin sonucu olarak bir hâkimin kararı ne kadar isabetli olursa olsun, ne kadar araştırma ve çalışma sonucunda verilirse verilsin, gerekçesi ne kadar emek mahsulü olursa olsun temyiz denetiminden geçip iyi not verilmedikçe hâkim için –terfi açısından- önemsizdir. Çünkü hâkim, terfi edebilmek için dosyanın temyizden geçmesine ve iyi not verilmesine muhtaçtır. Başka bir deyişle terfi sistemimizde verilen kararı davanın taraflarının beğenmesi ve adil görmesinin önemi yoktur. Kararı hâkim için önemli kılan, Yargıtay’ın beğenmesi ve iyi not vermesidir. Bu durum, adliyelerin mevcut iş yükü de nazara alınırsa pek çok hâkimi temyiz denetimine sunulmayacak dosya için yeterince emek sarf etmeme gibi bir duruma zorlamaktadır.

Terfi için dosyaların temyiz mahkemesinden geçme zorunluluğu ve not sistemi oldukça serbest delil takdiri, araştırma, düşünme, muhalefet etme olamayacağı gibi bu durum yargı bağımsızlığına da gölge düşürecektir. Bir hâkim, yanlış olduğuna inansa bile, kötü not alacağı ya da kararının notsuz geçeceği endişesiyle temyiz mahkemesi görüşlerinin aksine karar vermeme ihtimaliyle karşı karşıyadır. Yargımız bu nedenle yeni görüşlere, kararlara, yorumlara nerdeyse kapanmıştır. En basit konularda bile hukuk mantığı kullanma, bilimsel görüşleri öğrenme, kanunları yeniden yorumlama yerine benzer konulardaki emsal içtihatları arama yoluna gidilmektedir. Duruşmalarda tarafların birbirlerini içtihat yağmuruna tutmasının nedeni budur. Taraflar, haklılığını sahip olduğu kanıtlarda değil de benzer olaylardaki Yargıtay’ın içtihatlarında aramakta, emsal kararlara göre durumlarını değerlendirmektedir. Karar gerekçelerinde benzer olayları tasvir eden

içtihadada dayanma neredeyse gelenek halini almıştır. İçtihatlar o kadar belirleyici olmaktadır ki kanunla tanınan takdir hakkı bile içtihatlarla sınırlanabilmektedir.

Kanunların yorumunda Yargıtay içtihatlarının mutlak belirleyiciliğine rağmen, özellikle ceza yargılamasında Yargıtay yorumlarının yeterince takip edildiğini söylemek mümkün değildir. Aşağıda yer alan ceza dairelerinin verdiği kararların yıllara göre dağılımı tablosunda da görüleceği üzere bozma kararlarındaki oranlar dünya ortalamasının çok çok üzerindedir. Bu paradoksun nedenini, 2005 ve devam eden yıllardaki bozma kararlarının oranındaki aşırı artış izah etmektedir. Tabloya göre şöyle bir tahmin yürütmenin sakıncalı olmadığı açıktır; Türk yargısı, kanunların yorumunda Yargıtay'a aşırı bağlılık içindedir ve bu açıdan Yargıtay yorumları "ezberlenen doğrular"dır. 2005 yılında ceza yargılaması kanunlarının toptan değişmesi ezberleri bozmuş, Yargıtay'da içtihatlarını henüz oturtamamış, yerel mahkemeler ise bu yeni yorumlara henüz ulaşamamış, ezberlerini yenileyememiştir. Bu nedenle 2005 yılı ve sonrasında bozma kararlarında patlama yaşanmıştır²⁵.

Ceza Dairelerinin Verdiği Kararların Yıllara Göre Dağılımı:

Yıl	Onama	Bozma	Onama Bozma
2000	57	25,1	1,7
2001	34,3	52,7	2
2002	45,9	39,5	2,2
2003	41,6	43,5	2,5
2004	49,7	34,1	2,5

2005	17,20	64,1	0,7
2006	28,8	44,8	2,4
2007	39,5	31,9	2,9
2008	19	58,9	2,1

Yanlışta muhalefet etme insanlık borcudur. Eleştirme görevdir. Terfi sistemi, muhalefet borcunu ve eleştirme görevini ortadan kaldırmaktadır. Terfi sistemi içtihadada bağımlı olma sonucunu doğurmakta, içtihat fetişizmi yaratmaktadır. İçtihat tapınmacılığı, hukukun derin kaynaklarına inmeyi önler, hukuku bilimsellikten uzaklaştırır ve mekanik hale getirir²⁶. Terfi sistemi, içtihatlarla mutlak bağlılıkla takdir hakkını sınırlandırmakta, suçun ve cezanın kişiye, olaya uygulanmasını dolayısıyla bireyselleştirilmesini engellemektedir.

5) Meslek Ahlakını Yozlaştırma

Terfi sistemi sonucu alınan notlar, hâkim ve cumhuriyet savcılarının başarısını ölçmede kullanılan yegâne ölçü olmuştur. Bir Cumhuriyet Savcısı'nın başarısı, bozdurduğu mahkeme kararları ile ölçülürse, savcılık makamının mahkemeye her konuda yardımcı olduğundan, adaletin tecelisi için çalıştığından, her bilgiyi hâkim ile paylaştığından şüphe etmek gerekir. Bu nedenle Türk yargısında hâkim, terfi sistemi nedeniyle aynı zamanda savcılık görevini de yapar. Toplanmamış delilleri toplar, ek savunma verir, sanığın iddianamede yazılı kişi olup olmadığını denetler, iddianamedeki maddi yanlışlıkları giderir, hazırlıktaki delillerle duruşmada karşılaşılan deliller arasındaki çelişkileri gidermeye çalışır, doğum kaydı, sabıka kaydı gibi en temel belgeleri ister, doktor raporlarının kesin ol-

25 İstatistikler ve değerlendirmeler için Bkz Otacı Cengiz, *Türk Ceza Yargısının Yorum Kabiliyeti*, Güncel Hukuk, Haziran 2010 s. 27

26 Selçuk Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara 1998 s.125

27 Her ne kadar CMK 174. maddesi iddianamenin iadesi düzenlemesini içerse bile, Yargıtay kararları ile maddenin uygulanması oldukça sınırlandırılmış, neredeyse sadece uzlaşmanın yapılmamış olmasına hasredilmiştir. Örnek vermek gerekirse ; Yanlış mahkemeye açılmış davada iddianame iade edilemez, görevsizlik kararı verilmesi gerekir (3. CD'nin 27.6.2007 tarih ve 8659/5291 sayılı kararı YKD Ekim 2007), yüzleştir-

ması vs gibi hazırlıkta yapılması gereken işlerle uğraşır. Hatta ve hatta iddianamede sanıkların kimlikleri yazılı değilse bunları bile araştırır²⁷. Hâsılı eksik malzemeden doğru sonuca ulaşmaya çalışır.

Terfi sistemi, hâkimlerin dosyalara “adli olay” olarak değil, “terfi sağlayacak iş” nazarıyla bakma psikolojisine itmektedir. Hak ve adalet dağıtan kişilerin yaptıklarına “iş” nazarıyla bakmaları, kutsal bir görev olan adalet dağıtımını basitleştirmektedir. Emekli bir Fransız Yargıtayı üyesinin dediği gibi “insanı yargılama tanrısal bir uğraştır²⁸”. Çünkü insanları yargılamak ve yaptıklarını doğru/yanlış olarak nitelendirmek temelde Tanrının vazifesidir.

Mevcut terfi sistemi, adalet camiasını zan altında bırakmamak için buraya yazılamayan pek çok şekilde meslek ahlakının yozlaşmasına neden olmaktadır. Adliyelerde meslektaşlar arasında, anlatılması zor olan ancak yaşanan, yargı mesleğine mensup kişiler tarafından açıkça bilinen bazı psikolojik gerginliklere, çatışmalara yol açmaktadır.

Kamuoyunu meşgul eden en önemli davaların duruşmasına dahi tek Cumhuriyet savcısı katılırken terfi endişesi ile 4. ve 5. bölgelerde en basit davaların duruşmasına bazen birden fazla Cumhuriyet savcısının katıldığı gözlenmektedir.

III - SONUÇ

Bir hâkimin diğeri hâkime, kararı nede niyle not vermesi, verilen notların da kararı incelenen hâkimin mesleğinde yükselme kriteri kabul edilmesi, hâkimleri birbirine

bağımlı kılan bir sistemdir ve açıkça yargı bağımsızlığına aykırıdır. Hâkimlik, çok genç yaşlarda başlanacak ve temyiz mahkemesi yorumlarının mutlak şekilde benimsenmesi ile zamanla yükselinecek bir meslek olmamalıdır. Hâkimlik, başarılı bir hukuk kariyerinin sonucu, bir hedefi olmaktır. Oysa ülkemizdeki kademe ve derece sistemi, Devlet Memurları Kanunu’nda devlet memurları için uygulanan kademe ve derece sisteminin aynısıdır. Bu da, kanun koyucunun, hâkimleri yürütmenin diğer memurları ile aynı statüde gördüğünün işaretidir. ABD ve İngiltere gibi ülkelerde hâkimlerin terfisi gibi bir düzenleme yoktur. İngiltere’de terfinin olmamasının gerekçesi olarak hâkimlerin bağımsızlığına bir zarar gelmemesi gösterilmektedir. Geleceğini, kendi çalışma, bilgi, beceri ve buna bağlı olarak kanunların yorumunda göstereceği maharete değil de meslektaşlarının yorumunda arayan bir hâkimin, bağımsız olduğunu söylemek son derece zordur²⁹.

Yargıtay tarafından verilen notların objektif kriteri olmadığı gibi verilmiş notların düzeltilmesinin de objektif kriteri, denetimi yoktur. Verilen notların idari işlem mi yoksa yargısal işlem mi olduğu tartışmalıdır. İdari işlem niteliğinde olduğu kabul edilirse yargı yolu açık olmalıdır (Anayasa 125). Yargısal işlem olarak kabul edilirse mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olması gerektiği ilkesi uyarınca (Anayasa 141, CMK 34) verilen ya da verilmeyen notların gerekçelerinin gösterilmesi ve ilgili hâkime tebliğ edilmesi gerekir.

me yapılmamış olması iddianamenin iadesi nedeni sayılmaz (8.CD’nin 20.9.2007 tarih ve 8639/6090 sayılı kararı), kovuşturma aşamasında mahkemece yerine getirilmesi gereken yargısal faaliyet kapsamındaki suçun unsurlarının varlığının açıklığa kavuşturulmasıyla bağlantılı hususlar iddianamenin iadesi nedeni değildir (4. CD’nin 14.10.2009 tarih ve 20701/16361 sayılı kararı), şüphelinin ifadesinin alınmamış olması iddianamenin iadesi sebebi değildir (4. CD’nin 15.7.2009 tarih ve 16803/14282 sayılı kararı)

28 Ökçesiz s.244

29 Elveriş İdil, *Hakim Atama Nakil Sistemi ve Yargı Bağımsızlığı*, http://www.idilelveris.av.tr/yargi_reformu.doc s. 15, 25 (Erişim 12.06.2002)

Her meslek mensubu gibi hâkim ve cumhuriyet savcıları da mesleklerinde yükselmek istemektedir. Ancak terfi sistemi hukukun en önemli süjesi olan hâkimleri “hukuk”tan ödün vermeye zorlamakta, bunda da başarılı olmaktadır. Anayasa’nın 138. maddesine rağmen hâkimler ve savcılar kanundan çok kuruma bağımlı hale gelmektedir. Bu arada başta evrensel yargılama ilkeleri olmak üzere hukuk zedelenmekte, adalet gecikmekte, adliyelere duyulan güven sarsılmaktadır.

Terfi edebilme ve zaman kaybetmeden birinci sınıfa ayrılma kaygısının ve çarpınısının altında yatan en önemli neden şüphesiz maaş ve mesleki statü farkıdır. Sözelimi birinci sınıfa ayrılmış mahkeme başkanı ile henüz birinci sınıfa ayrılmamış ağır ceza mahkemesinde çalışan hâkimlerden her üçü de aynı yargılamayı yapmakta, aynı sorumluluğu paylaşmakta ve aynı karara imza atmaktadır. Yapılan işin aynı olmasına rağmen aradaki maaş farkının uçurum seviyesinde olması olumsuz motivasyon etkisi yapmaktadır. Bu nedenle hâkim ve savcılar iyi terfiler yaparak bir an önce birinci sınıfa ayrılmak istemektedir.

Gerek Yargıtay gerekse Danıştay, 2802 sayılı Kanun’un 28. maddesinin amir hükmü nedeniyle kararını inceledikleri hâkimlere not vermekte, verilen notlar yine maddeye göre terfinin esaslı bir unsuru kabul edilmekte ve HSYK’ya, terfinin kriterlerini belirleme görevi yüklenmektedir. Ne Yargıtay ne Danıştay ne de HSYK, kanunun verdiği görevi yerine getirdiği için eleştirilemez ve kınanamaz. Kanun koyucu, 2802 Sayılı Kanun’un 28. maddesinde 2005 yılında yaptığı değişiklikle not sistemi kaldırılmadığı gibi uygulamasını genişletmiştir. Yargı bağımsızlığına aykırı gördüğümüz yasal düzenlemeleri gözden

geçirmek, değiştirmek ya da kaldırmak kanun koyucunun sorumluluğundadır. Not sisteminin bahsettiğimiz sakıncalarının sorumluluğunu yargı organlarına yüklemek mümkün görünmemektedir.

Almanya Bavyera eyaletinde hâkimlerin terfisi devlet sınavında alınan nota, dört yılda bir yapılan teftişte (teftiş üst mahkeme yapmaktadır. Ayrıca müfettişlik kurumu yoktur) alınan nota, davalarda alınan sonuca ve yöneticilik kabiliyetine göre yapılmaktadır³⁰.

Fransa’da ise terfiler sicillere göre yapılmaktadır. Hâkimlere komisyonlar, savcılara başsavcılar sicil vermektedir. Yüksek mahkemeler hâkimlere onanan ya da bozulan kararları için not vermemektedir³¹. İngiltere ve ABD’de hâkimlerin terfisi diye bir düzenleme yoktur.

Sağlıklı ve adil bir yargılama için mevcut terfi sisteminden vazgeçilmeli, objektif, araştırmayı, düşünmeyi hatta muhalefet etmeyi destekleyen bir sistem getirilmelidir

Her soruşturmada/duruşmada, bitireceği işi, alacağı “notu” düşünen hâkim/Cumhuriyet savcılarıyla yürütülen yargılamanın sağlıklı olup olmadığı sorgulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Gölçüklü A. Feyyaz-Gözübüyük A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1998
- İçel Kayıhan-Donay Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I, İstanbul 1999, Beta Yay.
- Kaboğlu İbrahim Ö, Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi, Hukuk Devleti, İstanbul 1998, HFSA Yay.

30 TC Adalet Bakanlığı, 1992 yılı Yurt Dışı Gezi Notları. Eğitim Dairesi Başkanlığı yayın no 99 (Gezi notları) s. 4

31 Gezi notları s. 11

- Elveriş İdil, Hakim Atama Nakil Sistemi ve Yargı Bağımsızlığı, http://www.idilelveris.av.tr/yargi_reformu.doc(Erişim 12.06.2002)
- Otacı Cengiz, Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunları'nın Yorumu, TBB Dergisi, 2010 syf. 89
- Sayılı İBK'lar
- Otacı Cengiz, Türk Ceza Yargısının Yorum Kabiliyeti, Güncel Hukuk Haziran 2010
- Ökçesiz Hayrettin, Hukuk Devleti ve Yargıcı, Hukuk Devleti, İstanbul 1998 HFSA Yay.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1991, Beta Yay.
- Selçuk Sami, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara 2007, İmge yayınları
- Selçuk Sami Karşıoylarımız Ankara 2000, Turhan Yay.
- Selçuk Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara 1998, Yeni Türkiye Yay.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1991, Kazancı kitap