

Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç'un; 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/63)

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifim gerekçesi ile birlikte ilişikte sunulmuştur.

Gereğini arz ederim.

14/11/2007

Yılmaz Tunç
Bartın

GENEL GEREKÇE

Hâkim ve savcı adaylarının atamaları Cumhuriyetin ilk yıllarından beri, Adalet Bakanlığı tarafından yapılmaktadır.

Bu konudaki ilk düzenleme 14/7/1934 tarihli ve 2751 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2556 sayılı Hâkimler Kanununun 4 üncü maddesidir. Bu madde;

“Her sene alınacak namzet miktarı Vekillikçe tespit olunur.

Namzetler Adliye müsteşarı ile teftiş heyeti reisinden ve hukuk, ceza ve zat işleri umum müdürlerinden teşekkül edecek heyetin mütalaası alındıktan sonra Adliye vekili tarafından tayin olunurlar.

Taleplerin sayısı birinci fıkrada yazılı miktarı aştığı takdirde diploma derecesi tercihte esas tutulur. Bu şartta da müsavat halinde kura çekilir.”

Hükmünü içermektedir.

2556 sayılı Kanunun 4. maddesini değiştiren 28/6/1972 tarihli ve 1597 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi ise; her yıl alınacak aday miktarının kadro ve ihtiyaç durumuna göre Bakanlıkça tespit edileceğini, taleplilerden yazılı sınav ve mülâkatta başarı gösterenlerin başarı derecelerine göre sıraya konulup boş olan kadrolara bu sıra gereğince Adalet Bakanı tarafından atanacağını belirtmiş, aynı maddenin son fıkrası ise sınavların ve mülâkatın ne şekilde yapılacağı ve sınav ve mülâkat kurullarının nasıl teşekkül ettirileceği hususunun bir yönetmelikle tespit edileceğini düzenlemiştir.

Bu Yönetmeliğin 7 nci maddesine göre oluşturulan Sınav ve Mülâkat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı, bulunmadığı takdirde müsteşar yardımcısının başkanlığında, Yüksek Hâkimler Kurulu Birinci Bölüm Başkanı, Teftiş Kurulu Başkanı, Hukuk İşleri, Ceza İşleri, Ceza ve Tevkif Evleri ve Özlük İşleri (Personel) genel müdürleri veya yokluklarında kanuni vekillerinden oluşturulmuştur.

Halen yürürlükte bulunan 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 9 uncu maddesinde; her yıl alınacak aday sayısının, avukatlık mesleğinden alınacaklarla birlikte Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca tespit edileceği, yazılı yarışma sınavı ile mülâkatta başarı gösterenlerin Adalet Bakanlığınca adaylığa atanacağı, adayların yarışma sınavı ve mülâkatta ilişkin hususların yönetmelikte düzenleneceği ifade edilmektedir.

Bu maddeye göre hazırlanarak 9/9/1991 tarihli ve 20986 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Adli ve İdarî Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülâkat ve Atama Yönetmeliğinin 27 nci maddesinin ilk halinde “Mülâkat Kurulu; Müsteşar veya görevlendireceği müsteşar yardımcısının başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri, Personel Genel Müdürlerinden oluşur” düzenlemesi yer almakta iken, açılan bir davada Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu 29/3/2007 tarihli ve 2007/234 Y.D. İtiraz nolu kararıyla Yönetmeliğin bazı hükümleri hakkında yürütmenin durdurulması kararı vermiştir. Söz konusu kararda başka konular yanında “...Türkiye Adalet Akademisinin kuruluş amacı ve teşkilat yapısı ile değinilen görevleri gözetildiğinde, diğer bir deyişle alınacak adayların, Akademinin öğrencileri olacağı ve eğitim verecek olan kurumun adayların seçiminde de etkili olması gerektiği hususu dikkate alındığında “Mülâkat Kurulu”nun, Türkiye Adalet Akademisinde görevli özellikle Danıştay ve Yargıtay mensuplarının da Bakanlık üst düzey yöneticileri ile birlikte katılımının sağlanması suretiyle oluşturulması gerekmektedir” ifadesine yer verilmiştir. Aynı kararda “2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin son fıkrasında yarışma sınavı ve mülâkatına ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş ancak sınavın şekli, sınav ve mülâkat kurulu ve mülâkatın amacı ve içeriği ile ilgili her hangi bir düzenlemeye yer verilmeyerek idareye takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır.” denilmek suretiyle bu hususların kanunla düzenlenmemesi eleştiri konusu yapılmıştır.

Öte yandan, söz konusu kararda her ne kadar Türkiye Adalet Akademisinde görevli özellikle Danıştay ve Yargıtay mensuplarının da Bakanlık üst düzey yöneticileri ile birlikte katılımının sağlanması suretiyle oluşturulması gerektiği belirtilmekte ise de, gerek 2802 sayılı Kanunda ve gerekse 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununda, Akademide görevli olanlara böyle bir görev verilmemiştir. Bu itibarla, Mülâkat Kuruluna Türkiye Adalet Akademisinde görevli üyelerin de katılımının sağlanması amacıyla kanunî düzenleme yapma gereği ortaya çıkmıştır.

2802 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (c) bendinin ikinci fıkrasındaki “ihtiyaç oranındaki” ibaresi belirsizlik yarattığından kaldırılması uygun görülmüştür.

Avukatlık mesleğinden hâkim ve savcı adaylığına kimlerin geçiş yapabileceğine ilişkin 2802 sayılı Kanunda bir düzenlemenin olmaması dikkate alınarak, 8 inci maddeye eklenen (k) bendiyle bu eksikliğin giderilmesi amaçlanmıştır.

39 uncu maddede profesörlükten ve doçentlikten hâkimlik ve savcılık mesleğine geçiş usulü düzenlendiğinden, uygulama kabiliyeti de olmayan doktora yapanlardan hâkim ve savcı adaylığına mülâkatla alım usulünden vazgeçilmiştir.

Bir kariyer mesleği olan hâkimlik ve savcılık mesleğinin ilk adımı sayılan hâkim ve savcı adaylığına girişle ilgili hususların yönetmelik yerine Kanunla düzenlenmesinin kamuoyundaki tartışmaları sona erdireceği düşünülerek, 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve hâkim ve savcı adaylığı yazılı yarışma sınavı ve mülâkatın yapılaş şekli ve dava sürecine ilişkin hususları düzenleyen 9/A maddesi Kanuna eklenmiştir.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun, suç yönünden hâkim ve savcılar hakkında uygulanan disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili hükümler yeniden düzenlenerek, madde 24/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ceza sistemimizle uyumlu hale getirilmiştir.

MADDE GEREKÇELERİ

Madde 1- 2802 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (c) bendinin ikinci fıkrasındaki “ihtiyaç oranındaki” ibaresi belirsizlik yarattığından madde metninden kaldırılması uygun görülmüştür.

2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında “Her yıl alınacak aday sayısı, avukatlık mesleğinden alınacaklarla birlikte Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle, kadro ve ihtiyaç durumuna göre Adalet Bakanlığınca tespit edilir.”, 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında ise “Adayların meslek öncesi eğitimleri, 4954 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılır. Avukatlık mesleğinden adaylığa alınanların, altı ay süreli meslek öncesi eğitimleri, Adalet Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenen esaslara göre Türkiye Adalet Akademisi Eğitim Merkezinde yaptırılır.” hükümlerine yer verildiği halde, avukatlık mesleğinden hâkim ve savcı adaylığına kimlerin geçiş yapabileceğine ilişkin maddi bir düzenlemeye Kanunda yer verilmemiştir. Maddeye eklenen (k) bendiyle birlikte bu eksikliğin giderilmesi amaçlanmıştır. Buna göre, avukatlıktan adaylığa geçmek isteyenler için giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibarıyla yaş sınırı otuzbeş olarak belirlenmiş ve fiilen en az beş yıl avukatlık yapmış olma kuralı getirilmiştir. Bu durumda olanların diğer adaylarla arasında eşitsizliğe sebebiyet verilmemesi ve objektif bir kriter konulması amacıyla kendi aralarında yazılı yarışma sınavı ve mülâkat yapılması öngörülmüştür.

Madde 2- 2802 sayılı Kanunun 39 uncu maddesinde profesörlükten ve doçentlikten hâkim ve savcılık mesleğine geçiş usulü düzenlenmiştir. Akademik kariyeri bulunanların bu madde hükmüne göre mesleğe geçmeleri imkan dahilinde olup, doktora yapanların adaylığa alınmalarına gerek bulunmamaktadır. Ayrıca adli ve idarî yargı hâkim ve savcı adaylığına başvurusu kabul edilen fakültelelerin sayılarının artması ile birlikte sınavlara başvurunun çoğalması ve avukatlıktan adaylığa alım usulünün getirilmesi de dikkate alınarak, yeterli kaynak sağlandığından doktora yapanların sadece mülâkata tabi tutulması usulünden vazgeçilmiştir.

Ayrıca, bir kariyer mesleği olan hâkimlik ve savcılık mesleğinin başlangıç evresi olan adaylığa alınma usul ve esaslarının yönetmelik yerine Kanunla düzenlenmesi amaçlanmış ve Kanuna eklenen 9/A maddesiyle de yönetmelik düzenlemesine artık ihtiyaç kalmadığından 9 uncu maddenin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

Madde 3- Bu madde ile hâkim ve savcı adaylığı yazılı yarışma sınavı ve mülâkatın yapıldığı şekli ile dava süresi düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasıyla yazılı yarışma sınavının, alanında uzman olan Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılması esası getirilerek, Adalet Bakanlığının yazılı sınavı yapma olanağı ortadan kaldırılmıştır. Adalet Bakanlığı ile Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi arasında yapılacak olan protokol ile yazılı sınavın yerleri, sınavın yürütülmesinde gözetilecek hususlar, tarihi, süresi, kazananların belirlenmesi, sınav sonucunun Adalet Bakanlığına ve ilgililere bildirilme şekli, açıklanma süresi ve sonuca itiraz gibi yazılı sınava ilişkin usul ve esaslar belirlenecektir. Ayrıca, sınavı yapan kurum tarafından talep edilen masraf başvuru sırasında ilgililerden alınacaktır.

Sınav ilânında nelerin bulunması gerektiği hususları ile ilânın şekil ve usulü ikinci fıkrada düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrada adli ve idarî yargıda yazılı yarışma sınavının içeriğini oluşturacak konular ayrı ayrı sayılmıştır.

Dördüncü fıkra ile yazılı yarışma sınavlarında uygulanacak puanlama sistemi açıklanmıştır. Buna göre, yazılı sınavda genel yetenek ve genel kültür soruları 20, alan bilgisi soruları 80 puan ağırlığa sahip olacak şekilde değerlendirmeye tâbi tutulacaktır. Bu değerlendirme yapılırken genel yetenek ve genel kültür konularının kendi arasında, alan bilgisi konularının da sınavın adli veya idari yargı hâkim adaylığı yazılı yarışma sınavı olması dikkate alınarak kendi arasında eşit olarak puanlanacağı hükmü getirilmiştir. Bu durumda genel yetenek ve genel kültür konularının herbirinin puan olarak değeri kendi aralarında eşit olduğundan dörder puandır. Adli ve idari yargı hâkim adaylığı yazılı yarışma sınavının alan konuları on başlıktan oluştuğundan, bunların kendi aralarındaki puan değeri de sekizer puan olmaktadır.

Yazılı sınavda öncelikle yüz tam puan üzerinden yetmiş puan alma şartı getirilmiş, bununla birlikte yetmiş puanı geçen herkesin çağırılması yerine ilânda belirtilen kadro sayısının yüzde elli fazlası mülâkata çağırılarak, yazılı sınavın yarışma sınavı niteliğine dönüşmesi beşinci fıkrayla sağlanmıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülâkat ve Atama Yönetmeliğinin “Mülâkat Kurulu”nu düzenleyen 27 nci maddesinin yürütmesini durdururken, Mülâkat Kurulunda Adalet Bakanlığının üst düzey görevlileri yanında, Türkiye Adalet Akademisinde görevli özellikle Danıştay ve Yargıtay mensuplarının da bulunması gerektiğini belirtmiştir. 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununun 5 inci maddesi Akademisinin görevlerini ayrıntılı olarak saymış olup, Mülâkat Kurulunda görevlendirilmeye ilişkin bir hüküm bulunmadığından, bu hususa kanunî dayanak kazandırılması amacıyla düzenleme yapılmış, 4954 sayılı Kanuna göre Akademisinin karar ve icra organı olan, belirli aralıklarla toplanan Yönetim Kurulu üyelerinin Mülâkat Kurulunda yer alması benimsenmiştir. Böylece, Mülâkat Kurulunun oluşumuna ilişkin hususlar altı, yedi, sekiz ve dokuzuncu fıkralarla düzenlenmiştir.

Yazılı yarışma sınavında başarılı olanların tâbi tutulacağı mülâkat, ilgilinin muhakeme gücü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneği, genel davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu ve liyakati ile dış görünüşü itibarıyla yadırganacak bir halinin bulunup bulunmadığının puan vermek suretiyle değerlendirilmesi yöntemi olarak tanımlanmıştır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun söz konusu kararında belirtildiği üzere mülâkatın sözlük anlamı, “davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla bir kişiyle yapılan sorulu cevaplı görüşme”dir. Esasen, yazılı yarışma sınavında ilgililerin genel yetenek ve genel kültür seviyeleri ile alan bilgisi düzeyleri ölçüldüğü ve bu sınavda ilan edilen kadronun yüzde elli fazlası mülâkata çağırıldığından, ilgililerin mülâkatta bilgilerinin yeniden ölçülmesinin de bir gereği kalmamaktadır. Bu nedenle, mülâkatta ilgililerin fıkroda belirtilen hususlarda değerlendirmesinin yapılması gereğinden hareketle onuncu fıkra düzenlenmiştir.

Onuncu fıkroda belirtilen hususların herbirinin yirmibeşer puan üzerinden, diğer bir anlatımla eşit oranda değerlendirmeye tabi tutulacağı, ilgililer için ayrı ayrı tutanak tutulacağı ve mülâkatta başarılı sayılmak için üyelerin herbirinin verdikleri puanların aritmetik ortalamasının, yüz puan üzerinden en az yetmiş olması gerektiği belirtilerek, mülâkattaki kriterlerin ağırlıkları ve değerlendirme esasları nesnel olarak onbirinci fıkroda düzenlenmiştir.

Onikinci fıkradaki düzenleme ile mülâkat başarı listesinin hazırlanma usulü ve bundan sonra Mülâkat Kurulunun yapacağı işlem düzenlenmiştir.

Onüçüncü fıkrayla yazılı yarışma sınavına katılmayanların mazeretinin kabul edilmeyeceği, mülâkatta mazeret bildirilmesi halinde ise ne şekilde hareket edileceği hüküm altına alınmıştır.

Nihai başarı listesinin ne şekilde oluşturulacağı ondördüncü fıkra hükmüne bağlanmıştır.

Onbeşinci fıkradaki düzenlemeyle sınav kazananlardan gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu tespit edilenlerin sınavlarının geçersiz sayılarak atamaları yapılmayacağı, ataması yapılmış olsa dahi iptal edileceği ve bunların hiçbir hak talebinde bulunamayacağı hükmü getirilmiştir.

Sınavı kazananlardan ataması yapıp da belge ile ispatı mümkün zorlayıcı sebepler olmaksızın 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 nci maddesinde belirlenen kanunî süre içerisinde görev ve başlamayanların atamalarının iptal edileceği, tekrar atanmaları için başvurmaları halinde bunların atamalarının yapılmayacağı onaltıncı fıkra hükmü altına alınmıştır.

Onyedinci fıkra ile yazılı yarışma sınavı ve mülâkata karşı, genel dava açma süresi olan altmış gün içerisinde dava açılması halinde, ataması yapılan adaylar bakımından hukukî sorunlarla karşılaşıldığından, konunun önemine binaen idarî yargı yerinde dava açma süresi özel hükme bağlanarak yedi gün ile sınırlandırılmıştır.

Madde 4- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile, ceza sistemimizde önemli değişiklikler getirilmiştir. Bazı suçların cezaları artırılmış, suç karşılığında yaptırım olarak uygulanacak cezalar, hapis ve adli para cezası şeklinde düzenlenmiştir. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunumuzun belirlediği ağır hapis, hapis, hafif hapis, ağır ve hafif para cezası sisteminden vazgeçilmiş, ayrıca verilen hapis cezasının paraya çevrilebilme ve verilen adli para cezasının ertelenebilme durumu, yeni Türk Ceza Kanununun mantığı ve sistematığına uygun olmadığından kaldırılarak tamamen yeni bir sistem kurulmuştur. Böylece, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda, suç yönünden hâkim ve savcılar hakkında uygulanan disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili hükümler yeniden düzenlenerek Türk Ceza Kanununun sistemiyle uyumlu hâle getirilmesi amaçlanmıştır.

Madde 5- Yürürlük maddesidir.

Madde 6- Yürütme maddesidir.

Adalet Komisyonu Raporu

Türkiye Büyük Millet Meclisi

Adalet Komisyonu

Esas No. : 2/63

28/11/2007

Karar No.: 9

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA

Başkanlığınızca 19/11/2007 tarihinde Komisyonumuza havale edilen “Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç’un; 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/63)”, Komisyonumuzun 22/11/2007 ve 28/11/2007 tarihli 6 ncı ve 7 nci toplantılarında Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Cemil Çiçek, Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin ile Adalet Bakanlığı ve Türkiye Barolar Birliği temsilcilerinin katılımlarıyla incelenip görüşülmüş ve bütün görüşmeler tutanağa bağlanmıştır. Teklifin tümünün ve maddelerinin müzakeresi sırasında aşağıda belirtilen görüşler ifade edilmiştir:

Komisyon görüşmeleri sırasında Teklif ile ilgili olarak Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, üniversiteler ve ilgili sivil toplum kuruluşu temsilcilerinin de toplantıya çağırılmasının gerektiği dile getirilmiştir.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda değişiklik öngören Tasarı, 22 nci Yasama Döneminde Adalet Komisyonunda görüşülmüş ve 5375 sayılı Kanun olarak kabul edilmiştir. Söz konusu Kanun, Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilmiştir. Bu Kanun, T.B.M.M.’ce yeniden görüşülmüş ve 5435 sayılı Kanun olarak kabul edilmiştir. Adı geçen Tasarı, Adalet Komisyonunda görüşülürken, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yargıtay ve Danıştaydan Komisyon toplantısına katılan temsilciler, Tasarı hakkındaki görüşlerini beyan etmişlerdir. Bu görüşlerde, Hâkim ve savcı adaylarının bağlı tutulduğu yazılı sınav ve mülâkatın Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yerine getirilmesinin yargı bağımsızlığı ilkesinin kaçınılmaz sonucu olduğu belirtilmiştir. Toplantılarda ifade edilen bu görüşler, Komisyonumuzdaki müzakerelere katılan bazı milletvekilleriince sözü geçen tutanaktan okunmuştur. Ayrıca Adalet Komisyonunun veri tabanında yer alan bu görüşlere her üyenin ulaşabilme imkanı bulunmaktadır. Komisyona ısrarla çağırılması istenen bu kuruluş temsilcilerinin görüşleri ve gerekçeleri Komisyon bilgisinde olduğundan tekrar çağırılmamıştır. Önceki dönem toplantılarına iştirak etmeyen Türkiye Barolar Birliği temsilcileri, bu dönem görüşmelerine çağırılmıştır. İçtüzüğün 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki takdir yetkisi bu yönde kullanılmıştır.

Komisyon çalışmaları sırasında milletvekilleri tarafından mülâkatın Adalet Bakanlığı tarafından yapılmasının yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri açısından değerlendirilerek Anayasaya aykırılığı ifade edilmiş ve mülâkat komisyonunun teşekkülüne ilişkin çeşitli modeller önerilmiştir. Bunlar, Türkiye Adalet Akademisi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi müstakil, yukarıdaki iki model ile Türkiye Barolar Birliği ve üniversiteler gibi kuruluşların temsilcilerinin katılımıyla oluşacak karma modellerdir.

Komisyonumuz, teklifte ortaya konulan gerekçeleri de değerlendirerek Adalet Bakanlığı bürokratlarıyla içlerinde Yargıtay ve Danıştay üyelerinin de bulunduğu Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulundan oluşacak karma bir model benimsemiştir. Bu model, adalet sistemimizde yetmiş yılı aşkın süredir uygulanan ve istikrar kazanan modelin geliştirilmiş bir versiyonudur. Ayrıca bu model, kimi unsurları yönünden Anayasa Mahkememizin 7.2.2007 tarih, 47/14-E/K; aynı tarih 162/15-E/K sayılı kısa kararlarında Anayasaya uygun görülmüştür.

Türkiye Büyük Millet Meclisi

(S. Sayısı: 65)

Teklif metninde, muhalefet partileri milletvekillerinin de yapıcı katkılarıyla değişiklik yapılmıştır.

Teklif metninde yapılan değişiklikler aşağıda açıklanmıştır.

Teklifin 1 inci maddesinin birinci fıkrasında, idareye verilen takdir yetkisi, oransal bir tavan konularak, daha belirgin bir hale getirilmiştir.

Teklifin 2 nci maddesinde, Kanunun 9 uncu maddesiyle, doktora yapanların mülakat sonucuna göre adaylığa atanması yönündeki düzenlemenin yürürlükten kaldırılması Komisyonumuzca uygun görülmeyle kanundaki mevcut düzenleme korunmuştur.

Teklifin 3 üncü maddesinde aşağıda belirtilen gerekçelerle değişiklik yapılmıştır.

Birinci fıkarda yer alan “ve bu sınavın yürütülmesine ilişkin hususlar” ibaresi, Kanun bakımından gerekli bir unsur olmadığı düşüncesiyle metinden çıkarılmıştır.

Beşinci fıkarda yer alan, ilan edilen kadro sayısının yüzde elli fazlasının mülakata çağrılacağına ilişkin hükümden sonra Hâkim adaylığı için belli bir bilgi birikimine sahip olunması gerektiği düşüncesiyle “Ancak başarı oranı, ilan edilen kadronun yüzde elli fazlasının altında olursa, sadece başarılı olanlar mülakata çağrılır.” ibaresi eklenmiştir.

Onuncu fıkraya eklenen (e) bendi ile, ilgili yönetmeliğin söz konusu hükmü kanuni hüküm haline getirilmiştir.

Onbirinci fıkarda, onuncu fıkarda yapılan değişikliğe paralellik sağlamak amacıyla “yirmibeş” ibaresi “yirmi” olarak değiştirilmiştir.

İdari dava açma süresini düzenleyen Teklifin 3 üncü maddesinin son fıkrası, İdari Yargılama Usulü Kanunundaki genel hüküm karşısında metinden çıkarılmıştır.

Teklifin 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, disiplin suçlarında eylem ile yaptırım arasında ölçülülük ilkesine uygunluğun sağlanması amacıyla değişiklik yapılmıştır.

Teklifin 5 inci ve 6 ncı maddeleri aynen kabul edilmiştir.

Teklif maddeleri, Komisyondaki görüşmeler sırasında redaksiyona tabi tutulmuştur.

Raporumuz, Genel Kurulun onayına sunulmak üzere Başkanlığa saygı ile arz olunur.

Başkan	Başkanvekili	Sözcü
<i>Ahmet İyimaya</i>	<i>Hakkı Köylü</i>	<i>Mehmet Emin Ekmen</i>
Ankara	Kastamonu	Batman
Kâtip	Üye	Üye
<i>İlknur İnceöz</i>	<i>Ahmet Aydın</i>	<i>Halil Ünlütepe</i>
Aksaray	Adıyaman	Afyonkarahisar
		(Muhalefet şerhim ektedir.)
Üye	Üye	Üye
<i>Zekeriya Aslan</i>	Osman Ertuğrul	<i>Yılmaz Tunç</i>
Afyonkarahisar	Aksaray	Bartın
	(Son toplantıya katılamadı)	

Üye <i>Ayla Akat Ata</i> Batman (Muhalefet şerhim ektedir.)	Üye <i>Fatih Metin</i> Bolu	Üye <i>Mehmet Tunçak</i> Bursa
Üye <i>Mehmet Salih Erdoğan</i> Denizli	Üye <i>Celal Erbay</i> Düzce	Üye <i>Veysi Kaynak</i> Kahramanmaraş
Üye Metin Çobanoğlu Kırşehir (Son toplantıya katılamadı)	Üye <i>Ali Öztürk</i> Konya	Üye <i>İhsan Koca</i> Malatya
Üye <i>Ali Rıza Öztürk</i> Mersin (Muhalefet şerhim ektedir.)	Üye <i>İsa Gök</i> Mersin (Muhalefet şerhim ektedir.)	Üye <i>Mustafa Hamarat</i> Ordu
Üye <i>Rahmi Güner</i> Ordu (Muhalefet şerhim ektedir.)	Üye <i>Rıdvan Yalçın</i> Ordu (Muhalefet şerhim ektedir.)	Üye <i>Yahya Akman</i> Şanlıurfa
	Üye <i>Ali İhsan Köktürk</i> Zonguldak (Muhalefet şerhim vardır.)	

KARŞIOY YAZISI

2/63 Esas Numaralı 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi;

TBMM gündemine getirilme şekli,

Daha önceki dönemde Cumhurbaşkanının vetosu ve kamuoyu baskısı nedeniyle çıkarılamayan hükümleri içermesi,

Oluşmuş yargı kararlarını by-pass etmeye yönelik olması,
açılarından kabul edilemez bir Tekliftir.

Teklifin TBMM gündemine getirilme şekli demokratik geleneklere ve TBMM'nin çalışma yöntemine aykırıdır. Teklif, Kasım ayının 14'ünde AKP Bartın Milletvekili tarafından AKP Grubuna sunulmuş, AKP Grubu Teklifi 15 Kasım'da TBMM Başkanlığına göndermiş; TBMM Başkanı da 19 Kasım'da Teklifi Adalet Komisyonuna havale etmiştir. Aynı gün, yani, 19 Kasım Pazartesi günü, Komisyon Başkanı 10'larca teklif ve tasarı dururken, bu Teklifi 22 Kasım Perşembe günü görüşmek üzere üyeleri toplantıya çağırmıştır. Teklifin tümü üzerinde yapılan görüşmelerden sonra maddeleri üzerindeki görüşmeler için Adalet Komisyonu 28.11.2007 tarihi saat 9.00'da toplantıya çağırılmıştır. Mesai saatlerinin dışında bir toplantı saati belirlenmesi siyasi iktidarın konuyu kamuoyu gündeminden nasıl kaçırmak istediğini ortaya koymaktadır.

Teklifin Adalet Komisyonunda görüşmelerinin başladığı 22 Kasım 2007 tarihinde Teklifin içeriğine ilişkin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu, Yargıtay ve Danıştay'ın bilgisinin olmadığı ortaya çıkmıştır. Bunlarla birlikte Teklif metninin meslek örgütü YARSAV'ın da dikkatinden kaçırıldığı ortaya çıkmıştır. Mesleğe alınmaya ilişkin düzenleme yapılırken hukuk fakültelerinin görüşlerinin alınmaması da, Teklifin Komisyon çalışmalarının nasıl oldu bittiye getirildiğini göstermektedir.

Bunlarla birlikte, Teklifin TBMM'ye sunulması ve Adalet Komisyonunda görüşülmesine ilişkin takvimin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yurtdışı gezisine denk getirilmesi de ayrıca düşündürücüdür.

Teklifin 1 inci maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (k) bendi 5375 Sayılı Kanun metninde de yer almaktaydı. 5375 Sayılı Kanun Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından tekrar görüşülmek üzere TBMM'ye iade edilmiştir. Sayın Cumhurbaşkanının iade gerekçesi aynen şöyledir:

T.C.

CUMHURBAŞKANLIĞI

SAYI : B.01.0.KKB.01-18/A-11-2005-588 13/07/2005

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA

İLGİ: 30.06.2005 günlü, A.01.0.GNS.0.10.00.02-11718/34503 sayılı yazınız.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nca 29.06.2005 gününde kabul edilen 5375 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" incelenmiştir:

İncelenen Yasa'nın 1. maddesiyle 24.02.1983 günlü, 2802 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanunu"nun 8. maddesine eklenen (k) bendinde,

"Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; (ı) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az üç yıl çalışmış, otuzbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavı ve mülakatta başarılı olmak,"

düzenlemesine yer verilmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi

(S. Sayısı: 65)

Düzenlemede, avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenlerde,

- 8. maddenin (ı) bendi dışında diğer koşulların bulunması,
 - Avukatlık mesleğinde fiilen en az üç yıl çalışmış olması,
 - Otuzbeş yaşını doldurmamış bulunması,
 - Kendi aralarında yapılacak yazılı yarışma sınavı ve mülakatta başarılı olması,
- koşullarının aranacağı öngörülmektedir.

Yasa'nın 8. maddesinin (ı) bendinde, yargıç ve savcı adaylığına atanabilmek için yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarılı olmak koşulu aranırken, incelenen Yasa ile, bunun yerine avukatlıktan adaylığa geçmek isteyenlerin "kendi aralarında" sınava bağlı tutulması yöntemi getirilmektedir.

İncelenen Yasa'yla getirilen (k) bendinde, yazılı yarışma sınavı ve mülakatı yapacak makam gösterilmemiştir. Ancak, 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin son fıkrasında, adayların yarışma sınavı ve mülakatının uygulanmasına ilişkin konuların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin son fıkrası uyarınca çıkarılan "Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği"nde, adayların yazılı yarışma sınavları ile mülakatlarının Adalet Bakanlığı'nca yapılacağı belirtilmiştir. Avukatlıktan adaylığa geçmek isteyenlerin yarışma sınavı ile mülakatlarının da bu kurala göre yapılacağında kuşku bulunmamaktadır.

Bu duruma göre, avukatlıktan yargıç ve savcı adaylığına geçmek isteyenlere uygulanacak yazılı yarışma sınavı ve mülakatın Adalet Bakanlığı'nca yapılmasının Anayasa'ya uygun olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

2802 sayılı Yasa'nın, 09.03.1995 günlü, 4087 sayılı Yasa'yla değiştirilen 39. maddesinin,

"Mesleklerinde en az üç yıldan beri eylemli olarak çalışan, mesleğe kabulde aranan şartlara sahip olup yeterlik sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibarıyla kırk yaşını bitirmemiş olan avukatlardan; Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılacak mülakatta başarı gösteren avukatlar arasından avukatlıkta geçen süresinin tamamı fiilen meslekte geçmiş gibi sayılarak ve görevin gerektirdiği yasal koşullar göz önünde bulundurularak girebilecekleri sınıf ve derecedeki adli ve idari yargı hakimlik ve savcılık mesleğine kabullerine,

karar verilebilir."

kuralını içeren (b) bendinin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Bu kuraldaki, avukatlardan yargıçlık ve savcılık mesleğine geçmek isteyenlerin yazılı yarışma sınavının Adalet Bakanlığı'nca yapılacağını öngören düzenlemenin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 14.12.1995 günlü, E.1995/19, K.1995/64 sayılı kararında da belirtildiği gibi;

Yargıçların görevlerini yapabilmeleri için bağımsızlığa ve güvenceye sahip olmaları zorunludur. Bu bağlamda, Anayasa'nın 9. maddesinde, "Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" denilmektedir. Yargıçların bağımsızlığı, kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle, demokratik ülkelerin tümünde yargıç bağımsızlığı kabul edilmiş ve güçler ayrımı ilkesinin doğal sonucu olarak bu bağımsızlık öncelikle yasama ve yürütme organlarına karşı güvenceye bağlanmıştır.

Yargıçların bağımsızlığı, onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan maddi, manevi baskı ve etkidenden uzak bulunmaları ile olanaklıdır. Yargıçların yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlayabilmek için Anayasa'da çeşitli önlemler getirilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde, "mahkemelerin bağımsızlığı", 139. maddesinde "hakimlik ve savcılık teminatı", 140. maddesinde de "hakimlik ve savcılık mesleği"ne ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde, "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" denilerek yargıçların bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiş ve böylece, yasama yetkisinin, yargıçların bağımsızlığına aykırı biçimde kulanılması önlenerek, yargıçların bağımsızlığı yasakoyucuya karşı da korunmuştur.

Anayasa'da bununla da yetinilmeyerek yargıçların bağımsızlığını korumak için 139. maddede "hakim teminatı" kabul edilmiştir. Anayasa'nın 139. ve 140. maddelerinde, yargıç ve savcılarının özlük haklarına ilişkin yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve yasama organının bu ilkelere aykırı düzenlemeler yapması önlenmiştir. Bu kurallarla yargıçların, maddi, manevi kuşkulardan ve her türlü etkiden uzak tutulup, Anayasa'ya, yasalara ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vermeleri sağlanmak istenilmiştir.

Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında, yargıç ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları, ödevleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Öte yandan, Anayasa'nın 159. maddesinde belirtildiği gibi, "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hakimlik teminatı" esaslarına göre görev yapmak üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kurularak; adli ve idari yargı yargıç ve savcılarının mesleğe kabulü, atanması, geçici yetki verilmesi, yükselme ve birinci sınıfa ayrılması, kadro dağıtılması, disiplin cezasına ve meslekte kalmaları uygun görülmeyle ilişkin gerekli kararların verilmesi Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır.

Nitelik saptamadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceğine göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, mesleğe kabuldən önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenecektir. Bu nedenle, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa kuralının adaylığa alınma dönemini de kapsadığının kabulü gerekmektedir.

Anayasa'da, yargıçlık ve savcılık mesleğine verilen özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekler, adaylığa alınmış ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturulmak istenilmiştir. Böylece, ister adaylıktan, ister avukatlıktan geçiş yoluyla olsun yargıçlık ve savcılık mesleğine girmek isteyenlerin yeterli sınavlarının yürütmenin etkili olamayacağı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na belirlenecek bir sınav kurulunca, objektif ölçme ve değerlendirme esaslarına göre yapılması zorunlu kılınmaktadır.

Bakanlıkça yapılacak bir yeterli sınavı öncelikle yargıçlık ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgeleyecektir. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek zorunda olan bir bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterli sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların, kendilerini her türlü maddi, manevi etkilerden uzak ve özgür hissetmeleri zorlaşacaktır. Onlar, yargıçlığın gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşıyalar da kamu vicdanında daima tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum ise, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesinin düzenlendiği Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin aynı kararında, 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin ikinci fıkrasında ki avukatlıktan yargıç ve savcılık mesleğine atanacaklar için yapılacak yazılı yeterli sınavı ile mülakatın ilke ve yöntemlerinin yönetmelikle düzenlenmesini öngören kural da,

"Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan 'Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile' sözcükleri için açıklanan iptal gerekçeleri maddenin ikinci fıkrası için de aynen geçerli olduğundan, bu fıkranın da Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali gerekir..." denilerek iptal edilmiştir.

Avukatlık mesleğinden yargıç ve savcılığa atanacakların Adalet Bakanlığı'nca yazılı yeterlik sınavına bağlı tutulmasının Anayasa'nın 138, 139, 140 ve 159. maddelerine aykırılık oluşturduğunu saptayan bu karar, yasa ya da yönetmelikle bu konuda getirilecek benzer düzenlemelerin de Anayasa'ya aykırı olacağı konusunda herhangi bir duraksamaya yer bırakmamaktadır.

Bu iptal kararı üzerine 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin 15.01.2003 günlü, 4790 sayılı Yasa'yla yeniden düzenlendiğini; yapılan düzenleme ile maddenin ikinci ve dördüncü fıkralarında yer verilen,

"Mesleklerinde en az beş yıldan beri fiilen çalışmakta olup, bilimsel güç ve yeteneği ile hizmet ve meslekteki başarısına göre emsali arasında temayüz eden avukatlar, mesleğe kabul edildikleri tarihte otuzbeş yaşını geçmemiş olmak koşuluyla, avukatlıkta geçen sürelerinin üçte ikisi meslekte geçmiş gibi sayılarak ve görevin gerektirdiği kanuni şartlar göz önünde bulundurularak girebilecekleri sınıf ve derecedeki adli ve idari yargı hakimlik ve savcılıklarına atanabilirler."

"Yukarıdaki fıkralarda yazılı şartları taşıyan isteklilerin mesleğe alınıp alınmayacakları ve alınmaları halinde girebilecekleri sınıf ve dereceler Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belli edilir.",

biçimindeki kurallarla, kapsama giren avukatlardan yargıç ve savcılığa alınacak ve atanacakların belirlenmesinde Adalet Bakanlığı'na herhangi bir yetki tanınmamış olduğunu vurgulamak gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, avukatlıktan yargıçlık ve savcılık mesleğine geçeceklerle ilgili olmakla birlikte, aynı zamanda 2802 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde yazılı yükseköğretim kurumlarını bitirerek yargıç ve savcı adaylığına başvuranlara uygulanacak yazılı yarışma sınavı ve mülakatın Adalet Bakanlığı'nca yapılacağına ilişkin kuralların hukuksal durumuna da açıklık getirecek niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, hiçbir duraksamaya yer bırakmayan gerekçesi ve herhangi bir ayrıklığa yer vermeyen anlatımıyla kaynağı ne olursa olsun yargıç ve savcı adaylığına başvuranların adaylığa atanmak için Adalet Bakanlığı'nca yazılı yarışma sınavına ve mülakata bağlı tutulmalarının, Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesini düzenleyen kurallarıyla bağdaşmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu devlettir. Anayasamızda da hukukun üstünlüğü ilkesi kabul edilmiş ve bu ilke Anayasa'nın başlangıcı ile 11, 138 ve 153. maddelerinde yaşama geçirilmiştir.

Anayasa'nın 176. maddesine göre, temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı Anayasa metnine dahildir. Anayasa'nın başlangıç kısmında, güçler ayrımının Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı uygar bir işbölümü ve işbirliği olduğu, üstünlüğün ancak Anayasa ve yasalarda bulunduğu belirtilmiştir.

Yine Anayasa'nın,

- 11. maddesinde, Anayasa kurallarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, yönetimi, diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu; yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağı,

- 138. maddesinde, yasama ve yürütme organları ile yönetimin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulundukları, bu organlar ve yönetimin, mahkeme kararlarını hiçbir biçimde değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği,

- 153. maddesinde de, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, yönetimi, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı, belirtilmiştir.

Anayasal sistemimize göre, herkesin anayasal kurallara uymak zorunluluğu bulunmakla birlikte, Anayasa'yı yorumlayıp Anayasa'ya uygunluk/aykırılık hükmü kurmaya yetkili tek organ Anayasa Mahkemesi'dir. Bu nedenle, bağlayıcı Anayasa kurallarının Anayasa Mahkemesi kararları ile birlikte değerlendirilip gözetilmesi zorunludur.

Yukarıda açıklanan anayasal kurallar ve hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, yasama organı ve Adalet Bakanlığı, yasaları ve düzenleyici yönetsel işlemleri, yargıç ve savcı adaylığı için başvurulara uygulanacak yazılı yarışma sınavını ve mülakatı yapacak yetkili ve görevli makamın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu olacak biçimde düzenlemekle yükümlüdürler.

Bu nedenlerle, incelenen Yasa'nın 1. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 8. maddesine eklenen (k) bendi, Anayasa'nın, "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "yargıçlık güvencesi" ilkelerine yer verilen 138, 139, 140 ve 159. maddeleri, hukuk devleti ilkesi ve Anayasa Mahkemesi kararı ile bağdaşmamaktadır.

Yayımlanması yukarıda açıklanan gerekçelerle uygun bulunmayan 5375 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 1. maddesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa'nın değişik 89 ve 104. maddeleri uyarınca ilişikte geri gönderilmiştir.

Ahmet Necdet SEZER
CUMHURBAŞKANI "

Bununla birlikte Sayın Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesinde ayrıntılı olarak yer verdiği Anayasa Mahkemesinin 14.12.1995 tarihli kararı aynen şöyledir:

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

Karar Günü : 14.12.1995

İPTAL DAVASINI AÇAN : Anamuhalefet (Anavatan) Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu Adına Grup Başkanı A. Mesut YILMAZ.

İPTAL DAVASININ KONUSU : 9.3.1995 günlü, 4087 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un 1. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasındaki "...Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz..." sözcüklerinin; 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkrasının; 3. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün, 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8., 9., 10. ve 11. maddelerinin ve 4087 sayılı Yasa'nın geçici 1. ve 3. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci ve sekizinci paragrafları ile 10., 11., 138. ve 153. maddelerine aykırı olduğu savı ile iptali ve yürürlüğün durdurulması istemidir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi

(S. Sayısı: 65)

I- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ

27.4.1995 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"21 Mart 1995 tarih ve 22234 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak bu tarihten itibaren yürürlüğe giren 9.3.1995 tarih ve 4087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanunun;

I. a) Birinci maddeleriyle 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 32 nci maddesinin (b) bendi değiştirilmek suretiyle, birinci sınıfa ayrılmada bu meslekte fiili olarak on yılın doldurulması öngörülürken, aynı maddenin ikinci fıkrası da değiştirilerek master yapanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarı ile tamamlayanların dokuz yılda, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarından birinde doktora yapanların da sekiz yılda birinci sınıfa ayrılmaları öngörülmektedir.

Oysa hakim ve savcılık kariyer mesleği olup sınıf içinde bilfiil başarılı olarak hizmet vermek esastır. Hakim ve savcılık mesleğine atanan bir kimsenin maddi hukuk (Ceza Hukuku, Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku, Borçlar Hukuku vs. gibi) alanlarında yapacağı master veya doktora mesleği ile ilgili kabullensek dahi fiilen hakimlik veya savcılık yapanlara karşı bir eşitsizlik doğmaktadır. Zira mesleğini icra eden bir hakim veya savcının hata ve yanlış yapma ve dolayısıyla iyi sicil alamama gibi bir ihtimali varken doktora veya master için bu ihtimal ortadan kalkmaktadır. Kaldı ki, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünün uyguladığı program hakim ve savcılık mesleği ile ilgili olmayıp kamu yönetimi alanındadır. Hakim ve savcılık mesleği ile ilgili olmayan bir programın tamamlanmış olması halinde birinci sınıfa ayrılmada bir avantaj tanınmasının Anayasanın eşitlik ilkelerine aykırı olacağı düşünülmektedir.

b) İkinci maddesiyle değiştirilen 24.2.1983 tarihli ve 2802 sayılı Kanunun 39 uncu maddesinin (b) bendiyle mesleklerinde en az üç yıldan beri eylemli olarak çalışan ve Hakim ve Savcılık mesleğine kabulde aranan şartları taşıyan ve kırk yaşını bitirmemiş avukatların yapılacak yeterlik sınavı sonuçlarına göre, avukatlıkta geçen sürelerinin tamamı Hakim ve Savcılıkta geçmiş gibi mütalaa edilerek mesleğe kabulleri ile bu sürelerinin ayrıca birinci sınıfa ayrılmak için gerekli olan sürelerin hesabında da dikkate alınacağı öngörülmektedir. Bu düzenlemelerin de, esas itibarıyla Anayasanın gerek başlangıç bölümünde ve gerekse 10 uncu maddelerinde yer alan eşitlik ilkelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Zira sözkonusu Kanunun 9 uncu maddesi, Hakim ve Savcılık mesleğine girmek isteyenler için gerekli şartları ve sınav usulünü genel olarak düzenlemiştir. Bu sınavlar sonucunda mesleğe alınan hakim ve savcıların hizmet bölgeleriyle her bölgede ne kadar müddetle hizmet verecekleri belirlenmişken, 4087 sayılı Kanunun mezkur hükmüyle avukatlar için bir istisna getirilerek hem sınav şartları basitleştirilmekte ve hem de birinci sınıfa ayrılmada, belli hizmet bölgelerinde hizmet etme koşulu zımnen kaldırılmıştır. Öte yandan hakim ve savcılık mesleğine girmek için kanunun 9 uncu maddesi uyarınca açılan sınavda başarılı olamadığı için bu mesleğe giremeyen ve neticede avukatlık mesleğini seçenlerin bilahare basit bir sınavla Hakim veya Savcılığa atanması da eşitlik ilkelerini zedeleyen bir uygulama oluşturacaktır.

Şöyle ki;

1. İlgi kanunun 2 nci maddesinin (b) bendinde avukatlardan hakimlik ve savcılığa atanacaklar için yapılacak yeterlik sınav ve mülakat konusu, ikinci fıkrada ise bunun usul ve esaslarına dair çıkarılacak yönetmelikle ilgili düzenleme yapılmıştır.

Oysa 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde adaylığa atanma ve yazılı yarışma sınavı ve mülakat ile ilgili düzenleme olup usul ve esaslarına dair yönetmelik de mevcuttur. Bu iki kaynaktan gelecek şahısların ayrı sınav ve usullere tabi tutulması Anayasaya aykırıdır. Mesleğe 9 uncu maddeye göre gireceklerin iki yıllık bir adaylık süresine tabi tutulması, 8 inci maddeye göre 30 ve 35 yaş sınırlarının olması gibi şartlar bulunmasına rağmen avukatlıktan geçenler için yaş sınırının 40'a yükseltilmesi de eşitlik kuralına aykırıdır. Ayrıca bu düzenleme adaylık için başvurup başarılı olmayanları mesleğe almak için ayrıcalıklı bir usule tabi tutulmaktadır. Zira adaylık sınavını kazanıp staj yapanla, sınavı kazanamayıp avukatlık yapan ve memuriyet disiplinine tabi olmayanlara hem mesleğe kabulde ve hem de sınıfa ayrılımda avantajlar getirilmektedir.

2. İkinci maddenin 3 üncü fıkrası da Anayasanın eşitlik kuralına aykırıdır. 2802 sayılı Yasanın 32 nci maddesinde Birinci Sınıfa ayrılma koşulları düzenlenmiştir. 3 üncü fıkraya göre 8 yıl avukatlık yapıp mesleğe giren bir hakim veya savcı bir terfi dönemi sonunda on yılını dolduracak ve birinci sınıfa ayrılmaya hak kazanacaktır. Ancak 32 nci maddenin C, D, E, F bentlerindeki düzenlemelerin tespiti nasıl yapılacaktır. Adaylık sureti ile mesleğe girip stajla birlikte 10 yıl boyunca sicil incelemesine, müfettiş denetimine, en az beş defa terfi incelemesine tabi tutulup çalışma şartlarını nedeni ile haklı haksız birçok şikayetlere maruz kalıp ülkenin birçok yerinde mesleğin zor koşullarının altında ezilip bu şartlar sonunda birinci sınıf incelemesine tabi tutulan hakim ve savcılarla sekiz yıl avukatlık yapıp mesleğe giren hakim veya savcılar arasındaki denge nasıl kurulacaktır.

Yine bu suretle mesleğe giren avukatlar çok kısa sürede birinci sınıfa ayrılacaklarına göre bu hakim savcılara 5. 4. 3. bölge hizmetleri yaptırılmayacaktır. Birinci sınıf hakimlerin görev alacakları yerler ve iller sınırlı olduğuna göre normal şartlarda en az 15 yıl hizmeti gerektiren bölgelerin bir kaç yıl içinde avukatlıktan mesleğe geçenler tarafından doldurulması gibi gayri adil bir durum ortaya çıkacaktır.

Bu tür bir uygulamada Anayasamızda yer alan eşitlik ilkelerinin ihlali olduğu kadar meslek kurallarının da zedelemektir. Kaldı ki, bu tür düzenlemelerin süreklilik arzemesi mesleğe olan ilgiyi azaltacağı ve özellikle de 5, 4 ve 3 üncü hizmet bölgelerinde eleman açıklarının oluşmasına ve dolayısıyla adalet hizmetlerinin de aksamasına yol açacaktır.

c) Kanunun üçüncü maddesiyle 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında geçen "üçte ikisi" ibaresi "tamamı" olarak değiştirilmek suretiyle serbest avukatlıkta geçen sürelerin tamamı meslekte geçmiş gibi sayılmak suretiyle hem hakim ve savcılık mesleğinde sınıfa ayrılımda on yıl hakim veya savcılık yapanla 10 yıl serbest avukatlık yapanların hizmet süresi itibarıyla aynı noktaya getirilmekle yaratılan dengesizlik kadar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre (md. 36/C.3) özel sektör veya serbest meslekten Devlet Memurluğuna geçenlerin bu sürelerinin dörtte üçünün memuriyette geçmiş sayılacağına dair olan hükümle çelişki ve eşitsizlik yaratmaktadır. Bu düzenleme meslek içinde mevcut olan müsavat ve dengeleri bozmakla birlikte yaratacağı mesleki huzursuzluk yanında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre herhangi bir kuruluşa memur ya da avukat olarak atanacaklarla hakim veya savcılık mesleğine atanacaklar arasında da Anayasanın eşitlik ilkelerine aykırı bir uygulamanın kaynağını oluşturmakla iptali gerektiği düşünülmektedir.

d) Gerek 4087 sayılı Kanunun bir ve ikinci maddeleriyle değiştirilen 2802 sayılı Kanunun 32 ve 39 uncu maddelerinde yer alan hükümler ve gerekse yine 2802 sayılı kanuna, 4087 sayılı Kanunla eklenen geçici 8 ve 9 uncu maddelerde yer alan hükümlerle; Başlangıçtan beri hakimlik ve savcılık mesleğini tercih edenler aleyhine, başka mesleklerden bilahare hakimlik ve savcılık mesleğine giren veya girecek olanlar lehine, Anayasanın eşitlik ilke ve esaslarına aykırı olarak yeni düzenlemelere gidilmiş ve birinci sınıfa ayrılımda birtakım öncelik ve imtiyazlar tanınmıştır.

Örneğin: Memleketin belirli bölgelerinde belirli sürelerde hizmet etme koşulu aranmamakta, Hakim veya Savcılıkla hiçbir ilgisi bulunmayan, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünün Kamu yönetimi uzmanlık programını tamamlayanların dokuz yılda birinci sınıfa ayrılmasını sağlayan hükümlerde ayrıcalıklı uygulamaların temeli oluşturulmuştur. Bu düzenlemeler geçici 8 ve 9 uncu maddelerle de eskiden mesleğe girmiş olanlar içinde geçerli kılınmıştır.

Yapılan düzenlemelere göre Hakimlik veya Savcılık mesleğine, meslek dışından atanacaklarda ve özellikle de serbest avukatlıktan alınacaklarda, mesleğe mezuniyetlerini müteakip girenlerin birinci sınıfa ayrılma şartlarından hizmet süresi dışında hiç birisi aranmamaktadır.

Şöyle ki;

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 32 nci maddesinde (Birinci Sınıfa Ayrılma Koşulları) düzenlenmiştir.

Bunlar:

1. Birinci dereceye yükselmek,
2. Hakimlik ve Savcılık mesleğinde 10 yılını doldurmak,
3. Bilimsel güç ve yeteneği ile hizmet ve meslekteki başarısına göre emsali arasında temayüz etmiş olmak,
4. Yer değiştirme cezası almamış olmak,
5. Kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı neviden olmasa bile birden fazla almamış olmak,
6. Mesleğin vakar ve onuruna dokunan veya kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görevle ilgili herhangi bir suçtan affa uğramış olsa bile hüküm giymemiş olmaktır.

Başlangıçta hakimlik ve savcılık mesleğini tercih edenler, sekizinci derecenin birinci kademesinden göreve başlayarak, birinci dereceye yükselinceye kadar, derece yükselmesi ve kademe ilerlemesi için, karar verip Yargıtay ve Danıştay incelemesine tabi tutulan dosyalar için not alacak, ayrıca denetim organlarından müspet sicil alıp almadıkları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca incelenecek, bunun sonucu bir üst dereceye terfileri ve birinci sınıfa ayrılmaları belirlenmişken, mesleğe başka mesleklerden atanacaklar için bu şartlar geçerli olmayacaktır. Kaldı ki, bazı özel durumlarda 10 yıllık sürede aranmamaktadır. Bunlarda ayrıcalıklı uygulamalardır.

Söz konusu düzenlemelerin haklı bir nedeni, kamu yararı, veya kamu düzeni ile bir alâkası olmaksızın, meslektaşlar arasında büyük huzursuzlukların doğmasına sebep olacak ve eşitsizlik yaratacak düzenlemeler olması sebebiyle aynı durumdaki meslektaşlar için ayrı ve farklı düzenlemeler getiren söz konusu maddelerin Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.

e) Kanunun geçici birinci maddesi de 2802 sayılı kanunun 4087 sayılı kanunla değişik 39 uncu maddesinin (b) bendindeki esaslar gözönünde bulundurularak bir yıllık bir süre için 55 yaşını doldurmamış avukatlardan mesleğe girmek isteyenler için düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak mezkur kanunun 39/b fıkrası, dava dilekçemizin (b) bölümünde arzedilen sebeplerle Anayasaya aykırı bulunduğundan bu geçici maddenin de Anayasanın eşitlik prensiplerine aykırı bulunduğu düşünülmektedir. Diğer taraftan bu maddenin serbest avukatlıkta uzun süre bulunmuş ve 54 yaşında veya 55 yaşını doldurmaya bir veya bir kaç ayı kalmış olanların sırf Sosyal Sigortalar Kurumu yerine TC. Emekli Sandığından emekli olabilmelerine imkan sağlamak üzere düzenlendiği de sezilmektedir. Maddenin bu yönüyle de Anayasaya aykırı olduğu kanaatını taşıyoruz.

Keza 4087 sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddesi de yine kanunun 39 uncu maddesinde yapılan yeni düzenleme ile serbest avukatlıktan gelecekler için öngörülen yeterlik sınavına dair yönetmeliğin düzenleme süresiyle ilgili olup 2802 sayılı Kanunun 39 uncu maddesinde yapılan değişikliğin bir gereği olarak tedvin edilmiş bulunan mezkur maddenin (b) bendinin iptali karşısında uygulama imkanı kalmayacağından bu maddenin de iptali gerektiği düşünülmüştür.

II- 4087 sayılı Kanunun birinci maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanunun 32 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki "Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarı ile bitirenler" ibaresi; 2 nci maddesiyle değiştirilen 39 uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkraları; 3 üncü maddesiyle değiştirilen 9 uncu maddesindeki "üçte ikisi" ibaresinin "tamamı" olarak değiştirilmesine dair olan hükmü; 5 inci maddesiyle 2802 sayılı Kanuna eklenen geçici 8, 9, 10 ve 11 inci maddelerinin geçici birinci ve geçici üçüncü maddelerinin Anayasanın başlangıç bölümünün 5 inci ve 8 inci bentleri ile 10, 11, 138 ve 153 üncü maddelerinde yer alan ilke ve kurallarına aykırılığı:

a) Anayasanın Başlangıç Hükümlerine Aykırılık :

Anayasanın başlangıç bölümünde yer alan beşinci bendinde "...egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu Millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiç bir kişi veya kuruluşun bu Anayasa'da... belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı", sekizinci bendinde ise "Her Türk vatan-daşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince sahip olduğu" şeklindeki ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Zira 21.3.1995 gün ve 22234 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan 9.3.1995 gün ve 4087 sayılı Kanunun dava konusu ettiğimiz maddelerinde yer alan hükümlerle yapılan düzenlemelerle Hakim ve Savcılık Mesleğinde yerleşmiş bulunan hizmet içinde yetiştirme ve kariyerde ilerleme, avukatlar lehine bozulmakta ve yargı eğitimiyle hiç bir alakası bulunmayan ve Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresince uygulanan kamu yönetimi programları da yeni bir ayrıcalık getirmekle 4087 sayılı Kanunun dava konusu yaptığımız hükümlerinin Anayasanın bu temel ilkelerine açıkça aykırılık teşkil ettiği ve iptali gerektiği düşünülmektedir.

b) Anayasanın 10 ve 11 inci Maddelerine Aykırılık :

Anayasanın 10 uncu maddesinde "Herkes ... ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır."; 11 inci maddesinde "Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ... bağlayan hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." hükmü yer almaktadır.

Anayasanın bu kurallarına rağmen mezkur kanunun dava konusu ettiğimiz madde ve fıkralarında yer alan hükümlerini, yaratacağı adaletsizlikler, eşitsizlikler ve taşıdığı imtiyazlı düzenlemeler sebebiyle Anayasa kurallarıyla bağdaştırmak mümkün görülmemekle Anayasanın 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olmakla iptali gerektiği düşünülmektedir.

Zira 4087 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeler bir yandan kariyer bir meslek olan hakim ve savcılık mesleğine gönül vererek mezuniyetlerini müteakip usulü dairesinde bu mesleğe girenlere kıyasla; Hakimlik veya Savcılık için açılan sınavlarda başarılı olamadıkları için veya özel tercihleri sebebiyle Avukat mesleğini seçenlere, sonradan şu veya bu sebeple hakimlik veya savcılık mesleğine geçmek isteyenlere, imtiyaz tanıdığı gibi hemen hemen neredeyse yaş sınırını da subjektif bazı sebeplere binaen ortadan kaldırmakla birlikte birinci sınıfa ayrılmak için memleketin belirli bölgelerinde

belli sürelerle hizmet vermeyi de avukatlar lehine ortadan kaldırmaktadır. Öte yandan kamu yönetiminde uzmanlık programı uygulayan Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü programını hakimlik mesleğiyle bir tutmak suretiyle fiilen hakimlik veya savcılık yapanlar aleyhine bir düzenlemeyi Anayasanın eşitlik ve kanunların Anayasaya uygunluğu ilkesiyle bağdaştırmak mümkün görülmemektedir.

c) Anayasanın 138 ve 153 üncü Maddelerine Aykırılık :

Anayasanın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasında "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır..." ve 153 üncü maddesi de "Anayasa Mahkemesi kararları kesindir... Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ... bağlar." hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin, daha önce bir çok defa Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle vermiş bulunduğu müesses iptal kararları muvacehesinde dava konusu edilen hükümlerde yine Anayasanın yukarıda arzedilen 138 ve 153 üncü maddelerinde yer alan ilke ve kurallara aykırı olduğu ve bu yönüyle de iptali gerektiği düşünülmektedir.

Sonuç ve İstem :

21 Mart 1995 tarihli ve 22234 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan "9.3.1995 tarihli ve 4087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanunun";

a) Çerçeve birinci maddesiyle değiştirilen, 2802 sayılı Kanunun 32 nci maddesinin ikinci fıkrasında geçen "...Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz..." ibaresinin,

b) Çerçeve ikinci maddesiyle; değiştirilen, 2802 sayılı Kanunun 39 uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile iki ve üçüncü fıkralarının,

c) Çerçeve üçüncü maddesiyle değiştirilen, 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamamı" ibaresinin,

d) Çerçeve beşinci maddesiyle 2802 sayılı Kanuna eklenen geçici 8, 9, 10 ve 11 inci maddelerinin,

e) Geçici birinci ve üçüncü maddelerinin,

İptal gerekçelerimiz bölümünde açıklanan sebeplerle Anayasanın başlangıç bölümünün 5 inci ve 8 inci bentlerinde yer alan ilkelerle 10, 11, 138 ve 153 üncü maddesine aykırı bulunması sebebiyle :

1- Dava konusu kadar uygulamasının (yürütmenin) durdurulması,

2- Anayasaya aykırı olan bu hükümlerinin iptali,

İsteminden ibaret olup Anamuhalefet Partisi (Anavatan Partisi) Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu adına bu istikamette karar verilmesini arz ve talep ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı Yasa ile değiştirilen ve geçici maddeler eklenen 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın iptali istenilen sözcüklerini içeren kimi maddeleri ile 4087 sayılı Yasa'nın geçici 1. ve 3. maddeleri şöyledir:

1-"MADDE 32.-...

b) Hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak,

Meslekleriyle ilgili lisansüstü öğrenim (Master) yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için sekiz yıllık meslek kıdemi, birinci sınıfa ayrılmada yeterli sayılır."

2-"MADDE 39.-...

b) Mesleklerinde en az üç yıldan beri eylemli olarak çalışan, mesleğe kabulde aranan şartlara sahip olup yeterlik sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibariyle kırk yaşını bitirmemiş olan avukatlardan; Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılacak mülakatta başarı gösteren avukatlar arasından avukatlıkta geçen süresinin tamamı fiilen meslekte geçmiş gibi sayılarak ve görevin gerektirdiği yasal koşulları göz önünde bulundurularak girebilecekleri sınıf ve derecedeki adli ve idari yargı hakimlik ve savcılık mesleğine kabullerine,

Karar verilebilir.

Avukatlık mesleğinden atanacaklar için yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile mülakatın usul ve esasları yönetmelikle gösterilir.

Bu Kanunun 9 ve 40 ıncı maddelerinin ikinci fıkralarına ve bu maddeye göre avukatlıkta geçen sürenin tamamı ile bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ve 40. maddesinin ikinci fıkrasına göre doçentlik veya profesörlükle geçirilen sürelerin tamamı birinci sınıfa ayrılma ve her türlü yükselmeye nazara alınır. Ancak bu madde ile 40. maddenin ikinci fıkrasına göre avukatlıktan mesleğe atanmalar, atandıkları tarihte 32 nci maddede yazılı koşulları haiz olsalar bile, bunların birinci sınıfa ayrılabilmesi için atandıkları tarihten itibaren bir terfi dönemi fiilen meslekte çalışmaları zorunludur."

3-"MADDE 9.-...

Yukarıdaki maddede belirtilen niteliklere sahip olup, yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler, başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen ihtiyaç sayısına, daha önce başka görevlerde kadro, maaş ve derece yönünden iktisap etmiş oldukları haklar nazara alınmak suretiyle lisans, master ve doktora öğrenim durumlarına göre Devlet memuriyetine giriş derece ve kademesiyle veya bu derecelerden aşağı olmamak şartıyla müktesep olarak almış oldukları derece ve kademeyle adaylığa atanırlar. Bu atamada, daha önce serbest avukatlık yapmış olanların avukatlıkta geçen sürelerinin tamamı değerlendirilir. Bu sıraya göre ihtiyaç sayısınınca atanmaların dışında kalanlar bir hak iddia edemezler..."

4- "GEÇİCİ MADDE 8- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 9, 39 ve 40 ıncı maddelerine göre hakimlik ve savcılık mesleğine girmiş bulunanlar hakkında da 39 uncu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır.

Bu durumda olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birinci sınıfa ayrılmalarna karar verilmiş olan hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılma tarihleri de 39 uncu maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre düzeltilir."

5- "GEÇİCİ MADDE 9- Halen görevde bulunan hakim ve savcılar hakkında da 32 nci maddenin değişik birinci ve ikinci fıkrası hükümleri uygulanır.

Bu durumda olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birinci sınıfa ayrılmalarna karar verilmiş olan hakim ve savcılar ile meslekte fiilen on yılını dolduran ve birinci sınıf incelemesine tabi tutulacak hakim ve savcılarının bu tarihten geçerli olmak üzere birinci sınıfa ayrılma tarihleri de 32 nci maddenin birinci ve ikinci fıkrası hükmüne göre düzeltilir."

6- "GEÇİCİ MADDE 10- Kendi Kanunlarında değişiklik yapılınca kadar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce mesleğe girmiş ve halen görevde bulunan askerî hakimler, 357 sayılı Askerî Hakimler Kanununun 15 inci maddesinde belirtilen diğer koşulları taşımak kaydıyla askerî hakimlik mesleğinde 10 hizmet yılını doldurdıkları ve binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askerî hakimliğe geçirilirler. Daha önceki tarihler itibarıyla bu şartları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri; birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilir.

24 Mayıs 1989 tarihinden önce mesleğe girmiş ve halen görevde olan askerî hakimler, 357 sayılı Kanunun 15 inci maddesindeki süre kaydına bakılmaksızın bu Kanundaki diğer koşulları taşımak kaydıyla, binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askerî hakimliğe geçirilirler. Daha önceki tarihler itibarıyla bu şartları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri, birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilir."

7- "GEÇİCİ MADDE 11- Geçici 8, 9 ve 10 uncu maddelere göre birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilenler ile birinci sınıfa ayrılma tarihleri düzeltilenler, geçmişe yönelik olarak malî hak isteminde bulunamazlar."

8- "GEÇİCİ MADDE 1- Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde başvurma kaydıyla, başvuru tarihinde ellibeş yaşını bitirmemiş olan avukatlar arasından 2802 sayılı Kanunun 39. maddesindeki esas ve usule göre atama yapılabilir."

9- "GEÇİCİ MADDE 3- Bu Kanunda öngörülen yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde çıkartılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İptal gerekçesinde dayanılan Anayasa kuralları şunlardır :

1- Başlangıç'ın ilgili paragrafları :

"Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmağa yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı,"

"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;"

2- "MADDE 10.- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

3- "MADDE 11.- Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz."

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

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

Görölmekte 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 değıştirmek ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

5- "MADDE 153.- Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceğı tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiğı durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarısı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."

C- İlgili Anayasa Kuralları

İlgili Anayasa kuralları şunlardır :

1- "MADDE 139.- Hakimler 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.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğı kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır."

2- "MADDE 140.- Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütölür.

Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değıştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hakimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağılırlar.

Hakim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar, hakimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hakimler ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar."

III-İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü uyarınca Yekta Güngör ÖZDEN, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, İhsan PEKEL, Selçuk TÜZÜN, Ahmet N. SEZER, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Mustafa BÜMİN, Sacit ADALI, Ali HÜNER ve Lütfi F. TUNCEL'in katılmalarıyla 30.5.1995 günü yapılan toplantıda, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğün durdurulması konusunda ek rapor hazırlamak üzere raportöre süre verilmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV-YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI

Yasa'nın uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için esas hakkında verilecek kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar 4087 sayılı Yasa'yla değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ve aynı maddenin üçüncü fıkrasının, 9. maddesinin ikinci ve 40. maddesinin ikinci fıkralarında yapılan değişikliğin, geçici 8. maddenin, geçici 10. maddenin ikinci fıkrasının, 4087 sayılı Yasa'nın geçici 1. ve geçici 3. maddelerinin yürürlüğünün durdurulmasına 7.6.1995 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, iptali istenilen yasa kurallarıyla dayarılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri, öbür yasama belgeleri okunup incelendikten sonra işin gereği görüşölüp düşünölüdü:

A- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Davacı, dava konusu 4087 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasının, 2. maddesiyle değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkralarının, 3. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün, beşinci maddesiyle eklenen geçici 8., 9., 10. ve 11. maddeleri ile geçici 1. ve 3. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci ve sekizinci paragrafları ile 10., 11., 138. ve 153. maddelerine aykırı olduğu savında bulunmuştur.

1- Dava Konusu Kuralların Anayasa'nın 153. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Davacı, eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş bir çok iptal kararı bulunduğundan söz ederek dava konusu kuralların Anayasa'nın 153. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta Yasama Organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama etkinliklerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasakoyucu, kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükleri farklı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur.

Bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığında söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kuralla "aynı" ya da "benzer nitelikte" olması gerekir. Bunların saptanabilmesi için öncelikle, aralarında "özdeşlik" yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığı incelenmelidir.

4087 sayılı Yasa ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nda değişiklik yapan kurallarla "aynı" veya teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik gösteren herhangi bir yasa kuralı için Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş bir iptal kararı bulunmamaktadır. Bu nedenle, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık savı yerinde görülmemiştir.

2- 4087 sayılı Yasa'nın 1. Maddesi ile Değişik 2802 sayılı Yasa'nın 32. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

a- Anlam ve Kapsam

4087 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın "Birinci Sınıfa Ayrılma Koşulları" başlıklı 32. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası değiştirilerek birinci sınıfa ayrılabilmek için hakimlik ve savcılık mesleğinde fiilen geçirilmesi gereken süre kısaltılmıştır. Bu değişikliğe göre, birinci sınıfa ayrılabilmek için hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak yeterli görülmüş, ancak, bu süre meslekleriyle ilgili lisansüstü öğrenim (master) yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için de sekiz yıl olarak belirlenmiştir.

Başka bir anlatımla 32. maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki süre (12) yıldan (10) yıla indirildiğinden aynı maddenin ikinci fıkrasıyla da buna koşut düzenleme yapılmıştır.

b- Anayasa'nın 10 Maddesi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, hakim ve savcı olarak görev yapanların birinci sınıfa ayrılabilmeleri için bu süre içinde iyi sicil almaları gerektiği halde master ve doktora yapanlarda bu koşulun aranmadığı, TODAİE'nin uyguladığı kamu yönetimi uzmanlık programının hakimlik ve savcılık mesleği ile ilgisi bulunmadığı, ikinci gruba girenlerin diğerlerine göre daha kısa sürede birinci sınıfa ayrılmalarının ayrıcalık oluşturduğu, bu durumun da Anayasa'nın 10. maddesine aykırı düştüğü ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın iptali istenilen 4087 sayılı Yasa ile değişik 32. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin Anayasa'ya aykırılık durumunu irdelemeden önce master, doktora ve TODAİE'de yapılan öğrenimin niteliğine kısaca değinmek gerekir.

Adli yargı hakim ve savcısı olabilmek için Türkiye'deki hukuk fakültelerinin birinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirdikten sonra Türkiye'deki hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden sınava katılarak başarı belgesi almak zorunludur.

İdari yargı hakim ve savcısı olabilmek için de hukuk ve hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye dallarında en az 4 yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği Milli Eğitim Bakanlığı'na kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak gereklidir. Bu durumda, adli ve idarî hakim ve savcısı olabilmek için yasada öngörülen yüksek öğrenim dallarından "lisans eğitimi" yapmış olmak yeterlidir.

2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasası'nın 3. maddesinin (t/1) nolu bendinde tanımlandığı gibi, "master", lisans öğretimine dayalı, eğitim-öğretim ve araştırmanın sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bir yükseköğretimdir. Maddenin (t/2) bendinde de doktora, "lisansa dayalı en az altı veya yüksek lisansa veya eczacılık veya fen fakültesi mezunlarınca Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı

tarafından düzenlenen esaslara göre bir laboratuvar dalında kazanılan uzmanlığa dayalı en az dört yarı yıllık programı kapsayan ve orijinal bir araştırmanın sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bir yükseköğretimdir" biçiminde tanımlanmıştır.

7163 sayılı Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Teşkilat Yasası'nın 1. maddesine göre de, Enstitü, kamu yönetiminin çağdaş anlayışa göre gelişmesine yararlı çalışmalar yapmak suretiyle yönetim sanatında eleman yetiştirmek ve memurların yönetsel alanda olgunlaşmasını sağlamak amacıyla kurulmuştur. Enstitüde öğrenim görebilmek için en az dört yıllık lisans öğrenimi veren bir yüksek öğretim kurumunu veya bunlara denkliği ilgili makamca onanmış yabancı ülkelerdeki benzerini bitirmek, yükseköğrenimden sonra en az beş yıl kamu kesiminde eylemli olarak çalışmış olmak, son üç yıl olumlu sicil almak ve bu süre içinde uyarma ve kınama cezalarından daha ağır bir disiplin cezasıyla cezalandırılmamış olmak, programa başlandığı tarihte 45 yaşını geçmemiş bulunmak ve Enstitü'nün açtığı yeterlik ve yarışma sınavında başarılı olmak gerekir. Yasa'nın 15. maddesinde ise, Enstitü'yü bitirenlerin öğrenimde geçirdikleri sürenin memuriyet kademelerine sayılması ve bu sürenin bir katının ayrıca (bir seneden az olmamak üzere) kademelerine eklenmesi öngörülmektedir.

Hakim ve Savcılar ile hakim adayı iken master ve doktora öğrenimi yapacaklar veya TODAİE'de öğrenim görmek isteyenler 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 31. maddesi uyarınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun iznini almak zorundadırlar.

Doktora ve master yapanlar ile TODAİE'yi bitirenlerin, bilgilerinin ve uzmanlaşmış araştırma-cı niteliklerinin artacağı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında vurgulandığı gibi, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Eşitliği bozduğu ileri sürülen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.

TODAİE'yi bitiren hakim ve savcıların diğer koşulları taşımaları halinde 9 yılda birinci sınıfa ayrılmasına olanak tanınmasında Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı bir yön yoktur. İptal isteminin reddi gerekir.

3- 4087 sayılı Yasa'nın 2. Maddesi ile Değişik 2802 sayılı Yasa'nın 39. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin "Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile" Sözcükleri Dışındaki Kısmı ile Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

a- Anlam ve Kapsam

39. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin dava konusu kısmında, mesleklerinde en az üç yıldan beri eylemli biçimde çalışan ve mesleğe kabul için aranan koşulları taşıyıp yeterlik sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibarıyla 40 yaşını bitirmemiş olan avukatlardan; yapılacak

yeterlik sınavı ve mülakatta başarı sağlayanların görevin gerektirdiği yasal koşullar gözönünde bulundurularak adli ve idari yargı hakimliği ve savcılığına kabul edilebilecekleri öngörülmüştür. Üçüncü fıkrasında da, Yasa'nın 9. maddesi uyarınca adaylığa atananlarla 40. maddenin ikinci fıkrasına göre hakimlik ve savcılık mesleğinden kendi istekleri ile ayrılanlardan, ayrıldıktan sonra avukatlık yaparak yeniden mesleğe dönenlerin fiilen avukatlıkta geçirdikleri, bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ve 40. maddenin ikinci fıkrasına göre alınanların da doçentlik veya profesörlükte geçirdikleri sürelerin tamamının her türlü yükselmede ve birinci sınıfa ayrılmada gözönünde tutulacağı ancak bu madde ile 40. maddenin ikinci fıkrasına göre avukatlıktan mesleğe atananlar, atandıkları tarihte 32. maddede yazılı koşulları taşısalar bile, atandıkları tarihten itibaren bir terfi dönemini, (2 yıl) fiilen meslekte geçirilmeden birinci sınıfa ayrılamayacakları belirtilmiştir.

Yasa tasarısının genel gerekçesinde, hakim ve savcı kadrolarındaki açığın staj yoluyla alınacaklarla karşılanmasının uzun zaman alacağı, belirtilerek bu açığın giderilmesinde öğretim üyeleri ile avukatlık mesleğinde yetişmiş hukukçulardan da yararlanılması amacıyla bu tasarının hazırlandığı, avukatlık mesleğinden geçecekler için öngörülen beş yıllık sürenin üç yıla indirildiği belirtilmiş, Yasa'daki avukatlıkta geçen sürenin üçte ikisinin hakimlik veya savcılık mesleğinde geçmiş sayılacağına ilişkin hüküm, "tamamı" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, avukatlıkta geçen sürelerin tamamının her türlü yükselmede ve birinci sınıfa ayrılmada esas alınacağı ve koşullar elverse de bir terfi dönemi fiilen meslekte çalışmak gerektiği yolundaki kural da Komisyonda eklenmiştir.

Yasa'da yapılan değişiklikten önce, mesleklerinde en az beş yıldan beri fiilen çalışmakta olup bilimsel güç ve ahlaki metanetleri ile tanınmış bulunan avukatlar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 18.4.1983 gün ve 7 sayılı ilke kararı uyarınca 35 yaşını doldurmamış olmak koşulu ile Kurul tarafından yapılan mülakat sonucu hakimlik ve savcılık mesleğine kabul edilerek avukatlıkta geçirdikleri sürelerin üçte ikisi meslekte geçmiş gibi sayılarak girebilecekleri sınıf ve derecelerdeki adli veya idari yargı hakim ve savcılıklarına atanabiliyorlar ve bunların birinci sınıfa ayrılabilmesi içinde Yasa'nın 32. maddesinde öngörülen diğer koşulların yanında (b) bendinde belirtilen süre kadar hakimlik ve savcılık mesleğinde çalışmaları gerekiyordu.

4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişiklik sonucu, avukatlıktan hakimlik ve savcılık mesleğine geçiş için beş yıllık avukatlık yapma koşulu üç yıla indirilmiş, mesleğe kabul için aranan "bilimsel güç ve metanetleri ile tanınmış bulunmak" kriteri maddeden çıkarılmış, Yasa'da yer almadığına karşın ilke kararı ile getirilen (35) yaş sınırı (40) olarak belirlenmiş, değişiklikten önce mevcut olmayan "yazılı yeterlik sınavı ve mülakatta başarılı olma" koşulları getirilmiş ve mesleğe kabulden sonra da avukatlıkta geçen sürenin "tamamı" her türlü yükselmede ve birinci sınıfa ayrılmada değerlendirilmiştir.

b- Anayasa'nın 10. ve 11. Maddeleri Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkraları için özetle,

- Adaylıktan hakim ve savcılığa atananların, Atama ve Nakil Yönetmeliği hükümlerine göre her bölgede belli bir süre görev yapmaları zorunlu iken, avukatlıktan hakimlik ve savcılığa geçenlerin alt bölgelerde hizmet görmeden üst bölgelerde görev alabilecekleri;

- Hakim ve savcı adayları ile avukatlıktan mesleğe geçmek isteyenler için farklı sınav sistemleri getirildiği;

- Adaylığa kabul edilenlerde 35 yaş sınırı aranırken avukatlıktan geçenler için yaş sınırının 40 olarak belirlendiği;

- Avukatlıktan mesleğe alınanlar için 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin diğer bentlerinin nasıl uygulanacağı hususunda açıklık bulunmadığı;

- Bu düzenlemelerin avukatlıktan mesleğe geçenleri, mesleğe kabulde ve birinci sınıfa ayrılmada adaylıktan mesleğe alınanlara göre daha ayrıcalıklı duruma getirdiği;

İleri sürülerek anılan yasa kurallarının Anayasa'nın Başlangıcı'ı ile 10., 11. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ve iptali istenilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesiyle aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı, farklı hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının ayrıcalık oluşturmaya-acağı kabul edilmiştir.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile avukatlıktan hakimlik ve savcılık mesleğine geçişte kimi özel kurallar getirilmiştir. 2802 sayılı Yasa'ya göre hakim ve savcı adayı olabilmek için, yapılacak yazılı sınav ile mülakatta başarı göstermek ve mesleğe alınabilmek için de iki yıl staj yaparak başarı sağlamak zorunludur. Oysa, avukat stajyeri olabilmek için sınav koşulu öngörülmemiştir.

İki yıllık stajı başarı ile tamamlayan hakim ve savcı adayları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararı ile mesleğe kabul edildikten sonra atama ve nakil yönetmelikleri uyarınca alt bölgelerden başlayarak üst bölgelerde görev alabilmektedirler. Hakim ve savcılarının kademe ve derece yükselmesi yapabilmeleri ve birinci sınıfa ayrılabilimleri kimi özel koşullara bağlıdır. Şöyleki, hakim ve savcılar yükselmeye engel yargı kararı veya disiplin cezası almamak koşuluyla ahlaki gidişleri, mesleki bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerde birikime neden olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst mercilerce ve müfettişlerce haklarında düzenlenen tezkiye fişleri ve hal kağıtları, Yargıtay veya Danıştay'ca verilen notları, örnek karar ve mütalaaları, mesleki eser ve yazıları gözönünde tutularak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca derece yükselmesine tabi kılınmakta ve yükselmeye ilişkin Kurul kararları da Resmî Gazete'de yayımlanmaktadır. Yükselmeye layık olmadıklarına karar verilen hakim ve savcılar ise, iki yıl sonra yeniden yükselme incelemesine bağlı kılınmaktadır. Bir derecede iki veya bir sınıfta üç kez yükselmeye layık görülmeyenler hakkında meslekte kalmalarının uygun olup olamayacağına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca karar verilmektedir. "Yer değiştirme cezası" almış olanlar, cezanın kesinleşmesini izleyen derece yükselmesi tarihinden itibaren iki yıl süre ile kademe ve derece ilerlemesi yapamamaktadırlar.

2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesi ile 33. maddesi uyarınca hazırlanarak Resmî Gazete'de yayımlanan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke kararına göre, hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılabilimleri için yukarıda belirtilen koşullarla terfi ederek birinci derece maaşını fiilen almış olmalarının yanısıra meslek yaşamları boyunca aldıkları her yükselmeden geri (TG) iki adi terfie (2A), her mümtazen yükselme (C) iki tercihli yükselme (2B) kabul edilerek yapılan değerlendirme sonucu yükselmelerin yarısından fazlasının tercihli (B) olması ve son yükselmenin de adiyen (A) olmaması gerekmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 2. maddesinde, "avukatlığın amacı, hukukî münasebetlerin düzenlenmesine, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organları ve hakemlerle resmî ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir. Avukat bu amaçla hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder." denilmektedir. Avukat olabilmek için gerekli koşullar da Yasa'nın 3. maddesinde belirtilmiştir.

Yukarıda açıklandığı gibi, hakim ve savcılarının mesleğe alınıp biçimleri, meslekte ilerlemeleri ve bağlı oldukları mesleki kurallar avukatlardan farklıdır. Farklı kuralları olan bu iki ayrı grubun mesleklerinde geçen süreleri eşdeğerde kabul ederek, avukatlıkta geçen sürenin tamamının hakimlik ve savcılıkta geçmiş gibi sayılması avukatlıktan mesleğe geçenleri diğerlerine göre ayrıcalıklı konuma getirmektedir. Bu nedenle birinci fıkranın (b) bendinin "Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı ile" sözcükleri dışında kalan kısmı Anayasa'ya aykırıdır. İptali gerekir.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki gerekçeye Yekta Güngör ÖZDEN "...Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı ...dışındaki bölümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığı", Lütfi F. TUNCEL ise "hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlar yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı görüşüyle katılmamışlardır.

2802 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin üçüncü fıkrasında, Yasa'nın 9. ve 40. maddelerinin ikinci fıkraları ile 39. maddenin birinci fıkrasına göre atananların kendi mesleklerinde geçirdikleri sürelerin tamamının her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayrılma nazara alınacağına öngörülmesi nedeniyle, Yasa'da sayılan kademe ilerlemesi, derece yükselmesi ve birinci sınıfa ayrılmaya ilişkin öteki koşullar avukatlıktan hakimlik ve savcılığa alınanlar için aranmayacaktır. Hakimlik ve savcılıktan ayrılarak avukatlık, doçentlik ve profesörlük yaptıktan sonra yeniden mesleğe alınanların da bu görevlerdeki süreleri aynı şekilde değerlendirilmektedir. Bunlardan avukatlık hizmeti yapanların birinci sınıfa ayrılabilmesi için sadece bir terfi dönemi (2 yıl) hakimlik ve savcılık yapmaları yeterli sayılmıştır.

2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde birinci sınıfa ayrılmanın koşul ve yöntemleri gösterilmiştir. Maddeye göre birinci sınıfa ayrılabilmek için, birinci dereceye yükselmek, bilimsel güç ve yeteneği ile hizmet ve meslekteki başarısına göre emsali arasında temayüz etmiş olmak, yer değiştirme cezası almamak, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı neviden olmasa bile birden fazla almamış olmak, mesleğin vakar ve onuruna dokunan veya kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görevle ilgili herhangi bir suçtan affa uğramış olsa bile hüküm giymemek gerekmektedir.

Adaylık yoluyla hakim ve savcılığa girenler için 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde sayılan öteki koşulların yanında "hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak" koşulunun da aranmasına karşın, 39. maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, avukatlıktan hakimlik ve savcılığa geçenlerde bu bekleme süresinin iki yıla indirilmesi, doçentlik ve profesörlükten gelenlerde ise birinci sınıfa ayrılabilmek için hiçbir süre öngörülmemesi bunlar için ayrıcalık teşkil etmekte olup böyle bir ayrıcalık getirmeyi haklı kılacak bir neden de bulunmamaktadır.

4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin üçüncü fıkrası Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN "...birinci sınıfa ayrılma ...dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Lütfi F. TUNCEL de "hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" görüşleriyle bu gerekçeye katılmamışlardır.

c-Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 138. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa'nın Başlangıç'ının üçüncü paragrafında, egemenliği millet adına kullanan hiçbir kişi ve kuruluşun Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkmayacağı, altıncı paragrafında da, her Türk vatandaşının Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereğince yararlanarak maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde de, "mahkemelerin bağımsızlığı", "hakim teminatı" ve "yargı kararlarının bağlayıcılığı" ilkelerine ilişkin ilkelere yer verilmiştir.

Dava konusu 39. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin incelenen kısmı ile üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç'ı ve 138. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

4- 4087 sayılı Yasa'nın 2. Maddesi ile Değişik 2802 sayılı Yasa'nın 39. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan "Bakanlıkça Yapılacak Yazılı Yeterlik Sınavı ile" Sözcüklerinin Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. Maddeleri Yönünden İncelenmesi

39. maddenin (b) bendinin incelenen kısmında, maddede sayılan koşulları taşıyan avukatların hakimlik ve savcılık mesleğine kabulleri için gerekli yeterlik sınavının "Bakanlıkça" yapılacağı belirtilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. İstemle bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçelerle de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, maddenin ikinci fıkrası Anayasa'nın 138., 139. ve 140. ve 159. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Hakimlerin görevlerini yapabilmeleri için bağımsızlığa ve güvenceye sahip olmaları gerekir. Bu bağlamda Anayasa'nın 9. maddesinde "Yargı yetkisi" Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" denilmektedir. Hakimlerin bağımsızlığı, kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle, demokratik ülkelerin tümünde hakim bağımsızlığı kabul edilmiş ve güçler ayrımı ilkesinin doğal bir sonucu olarak bu bağımsızlık öncelikle yasama ve yürütme organlarına karşı güvenceye bağlanmıştır.

Hakimlerin bağımsızlığı, onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan maddi ve manevi baskı ve etkiden uzak bulunmaları ile mümkündür. Hakimlerin yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlayabilmek için Anayasa'da çeşitli önlemler getirilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde "mahkemelerin bağımsızlığı", 139. maddesinde "hakimlik ve savcılık teminatı", 140. maddesinde de "hakimlik ve savcılık mesleği"ne ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır.

Anayasa'nın 138. maddesinde, "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" denilmek suretiyle hakimlerin bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiş ve böylece yasakoyucu, hakimlerin bağımsızlığına aykırı yasa koymaktan yasaklanarak (Anayasa Md. 11) hakimlerin bağımsızlığı yasakoyucuya karşı da korunmuştur.

Anayasa'da bununla da yetinilmeyerek hakimlerin bağımsızlığını korumak için 139. maddede "hakim teminatı" kabul edilmiştir. Anayasa'nın 139. ve 140. maddelerinde, hakim ve savcılarının özlük haklarına ilişkin yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve böylece yasama organının bu ilkelere aykırı düzenlemeler yapması önlenmiştir. Bu hükümlerle hakimlerin, maddi ve manevi kuşkulardan ve her türlü etkilerden uzak tutularak, Anayasa'ya, yasalara ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vermeleri sağlanmak istenilmiştir.

Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında, hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Öte yandan, Anayasa'nın 159. maddesinde belirtildiği gibi, "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hakimlik teminatı" esaslarına göre görev yapmak üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kurularak; adli ve idari yargı hakim ve savcılarının mesleğe kabulü, atanması, geçici yetki verilmesi, yükselme ve birinci sınıfa ayrılması, kadro dağıtılması, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verilmesi, disiplin cezası verilmesi ve görevden uzaklaştırma işlemleri hakkında karar verilmesi bu Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre hakim veya savcılığa alınacak avukatların yeterlik sınavı, Bakanlıkça oluşturulan komisyon tarafından yapılacaktır; bu sınavda başarılı olanların mülakatları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yapılarak mesleğe kabullerine karar verilecektir.

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

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

5-2802 sayılı Yasa'nın 39. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Yasa'nın 39. maddesinin ikinci fıkrasında avukatlıktan hakimlik ve savcılık mesleğine atana- cılar için yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile mülakatın usul ve esaslarının yönetmelikte gösterileceği belirtilmiştir. Usul ve esasları Bakanlıkça hazırlanarak Bakanlık teşkilatınca yapılacak yazılı yeterlik sınavında başarılı olanlar Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yapılacak mülakata katılma hakkını kazanacaklardır.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile" sözcükleri için açıklanan iptal gerekçeleri maddenin ikinci fıkrası için de aynen geçerli olduğundan, bu fıkranın da Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali gerekir.

6- 4087 sayılı Yasa'nın 3. Maddesiyle Değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 9. Maddesinin İkinci Fıkrasındaki "tamamı" Sözcüğünün İncelenmesi

2802 sayılı Yasa'nın 26.3.1983 tarihinde yürürlüğe giren 9. maddenin değişiklikten önceki ikinci fıkrasına göre, adaylığa atanmadan önce başka görevlerde bulunanların, önceki kadro maaş ve derecelerine bakılmaksızın öğrenimlerine göre devlet memurluğuna ilk girişteki derece ve kademeleri ile, 276 sayılı KHK'nin 4. maddesi ile fıkra da yapılan değişiklik sonucu da, adaylığa atanmadan önce başka görevlerde bulunanların, kazandıkları derece ve kademeleriyle, avukatlıktan gelenlerin ise avukatlıkta geçen sürelerinin üçte ikisi intibakta değerlendirilerek adaylığa atanırken 4087 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle, bu fıkra da yer alan "üçte ikisi" ibaresi "tamamı" olarak değiştirilerek avukatlıktan adaylığa atanmaların avukatlıkta geçirdikleri sürenin tamamı hakimlik ve savcılık kademinden sayılmıştır.

657 sayılı Yasa'nın 36/c-3 maddesinde özel sektörden veya serbest meslekten memuriyete geçenlerin geçmiş hizmet sürelerinin dörtte üçünün memuriyette geçmiş sayılacağı öngörülmüşken, 2802 sayılı Yasa'da yapılan değişiklik sonucu, serbest avukatlıkta geçen sürelerin tamamının intibakta değerlendirilmesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Lisans ve lisansüstü (master) eğitimi yapmış olanların hakim ve savcı aday olabilmeleri için giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibarıyla otuz, doktora eğitimini tamamlamış olanların da otuzbeş yaşını bitirmemiş olmalarının yanında 2802 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde yazılı diğer koşulları da taşımaları gereklidir. Adaylığa atandıktan sonra da, iki yıl süre ile staj yapmak zorunludur. Staj sırasında adaylar hakkında, görevi yapmada gösterilen kabiliyet, başarı ve göreve bağlılık ile ahlaki gidişlerine ilişkin bilgiyi içeren belgeler çalıştıkları daire amirleri tarafından düzenlenerek adayın bağlı olduğu adalet komisyonuna verilmektedir. Danıştay ve Yargıtay'da staj yapan adaylar için de staj sonunda çalışılan daire başkanlarınca rapor düzenlenerek Adalet Bakanlığına gönderilmektedir. 2802 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin (c) bendine göre de, adaylık süresi içindeki davranışlarında hakimlikle bağdaşmayacak tutumlarda bulunanlar ile göreve devamsızlığı olanlar ve bilgi ve iş yapma yeteneği bakımından yeterli olmadığı saptanan adayların adaylığına son verilmektedir.

Oysa serbest avukatlık yapabilmek için bir yıl staj yeterli olup, staj sonu sınavı da yoktur. Ayrıca, baro levhasına yazıldıktan sonra da mesleğin ifası sırasında herhangi bir merciiden tezkiye fişi, not ya da başkaca bilgi veya belge de alınmamaktadır.

Yapılan düzenleme sonucu avukatlık yapmakta iken hakim ve savcı adaylığına atanmaların avukatlıkta geçirdikleri sürenin tamamı değerlendirilerek girecekleri derece ve kadroları bulunacaktır. Bu derece ve kadroları ile adaylığa başlayanlar adaylığı tamamladıktan sonra da bir derece ve kademe almak suretiyle fiilen hakimlik ve savcılığa atanacaklardır. Bu nedenle de avukatlıkta geçirilen sürenin tamamının her türlü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılmada değerlendirilmesi sonucu bu durumdakiler avukatlık yapmadan doğrudan adaylığa başlayanlardan daha önce yükselme yapacaklar ve birinci sınıfa ayrılacaklardır. Başka bir anlatımla, hakim adaylığı ve hakimlikten gerek giriş ve gerekse çalışma koşulları bakımından tamamen farklı statüdeki avukatlıkta geçen sürenin tamamı değerlendirilerek avukatlıktan adaylığa girenler lehine imtiyazlı bir durum yaratılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa kuralı Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olup, iptali gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN bu görüşe katılmamıştır.

7- 4087 sayılı Yasa'nın 5. Maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya Eklenen Geçici 8. Maddenin İncelenmesi

a- Anlam ve Kapsam

4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'na geçici 8., 9., 10. ve 11. maddeler eklenmiştir. Geçici 8. maddenin birinci fıkrasına göre, Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesi uyarınca aday olup staj yaparak mesleğe giren avukatlara, 39. maddeye göre doğrudan mesleğe giren avukat, doçent ve profesörlere veya 40. madde uyarınca hakimlik ve savcılık mesleğinden istekleriyle çekilenler ile emekli olduktan sonra avukatlık, doçentlik veya profesörlük yapıp da tekrar mesleğe alınanlara aynı Yasa'nın değişik 39. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanacağı öngörülmektedir.

Geçici 8. maddenin ikinci fıkrasında da, bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce birinci fıkra da belirtilen şekilde mesleğe giren hakim ve savcılardan birinci sınıfa ayrılmasına karar verilenlerin birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin değişik 39. maddenin üçüncü fıkrasına göre düzeltileceği belirtilmiştir.

Başka bir anlatımla, geçici 8. maddenin ilk fıkrasına göre, hakimliğe adaylık yoluyla veya doğrudan ya da hakimlikten ayrıldıktan sonra yeniden girenlerin avukatlık, doçentlik veya profesörlükte geçirdikleri sürelerin tamamı her türlü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılmada değerlendirilecek, ikinci fıkrasına göre de, 4087 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önce bu türlü görevlerde bulunup da birinci sınıfa ayrılmış olanların bu görevdeki sürelerinin tamamı değerlendirilerek birinci sınıfa ayrılmaları gereken tarih yeniden belirlenecektir. Böylece bu tarih geriye doğru çekilerek düzeltme yapılacaktır.

b-Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, başka mesleklerden hakimlik veya savcılığa girenleri doğrudan adaylık yoluyla mesleğe alınanlara göre daha üstün konuma getiren geçici 8. maddenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Geçici 8. maddede, 2802 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrasında getirilen kuralların aynısı bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce hakimlik ve savcılık mesleğine girenler için de getirildiğinden, 39. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrasında yapılan değişiklik için açıklanan Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri bu madde için de geçerlidir. Geçici 8. madde Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN "birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin düzeltilmesi dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşım KILIÇ, Sacit ADALI ve Lütfi F. TUNCEL "hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" görüşleriyle bu gerekçeye katılmamışlardır.

8- Geçici 9. Maddenin İncelenmesi

Maddenin birinci fıkrasında, "Halen görevde bulunan hakim ve savcılar hakkında da 32. maddenin değişik birinci ve ikinci fıkrası hükümleri uygulanır" denilmektedir. Buna göre, halen görevde bulunan hakim ve savcılardan master yapanlar ile TODAİE'yi bitirenler 9, doktora yapanlar 8 yıllık meslek kıdemi ile 32. maddede sayılan öteki koşullara da sahip olmaları halinde birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacaklardır.

Yasa'nın geçici 9. maddesinde, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılmak için getirilen kuralların, halen görevde bulunan hakim ve savcılara da uygulanacağı öngörüldükten sonra, önceden birinci sınıfa ayrılmış olan hakim ve savcılarının ise birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin yeni kurallara göre düzeltilmesi; meslekte fiilen on yılını doldurmuş olanlar hakkında birinci sınıf incelemesi yapılacağı, fiilen on yılını doldurmamış olanların da bu süre tamamlandığında birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacağı belirtilmiştir.

Birinci sınıfa ayrılabilmek için fiilen meslekte geçirilmesi gereken süre 2556 sayılı Hakimler Yasası'nın yürürlüğe girdiği 14.7.1934 tarihinde oniki yıl olarak saptanmışken, 2556 sayılı Yasa'nın 47. maddesinde 6.4.1955 günlü, 190 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile yapılan değişiklikle bu süre on yıla indirilmiştir. Daha sonra 2556 sayılı Yasa'yı 26.2.1983 günlü yürürlükten kaldıran 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 32. maddesinin (b) bendi ile, birinci sınıfa ayrılabilmek için meslekte oniki yılı doldurmak koşulu yeniden getirilmiş, 4087 sayılı Yasa ile 32/b maddesinde yapılan ve 21.3.1995 günlü değişiklikle de bu süre yeniden on yıla indirilmiştir. Görüldüğü gibi hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılmaları için meslekte geçirmeleri gereken en az süre kimi dönemlerde oniki, kimi dönemlerde de on yıl olarak belirlenmiştir.

Yasa'nın geçici 9. maddesinde, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılmak için getirilen kuralların görevde bulunan hakim ve savcılara da uygulanacağı öngörülmüş, önceden birinci sınıfa ayrılmış olan hakim ve savcılarının ise birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin yeni kurallara göre düzeltilmesi; meslekte fiilen on yılını doldurmuş olanlar hakkında birinci sınıf incelemesi yapılacağı, fiilen on yılını doldurmamış olanların da bu süre tamamlandığında birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacağı belirtilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında "bu durumda olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilmiş olan hakim ve savcılar ile meslekte fiilen on yılını dolduran ve birinci sınıf incelemesine tabi tutulacak hakim ve savcılarının bu tarihten geçerli olmak üzere birinci sınıfa ayrılma tarihleri de 32 nci maddenin birinci ve ikinci fıkrası hükmüne göre düzeltilir" denilmektedir. Buna göre halen görevde bulunan hakim ve savcılardan master yapanlar ile TO-DAİE'yi bitirenler 9, doktora yapanlar 8 yıllık meslek kıdemi ile 32. maddede sayılan diğer koşullara da sahip olmaları halinde birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacaklardır.

Dava konusu Yasa hükmü ile, birinci sınıfa ayrılabilmek için 32. maddede öngörülen oniki yıllık bekleme süresinin on yıla indirilmesi sonucu ortaya çıkacak haksızlıkların giderilmesi amaçlanmıştır. Yani, oniki yıl esasına göre birinci sınıfa ayrılanların on yılı aşan süreleri değerlendirilerek on yıl esasına göre ayrılanlarla eşit konuma getirilmek istenilmiştir. Bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesinin gerçekleştirilmesi için getirilen bu yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığın söz edilemez. İptal isteminin reddi gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Ali HÜNER bu görüşe katılmamıştır.

9-Geçici 10. Maddenin İncelenmesi

a- Birinci Fıkrasının İncelenmesi

aa- Anlam ve Kapsamı

Geçici 10. maddede, kendi yasalarında değişiklik yapılmıyca kadar askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılma esasları yeniden düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrası ile askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmalarında aranılan rütbe ve hizmet yılında değişiklik yapılarak halen görevde bulunanlar için meslekte on yılını doldurdukları ve binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf hakimliğe geçiş olanağı getirilmiştir. Değişiklikten

önce askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılabilmesi için kıdemli binbaşı rütbesine gelebilmeleri ve askeri hakimlikte oniki yılını doldurmaları gerekliken bu fıkra ile yapılan değişiklikle rütbe binbaşılığa, süre de on yıla indirilmiştir. Fıkranın son cümlesinde de, birinci sınıfa ayrılan askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin bu değişiklik uyarınca düzeltilmesi öngörülmüştür.

bb-Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

Dava konusu Yasa hükmü ile, askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmaları için gereken oniki yıllık sürenin on yıla, rütbenin de binbaşılığa indirilmesi nedeniyle önceki tarihler itibarıyla bu koşulları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemlerinin birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri bu tarihe göre düzeltilmesi öngörülmüştür.

Birinci sınıfa ayrılabilmek için meslekte doldurulması gereken sürenin takdiri yasakoyucuya ait olup, bu sürenin on yıla indirilmesi sonucu ortaya çıkacak haksızlıkların giderilmesi amacıyla dava konusu yasa kuralı getirilmiştir. Başka bir anlatımla, oniki yıl esasına göre birinci sınıfa ayrılan askeri hakimlerin on yılı aşan süreleri değerlendirilerek 10 yıl esasına göre birinci sınıfa ayrılacakla eşit konuma getirilmek istenilmiştir. Bu nedenle, Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesinin gerçekleştirilmesi için getirilen bu yasa hükmünün Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı söz konusu değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI ve Ali HÜNER bu görüşe katılmamışlardır.

b- İkinci Fıkrasının İncelenmesi

aa- Anlam ve Kapsam

İkinci fıkra ile 357 sayılı Askeri Hakimler Yasası'nın 15. maddesinde öngörülen birinci sınıfa ayrılma koşullarında değişiklik yapılarak 24.5.1989 tarihinden önce mesleğe üsteğmen veya yüzbaşı rütbesinde giren askeri hakimlerin 357 sayılı Yasa'nın 15. maddesindeki süre kaydına bakılmaksızın diğer koşulları taşımak kaydıyla, binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askeri hakimliğe geçirilecekleri öngörülmüştür. Bu koşulu daha önceki tarih itibarıyla taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri de birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltililecektir.

bb- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

357 sayılı Askeri Hakimler Yasası'nın 2. maddesine göre askeri hakim ve savcı ihtiyacı :

- Muvazzaf subay olan isteklilerden, üniversitelerce aranıyorsa, hukuk fakültelerine giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültelere gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,
- Askeri liseleri bitirerek harp okullarına kabul olunan isteklilerden, üniversitelerce aranıyorsa, hukuk fakültelerinin giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültelere gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,
- Kıtada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesini bitirmiş bulunan yedek subaylardan askerlik görevleri sırasında istemde bulunanlar,
- Üsteğmen veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında bulunan Harp Okulu mezunu subaylardan kendi hesabına hukuk fakültesini bitirenler,
- Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren kadınlardan istemde bulunanlar,
- Liseleri bitirerek hukuk fakültelerine devam hakkını kazanmış olanlar ile hukuk fakültelerinde okudukları sınıfları başarı ile bitirenlerden lüzum ve ihtiyaç duyulduğunda askeri öğrenciliğe kabul edilip, öğrenimlerini tamamlayanlardan karşılanmaktadır.

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasası'nın 30. maddesine göre, rütbelerde bekleme süresi teğmenlikte (3), üsteğmenlikte ve yüzbaşılıkta (6) yıldır.

Bu duruma göre, teğmen rütbesiyle askeri hakimliğe başlayanlar, onbeş yılda binbaşılığa yükselebileceklerinden birinci sınıfa ayrılabilmek için 357 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde öngörülen "askeri hakimlik hizmetinde en az (12) yılını doldurmuş olmak" koşulunun bunlar için önemi bulunmamaktadır. Bu sürenin, 4087 sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yasalarında değişiklik yapılmıyacağı kadar on yıla indirilmiş olması bunlara bir yarar da sağlamamaktadır. Oysa, yüzbaşı rütbesinin üçüncü yılında hukuk fakültelerini bitirerek askeri hakimliğe başlayanlar üç yıl sonra binbaşı rütbesine gelebileceklerinden 4087 sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen "askeri hakimlik mesleğinde on hizmet yılını" doldurma koşulu bunlar yönünden gerçekleşmediği halde ikinci fıkra ile getirilen ayrı kural nedeniyle 357 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde öngörülen bekleme süresine bağlı olmaksızın birinci sınıfa ayrılacaklardır. Daha önceki tarihler itibarıyla bu koşulları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri de birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilenlerdir.

Yukarıda açıklandığı gibi 4087 sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesinin ikinci fıkrası iki ayrıcalık getirmektedir. İlki askeri hakimliğe farklı rütbelerde başlayanlardan yüksek rütbede başlayanlar lehine olanıdır. İkincisi de 24 Mayıs 1989 tarihinden önce mesleğe girmiş olanlarla bu tarihten sonra alınanlar arasında haklı bir neden olmadan yaratılan eşitsizliktir.

Bu nedenle geçici 10. maddenin ikinci fıkrası Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

10-Geçici 11. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Yasa'nın 11. maddesinin Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci ve sekizinci paragrafları ile 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istenilmektedir.

Geçici 11. maddede, "Geçici 8., 9. ve 10. maddelere göre birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilenler ile birinci sınıfa ayrılma tarihleri düzeltilenler, geçmişe yönelik olarak malî hak isteminde bulunamazlar" denilmektedir. Bu kural ile geçici 8., 9. ve 10. maddelerin uygulanması sonucu ortaya çıkan durum nedeniyle geriye yönelik hak isteminde bulunulamayacağı öngörülmektedir.

Yasalarda yer alan intibak hükümleri, kamu görevlilerinin maaş ve ücretlerinin belirlenen yeni esaslara göre düzenlenmesini ve görevlilerin belirli tarih itibarıyla yeni düzenlemeye intikallerini sağlayan hükümler olup, kural olarak Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği tarihte hukuken sonuç doğururlar. İntibak hükümlerinin geriye yürür biçimde malî haklar sağlayabilmesi için yasalarda bu hususta bir kural bulunması gerekir. Bu hususta geçici bir hükme yer verip vermeme bütçe olanakları ile sınırlıdır ve bunun takdiri de Yasama Organına aittir.

Maddenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Öte yandan, geçici 11. maddenin Anayasa'nın Başlangıç'ı, 11. ve 138. maddeleri ile de ilgisi görülemez.

11- 4087 sayılı Yasa'nın Geçici 1. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, uzun süre serbest avukatlık yapanlardan ellibeş yaşını doldurmaya bir veya birkaç ayı kalanların Sosyal Sigortalar Kurumu yerine TC. Emekli Sandığından emekli olmasını sağlamak amacıyla bu kuralın getirildiği, bunun da Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Geçici 1. madde ile, avukatlıktan hakimlik veya savcılık mesleğine geçmek isteyenlerin Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde başvurmaları halinde, başvuru tarihinde ellibeş yaşını bitirmemiş olmaları koşuluyla Yasa'nın 39. maddesine göre atanabilmelerine olanak tanınmıştır.

39. maddede, avukatlıktan hakimlik veya savcılığa atanacakların yeterlik sınavının yapılacağı yılın Ocak ayının son günü itibariyle kırk yaşını bitirmemiş olmaları koşulu aranırken, geçici 1. madde ile de Yasa'nın yürürlüğünden itibaren bir yıl içinde başvuranlarda yaş sınırı ellibeş olarak kabul edilmiştir.

2820 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin iptaline ilişkin bölümünde etraflıca açıklandığı gibi, hakim ve savcılarının mesleğe alınıp biçimleri, meslekte ilerlemeleri ve bağlı oldukları mesleki kurallardan farklıdır. Farklı kuralları olan avukatların mesleklerinde geçirdikleri sürenin tamamının hakimlik ve savcılıkta geçmiş gibi sayılarak ellibeş yaşını bitirinceye kadar hakimlik veya savcılığa alınmaları bunlar için getirilen bir ayrıcalık teşkil eder. Bu durum ise, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturduğundan geçici 1. maddenin iptali gerekir.

12-4087 sayılı Yasa'nın Geçici 3. Maddesinin İncelenmesi

2802 sayılı Yasa'nın 4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, avukatlıktan hakimlik veya savcılığa geçmek isteyenlerin Bakanlık'ça yapılacak yeterlik sınavı ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yapılacak mülakatta başarı göstermeleri gerektiği; ikinci fıkrasında da yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile mülakatın usul ve esaslarının yönetmelikte düzenlenmesi öngörülmüştür. Dava konusu geçici 3. maddeye göre de, söz konusu yönetmelik 4087 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde çıkarılacaktır.

2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Bakanlık'ça yapılacak yeterlik sınavı ile" sözcüklerinin iptaline ilişkin bölümde açıklandığı gibi, nitelik saptamadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceğine göre, hakim ve savcılarının nitelikleri, mesleğe kabulden önceki adaylığa atanma ve adaylık sırasında belirlenecektir. Bu nedenle, hakim ve savcılarının diğer özellik haklarının yanı sıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. ve 159. maddelerinin adaylığa kabul dönemi de kapsadığının kabulü gerekir. Anayasa, hakimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınıp ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir.

Yasa'da belirlenen biçimde Bakanlık'ça yapılacak bir yeterlik sınavı öncelikle hakimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgeler. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek durumunda olan bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterlik sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların, kendilerini her türlü etkiden uzak ve özgür hissetmeleri de zorlaşacaktır. Onlar hakimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşısalar bile kamu vicdanında tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum da, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatını düzenleyen Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılık oluşturur. Geçici 3. maddenin iptali gerekir.

B- İptal Sonucunda Yasa'nın Diğer Hükümlerinin Uygulama Olanakını Yitirip Yitirmediği Sorunu

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrasında, "Ancak, başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin ve ya tümünün iptaline karar verebilir" kuralına yer verilmiştir.

Avukatlık ile doçentlik ve profesörlükten hakimlik ve savcılık mesleğine geçenlerin, önceki görevlerinde geçirdikleri sürelerin tamamının her türlü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılmada gözönünde bulundurulmasını öngören 2802 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin üçüncü fıkrası ile Yasa'nın değişik 40. maddesinin ikinci fıkrası ve 2802 sayılı Yasa'nın değişik 9. ve 40. maddelerinin ikinci fıkralarındaki "tamamı" sözcüklerinin iptalleri nedeniyle bu fıkraların kalan bölümlerinin uygulanma olanağı kalmamaktadır.

Bu nedenlerle, 2802 sayılı Yasa'nın belirtilen kurallarının 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca iptalleri gerekir.

VI-SONUÇ

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un:

A) 1. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B) 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin,

1- Birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in "...Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı...dışındaki bölümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığı", Lütfi F. TUNCEL'in ise "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlar yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- Üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in "...birinci sınıfa ayrılma ... dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ile Lütfi F. TUNCEL'in "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C) 3. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "üçte ikisi de" ibaresinin "tamamı" olarak değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D) 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen;

1- Geçici 8. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in "birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin düzeltilmesi dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ile Lütfi F. TUNCEL'in "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Geçici 9. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşım KILIÇ, Sacit ADALI ile Ali HÜNER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Geçici 10. maddenin;

a- Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşım KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI ile Ali HÜNER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- Geçici 11. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E) Geçici 1. ve geçici 3. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALLERİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F) 1- 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali nedeniyle, aynı Yasa'nın 40. maddesinin 3. maddeyle değiştirilen ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün,

2- 3. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 9. ve 40. maddelerinin ikinci fıkralarındaki "tamamı" sözcüklerinin iptalleri nedeniyle bu fıkraların kalan bölümlerinin,

uygulanma olanakları kalmadığından 2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesi gereğince İPTALLERİNE, OYBİRLİĞİYLE,

14.12.1995 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Yekta Güngör ÖZDEN	Güven DİNÇER	Selçuk TÜZÜN
Üye	Üye	Üye
Ahmet N. SEZER	Samia AKBULUT	Haşım KILIÇ
Üye	Üye	Üye
Yalçın ACARGÜN	Mustafa BUMİN	Sacit ADALI
Üye	Üye	
Ali HÜNER	Lütfi F. TUNCEL	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

Kimi bölümlerinde iptal sonucunda birlikteliğe karşın kararın katılmadığım bölümlerine ilişkin karşıoyumun, gerekçelerini aşağıda, madde sırasıyla, açıklıyorum :

1. Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilen 4087 sayılı Yasa, Yargıç ve Savcı açığını kapatmak, hiç değilse azaltmak amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Yasa'nın değiştirilen ilgili maddelerinde birbirine uygun içerikte yinelenen "avukatlar", genelde yanlış değerlendirilmiştir. Kararın biçimsel yaklaşımı, görev giysisi ve yan değişikliğinden başka temelde hiçbir ayrım bulunmayan Yargıç, Savcı ve Avukatları ayrı meslek adamları gibi almasından bellidir. Avukatlar, yargı erkini oluşturan savsavunma-karar üçlüsünün yadsınıp dışlanması, gözardı edilip vazgeçilmesi olanaksız bir ögesidir. Yargıç ve Savcılarla eşit durumları, Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Yasası'nda 8.5.1984 günlü, 3003 sayılı Yasa'yla yapılan değişikliklere ilişkin 13.1.1985 günlü, Esas 1984/12, Karar 1985/6 sayılı kararında yinelenip vurgulanmıştır (Resmî Gazete, 17.5.1985, Sayı 18757). Bu karardaki karşıoyumu ve ek gerekçemi, avukatlık mesleğinin yapısı, anlamı, amacı ve ereği yönünden şimdiki kararın ilgili bölümleri için de gerekçem kapsamına alıyorum. Kaynağı, eğitim-öğretimi, uğraş alanı ve amacı aynı olan Yargıçlık, Savcılık ve Avukatlık mesleğinin, özdeki birliği gözetilmeden sav ve karar bölümlerinden ayrı düşünülmesi, yargının doğasına aykırıdır. Avukatlar stajdan sonra, yargının her alanında ve her katında çalışmakta, uygulama deneyimleriyle yargının en devingen ögesi sayılmaktadırlar. Belli alanda çalışan bir yargıç ve savcıdan daha çok edinimleri bulunan avukatların ayrı bir meslek olduğu ve meslek konusunda eğitime bağlı tutulması gerektiği görüşü asla gerçekçi değildir. Adaletçiler içinde bir görevli olan avukatın Yargıç ve Savcı'dan ayrı olan yanları, görevi gereği devlete bağlı özlük haklarıdır. Avukatlığın serbestliği dışında başka bir ayrılık yoktur. Kaldiki avukatlar, konumları gereği daha bağımsız, daha geniş ve değişik alanlarda, yargı yerleri dışında da yargısal çalışmalar yapan bir hukukçudur. Çalışmaları yargısal değilmiş, yargı yerlerinde bulunmuyormuş, adaleti gerçekleştirmede katkısı geçmiyormuş gibi algılayıp değerlendirmek yargının yapısına ters düşmektedir.

Avukatların çalışması başka bir konuda değildir. Sosyal güvenlik bağının aynı kuruluşlarla olması, haklarında aynı uygulamayı gerektirmez. Mesleğin özündeki eşitlik, sıfat (san) değişikliğinde de korunmalıdır. İster kamuda çalışsın, ister serbest çalışsın, avukat, avukatlar ve bir yargıçla savcıdan ayrı tutulmasını gerektiren hiçbir neden yoktur. Yargıç ve Savcılar nasıl avukat oluyorsa, avukatlar da yargıç ve savcı olabilirler. Kimi yabancı ülkelerdeki uygulamalar, ancak belli hizmet yılı olan avukatlardan yargıç atandığını, avukatlık yapmayanların yargıç olamadığını göstermektedir. Kimi ülkelerde yargıç, savcı ve avukatlar aynı meslek kuruluşunda toplanmaktadır. Özetlenen bu nedenlerle avukatlıkta geçen sürenin tamamının, eylemli olarak yargıçlık ve savcılık mesleğinde geçmiş sayılması yerindedir, doğrudur, gerçekçidir ve Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur. Tersine yorum, Anayasa'nın 2., 10. maddeleriyle ve hak arama özgürlüğü anlayışıyla bağdaşmaz. Avukatlık süresinin tümünü meslekte geçmiş sayıp buna göre sınıf ve derecede mesleğe kabul amaca uygun bir düzenlemedir. Adalet-yargı bağlamında meslek görev astlığı üstlüğü yoktur. Seçimle ya da atamayla gelinen süreli ve geçici çalışma yerleri yönetsel gereklere dayanmaktadır. Kimi olanaklarını bırakıp gelen avukatlar, başka, ilgisiz yerlerden gelen, kamuda bilgisi-becerisi olmayan, eğitilecek kimseler sayılamaz. Devlet görev verecekse hakkını da verecektir. 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle avukatlıkta geçen sürenin tamamını meslekte geçmiş saymak ve meslek yılı bölümü Anayasa'ya aykırı değildir. Öbür bölümlerin aykırılığına katılıyorum.

39. maddenin üçüncü fıkrasıyla 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8. maddenin iptal kararı için de oyum böyledir. 39. maddenin üçüncü fıkrasının son tümcesi bir yükselme dönemi bekleme gereğiyle dengeyi sağlamaya yeterlidir. Birinci sınıfa ayrılma durumu dışında, meslek süresini aykırı bulan görüşe katılmıyorum.

2. İncelenen 4087 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 9. ve 40. maddelerindeki "üçte ikisi" sözcüklerinin "tamamı"na dönüştürülmesini iptal eden karara da aynı gerekçelerle katılmıyorum. İçinde iptali gerektiren bölüm görmediğim ve iptalde birleştiğim yön ve yan olmadığı için burada karşıoy kullanıyorum.

Başkan

Yekta Güngör ÖZDEN

MUHALEFET GEREKÇESİ

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

1- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 39. maddesinde yapılan değişiklikle, eylemli olarak en az üç yıl avukatlık yapanların, Hakimlik ve Savcılık mesleğine geçişlerinde yazılı yeterlik sınavının Bakanlıkça, mülakat sınavının ise Hakimler ve Savcılık Yüksek Kurulu tarafından yapılacağı öngörülmüştür. Kararda, yazılı yeterlik sınavının Bakanlıkça yapılmasının Anayasa'nın özellikle 159. maddesine aykırı görülmesi ve sınavın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması gerektiği görüşlerine ben de katıldım. Ancak, Yasa'da belirtilen şartları taşıyan avukatların Hakimlik ve Savcılık mesleğine doğrudan kabulleri söz konusu olmasına rağmen, gerekçe, iki yıllık adaylık süresini geçirerek hakim ve savcılığa kabul edilenleri de kapsar biçimde genişletilerek yazılmıştır. Oysa, avukatlık yaparak hakimlik ve savcılık mesleğine geçmek isteyenler herhangi bir "adaylık" süresi geçirmeden doğrudan mesleğe kabul edildiklerinden, buna ilişkin yazılı ve sözlü sınavın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yapılması Anayasa'nın 159. maddesinin kapsamında düşünülmür. Ancak, Bakanlıkça yazılı ve sözlü sınav yapılarak adaylığa kabul edilenlerden iki yıllık staj döneminden sonra başarılı olanların mesleğe kabullerine Kurul karar vermektedir. İki yıl süren bu adaylık döneminin hukuksal yapısı farklıdır. Önümüzde bu adaylık dönemini tartışacak ya da Anayasa'ya uygunluk denetimini gerektirecek bir yasal düzenleme söz konusu olmadığına göre dışarıdan "doğrudan" hakimlik ve savcılık mesleğine kabul koşullarını düzenleyen 39. madde içinde ve Anayasa'nın 159. maddesine aykırılığı "adaylık" dönemini de kapsar biçimde genişletilerek gerekçeli kararın yazılması düşüncesine katılmadım. Bakanlıkça yapılan yazılı-sözlü sınavdan ve iki yıllık adaylık dönemi geçirdikten sonra mesleğe kabullerine karar verilenlerin durumu ancak, 2802 sayılı Yasa'da buna ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiği anda görüşülmesi gereken bir konudur.

2- 4087 sayılı Yasa ile 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinde yapılan değişiklikle, belirtilen fakültelerde görev yapan doçent ve profesörlerle dışardan belli süre eylemli olarak avukatlık yapanların Yasa'da gösterilen esas ve usuller çerçevesinde hakimlik ve savcılık mesleğine kabul olanağı sağlanmıştır. Yasa'nın Geçici 8. maddesinde de avukatlık, doçent ve profesörlük yaparak bu Yasa'dan önce hakimlik ve savcılık mesleğine kabul edilmiş olanlara Yasa'yla getirilen olanaklardan faydalanabilmeleri için intibak kuralları düzenlenmiştir.

Serbest avukatlardan hakimlik ve savcılık mesleğine geçenlere ilişkin Anayasa'ya aykırılık düşüncelerine katılıyorum. Ancak, kamu kurumlarında avukatlık yapanlarla Yasa'da belirtilen fakültelerde doçentlik ve profesörlük yapanlar yönünden Anayasa'ya aykırılık düşüncelerine katılmadım.

Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, birikim, deneyim ve yetiştirme koşulları paralellik arzeden mesleklerden geçiş yapılması imkanı getirilerek hakim ve savcı açığının kapatılması amaçlanmıştır. Serbest avukatlık mesleği ile hakim ve savcılığın çok farklı kurallara bağlı olması yetiştirme ve terfi koşullarının serbest avukatlık mesleğine hiç benzememesi, bu nedenle avukatlar için getirilen düzenlemelerin bir ayrıcalık taşıdığı gerekçesi yerindedir. Ancak 39. maddenin (a) bendindeki fakültelerde doçent ve profesörlük yapan öğretim üyeleriyle kamu kurum ve kuruluşlarında avukatlık yapanlar yönünden aynı gerekçeleri söylemek mümkün değildir. Hakim ve Savcılarının çeşitli bölgelerde görev yaptığı, terfiilerinin ve birinci sınıfa ayrılmalarının kimi özel koşullara tâbi olması, doçent ve profesörlerle kamuda çalışan avukatların yetiştirme ve çalışmalarının hiçbir koşula bağlı olmadığı sonucunu doğurmaz. Doçent ve profesörlük görevleri de bir kariyer meslek olup terfiileri çok özel kurallara tâbi tutulmuştur. Hakimlerin çeşitli bölgelerde görev yapmasını ve yükselmelerini düzenleyen kurallarla doçent, profesör ve kamuda çalışan avukatların aynı konuları düzenleyen kuralları aynı ağırlıkta olabileceği gibi farklı ağırlıkta da olabilir. Serbest avukatlarda olduğu gibi, yetiştirme ve terfii koşulları hiç yok değildir. Paralel koşulların olduğu bu görevlerde öncelikle liyakat, yetiştirme ve amaç gözönünde tutulmalıdır. Hakim ve savcı açığını kapatma amacı haklı bir nedendir. Hakimlik ve savcılık mesleği koşullarıyla doçentlik, profesörlük ve kamu avukatlarının koşulları arasında büyük ölçüde benzerlikler bulunması ve gerekçede belirtilen "haklı neden" kimi ayrıcalıkların gözardı edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle Yasa'nın 39. maddesinin üçüncü fıkrası ile geçici 8. maddenin iptal kararına doçentler, profesörler ve Kamu'da çalışan avukatlar yönünden katılmıyorum.

3- Geçici 9. madde, hâlen görevde bulunan hakimlerle daha önce birinci sınıfa ayrılmış veya meslekte fiilen 10 yılını doldurup ta birinci sınıf incelemesine tâbi tutulacak hakim ve savcılarının 32. maddede yapılan değişiklik gereğince birinci sınıfa ayrılma işlemlerinin düzeltilmesini öngörmektedir. Yasa'nın değişik 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılabilmek için daha önce 12 yıl olan süre 10 yıla indirilmiş, master yapan ve Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsünü bitirenler için bu süre 9, doktora yapanlar için de 8 yıla düşürülmüştür.

Hakim ve Savcılarının birinci sınıfa ayrılabilmesi için diğer şartlar yanında meslekte 10 yılını doldurmak ve birinci dereceye yükselmiş olmak koşullarını taşımaları gerekir. Ancak hakimlik mesleğine başka kurumlardan geçenlerle başka kurumda çalışmaksızın ilk defa başlayanlar arasında farklılık doğmaktadır. Çünkü, 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesine göre, daha önce başka görevlerde bulunup ta hakim adaylığı görevine atananlar kadro, maaş ve derece yönünden iktisap ettiği hakları koruyarak mesleğe başlamaktadırlar. Başka bir kurumdan gelerek müktesebi 5. dereceden hakimliğe başlayan bir kişi birinci dereceyi sekizinci yılının sonunda elde ederken, başka kurumda hizmeti olmadan ilk defa hakimliğe başlayan diğer kişi ise 8. dereceden başlayarak 14. yılın sonunda 1. dereceye gelebilmektedir. Buna göre, mesleğe aynı anda başlayan, ancak başka kurumdan naklen gelen, örnekte olduğu gibi 1. dereceyi daha önce almakta ve 10. yılını doldurduğu anda birinci sınıfa ayrı-

larken ilk defa hakimliğe başlayan, 14 yıl sonra birinci sınıfa ayrılma hakkını kazanmaktadır. Birinci sınıfa ayrılmak için gereken 10 yıllık hizmet şartı ilk defa hakimliğe başlayan yönünden 14 yıla çıkmaktadır. Buna göre, hâlen görevde bulunanların birinci sınıfa ayrılma işleminin 12 yıl yerine 10 yıla göre düzeltilmesinin gerektiği öngörülen Geçici 9. maddede memuriyete ilk defa hakim olarak başlayanlar aleyhine düzenleme yapılması Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğundan çoğunluk görüşüne katılmadım.

4- Geçici 10. maddede de askerî hakimlerin birinci sınıfa ayrılma koşulları değiştirilmekte, yeni koşullara göre gerekli düzeltmelerin yapılacağı öngörülmektedir. 24 Mayıs 1989'dan önce mesleğe girmiş olanlar ise, maddenin birinci fıkrada belirtilen 10 yıllık süre şartına bakılmaksızın binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askerî hakimliğe geçirileceklerdir. Önceki tarihler itibarıyla bu şartları taşıyanların durumları da düzeltililecektir.

Askerî hakimler iki kaynaktan gelmektedir. Birincisi hukuk fakültelerini bitirerek askerî hakimliğe başlayanlar, ikincisi de Harp Okulu sonrası muvazzaf subay olduktan sonra hukuk fakültesini bitirerek hakimlik sınıfına geçenlerdir. Muvazzaf subayın askerî hakimliğe geçebilmesi için üsteğmen rütbesinde veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında Hukuk Fakültesini bitirmiş olması gerekmektedir.

Geçici 10. maddenin birinci fıkrası ile yapılan düzenlemelerden sonra askerî hakimlerin birinci sınıfa ayrılabilme şartları; kıdemli binbaşılık rütbesi binbaşılık rütbesine, 12 yıl olan askerî hakimlik süresi de 10 yıla indirilmiştir.

Bu durumda, teğmen rütbesi ile askerî hakimliğe başlayanların birinci sınıfa ayrılabilmeleri binbaşı rütbesine terfi etmekle yani 15 yılın sonunda mümkün olur hâle gelmektedir.

Muvazzaf subaylıktan askerî hakimliğe geçenler yönünden ise; üsteğmen rütbesinin birinci yılında Hukuk Fakültesini bitiren askerî hakim 11 yılda binbaşı rütbesine terfi edecek, bunun yanında 10 yıllık askerî hakimlik yapma şartı da gerçekleşeceği için 11 yılda birinci sınıf askerî hakimliğe ayrılabilir. Eğer yüzbaşı rütbesinin 3. yılında Hukuk Fakültesini bitirmiş ise 3 yıl hakimlik yaptıktan sonra binbaşı rütbesine gelecek, ancak 10 yılı doldurmak için 7 yıl daha hakimlik yapması gerekecektir. Ne varki, beş yıl sonra yarbay rütbesine terfi edecek için toplam 8 yıl hakimlik yapmak suretiyle birinci sınıfa ayrılacaktır.

Geçici 10 uncu maddenin ikinci fıkrasında 24 Mayıs 1989 tarihinden önce askerî hakimlik mesleğine girenlerin birinci sınıfa ayrılma durumları ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, 24 Mayıs 1989 tarihinden önce askerî hakimlik mesleğine girenlerin 10 yıllık süre şartı aranmaksızın binbaşı rütbesine terfi etmeleri, birinci sınıfa ayrılmak için yeterli olacaktır.

Böylece, teğmen rütbesi ile askerî hakimliğe başlayanlarla, muvazzaf subaylıktan askerî hakimliğe geçenlerin durumuna baktığımızda; teğmen rütbesi ile askerî hakimliğe geçenlerin 15 yılda birinci sınıfa ayrılmaları mümkün iken, muvazzaf subaylıktan geçen askerî hakimlerin en erken 3 yılda, en geç 11 yılda birinci sınıfa ayrılmaları olanaklı hâle gelmiştir.

Görüldüğü gibi, muvazzaf subaylıktan askerî hakimliğe geçenler yönünden ayrıcalıklı kurallar getirilmiştir. Bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olan Geçici 10. maddenin iptali gerekir. Çoğunluk görüşüne bu düşünceyle katılmadım.

Üye

Haşim KILIÇ

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

Geçici 10. maddenin birinci fıkrası ile yapılan düzenlemeye göre askerî hakimlerin 1. sınıfa ayrılabilmesi için diğer koşulların gerçekleşmesiyle beraber meslekte en az 10 yılı geçirmeleri ve bin-başı rütbesi almaları gerekir.

Bu durumda teğmen rütbesi ile askeri hakimlik mesleğine başlayanlar ancak 15 yıl sonra bin-başı olabilirler -diğer koşullarda gerçekleştiği takdirde- 1. sınıfa ayrılabilirler. Muvazzaf subayken Hukuk Fakültesini bitirerek askeri hakim nasbedilenler ise mesleğe girdikleri tarihteki rütbelerine göre 11 ile 9 yıllık bir bekleme süresinden sonra 1. sınıfa ayrılabilirler. Bu şekildeki düzenleme fakülteyi kendi hesabına veya Milli Savunma Bakanlığı hesabına bitirdikten sonra askeri hakim nasbedilenler ile muvazzaf subayken hukuk fakültesini bitirdikten sonra askeri hakim nasbedilenler arasında Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı ayrımlar yer almaktadır. Bu nedenle maddenin birinci fıkrasının iptali gerekirken, iptal isteminin reddine karar verilmesine karşıyım.

Üye

Yalçın ACARGÜN

MUHALEFET GEREKÇESİ

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'yla ilgili olarak, üye Haşim KILIÇ tarafından yazılan muhalefet gerekçesi'ndeki 1. madde hâriç, 2., 3. ve 4. maddelerdeki görüşlere katılarak muhalif kaldığımı beyân ediyorum.

Üye

Sacit ADALI

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un kimi maddelerinin iptali istemiyle açılan dava sonunda verilen kararın; 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 9. maddenin ve Geçici 10. maddenin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine ilişkin çoğunluk görüşüne aşağıda belirtilen nedenlerle katılmıyorum.

1- 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle, 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 9. maddede, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılmak için getirilen hükümlerinin, halen görevde bulunan hakim ve savcılara da uygulanacağı belirtildikten sonra, önceden birinci sınıfa ayrılma karar verilmiş olan hakim ve savcılarının, birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin yeni kurallara göre düzeltilmesi, meslekte fiilen on yılını doldurmuş olanlar hakkında da birinci sınıf incelemesi yapılacağı belirtilmektedir.

2802 sayılı Yasa'nın 4087 sayılı Yasa ile değişik 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılabilmek için daha önce 12 yıl olan süre 10 yıla, meslekleriyle ilgili lisansüstü öğrenim (master) yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'nü başarıyla bitirenler için bu süre 9, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için de 8 yıla indirilmiştir.

Hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılma koşulları 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre diğer koşulların yanında:

- a) Birinci dereceye yükselmek,
 - b) Yeni değişiklikle hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmuş olmak
- koşulları bulunacaktır.

Ancak, hakim ve savcılar bakımından bu iki koşulun her zaman aynı anda gerçekleşmesi olanaklı değildir. Daha önce başka kurum veya kuruluşlarda çalışıp da sonradan hakimliğe geçenlerle, başka kurumlarda çalışmaksızın doğrudan doğruya hakimliğe başlayanlar arasında derece yönünden farklılıklar olmaktadır.

Daha önce başka görevlerde bulunup da sonradan hakim adaylığına atananlara kadro, maaş ve derece yönünden iktisap ettiği hakları verildiğinden bu şekilde hakim ve savcılık mesleğine girenler "birinci dereceye yükselme" koşulunu daha önce elde etmelerine karşın evvelce başka kurum ve kuruluşlarda hiç çalışmadan, bir görevde bulunmadan doğrudan hakim adaylığına atananlar 8. derecenin birinci kademesinden göreve başlayacaklarından "birinci dereceye yükselme" koşulunu çok sonraları elde edebileceklerdir. Başka görevlerde çalışıp sonradan hakimlik mesleğine girenler, 10 yıllık süreyi doldurmaları ile birlikte 1. derece koşulu evvelce gerçekleşmiş olduğundan hemen birinci sınıfa ayrılma olanaklı iken, başka bir görevde bulunmadan hakimlik mesleğine girenler ise ancak 14. yıl sonunda "birinci dereceye yükselme" koşulunu ihraz edebileceği cihetle, bu müddet sonunda "birinci sınıfa ayrılma" işlemine tabi tutulacağından bunlar arasında eşitsizlik yaratılmış olmaktadır ki, bu da Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenle Geçici 9. maddenin iptaline karar verilmesi gerekirken istemin reddine karar verilmediğinden çoğunluk görüşüne katılmadım.

2- 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 10. maddede, askerî hakimlerin birinci sınıfa ayrılma koşulları yeniden düzenlenerek, bu yeni koşullara göre gerekli düzeltmelerin yapılacağı öngörülmektedir. Maddenin birinci fıkrası ile askerî hâkimlerin birinci sınıfa ayrılma kararlarında aranılan rütbe ve hizmet yılında değişiklik yapılarak halen görevde bulunanlar için hâkimlik mesleğinde 10 hizmet yılını doldurdıkları ve binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte "birinci sınıf askerî hâkimliğe" geçirilecekleri kuralı getirilmiştir.

Askerî hâkimlerin "birinci sınıfa ayrılma" esasları ve koşulları 357 sayılı Askerî Hâkimler Yasası'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir. 4087 sayılı Yasa'nın Geçici 10. maddesinde yapılan değişikliktan önce askerî hâkimlerin birinci sınıfa ayrılma kararları diğer koşulların yanısıra;

a) Kıdemli binbaşı rütbesinde bulunmak,

b) Askerî hâkimlik hizmetinde en az oniki yılını doldurmuş olmak,

koşullarının birlikte gerçekleşmesiyle olanaklı iken yapılan değişiklikle, kıdemli binbaşı rütbesi, binbaşı rütbesine, oniki yıllık askerî hâkimlik süresi de on yıla indirilmiş bulunmaktadır.

Askerî hâkim ve savcı ihtiyacının hangi kaynaklardan karşılanacağı 357 sayılı Askerî Hâkimler Yasası'nın 2. maddesinde sayılmıştır. Madde metninde sayılan altı kaynağı başlıca iki gruba ayırabiliriz.

Birinci grup: Hiçbir askerî hizmeti olmadan hukuk fakültelerini bitirerek teğmen rütbesi ile askerî hâkimlik mesleğine kabul edilenler,

İkinci grup: Evvelce muvazzaf subay iken hukuk fakültelerini bitirenlerden askerî hâkimlik mesleğine geçirilenler. Bu grupta olanların üsteğmen veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında hukuk fakültesini bitirmiş olmaları koşulu aranacaktır.

Subayların normal rütbe bekleme süreleri 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasası'nın 30. maddesinde gösterilmiştir.

4087 sayılı Yasa ile yapılan yeni düzenlemeye göre, askerî hâkimlikte diğer koşulların yanısıra binbaşı rütbesinde olmak ve meslekte on hizmet yılını doldurmak koşulları gerçekleştiğinde "birinci sınıfa ayrılma" olanağı getirilmekle, yukarıda belirtilen birinci grup askerî hâkimler, yani hukuk fakültesini bitirerek teğmen rütbesi ile askerî hâkimliğe başlayanlar binbaşı rütbesine ancak 15 yıl sonra gelebileceklerinden asgarî 15 yıl askerî hâkimlik görevini yaptıktan sonra birinci sınıfa geçirilebilecekler, buna karşın muvazzaf subay iken hukuk fakültesini bitirip askerî hâkimlik sınıfına geçirilenlerden üsteğmen rütbesinin birinci yılında geçenler 11 yıl, yüzbaşı rütbesinin üçüncü yılında geçenler de 3 yıl sonra binbaşı rütbesinde olacaklarından, üsteğmen rütbesinde askerî hâkimliğe geçen 10 hizmet yılını doldurmuş olduğundan hemen, yüzbaşı rütbesinde askerî hâkimliğe geçen de 7 yıl daha askerî hâkimlik yaptıktan sonra birinci sınıfa ayrılacaklardır. Diğer taraftan 353 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde yarbay rütbesindeki askerî hâkimler için on yıl hizmet koşulu aranmayacağı kuralı olduğundan yüzbaşı rütbesinde askerî hâkim olanlar 7 hizmet yılını da beklemeden binbaşı bekleme süresi olan 5 yılını doldurduğunda birinci sınıfa ayrılacaklardır.

Böylece teğmen rütbesi ile askerî hâkimliğe başlayanlar ile muvazzaf subay iken hukuk fakültesini bitirerek askerî hâkim olanlar arasında birinci sınıfa ayrılmaları bakımından eşitsizlik yaratılmış olduğundan, yapılan bu düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenlerle Geçici 10. maddenin birinci fıkrasının iptaline karar verilmesi gerekirken istemin reddine karar verildiğinden çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Ali HÜNER

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1995 günlü ve E.1995/19, K.1995/64 sayılı kararıyla, 9.3.1995 günlü ve 4807 sayılı "Hâkimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un kimi maddeleri oybirliği, kimi maddeleri de oyçokluğuyla iptal edilmiştir. Oyçokluğuyla iptal edilen maddelerinden;

Türkiye Büyük Millet Meclisi

(S. Sayısı: 65)

4807 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki karara "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlar yönünden", üçüncü fıkrası ile 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki kararlara da "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla, üniversite doçent ve profesörleri yönünden" katılmıyorum.

Gerek kamu avukatlarının gerekse Üniversite doçent ve profesörlerinin mesleğe kabulünde, itibak sürelerinin hesabında ve birinci sınıfa ayrılmalarında kamuda hiç görev almamış avukatlarla birlikte düşünülmelerinin yerinde olmayacağı açıktır. Zira, belirtilen görevliler kamu hizmetine girişte belirli koşullara tabi olmuş, bulundukları derece ve kademelere terfilerinde de ilgili yasalarında öngörülen süreleri geçirmişlerdir. Bu nedenle bu görevliler yönünden yapılan yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Bu görüşler ve bu konuya ilişkin sayın üyeler Haşım KILIÇ ve Sacit ADALI'nın karşıoy gerekçelerine de katılarak çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Lütfi F. TUNCEL

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/12-1 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 7.6.1995

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN : TBMM Anamuhalefet Partisi (Anavatan Partisi) Grubu Adına Grup Başkanı A. Mesut YILMAZ.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU : 21 Mart 1995 tarih ve 22234 Sayılı Resmî Gazete ile yayımlanan 9.3.1995 tarih ve 4087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun'un yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

4087 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin iptal istemini içeren 27.4.1995 günlü dava dilekçesinin "İptal Davasının Konusu" başlıklı bölümünde "yürütmenin durdurulması" ve "sonuç ve istem" başlıklı bölümünde ise "Dava sonuna kadar uygulamasının (yürütmenin) durdurulması istenilmiştir.

II-YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince yapılan yürürlüğü durdurma istemini inceleme toplantısında; isteme ilişkin rapor, dava dilekçesi ve ekleri, iptali ve yürürlüğü durdurulması istenilen yasa kurallarıyla dayanan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Dava konusu 4087 sayılı Yasa kurallarından anlaşılacağı üzere, Yasa'ya ilişkin olası bir iptal kararının verilmesi ve bu kararın yürürlüğe girmesine kadar Yasa kurallarının uygulanması durumunda daha sonra giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecek ilerde verilebilecek bir iptal kararı belki de sonuçsuz kalacaktır.

Bu nedenle, istem doğrultusunda 4087 sayılı Yasa'nın kimi kurallarının yürürlüğünün durdurulmasına karar vermek gerekmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi

(S. Sayısı: 65)

III- SONUÇ

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı, "Hâkimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un:

A) 2. maddesiyle değiştirilen 24.2.1983 günlü, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun; 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ve aynı maddenin üçüncü fıkrasının,

B) 3. maddesiyle aynı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasında ve 40. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin,

C) 5. maddesiyle aynı Yasa'ya eklenen;

a- Geçici 8. maddenin,

b- Geçici 10. maddenin ikinci fıkrasının,

D) Geçici 1. ve geçici 3. maddelerinin,

uygulanmalarından doğacak ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi için iptal isteminin reddi durumunda karar gününe, kabulü durumunda ise iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, OYBİRLİĞİYLE,

E) a-1 . maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasının,

b- 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin ikinci fıkrasının,

c- 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 11. maddesinin, yürürlüğünün durdurulmasının gerekmediğine OYBİRLİĞİYLE,

d- 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 9. madde ile Geçici 10. maddenin birinci fıkrasının yürürlüğünün durdurulması isteminin REDDİNE, Ahmet N. SEZER, Yalçın ACARGÜN ile Ali HÜNER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

7.6.1995 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Yekta Güngör ÖZDEN	Yılmaz ALİEFENDİOĞLU	İhsan PEKEL
Üye	Üye	Üye
Selçuk TÜZÜN	Ahmet N. SEZER	Haşim KILIÇ
Üye	Üye	Üye
Yalçın ACARGÜN	Mustafa BUMİN	Sacit ADALI
Üye	Üye	
Ali HÜNER	Lütfi F. TUNCEL	

Bu konudaki bir diğer Anayasa Mahkemesi kararı şöyledir:

Esas Sayısı: 1990/13

Karar Sayısı: 1990/30

Karar Günü: 20.11.1990

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet Partisi (Sosyaldemokrat Halkçı Parti) TBMM Grubu adına Grup Başkanvekili Hasan Fehmi GÜNEŞ. İPTAL DAVASININ KONUSU: 24.1.1990 günlü, 3611 sayılı "2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 3221 Sayılı Hâkim ve Savcı Adayları

Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun'un 1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., Geçici 1. ve Geçici 2. maddelerinin Anayasa'nın 13., 36., 37., 91., 125., 138., 139., 140., 143., 144., 145., 146., 148., ve 154. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ : Dava dilekçesinin gerekçe bölümü özetle şöyledir: A- 3611 Sayılı Yasa'nın 1., 2., 3., 4., 5., 6. ve Geçici 1. Maddelerinin Anayasa'ya Aykırılık Nedenleri:

Bu maddeler incelendiğinde görülmektedir ki; çeşitli yargı mercilerinde görev yapan savcılarının unvanları yeniden saptanmaktadır. Daha doğrusu, 360 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de belirtilen unvanlar bu hükümlerle yasalaştırılmıştır.

Bu Yasa'nın belirlediği unvanlar Anayasanın 138., 139., 140., 143., 144., 145., 146., 148. ve 154. maddelerinde belirlenen savcı unvanlarına uygun düşmemektedir.

Anayasada belirlenen unvanları, bu hükümler değişik bir şekilde düzenlemektedir. Yeniden düzenlenen bu unvanlar, kavram ve yetki kargaşasına sebebiyet verdiği gibi, Anayasanın öngörmediği değişik bir hiyerarşik sistem oluşmasına kapı aralamaktadır.

Anayasanın yargıya ilişkin 138 ve devamı olan maddelerinde Cumhuriyet Savcısı, Yüksek Mahkemelere ilişkin 146 ve devamı maddelerinde Cumhuriyet Başsavcısı sıfatından söz etmektedir. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini içeren 148. maddesinde Yüce Divan olarak görev yapmasında, savcılık görevini C. Başsavcısı veya C. Başsavcı Vekilinin yapacağını belirtmiştir.

Siyasi partilere ilişkin 69. maddesiyle, kurulan partilerin tüzük ve programlarının ve kuruluşlarının hukuksal durumlarının Anayasa ve Yasa hükümlerine uygunluğunu, kuruluşlarını takiben ve öncelikle denetlemek, faaliyetlerini ve takip etmek ve siyasi partilerin kapatılması hususunda dava açmak görev ve yetkisi C. Başsavcılığına verilmiştir.

2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 9. maddesi Cumhuriyet Başsavcılığının partilerin kuruluşunu denetlemesini, 10 . maddesi de siyasi partiler sicilinin Cumhuriyet Başsavcılığınca tutulacağını düzenlemiştir.

2958 sayılı Yargıtay Yasası'nın 6. maddesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "Cumhuriyet Başsavcısı, Cumhuriyet Başsavcivekili ..."nden oluşacağını hükme bağlamıştır. Yasanın 27. maddesinde; Cumhuriyet Başsavcılığını temsil etmek ve Anayasa Mahkemesinde Cumhuriyet Savcılığı görevini yapmak Yargıtay C. Başsavcısının görevleri arasında sayılmıştır.

Hukuk Yargılama Usulü Yasası'nın 427. maddesinde ve Ceza Yargılama Usulü Yasası'nın, yasa yollarından temyiz, bölümünde Cumhuriyet Başsavcısı sıfatı vardır.

Cumhuriyet Başsavcısının niteliği ve seçimi Anayasanın 154. ve buna bağlı olarak Yargıtay Yasası'nın 30. ve devamı maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre, önkoşul Yüksek Mahkeme üyesi olması ve bunu sekiz yıl yapmış bulunmasıdır. Seçimi Cumhurbaşkanıya aittir.

Anayasanın yukarıda sözü edilen 138. ve sonraki maddeleri ile 143. maddesinde Cumhuriyet Savcıları ile Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcıları sıfatları belirtilmiştir.

Yerel yetkilere sahip Cumhuriyet Savcıları ile Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcılarında, Cumhuriyet Başsavcısının niteliklerini aramak söz konusu değildir. Ayrıca yukarıda kısaca değinildiği gibi görev alanları ve kapsamları aynı değildir. Bu görevlerin sıfatı diğer Devlet görevleri gibi yasalarla değil Anayasa ile verilmiş olup, Anayasa'daki sıfatlar değiştirilmedikçe, Yasa ile yerel Cumhuriyet Savcıları ile Devlet Güvenlik Mahkemeleri Cumhuriyet Savcılarına (Başsavcı) sıfatı verilmesi olanaksızdır.

Bütün bu durumlar karşısında Yasa'nın 1, 2, 3., 4., 5., 6. ve geçici 1. maddesi Anayasa'nın 138., 139., 143., 144., 145., 146., 148. ve 154. maddelerine aykırı bulunduğundan iptali gerekir.

B- 7. Maddenin Anayasa'ya Aykırılık Nedenleri:

3611 sayılı Kanun'un 7. maddesinde şöyle denilmektedir;

"3221 sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 10 uncu maddesinin bir ve ikinci fıkraları ile II. maddesinde yer alan "yazılı sınav" sözcükleri "sözlü sınav" olarak değiştirilmiştir."

Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi 3221 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde belirtildiği üzere Adalet Bakanlığına bağlı bir kuruluştur. Bu nedenle denilebilir ki, bu kuruluş doğrudan doğruya siyasi iktidarın etkinliği ve egemenliği altındadır.

Bu kuruluş, adli ve idari yargı, yargıç ve savcı adaylarının yetiştirilmelerini sağlamak amacıyla kurulmuştur.

İşin gerçeğinde, "kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre" karar verecek olan yargıcın yetiştirilmesinde siyasi iktidarın doğrudan doğruya yetkili ve egemen olması yargıç güvencesi ve yargı bağımsızlığı açısından sayılamayacak sakıncalar oluşturmaktadır. Durum böyle iken, eğitim sonunda yapılacak sınavın sözlü olarak yapılması esasının getirilmesi daha da büyük sakıncalar getirebilecek bir nitelik taşımaktadır. Yargıç güvencesi, yargıcın kişiliğini, iradesine, iç dünyasını hiç bir etki altında bırakmamak ve tüm dış etkilerden masun tutmak zorunluluğunu getirmektedir. Yargıcın, Anayasaya, Yasaya, hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre karar vermesi, bu dokunulmazlığı gerçekleştirmekle olanaklıdır. Esasen, vicdani kanaat deyimi, yargıç güvencesinin sübjektif içeriğe sahip olduğunu, yargıcın moral dünyasını, kişiliğini, iradesini, iç dünyasını ilgilendirdiğini çok açık bir şekilde belirlemektedir.

Yargıçların, azledilememeleri, emekliye sevk edilememeleri, aylık ve ödeneklerinden yoksun kılınamamaları, başka bir görev yapamamaları, rızaları dışında görevlerinin ve görev yerlerinin değiştirilmemesi, görülmekte olan bir dava dolayısıyla yasama meclislerinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaması ve görüşme yapılamaması, yargıcın vereceği kararlarda korkuya, kuşkuya ve etkiye kapılmamasını sağlamaya, daha doğrusu yukarıda arzedilen dokunulmazlığı sağlamaya yönelik esaslardır.

Kuşkusuz yargıç güvencesini zedeleme, başka bir anlatımla, yargıcı etki altında tutma, belli olaylarla sınırlı değildir. Bu nedenle yargıcın istencini, iç dünyasını etkileyecek, onun, Anayasa'ya, Yasaya, hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vermesini engelleyecek ya da zedeleyecek her etken, yargıç güvencesini sarsacak, onu yıkacak ve hattâ ortadan kaldıracabilecektir.

Bu nedenle yargıç güvencesini gerçekleştirmek, buna ilişkin olayların ve etkenlerin bir bölümünü değil bu etkenlerin tümünü dikkate almakla olanaklıdır.

Yargıçlık ve savcılık mesleğini yürütecek formasyonun kazanılıp kazanılmadığı konusundaki nesnel değerlendirme ancak yazılı sınavla belirlenir. Sözlü sınavlarda her zaman öznel etkenler rol oynayabilmektedir. Yazılı sınav bu açıdan yargıç ya da savcı adayı için bir güvence de oluşturmaktadır. Yazılı sınavda yargıya başvurma ve sınav sonucuna ilişkin değerlendirmenin yargı süzgecin-den geçmesi olanağı da vardır.

Sözlü sınavlarda siyasal iktidarın eğilimleri önemli etken olarak ortaya çıkabilmektedir. Sözlü sınavlarda güvenlik soruşturması ve fişlemelerle ilgili uygulama, anlayış ve bu konudaki değer yargıları geniş çapta sonucu etkilemektedir. Sözlü sınavlarda yargıç ve savcı adayı, deyim yerinde ise siyasal iktidarın süzgecinden geçeceklerdir.

Yasaya, hukuka ve vicdani kanaata göre karar verme olanağı yaratacak sağlıklı moral yapı ve bu biçimde daha atama sırasında zedelenmiş ve hattâ dışlanmış olacaktır. İktidarın, savcı ve yargıçlık sınavlarında , yazılı sınavı kaldırarak onun yerine sözlü sınavı koymasındaki amacı, işin gereğine uygun bir iyi niyet ürünü olarak görülemez.

Bütün bu gerekçelerle yazılı sınavı kaldıran ve onun yerine sözlü sınavı getiren 7. madde Anayasanın aşağıda gösterilen hükümlerine aykırı bulunmaktadır.

1- Anayasa'nın 140. Maddesine Aykırılık ve Gerekçesi:

Anayasanın 140. maddesinde; "Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları... mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir." denilmektedir.

Görülüyor ki, bu hüküm yalnızca mesleğe atandıktan sonraki esasları belirlemekle kalmıyor, yargıç ve savcılarının nitelikleri, atanmaları ve haklarını da içine alarak mesleğe atanmadan önceki koşulları da içermektedir.

Belirttiğimiz nedenler dolayısıyla sözlü sınav yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda belirtilen durumlar karşısında Yasanın 7. maddesi Anayasa' nın 140. maddesine aykırıdır.

2-Anayasa'nın 138. Maddesine Aykırılık ve Gerekçesi:

Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrasında; "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa-ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." denilmektedir.

Yargıç ve savcı adayları sözlü sınava bağlı tutulmakla daha başlangıçta siyasal iktidarın süzgecinden geçirilmekte ve siyasal iktidarın eğilimi doğrultusunda yönlendirilmek istenmekte ya da siyasal iktidar eğiliminde olan, onun politika ve felsefeleri doğrultusunda bulunan yargıç ve savcı adaylarına mesleğe atanma bakımından şans yaratılmaktadır.

Bütün bu olasılıklar yargıya olan güveni, yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini sarsacak, bozacak bir nitelik taşımaktadır.

Gerek yukarıda belirtilen ve gerek bu bölümde sunulan nedenler karşısında Yasanın 7. maddesi Anayasa'nın 138. maddesine de aykırıdır.

3-Anayasa'nın 13. Maddesine Aykırılık ve Gerekçesi:

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi diğer tüm temel hak ve özgürlüklerin de güvencesidir. Yargı bağımsızlığı va yargıç güvencesinin zedelenmesi, sınırlandırılması, temel hak ve özgürlüklerle ilgili demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı sonuçlar doğurabilecek bir özellik taşımaktadır.

Gerek bu nedenle, gerek yukarıda belirtilen durumlar karşısında Yasanın 7. maddesi Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

4- Anayasa'nın 125. Maddesine Aykırılık ve Gerekçesi:

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmektedir.

Yasanın 7. maddesinin yargıç ve savcı adaylarının yazılı sınav yerine sözlü sınava tabi tutulacakları konusundaki hükmü, yargıç ve savcı adaylarının sınav sonuçlarına yargı mercilerinde itiraz hakkını fiilen ortadan kaldırabilecek bir nitelik taşımaktadır. Bu sınavlara karşı yargı yolu kapanmaktadır.

Bu nedenle, Yasanın 7. maddesi Anayasa'nın 125. maddesine de aykırıdır.

5- Anayasa'nın 36. Maddesine Aykırılık ve Gerekçesi:

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlığını taşıyan 36. maddesinin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir."

Sözlü sınav bu maddenin tanıdığı olduğu hakkın kullanılmasını da engellemektedir.

Bu nedenle, Yasanın 7. maddesi, Anayasa'nın 36. maddesine de aykırıdır.

6- Anayasa'nın 37. Maddesine Aykırılık ve Gerekçesi:

Anayasa'nın 37 . maddesi; "Kanuni hâkim güvencesi" esasını getirmektedir.

Yukarıdaki bölümlerde sunulduğu gibi; siyasal iktidarın doğrultusunda görev yapma eğiliminde olabilecek bir yargıçtan nesnel, sağlıklı, vicdani kanaatine ve yasalara uygun bir karar oluşturması elbetteki beklenebilir. Böyle bir durumda, yasal yargıç güvencesinin varlığından söz etmek kolay olmayacaktır.

Bu nedenle, Yasanın 7. maddesi Anayasa'nın 37. maddesine de aykırıdır. İptali gerekir.

C- 3611 Sayılı Kanun'un Geçici 2. Maddesinin Anayasa'ya Aykırılık Nedenleri:

Yasanın Geçici 2. maddesinde "12.3.1986 tarihli ve 3268 sayılı, 9.4. 1987 tarihli ve 3347 sayılı, 12.10.1988 tarihli ve 3479 sayılı Kanunlar ile Bakanlar Kuruluna verilen Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 3221 sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunlar için adı geçen yetki kanunları ile verilen süre bitimine kadar geçerlidir." denilmektedir.

Bilindiği gibi, 3268 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Yasası ile bu Yetki Yasası'nda değişiklik yapan 3347 sayılı Yetki Yasası'nın süreleri 3479 sayılı Yasa ile 31.12.1990 tarihine kadar uzatılmıştı. Süreyi uzatan 3479 sayılı Yasa'nın 2. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Şimdi, bu hükümle 3268 sayılı Yetki Yasası ile onu değiştiren 3347 sayılı Yetki Yasasının kapsamı içerisinde bulunan konulardan 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda ve bu Yetki Yasasında belirtilmeyen 3221 sayılı Yasada eklenerek bu iki yasa ile ilgili süre yeniden uzatılmaktadır.

Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi ayrı bir yetkidir. Bu ayrı yetkinin amacının, kapsamının, ilkelerinin somut konulara ilişkin olması gerektiği gibi, yetkinin kullanılma süresinin de belli bir zaman diliminde olması ve bu zaman diliminin de net bir biçimde belirlenmesi gerekir.

Gerek 3268 sayılı Yetki Yasası ve gerekse 3347 sayılı Yetki Yasası'nın verdiği yetkilerin kullanılma süreleri net olarak belirtilmişti. Bu yasalar ile verilen süreler içerisinde yetki kullanılarak amacın sağlanması gerekirken, bu yetki kullanılmamış ise, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin ayrı ve zorunlu durumlara ilişkin bulunması gereği artık ortadan kalkmış olacaktır. Ayrı ve zorunlu durum ortadan kalktığına göre yeniden süre uzatılması kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin doğrudan doğruya kötüye kullanılmasından başka bir anlam taşımayacağı açıktır. İşte bu nedenledir ki, 3479 sayılı Yasa'nın süre uzatımı ile ilgili 2. maddesi Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.

Aynı nedenlerle, 3611 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

II-YASA METİNLERİ:

A. İptali İstenilen Yasa Kuralları:

24.1.1990 günlü, 3611 sayılı "2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 3221 Sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun"un iptali istenilen 1, 2., 3., 4., 5., 6., 7. ile Geçici I ve Geçici 2. maddeleri şöyledir:

"Madde 1.- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 3 üncü maddesinin (b) bendinin (1) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

1. Adli yargıda; il ve ilçe Cumhuriyet başsavcılarını, Cumhuriyet başsavcı vekillerini, Cumhuriyet savcılarını, Yargıtay Cumhuriyet savcılarını ile Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda idari görevlerde çalışan savcılarını,

Madde 2.- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Yargıtay, bütün adalet mahkemeleri üzerinde, Danıştay, bütün idari mahkemeler üzerinde yargı denetimi ve gözetimi; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet savcılarını üzerinde, Danıştay Başsavcısı, Danıştay savcılarını üzerinde, ağır ceza Cumhuriyet başsavcılarını, merkezdeki Cumhuriyet savcılarını ile bağlı ilçe Cumhuriyet başsavcılarını ve Cumhuriyet savcılarını üzerinde, gözetim ve denetim hakkına sahiptir.

Madde 3.- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

a) Ağır ceza Cumhuriyet başsavcılarını, merkezdeki Cumhuriyet savcılarını ile bağlı ilçe Cumhuriyet başsavcılarını ve Cumhuriyet savcılarını;

Madde 4.- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 62 nci maddesinin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Adalet Komisyonu başkanları, görev yaptıkları yargı çevresi içindeki hakimlerin; ağır ceza Cumhuriyet başsavcılarını ise merkezdeki Cumhuriyet savcılarını ile bağlı ilçe Cumhuriyet başsavcı ve Cumhuriyet savcılarının; öğrendikleri disiplin cezasını gerektiren eylemlerini Adalet Bakanlığına bildirirler.

Madde 5.- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 94 üncü maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcılarını tarafından bizzat yürütülür.

Madde 6.- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 113 üncü maddesinin (a) bendinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Başkanın yokluğunda komisyona asıl üye başkanlık eder. Asıl üyenin komisyona başkanlık etmesi veya yokluğunda yedek üye, Cumhuriyet başsavcısının yokluğunda ise kendisine vekalet eden Cumhuriyet savcısı komisyona katılır.

Madde 7.- 3221 sayılı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 10 uncu maddesinin bir ve ikinci fıkraları ile 11 inci maddesinde yer alan "yazılı sınav" ibareleri "sözlü sınav" olarak değiştirilmiştir.

Geçici Madde 1.- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ve bu Kanuna ekli (1) sayılı cetvel ile diğer kanunlarda yer alan Cumhuriyet savcılığı unvanı, il ve ilçe Cumhuriyet başsavcılığı; Cumhuriyet savcı başyardımcılığı unvanı, Cumhuriyet başsavcı vekili, Cumhuriyet savcı yardımcılığı unvanı, Cumhuriyet savcılığı; Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet savcılığı unvanı, Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet savcı yardımcılığı unvanı, Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet savcılığı olarak değiştirilmiş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcılığı unvanı kaldırılmıştır. Unvanları değişenler ile kaldırılanların yeniden atanmaları gerekmez. Ancak, Cumhuriyet savcı başyardımcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı olarak görev yapmakta olanlar ilgisine göre il ve ilçe Cumhuriyet savcısı ve Yargıtay Cumhuriyet savcısı olarak görevlerine devam ederler.

Geçici Madde 2.- 12.3.1986 tarihli ve 3268 sayılı, 9.4.1987 tarihli ve 3347 sayılı, 12.10.1988 tarihli ve 3479 sayılı kanunlar ile Bakanlar Kuruluna verilen Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile 3221 sayılı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında kanunlar için adı geçen yetki kanunları ile verilen süre bitimine kadar geçerlidir."

B. Dayanılan Anayasa Kuralları:

İptal gerekçesine dayanak yapılan Anayasa kuralları da şunlardır:

1. "Madde 13.- Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."

2. "Madde 36.- Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."

3. "Madde 37.- Hiç kimse kanunca tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

4. "Madde 91.- Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösterir.

Bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi, belli süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmaz.

Kanun hükmünde kararnamenin. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından süre bitiminden önce onaylanması sırasında, yetkinin son bulunduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir.

Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır.

Kanun hükmünde kararnameler, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir.

Kararnameler, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur.

Yetki kanunları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülür.

Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnameler bu tarihte, Türkiye Büyük Meclisince reddedilen kararnameler bu kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte, yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmi Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer."

5. "Madde 125.- İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."

6- "Madde 138.-Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani 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.

Görölmekte 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."

7- "Madde 139.- 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.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır."

8- "Madde 140.- Hâkimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütölür.

Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işlen mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hâkimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır.

Hâkim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar, hâkimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hâkimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar."

9- "Madde 143.- Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulur.

Devlet Güvenlik Mahkemesi de bir Başkan, iki asıl ve iki yedek üye ile bir savcı ve yeteri kadar savcı yardımcısı bulunur.

Başkan; bir asıl ve bir yedek üye ile savcı, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve Cumhuriyet savcılarının arasından; bir asıl ve bir yedek üye, birinci sınıf askeri hâkimler arasından; savcı yardımcısı ise Cumhuriyet savcıları ve askeri hâkimler arasından özel kanunlarında gösterilen usule göre atanır.

Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkan, üye ve yedek üyeleri ile savcı ve savcı yardımcısı dört yıl için atanırlar, süresi bitenler yeniden atanabilirler.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri kararlarının temyiz mercii Yargıtay'dır.

Devlet Güvenlik Mahkemelerinin işleyişi, görev ve yetkileri ve yargılama usulleri ile ilgili diğer hükümler, kanunda gösterilir.

Devlet Güvenlik Mahkemesinin yargı çevresine giren bölgelerde sıkıyönetim ilân edilmesi halinde, bu bölgelerle sınırlı olmak üzere kanunla belirlenen esaslara göre Devlet Güvenlik Mahkemesi, Sıkıyönetim Askeri Mahkemesine dönüştürülebilir."

10- "Madde 144.- Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelelere (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, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir."

11- "Madde 145.- Askeri yargı, asken" mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin; askeri olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçlar ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler.

Askeri mahkemelerin savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir. Kanun, ayrıca askeri hâkimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilâtında görevli bulundukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir."

12. "Madde 146.- Anayasa Mahkemesi onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur.

Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer.

Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesine asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az onbeş yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az onbeş yıl fiilen çalışmış veya en az onbeş yıl avukatlık yapmış olmak şarttır.

Anayasa Mahkemesi, asıl üyeleri arasından gizli oyla ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir Başkan ve bir Başkanvekili seçer. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Anayasa Mahkemesi üyeleri, asli görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar."

13. "Madde 148.-Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defî yoluyla da ileri sürülemez.

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.

Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar.

Yüce Divan kararları kesindir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir."

14. "Madde 154.- Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir.

Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri ve daire başkanları kendi üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler; süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, Başkan, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekilinin nitelikleri ve seçim usulleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

III-İLK İNCELEME:

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Necdet DARICIOĞLU, Yılmaz ALİFENDİOĞLU, Muammer TURAN, Mehmet ÇINARLI, Servet TÜZÜN, Mustafa ŞAHİN, İhsan PEKEL, Selçuk TÜZÜN, Ahmet N. SEZER, Erol CANSEL ve Lemi ÖZATAKAN'ın katılmalarıyla 3.4.1990 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ:

İşin esasına ilişkin rapor, dava dilekçesi ve ekleri, iptali istenilen Yasa kurallarıyla dayanan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. 3611 Sayılı Yasa'nın 1., 2., 3., 4., 5., 6. ve Geçici 1. maddeleri yönünden inceleme:

1. Maddelerin Anlam ve Kapsamı:

Dava konusu 1. maddede 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası'nın 3. maddesinin (b) bendinin (1) numaralı alt bendi değiştirilerek adli yargıda il ve ilçeler için Cumhuriyet Başsavcıları unvanı getirilmiş, Cumhuriyet Savcibaşyardımcılığı ile Cumhuriyet Savcıyardımcılığı unvanları kaldırılmış, ayrıca Cumhuriyet Başsavcivekililiği ihdas edilmiştir.

Yasa'nın 2., 3., 4., 6. ve geçici 1. maddesi ile de Hâkimler ve Savcılar Yasası'nın 5., 23., 62. ve 113. maddelerinde 1. madde ile getirilen unvan değişikliğine koşut düzenlemeler yapılmıştır. 5. madde ile de, 2802 sayılı Yasa'nın 94. maddesinin birinci fıkrasındaki "ilk soruşturma" sözcükleri Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'ndaki değişikliğe uygun olarak maddeden çıkarılmış ve gerekli unvan değişikliği sağlanmıştır. Böylece, 2802 sayılı Yasa'nın içeriğine yönelik olmayan, yalnızca savcılarının unvanlarına ilişkin bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu:

Dava dilekçesinde, 3611 sayılı Yasa'nın belirlediği unvanların Anayasa'nın 138., 139., 140., 143., 144., 145., 146., 148. ve 154. maddelerindeki savcı unvanlarına uygun bulunmadığı, Anayasa'da öngörülmeden bir hiyerarşik sistemin oluşmasına, kavramı ve yetki kargaşasına neden olduğu, Anayasa'da "Başsavcı" sıfatı yalnız "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı" için kullanıldığından Anayasa'daki sıfatlar değiştirilmedikçe yasa ile yerel Cumhuriyet Savcılarına "Başsavcı" sıfatı verilmesinin olanaksız olduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa'nın 139. ve 140. maddelerinde, savcılık güvencesi savcılık mesleğinin nitelikleri temel alınmıştır. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde önemli olan savcılık mesleğinin Anayasa'nın öngördüğü ilke ve esaslara uygun olarak yapılmasıdır. Oysa, 3611 sayılı Yasa, savcılık mesleğinin özünde ve güvencesinde bir değişiklik yapmamış, yalnızca 2802 sayılı Yasa'daki bazı savcı unvanlarını değiştirmiştir. Bu bakımdan Anayasa'nın 139. ve 140. maddelerine öz yönünden bir aykırılıktan söz edilemez.

Yeni düzenleme ile il ve ilçe Cumhuriyet savcılarının, "Cumhuriyet Başsavcılığı" unvanlarının verilmesinin Anayasa'nın 69., 148. ve 154. maddelerinde sözü edilen "Cumhuriyet Başsavcılığı" unvanı ile kavram ve yetki karmaşasına yol açacağı savı da geçerli değildir. Çünkü, Anayasa'nın yukarıdaki maddelerinde söz konusu olan "Cumhuriyet Başsavcılığını", "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının temsil edeceği 2958 sayılı Yargıtay Yasası'nın 27. maddesinde açıkça belirtilmiştir. İl ve ilçe Cumhuriyet Başsavcıları ise görev yapılan il ve ilçenin adıyla birlikte anılacaklardır. Bu nedenle yapılan değişikliğin hukuk karmaşasına yol açacağı savı dayanaksız kalmaktadır.

Savcı yardımcılığı unvanı, yalnızca Anayasa'nın Devlet Güvenlik Mahkemelerini düzenleyen 143. maddesinde yer almaktadır. Ancak bu yer alış, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte yasalarda "savcı yardımcılığı" unvanı bulunduğu içindir. O tarihte böyle bir unvan bulunmasaydı bunun Anayasa'da yer almayacağı kuşkusuzdu. Bu durumda, Devlet Güvenlik Mahkemeleri savcı yardımcılarının, 3611 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra görevlerinin nitelik ve içeriğinde bir değişiklik olmadan "savcı" unvanı ile çalışmaları Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Bu nedenlerle Yasa'nın 1., 2., 3., 4., 5., 6. ve Geçici 1. maddeleri ile Anayasa'nın öngördüğü savcılık mesleğinin niteliği ve güvencesine ilişkin konularda değil, yalnızca unvana yönelik bir değişiklik yapıldığından Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Yekta Güngör ÖZDEN, Selçuk TÜZÜN ile Güven DİNÇER bu görüşe katılmamışlardır.

B- Yasa'nın 7. Maddesi Yönünden inceleme:

I- Maddenin Anlam ve Kapsamı:

3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 3221 sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yasa'nın 10. ve 11. maddelerindeki "yazılı sınav" sözcükleri "sözlü sınav" olarak değiştirilmiştir.

10. ve 11. maddelerin değişiklikten önceki metinleri şöyledir:

"Madde 10.- Eğitim sonunda adaylar eğitim süresi içinde kendilerine öğretilen konularla ilgili olarak, yazılı sınava alınırlar.

Yazılı sınava dair hususlar yönetmelikle düzenlenir."

"Madde 11.- Eğitim sonunda yazılı sınavda başarı gösterenlerin mesleğe kabulleri ile atanmaları, Hâkimler ve Savcılar Kanunu hükümlerine göre yapılır."

Görüldüğü gibi, 3611 sayılı Yasa ile bu maddelerde yer alan "yazılı sınav" sözcükleri "sözlü sınav" olarak değiştirilmiş, böylece adayların iki yıllık eğitim süresi sonundaki başarılarının yalnızca sözlü sınavla saptanması esası kabul edilmiştir.

3221 sayılı Yasa'nın, 10. ve 11. maddelerinde yapılan bu değişiklik için 3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde :

"Hâkim ve savcı adaylarının eğitim süreleri sonunda yapılmakta olan sınav, daha pratik olması bakımından sözlü sınav olarak değiştirilmiştir." denilmektedir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu:

Dava dilekçesinde 7. maddenin Anayasa'nın 13., 36., 37., 125., 138. ve 140. maddelerine aykırılığı nedeni ile iptali istenilmiştir. Ancak, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesi hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi, ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda olmayıp , başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebileceğinden konuyla yakın ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 139. maddeleri yönünden de inceleme kapsamı içine alınması gerekmiştir.

a. Anayasa'nın 2. Maddesi Yönünden İnceleme:

Anayasa'nın 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti ... bir hukuk Devletidir." denilmektedir.

Yasaların kamu yararına dayanması gereği, kuşkusuz hukuk devletinin önde gelen koşullarından birisini oluşturmaktadır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş anlayışını yansıtan kararlarında belirtildiği gibi;

Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlandığı üzere Devletimiz bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kuralı Anayasa'nın 2. maddesine aykırı nitelikte olur ve dava açıldığında iptali gerekir. Çıkarıldığı zaman kamu yararına dayanan kuralın, koşulların değişmesi sonucunda kamu yararını karşılayamaz duruma geldiğinde dahi iptali gerekir.

Buna göre yasaların, amaç ögesindeki sakatlık başlıbaşına bir aykırılık nedeni oluşturabilecektir.

Bu nedenle, 3221 sayılı Yasa'nın 10. ve 11. maddelerindeki "yazılı sınav"ın "sözlü sınav" olarak değiştirilmesindeki amacın saptanması zorunludur. Yasa'nın gerekçesinde bu değişikliğin sözlü sınavın daha pratik olması nedeniyle yapıldığı belirtilmektedir. Oysa, birinci aşamada yazılı sınav ve "mülakat barajı"nı aşmış olan yargıç ve savcı adaylarının mesleğe kabullerinde ikinci aşama olarak yapılan bir sınavda nesnel ölçütlerin konulması gerekirken, öznel değerlendirmelere neden olabilecek sözlü sınav yöntemini yalnızca "pratik olması" bakımından yeğlemesi "kamu yararı" düşüncesiyle açıklanamaz.

Bu nedenle herkesin eşit koşullarda yarışmasını sağlayan yazılı sınav yerine, kuşku uyandıracak öğeler taşıyan ve her zaman öznel değerlendirmeyi birliğinde getiren, sözlü sınavın, yeğlenmesini kamu yararı düşüncesiyle bağdaştırmak güçtür. Şu durumda 3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesi kamu yararına dayanmadığından Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

b) Anayasa'nın 13. Maddesi Yönünden İnceleme:

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla ve ne biçimde sınırlandırabileceği ve sınırlamanın ölçüsü belirtilmektedir.

Dava dilekçesinde, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin temel hak ve özgürlüklerin de güvencesi olduğu, bunun zedelenmesinin ve sınırlandırılmasının, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı sonuçlar doğuracağı, bu nedenle Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Oysa, hâkim ve savcı adaylarının eğitim sonunda girdikleri yazılı sınavın sözlü sınava çevrilmesi ile temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması arasında bir bağlantı kurmak olanaklı değildir. Bu nedenle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden bir aykırılık saptanamamıştır.

c) Anayasa'nın 36. ve 125. Maddeleri Yönünden İnceleme:

Dava dilekçesinde, yargıç ve savcı adaylarının eğitim sonunda girdikleri sınavın sözlü olmasının onların Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmü uyarınca yargı yerlerine itiraz hakkını fiilen ortadan kaldıracak nitelikte olduğu bu durumun Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğünü zedelediği ileri sürülmektedir.

Yeni düzenleme ile adayların, eğitim sonu yazılı sınavlarını sözlü sınava çevirmekle dava hakları ellerinden alınmamaktadır. Sözlü sınava karşı da, sınav kurulunun oluşum biçimine, sınav yöntemine, notların hesaplanmasında maddi hata yapıldığı gibi nedenlerle dava açılabilmesi olanağı vardır. Ancak, özelliği nedeniyle sözlü sınava ilişkin soru ve yanıtların denetimi olanaksızdır. Dava dilekçesinde ileri sürüldüğü gibi; sözlü sınavın dava hakkını ortadan kaldırdığı ya da Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlandırdığı sonucuna varılacak olursa, niteliği itibarıyla sözlü olarak yapılması zorunlu olan tüm sınavların Anayasa'ya aykırı olduğunun kabulü gerekecektir ki, böyle bir değerlendirme genelde yanlış sonuçlara götürebilir.

Bu nedenlerle dava konusu düzenleme Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir.

d) Anayasa'nın 37. Maddesi Yönünden İnceleme:

Dava dilekçesinde, sözlü sınavda sınavı yapanların siyasal düşüncelerinin etkili olabileceği, siyasal iktidar doğrultusunda görev yapma eğilimi gösterebilecek bir yargıçtan sağlıklı karar beklenemeyeceği, bu durumun Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan "Kanuni hâkim güvencesi"ni zedeleyeceği ileri sürülmektedir.

Anayasa'nın 37. maddesinde; "Kanuni hâkim güvencesi" şöyle belirtilmektedir:

"Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

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. Doğal yargıç kavramı ise dar anlamda, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görececek yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla doğal yargıç ilkesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıçların atanmasına engel oluşturur; saniğa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez.

Yargıç ve savcı adaylarının eğitim sonunda girdikleri yazılı sınavın sözlüye çevrilmesi sonucunu doğuran yeni düzenleme ile Anayasa'nın yukarıda açıklanan "Kanuni Hâkim güvencesi" arasında doğrudan bir ilgi kurmak olanaksızdır. Bu nedenle 37. madde yönünden bir aykırılık saptanamamıştır.

e) Anayasa'nın 138., 139. ve 140. Maddeleri Yönünden İnceleme:

Yargıçların, yargı yetkisini özgürce kullanabilmeleri için bağımsız ve güvenceye sahip olmaları zorunludur. Bu nedenle Anayasa'nın 9. maddesinde "Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." denilmektedir. Yargıçların bağımsızlığı, kişilerin her türlü hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle demokratik tüm ülkelerde, yargıç bağımsızlığı kabul edilmiş ve güçler ayrımı ilkesinin doğal bir sonucu olarak bu bağımsızlık, öncelikle yasama ve yürütme organlarına karşı korunmuştur.

Yargıçların bağımsızlığı, onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan, maddi ve manevi baskı ve etki olasılığından uzak bulunmaları demektir. Yargıçların hiçbir etki altında kalmadan yargılama yapabilmesi için onların öncelikle, yasama ve yürütme, organlarına karşı bağımsızlıklarının sağlanması gerekir. Anayasa bunun için de önlemler getirmiştir.

Anayasanın 138. maddesinde "Mahkemelerin Bağımsızlığı", 139. maddesinde "Hâkimlik ve Savcılık Teminatı", 140. maddesinde "Hâkimlik ve Savcılık Mesleği" düzenlenmiştir.

138. maddede "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." denilmektedir.

Anayasa, bu hükmü ile yargıçların bağımsızlığı ilkesini kabul etmiş ve böylece yasa koyucuyu, yargıçların bağımsızlığına aykırı yasa koymaktan yasaklayarak (Anayasa M. 11) yargıç bağımsızlığını yasama organına karşı korumuştur.

Anayasa, bununla yetinmemiş yargıç bağımsızlığını korumak için de 139. maddesinde yargıç güvencesini kabul etmiştir. Anayasa'nın 139. ve 140 maddelerinde yargıçların ve savcıların özlük işleri hakkında yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve böylece yasama organının bunlara aykırı düzenlemeler yapması önlenmiştir. Bu hükümlerden, Anayasa'nın yargıçları maddi ve manevi kuşkulardan ve her türlü etkiden uzak tutarak; görevlerini Anayasa'ya, kanunlara ve hukuka uygun olarak vicdani kanılarına göre yapmalarını sağlamak amacını güttüğü anlaşılmaktadır. Yargıcı, güvenceye sahip olmayan, dolayısıyla bağımsız olmayan mahkeme bağımsız sayılamaz.

2802 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde, adaylık dönemini geçirip 8. maddedeki koşullara uygun olarak yeterli kazanmış olmadıkça hiç kimsenin yargıçlık ve savcılığa atanamayacağı belirtilmektedir. Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında ise yargıç ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcıların nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde beklenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcıların diğer özlük haklarının yanısıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulü zorunludur. Böylece, Anayasa, yargıçlık ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin sonucu olarak bu mesleğe girecekleri adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir. Öyleyse, yargıç ve savcı adaylarına ileride üstlenecekleri görevi doyurucu biçimde yerine getirebilmeleri için adaylık dönemi içinde de yeterli güvence sağlanmalıdır.

2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesine göre adaylığa, 8. maddede belirtilen niteliklere sahip olan ve yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler atanabilmektedirler.

3221 sayılı Yasa'nın 3409 sayılı Yasa ile değişik 8. maddesi uyarınca iki yıl süren adaylık döneminin ilk üç ayında adaylara hazırlık eğitimi yaptırılmakta; bunu 18 aylık staj dönemi izlemektedir. Üç aylık son eğitim döneminden sonra, meslek öncesi eğitim tamamlanmış olmaktadır. Ancak, bu iki yıllık adaylık süresi içinde 2802 sayılı Yasa'nın 12. maddesinde sayılan durumlarda Adalet Bakanlığı'nın her zaman adaylığa son verme yetkisi bulunmaktadır.

Buna ek olarak adayların, eğitim sonunda nesnelliği tartışılabilir olan ve niteliği eylemli yargısal denetime olanak vermeyen sözlü bir sınav sonunda adaylıklarına son verilmesi tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmaları, ileride üstlenecekleri görevin gerektirdiği her türlü etkiden uzak karar verebilme yeteneğine sahip kişiler olarak yetişmelerini engelleyecek niteliktedir.

Yeni düzenleme ile eskiden yazılı olarak yapılmakta olan sınavın sözlüye çevrilmesi, adayların bu işleme karşı dava haklarını biçim yönünden değilse de fiilen ortadan kaldırmaktadır. Çünkü, sözlü sınava karşı açılan davada yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yöntemi, verilen notlarda maddi hata yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tespiti ve bilirkişi incelemesi yöntemiyle yargısal denetim kapsamına aldırma olanağı güçtür.

Yargıcın adalet dağıtma görevini noksansız yerine getirebilmesi için adaylık dönemi dahil mesleğinin her aşamasında güven duyacağı bir ortam içinde bulunması zorunludur.

Nesnelliği hususunda güven verebilecek ve adayların yalnız biçimsel değil fiilen de yargısal haklarını kullanmalarına olanak sağlayacak bir yöntem yerine öznel değerlendirmelere açık, sözlü sınavın tek başına sonucu etkilemesine izin vermek, Anayasa'nın yargıç ve savcılara adaylık döneminden itibaren tanıdığı güvence ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle 3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesi Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.

C. Yasa'nın Geçici 2. Maddesi Yönünden inceleme:

1. Maddenin Anlam ve Kapsamı:

3611 sayılı Yasa'nın Geçici 2. Maddesi hükmü şöyledir:

"12.3.1986 tarihli ve 3268 sayılı, 9.4.1987 tarihli ve 3347 sayılı, 12.10.1988 tarihli ve 3479 sayılı Kanunlar ile Bakanlar Kuruluna verilen Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 3221 sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunlar için adı geçen yetki kanunları ile verilen süre bitimine kadar geçerlidir."

Bu hüküm, Anayasanın 91. maddesinin dördüncü fıkrasından kaynaklanmaktadır. Çünkü, Anayasa'nın "Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme" başlığını taşıyan 91. maddesinin dördüncü fıkrasında;

"Kanun hükmünde kararnamenin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından süre bitiminden önce onaylanması sırasında, yetkinin son bulunduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir." denilmektedir. Görüldüğü gibi, geçici 2. madde ile bir Anayasa buyruğu yerine getirilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu:

Yukarıda da belirtildiği gibi, Yasa'nın geçici 2. maddesi Anayasa'nın 91. maddesinin dördüncü fıkrasına dayanmaktadır. Başka bir anlatımla yasakoyucu, 360 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)yi dayandığı yetki yasasının süresinin bitiminden önce onaylarken yetkinin süre bitimine kadar

devam ettiğini belirtmekle bir Anayasa buyruğunu yerine getirmiştir. Ancak, geçici 2. maddenin yollamada bulunduğu Yetki Yasalarından, kendinden önceki yetki yasalarının süresini 31.12.1990'a kadar uzatan 3479 sayılı Yasa, dava konusu 3611 sayılı Yasa'nın Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 1.2.1990 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Buna ilişkin karar ise 21.4.1990 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu durum karşısında, 3479 sayılı Yetki Yasası'nın iptali, geçici 2. madde ile yinelenen yetkinin de Anayasa'ya aykırılığını açıkça ortaya koymaktadır. Böyle olunca, geçici 2. madde, göndermede bulunduğu yasanın Anayasa'ya aykırılığının saptanması nedeniyle de iptali gereken bir yasa kuralı durumuna gelmiştir. 3479 sayılı Yasa'nın yetki süresine ilişkin 2. maddesi, yürütme organına uzun bir süre KHK çıkarmak yetkisi verilmesi, yetki süresinin sürekli uzatılması yasama yetkisinin devri niteliğinde görüldüğünden Anayasa'nın 7. ve 91. maddeleriyle bağdaşmadığından iptal edilmiştir. Bu nedenle 3611 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi de öncelikle Anayasa'nın 7. ve 91. maddelerine aykırı olup iptali gerekir.

V- SONUÇ:

24.1.1990 günlü, 3611 sayılı "2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 3221 Sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun"un:

A- 1. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendinin (1) numaralı alt bendinin,

B- 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin birinci fıkrasının,

C- 3. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 23. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin,

D- 4. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 62. maddesinin son fıkrasının,

E- 5. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 94. maddesinin birinci fıkrasının,

F- 6. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 113. maddesinin (a) bendinin ikinci fıkrasının,

G - Geçici 1. maddesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve bu düzenlemelere yönelik iptal isteminin REDDİNE, Yekta GÜNGÖR ÖZDEN, Selçuk TÜZÜN ile Güven DİNÇER'in karşıoyları ve oyçokluğuyla,

H- 7. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, oybirliğiyle,

I- Geçici 2. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, oybirliğiyle,

20.11.1990 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Necdet DARICIOĞLU	Yekta GÜNGÖR ÖZDEN	Yılmaz ALİEFENDİOĞLU
Üye	Üye	Üye
Servet TÜZÜN	Mustafa ŞAHİN	İhsan PEKEL
Üye	Üye	Üye
Selçuk TÜZÜN	Ahmet N. SEZER	Erol CANSEL
Üye	Üye	
Yavuz NAZAROĞLU	Güven DİNÇER	

Türkiye Büyük Millet Meclisi

(S. Sayısı: 65)

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı: 1990/13

Karar Sayısı: 1990/30

Uygulamada kısaca "Başsavcılık" olarak anılan makam, anayasal bir kurumun' adı olduğundan yalnız ve ancak bu kurumu temsil edenler için kullanılır. Anayasa'nın 154., 155., 156. ve 157. maddelerinde Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi yapısı içinde Başsavcılıklara yer verilmesi, bunlardan yalnız Yargıtay kuruluşu içindekinden "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı" olarak söz edilmesi "Başsavcı"sıfatının da anayasal bir terim olduğunun kanıtıdır. Anayasa'nın 69. ve 148. maddelerinde geçen "Cumhuriyet Başsavcılığı" teriminin süregelen uygulamayla yerleşen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nı amaçladığı Yargıtay Yasasının 27. maddesinde Cumhuriyet Başsavcılığını temsil etme görevinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na verilmesiyle doğrulanmıştır. Başsavcılığın tarihi, önceki Anayasa ve yasalardaki yerleri ile yabancı ülkelerdeki örnekleri; Cumhuriyet Savcılığından ayrı işleri, yetkileri, hukuksal konumu özelliğini açıkça ortaya koyar. Atanmalarından başlayarak tüm özlük işleri Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın, il ve ilçe cumhuriyet savcılarının ayrı durumunu gösterir. Yargıtay Yasası'nın gerekçesiyle 1961 ve 1982 Anayasalarının gerekçeleri de ayrı kurumlaşmayı vurgulamaktadır. Anlaşılmaktadır ki, Anayasa, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ile öbür yüksek mahkemelerin eşdüzey görevlisine "Başsavcı" sıfatını uygun bulduğu için genelde il ve ilçe savcılarını "Cumhuriyet Savcısı" sıfatını vermiş, genel mahkemelerdekine bu sıfatı uygun bulduğu için başta Yargıtay olmak üzere tüm yüksek mahkemedekilere "Başsavcı" sıfatını vermiştir. Bu, bilinçli bir ayırım, işlerin kapsamına, çalışma yerine ve görev düzeyine uygun bir belirlemedir. Görevsel katları anlatan tanımlama ve adlandırma, bilinçle, Anayasa'ca yapıp benimsendiğinden "Başsavcı" sıfatı, Anayasa'nın verdikleri dışındakilere bir yasayla verilemez. Böyle bir düzenleme, Anayasa'nın, Anayasa değişikliği dışında bir yasayla değiştirilmesinden başka bir şey değildir. Anayasa'ya aykırılığın küçüğü ve büyüğü, önemlisi-önemsizi olamaz. Sözcük, sıfat, unvan değişikliği bir terminoloji değil, anayasal yapı değişikliğidir. Genel durumlarında hiçbir iyileştirme olmadan "yardımcı-muavin" sıfatlarının alinganlık yarattığını sanıp, böyle duygusal tepkilere düşenleri okşamak için görevsel düzende karışıklığa yol açmak yararlı olamaz. Güç koşullar içinde özveriyle çalışan Cumhuriyet Savcılarının "Başsavcı" sıfatına, yardımcılarının da "Savcı" olarak çağrılmaya gereksinim duyduklarını düşünmek bile onları incitir. Şimdi Türkiye'de yüzlerce "Cumhuriyet Başsavcısı" olmuştur. Anayasa il ve ilçelerdeki Cumhuriyet Savcılarının "Başsavcı" olarak anılacaklarına elverişli olsaydı, Başsavcılara da "Türkiye", "Yüksek" ya da "Birinci" gibi tanıtım ekleri getirirdi. Çoğunluk kararı, Anayasa'nın 143. maddesindeki "Savcı" ve "Cumhuriyet Savcısı" olarak değiştirilmesine, böylece Anayasa ile yasalar arasında kavram karışıklığı yaratılmasına olanak vermiştir. Bu yol, yeni aykırılıklarda izlenebilecek ve bu karar dayanak olarak kullanılabilir. Anayasa kurumların ve kuralların temeli olup bunlar da belli sözcükler (sıfatlar ve terimler) ile anlatılır. Anayasal terim karmaşası Anayasa'ya özel bir aykırılık türüdür.

Yasaların düzenlenmesinde, kurumların Anayasa'da terimler durumunda belirlenen isimlerinin Anayasa'ya uygun olarak kullanılmalrı gerekir. Anayasal kurumların adları, başka kurum ve kuruluşlar ve kamu görevlileri tarafından kullanılamayacağı gibi Anayasa'ca benimsenmeyen bir terimin anayasal bir kurumu belirleyen terim durumuna getirilmesi de olanaksızdır. Anayasal terimlerin bu biçimde kullanılmalrı kavram karışıklığı yaratarak anayasal kurumların düzenlenmesinde ve Anayasa kurallarının uygulanmasında başta görev ve yetki olmak üzere hukuksal karışıklık ve Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi

(S. Sayısı: 65)

Yukarıda açıklanan nedenlerle "Başsavcılık" teriminin yalnızca Anayasa'nın anılan maddelerine göre Başsavcılar için kullanılabileceği görüşüyle bu unvanın il ve ilçe savcılar ile Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcılarına da veren 3611 sayılı Yasa'nın, 1, 2., 3., 4., 5., 6. ve geçici 1. maddelerinin Anayasa'nın 143., 148., 154., 155., 156. ve 157. maddelerine aykırı buluyor, iptali gerektiği kanısıyla karara karşı oy kullandığımızı belirtiyoruz.

Başkanvekili
Yekta Güngör ÖZDEN

Üye
Güven DİNÇER

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı : 1990/13

Karar Sayısı : 1990/30

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendinin (I) numaralı alt bendini değiştiren dava konusu 1. madde ile Adli yargıdaki Cumhuriyet Savcı Başyardımcılığı ile Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı unvanı kaldırılmış, il ve ilçeler için Cumhuriyet Başsavcılığı unvanı getirilmiş, ayrıca yeni düzenleme ile 2802 sayılı Yasa'dan farklı olarak Cumhuriyet Başsavcı Vekilliği kabul edilmiştir.

Yasa'nın 2., 3., 4., 6. ve geçici 1. maddeleri ile 2802 sayılı Yasa'nın 5., 23., 62. ve 113. maddelerinde ve diğer yasalarda 1. madde ile getirilen unvan değişikliğine koşut kimi düzenlemeler yapılmıştır.

5. madde ile de CMUK'ndaki değişikliğe uygun olarak, 2802 sayılı Yasa'nın 94. maddesinin birinci fıkrasındaki "ilk soruşturma" sözcüklerinin maddeden çıkarılması ve gerekli unvan değişikliğinin yapılması sağlanmıştır.

Anayasa'nın yargıya ilişkin genel hükümler başlıklı bölümünün 138 ve devamı olan maddelerinde Savcı, Cumhuriyet Savcısı (143. maddede Savcı Yardımcısı) yüksek mahkemelere ilişkin bölümünün 146 ve devamı maddelerinde ise Cumhuriyet Başsavcısı unvanı belirlenmiş, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesinde Yüce Divan'da Savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcıvekili'nin yapacağı açıklanmıştır.

Anayasa'nın siyasi partilerin uyacakları esaslara ilişkin 69. maddesi ile kurulan partilerin tüzük ve programlarının ve kurucularının hukuki durumlarının Anayasa ve yasa hükümlerine uygunluğunu kuruluşların takiben ve öncelikle denetlemek faaliyetlerini de takip etmek ile siyasi partilerin kapatılması hususunda dava açmak görev ve yetkisi Cumhuriyet Başsavcılığına verilmiştir.

2820 sayılı Siyasi Partiler Yasasının 9. maddesi Cumhuriyet Başsavcılığının partilerin kuruluşunu denetlemesini, 10. maddesi de siyasi partiler sicilinin Cumhuriyet Başsavcılığınca tutulmasını öngörmüştür.

Yargıtay Yasası'nın 6. maddesi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "Cumhuriyet Başsavcısı, Cumhuriyet Başsavcıvekili..." oluşacağını belirlemiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427 ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yasa yollarından temyiz bölümünde Cumhuriyet Başsavcısı unvanı vardır.

Cumhuriyet Başsavcısı'nın niteliği ve seçimi Anayasa'nın 154. ve buna bağlı olarak Yargıtay Yasası'nın 30. ve devamı maddelerinde belirtilmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi

(S. Sayısı: 65)

Savcı yardımcılığı unvanı Anayasa'nın Devlet Güvenlik Mahkemelerini düzenleyen 143. maddesinde yer almaktadır.

Maddede, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde bir Savcı ve yeteri kadar Savcı Yardımcısı bulunacağı, Başkan, bir asıl ve bir yedek Üye ile Savcının birinci sınıfa ayrılmış Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları arasından, Savcı Yardımcılarının ise Cumhuriyet savcıları ve Askeri Hâkimler arasından özel kanunlarında gösterilen usule göre atanacakları öngörülmüştür.

Yasa'nın iptali istenilen hükümleri ile Anayasa'daki kavramlar arasında bir uyumsuzluk doğmuştur.

Yerel yetkilere sahip Cumhuriyet Savcıları, Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcıları ve Cumhuriyet Başsavcısı'nın görev alanları, görev kapsamı, nitelikleri farklıdır. Bu görevlerin unvanı Anayasa ile verilmiş olup Anayasa'daki sıfatlar değiştirilmedikçe yasa ile yerel Cumhuriyet Savcıları ile Devlet Güvenlik Mahkemeleri Cumhuriyet Savcılarına Anayasal bir terim olan "Başsavcı" sıfatı verilmesinin mümkün olmaması gerekir. Anayasa'nın verdikleri dışındakilere "Başsavcı" unvanının verilmesi Anayasa'nın yasa ile değiştirilmesi anlamını taşır.

Belirlenen nedenlerle 3611 sayılı Yasa'nın 1, 2., 3., 4., 5., 6. ve geçici 1. maddelerinin Anayasa'nın 143., 148., 154., 155., 156. ve 157. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanısı ile sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Selçuk TÜZÜN

5435 Sayılı Yasaya ilişkin 1042 Sıra Sayılı "29.6.2005 Tarihli ve 5375 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve Anayasanın 89 uncu ve 104 üncü Maddeleri Gereğince Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresi ile Adalet Komisyonu Raporu" siyasi iktidarın Sayın Cumhurbaşkanının TBMM'ye iade gerekçelerinin siyasi iktidar tarafından da paylaşıldığını ortaya koymaktadır. 1042 Sıra Sayılı Rapor, Adalet Komisyonunun gerekçesi aynen şöyledir:

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA

Komisyonumuzun 20.6.2005 tarihli ve 88 karar no'lu raporu ile sonuçlandığı "29.6.2005 Tarihli ve 5375 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Türkiye Büyük Millet Meclisinin 29.6.2005 tarihli 121 inci birleşiminde görüşülmüş ve kabul edilmiştir.

Kanun, Anayasamızın 89 uncu maddesi gereğince yayımlanması için Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığının 30.6.2005 tarihli ve A.01.0.GNS.0.10.00.0211718/34503 sayılı tezkeresi ile Cumhurbaşkanlığına gönderilmiştir.

Cumhurbaşkanlığınca, Anayasanın değişik 89 ve 104 üncü maddeleri uyarınca Kanunun 1 inci maddesini bir kez daha görüşülmek üzere 13.7.2005 tarihinde geri gönderilmiş ve gerekçeli geri gönderme tezkeresi de Genel Kurulumuzun 5.10.2005 tarihli 3 üncü birleşiminde okunmuştur.

Cumhurbaşkanlığının geri gönderme gerekçesinde kısaca;

İncelenen Kanunun 1. maddesiyle 2802 sayılı Kanunun 8 inci maddesine eklenen (k) bendi, Anayasanın "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "yargıçlık güvencesi" ilkelerine yer verilen 138, 139, 140 ve 149 uncu maddeleri, hukuk devleti ilkesi ve 14.12.1995 tarihli ve E.1995/19, K.1995/64 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile bağdaşmadığını belirterek, bu gerekçelerle yayımlanması uygun bu-

Türkiye Büyük Millet Meclisi

(S. Sayısı: 65)

lanmayan 29.6.2005 Tarihli ve 5375 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu, 1 inci maddesini uygun bulmayarak Türkiye Büyük Millet Meclisinde bir kez daha görüşülmesi için Anayasanın değişik 89 ve 104 üncü maddeleri uyarınca geri göndermiştir.

Komisyonomuz, Adalet Bakanı Sayın Cemil Çiçek ile Adalet Bakanlığı temsilcilerinin katıldığı 13.12.2005 tarihli 36 ncı toplantısında, 29.6.2005 Tarihli ve 5375 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesinin, Anayasanın 89 uncu maddesinin değişik ikinci fıkrası uyarınca geri gönderme gerekçelerini de dikkate alarak, bir kez daha görüşülmesine karar vermiştir.

Komisyonomuzca; İktüzüğün 35 inci maddesinin üçüncü fıkrası, "Komisyonlar, Cumhurbaşkanınca yayımlanması kısmen uygun bulunmayan ve bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilen kanunların sadece uygun bulunmayan maddelerini görüşebilir. Bu durumda, sadece uygun bulunmayan maddelerle ilgili görüşme açılır." hükmü gereğince sadece Cumhurbaşkanlığınca uygun bulunmayan ilgili Kanunun 1 inci maddesi üzerinde görüşmelerin açılmasına karar verilmiş ve uzun süren görüşmeler sonucunda, Cumhurbaşkanlığınca Kanunun geri gönderilmesine sebep teşkil eden 5375 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle 2802 sayılı Kanunun 8 inci maddesine eklenmesi öngörülen, avukatlık mesleğinden hâkimlik ve savcılık mesleğine geçişi düzenleyen (k) bendinin madde metninden çıkarılarak 1 inci maddenin bu doğrultuda değiştirilmesine karar verilmiş ve ilgili Kanun, bu değişiklik doğrultusunda oy çokluğu ile kabul edilmiştir.

Raporumuz, Genel Kurulun onayına sunulmak üzere saygı ile arz olunur.

Siyasi iktidarın hakimlik ve savcılık mesleğine girişe ilişkin girişimleri üzerine Danıştay ve Yargıtay Başkanlar Kurulu görüşlerini kamuoyu ile paylaşmak durumunda kalmışlardır.

Danıştay Başkanlar Kurulunun 7.7.2005 tarihli açıklamasında aşağıdaki tespitlerde bulunulmuştur:

Danıştay Başkanlar Kurulunun 7/7/2005 tarihli toplantısında belirlediği görüşler doğrultusunda aşağıdaki hususların kamuoyuna duyurulmasına gerek görülmüştür:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2'nci maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerini, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti olarak belirlemiştir. Hukuk devleti, tüm organ, kurum ve kuruluşlarıyla üstün hukuk kurallarına bağlı olan ve hukukun üstünlüğü anlayışı içerisinde faaliyet gösteren devlettir.

Bugün, uluslararası kuruluşların temel hedefi, yeryüzünde insan haklarına saygılı ve hukukla bağlı devlet anlayışının uygulamaya konulması ve yaygınlaştırılması için çaba gösterilmesidir. Devlet faaliyetlerinde, hukuk devleti anlayışının etkin biçimde yaşama geçirilmiş olmasının, uluslararası kuruluşlara ve aday olduğumuz Avrupa Birliğine üyelik için ön koşul olarak aranmasının ve bu kuruluşlarda hukuka ve hukuk kurallarına birincil önem verilmesinin nedeni budur.

Hukuk devleti anlayışının uygulamaya konulması ve yaşatılması, yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki güç dengesinin sağlanmasına ve bunların güvencelerinin de birlikte getirilmiş olmasına bağlıdır. Bunlar arasında en etkili güvence, yargı denetimidir ve yargı denetimi olmaksızın diğer tüm güvenceler yetersizdir. Yargının siyasi iktidardan ve onun organı olan idareden bağımsızlığı ve yargı güvencesi sağlanmadıkça, gerçek ve etkin bir yargı denetiminden söz edilmesi ve hukuk devleti anlayışının uygulamaya konulması olanaklı değildir. Bu yüzden; yargı bağımsızlığı

ve yargıç güvencesi, hukuk devleti anlayışının olmazsa olmaz koşuludur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararlarına göre; yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi, Anayasamızın 36'ncı maddesinde anayasal hak olarak öngörülen adil yargılanma hakkının da koşuludur. Bu koşul olmaksızın, ne insan hak ve özgürlüklerine gerçek anlamda koruma sağlanabilir, ne de hukuk devleti anlayışı gerçekleştirilebilir.

Hukuk devletinin yukarıda belirtilen amaçlara uygun olarak gerçekleştirilebilmesi ise, ancak yürürlüğe konulacak yasal metinlerin ve bu metinlerde yapılacak değişikliklerin, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli düzenlemeler içermesine bağlıdır.

Danıştay, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda yapılması düşünülen değişikliklerin de, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin, dolayısıyla hukuk devletinin teminatı olacak, daha bağımsız bir yargı ve daha etkin bir yargıç güvencesi sağlayacağı inancı ve bu değişikliklerle ilgili olarak yapmış olduğu önerilerin, düzenlemelerde dikkate alınacağı beklentisi içerisinde olmuştur.

Bu nedenle, Anayasa ve İdari Yargı Düzeni ile ilgili yasalarda yapılmak istenilen diğer değişikliklerde olduğu gibi, Danıştay, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda yapılan son değişikliği konu alan ve Adalet Bakanlığı tarafından 8/10/2004 gününde kurum görüşü alınmak üzere gönderilen tasarıyı da, kurmuş olduğu komisyona inceletmiş ve bu inceleme sonunda düzenlenen raporu değerlendirerek, bu konuda yasal çerçevede yapılabilecek olumlu değişiklik önerilerini ve eleştirilerini, 2/12/2004 günlü ve Gen.Sek.- 765-2004-151340 sayılı yazı ile, Adalet Bakanlığına bildirmiştir.

Daha sonra, Tasarının Meclis Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında da Danıştay, iki temsilcisini görevlendirmiş ve Tasarıya Komisyonunda eklenen metinlerle ilgili hukuki değerlendirme ve eleştirilerini Komisyonuna iletmiştir.

Danıştay, Adalet Bakanlığına ve Meclis Komisyonuna iletmiş olduğu yazılı ve sözlü değişiklik öneri ve eleştirilerinin ne kadarının gerçekleştirildiğini ve yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi bakımından nelerin getirildiğini, Tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisince kabulünden sonra, yeniden değerlendirmiştir.

1- Adalet Bakanlığına 2/12/2004 tarihli yazıyla bildirilen Danıştay görüşünde hakimlik mesleğine kabul edileceklerin seçiminde uygulanan ve objektif ölçütleri olmayan mülakat yönteminin terk edilmesi ve yerine ölçütleri önceden belirlenen sözlü sınav yönteminin getirilmesi önerilmiş olunmasına karşın, yasa metninde mülakat yöntemi muhafaza edilmiştir.

Birleşmiş Milletlerce açıklanan, 29 Kasım 1985 tarihli, "Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensiplerin 10'uncu maddesinde; yargıçların gerekli hukuk eğitimini ve niteliklerini almış, dürüst ve ehliyetli kişiler arasından seçileceği belirtildikten sonra, yargısal göreve seçim yöntemlerinin düzenlenmesinde, uygunsuz saiklerle atama yapılmasını engelleyici önlemlerin getirilmesinin gerekli olduğu; yargıçların seçiminde, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal ve başka düşünce, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum ve statü gibi nedenlerle ayrımcılık yapılamayacağı açıklanmıştır. Birleşmiş Milletlerin bu açıklamaları, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin, yalnızca yargıçların mesleğe kabullerinden sonraki süreç ile sınırlı olmadığı; mesleğe kabul yöntemlerinin de, söz konusu bağımsızlığın ve yargıç güvencesinin ayrılmaz parçası olduğu gerçeğinden hareketle yaptığında kuşku yoktur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 14/2/1995 günlü ve E:1995/13, K:1995/64 sayılı kararında da aynı görüşler vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan metne göre; yargı bağımsızlığının gerçek anlamda uygulamaya konulabilmesi, öncelikle, hakimlik mesleğine kabulde uygulanacak yöntemlerin, metinde sayılan riskleri önleyici nitelikte olmasına bağlıdır. Oysa; objektif

ölçütlere sahip olmayan mülakat yöntemi, bu özelliği sebebiyle, anılan metinde önlem alınması gereği önemle vurgulanan riskleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu riskler arasında, yargıçların seçiminde, hükümet ile emrindeki idareye belirleyici yetki tanınması ve bu yolla, yargının ve yargıcın siyasi otoritenin etkisine açık hale getirilmesi de vardır.

Bu riskler, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlattırılan, "Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi" başlıklı 11-19 Temmuz 2004 tarihli İstişari Ziyaret Raporunun 15'inci sayfasında, "... uzmanların görüşüne göre mülakatı yürüten görevlilerinin hakim olması keyfiyeti, mekanizmayı korumamaktadır. Mülakat anında mülakatta görevli hakimlerin Adalet Bakanlığı tarafından istihdam edilen görevliler olması nedeniyle bunların hükümete ve idareye bağımlı olması keyfiyeti sürmektedir." şeklinde dile getirilmiştir.

2- Yasanın 1'inci maddesiyle 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8'inci maddesine eklenen "k" bendinde, fiilen üç yıl avukatlık yapmış olanlara, otuzbeş yaşını doldurmamış olmak koşuluyla, kendi aralarında yapılacak yazılı yarışma sınavı ve mülakatla mesleğe aday olarak kabul olanağı tanınmaktadır.

Yasanın bu düzenlenmesi, görüş alınmak üzere, Danıştaya gönderilen tasarıda mevcut değildir. Bu yüzden; Danıştay, bu konudaki olumsuz görüşünü, Tasarının Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında temsilcileri vasıtasıyla, sözlü olarak, bildirmiştir.

Danıştay Başkanınca, 10 Mayıs 2005 tarihli konuşmada vurgulandığı üzere; Adalet Bakanı ve Müsteşarının Kurulda bulunması nedeniyle Kurulun bağımsızlığına yönelik tartışmaların devam ettiği bir ortamda, 2802 sayılı Yasanın 39'uncu maddesinde öngörülen beş yılını doldurmuş olan avukatların Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca seçilip atanması yolundaki hükmün değiştirilerek, üç yıllık avukatların yapılacak özel bir sınavla ve yukarıda sakıncaları belirtilen mülakat yöntemiyle Adalet Bakanlığı tarafından seçilip adaylığa kabullerine olanak sağlanması, yargının siyasi otoritenin etkisi altında kalabileceği yolundaki tartışmaları pekiştirecek ve kamuoyundaki endişeleri haklı olarak artıracaktır.

3- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda değişiklik yapılmasını öngören tasarı, Avrupa Birliği Hukuku ile bütünleşme çabalarının yoğunlaştığı bir dönemde, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği metinlerine gönderme yapılarak, yargı yetkisinin yerine getirilmesinde önemli rolü üstelenen hakim ve savcılarının niteliklerini, atanmalarını, hak ve ödevlerini hükme bağlayan Hakimler ve Savcılar Kanununun bir bütün olarak gözden geçirilmesinin ve gerekli değişikliklerin yapılmasının zorunlu hale geldiği genel gerekçesi ile hazırlanmıştır.

Bu amaçla hazırlanmasına rağmen, yapılan düzenlemede, Avrupa Birliği Komisyonunun, yukarıda sözü edilen, İstişari Ziyaret Raporunda, terk edilmesinin gereği açıkça vurgulanan, yargıçların seçiminde mülakat yönteminin aynen muhafaza edilmesi yanında; aynı Raporda, hakim adaylarının seçimine yönelik hususların Adalet Akademisine veya Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna aktarılması ve hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimde Adalet Bakanlığının etkisinin kaldırılması yolunda yapılan uyarı ve önerilerin de dikkate alınmadığı görülmüştür.

Genel gerekçesinde yapılan açıklamalar ile, gerçekleştirilen düzenlemeler arasındaki bu uyumsuzluk, yapılanın gerçekte reform olmadığı kanısını ve Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırı bir şekilde yargının siyasallaşması yolunun açılmasına neden olacağı endişesini yaratmaktadır.

Yukarıda yapılan saptamalar, bölge adliye mahkemelerinin kurulması ile birlikte büyük oranda hakim açığının bulunduğu bu dönemde, daha da önem arz etmektedir.

Sonuç olarak; 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda yapılan değişikliklerin, yukarıda belirtilen, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği metinleri ile Anayasamızda yer alan yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi için belirlenen normlara uygun olmadığı görüşünde olduğumuz, kamuoyunun bilgisine saygı ile duyurulur.

Mesleğe girişe ilişkin Avrupa Birliği İlerleme Raporları ile yargı sisteminin işleyişine ilişkin İstisari Ziyaret Raporları da mülakatın Adalet Bakanlığı bürokratları tarafından yapılmasının yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesini ortadan kaldırdığını ortaya koymaktadır.

Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi Başlıklı 2003 İstisari Ziyaret Raporunda şu ifadelerle yer verilmiştir:

Mesleğe Giriş

Türkiye'de yargı mesleği, sadece hukuk fakültesi (genel mahkemeler için) veya sosyal bilimler fakültesi (idari yargı hakimleri için) mezunları tarafından seçilebilir. Yargı bağımsızlığından söz edilmek isteniyorsa, hangi seçim yöntemi uygulanırsa uygulansın, sözü edilen fakülte mezunlarının seçilmeleri hususunda, uygun olmayan saiklerle (örneğin siyasi eğilimleri dikkate alınarak) seçilmeye karşı tedbirler alınmalıdır.

Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki BM Temel Prensiplerinin 10. Prensibine göre "Herhangi bir yargısal seçim yöntemi, doğru olmayan saiklerle yapılan yargısal atamalar karşısında kendisini koruyabilmelidir. Hakimlerin seçiminde, hakim adayının hangi ülkede hakim olacağı o ülkenin vatandaş olması gerekliliği dışında, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal ya da başka bir görüş, tabiiyet veya sosyal orijin, mülkiyet, doğum veya medeni hal sebebiyle herhangi bir ayrımcılık yapılmamalıdır." Yargı Bağımsızlığı hakkında Avrupa Komisyonunun 1 (2) © Prensibi de benzer düzenlemeleri içermektedir. "Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeterek liyakat esasına göre olmalıdır. Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla merciin üyeleri yargı tarafından seçilmesi ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vaz etmektedir."

Bize göre, halihazırda Türkiye'de yürürlükte bulunan yargı mesleği ile ilgili sistem temel prensiplere uygun değildir, bu sistem, kimin hakim adayı olacağı, kimin olamayacağı hususunda verilecek karar üzerinde, siyasal bir birim olan Adalet Bakanlığına önemli derecede etkin olma imkanı sağlamaktadır.

Dört yıllık Hukuk Fakültesi ya da Sosyal Bilimler Fakültesi mezunu bir kimse hakim olmak isterse hakim adayı seçmek için yapılacak sınav ilanından sonra Adalet Bakanlığına müracaat etmelidir. Sınav sonucunda kaç kişinin alınacağını, sınavdan önce Adalet Bakanlığı belirler. ÖSS tarafından yapılan yazılı sınavdan sonra, Adalet Bakanlığı yetkililerince yürütülen sözlü bir sınav yapılır, aynı zamanda adayların güvenlik soruşturmaları da gerçekleştirilir. Sadece yazılı ve sözlü sınavlarını başarı ile geçen mezunların, hakim adayı olarak yargı mesleğinde çalışmaya başlamalarına izin verilir.

Bize göre, hakim adaylarının seçimine Adalet Bakanlığının müdahil olması, yargının bağımsızlığı konsepti ile çelişmekte olup, önemli temel prensiplere tezat teşkil etmektedir. Endişe veren iki prensiple ilgili olduğumuzu belirtmek gerekir, ilk olarak, hakim adaylarının seçiminin en azından kısmen de olsa siyasal bir birime bırakılmasının, mesleğe kabul ile ilgili kararlarda politik sebeplere dayalı tarafgirlik ve peşin hükümlülüğe götürücü potansiyel bir tehlike meydana getirdiği söylenebilir.

Bu konuda karşımızda bulduğumuz keyfiyet, hakim adayı olmak için müracaat edenlerin Adalet Bakanlığı personeli ile mülakata girmeleri gerektiğidir. İkinci husus, hakim olmak isteyenlerin Adalet Bakanlığına bildirilmesi ve sınav tarihinin tebliği için Hakim Adayları Eğitim Merkezinin Adalet Bakanlığına müracaat etmesi, sınava kabul hususunda yine Adalet Bakanlığına müracaat etmesi ve bilahare Adalet Bakanlığı personeli olan kişilerce mülakat yapılmasının, hakim adayları üzerinde girmek üzere oldukları mesleğin içinden çıkılmaz bir şekilde Adalet Bakanlığına bağlı olduğu izlenimini verecek bir potansiyel oluşturduğudur.

Yargı Bağımsızlığı Hakkında BM Temel Prensiplerinin 10. Prensibi ve Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Avrupa Konseyi Tavsiye Kararının 1 (2) © Prensibi uyum arz etmesi açısından, hakim adaylarının seçimi sürecine Adalet Bakanlığının etkisinin kaldırılmasını tavsiye ediyoruz. Halihazırda Adalet Bakanlığı tarafından ifa edilen hakim adaylarının seçimine yönelik hususların ya Adalet Akademisine ya da Hakim ve Savcılar Yüksek Kuruluna aktarılmasını öneriyoruz.

Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi Başlıklı 2004 İstisari Ziyaret Raporunda şu ifadeler yer verilmiştir:

Mesleğe Giriş

BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerinin 10. Prensibi ve Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Avrupa Konseyi Tavsiye Kararının 1 (2) (c) Prensibine uygun olarak, hakim adaylarının seçimi sürecine Adalet Bakanlığının etkisinin kaldırılmasını tavsiye ediyoruz. Halihazırda Adalet Bakanlığı tarafından ifa edilen hakim adaylarının seçimine yönelik hususların ya Adalet Akademisine ya da Hakim ve Savcılar Yüksek Kuruluna aktarılmasını öneriyoruz.

Türkiye'de, yargı mesleğine girmek isteyen fakülte mezunlarının hakim-savcı adaylığına kabul edilebilmeleri için, Adalet Bakanlığı personeli tarafından oluşan bir jüri ile mülakat zorunluluğu devam etmektedir. Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan yazılı sınavda en az 70 alan tüm adayların sözlü mülakata tabi tutulduğunu teyit etmiştir. Buna ilaveten Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü, mülakat komisyonunun Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı, Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanı, Personel Genel Müdürü, Ceza İşleri Genel Müdürü ve Hukuk İşleri Genel Müdüründen oluştuğunu da belirtmiştir. Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu mülakat komisyonunda temsil edilmemektedir. Mülakat komisyonunun yapısı dikkate alındığında Türkiye'de yargı mesleğine girişin, hükümet ve idareden bağımsız olmayan bir organ tarafından belirlendiği oldukça açıktır.

11 Mayıs 2004 tarihli resmi cevabında Adalet Bakanlığı, hakim adaylarının seçimi sürecinde Adalet Bakanlığının etkisinin kaldırılması yönündeki tavsiyeye, fiilen hakimlik mesleğini icra etmedikleri için hakim adaylarına yargı bağımsızlığı teminatlarının uygulanmayacağı görüşü ile i-tiraz etmiştir. Buna ilaveten, Adalet Bakanlığının mülakatı yapan heyette görev alanların, daha önce hakimlik mesleğini icra ettiklerini bu nedenle mekanizmanın kabul edilebilir olduğunu ileri sürmüştür.

Uzmanlar, hakim adaylarının seçiminde yargı bağımsızlığı teminatının uygulanmayacağı yönündeki Adalet Bakanlığının iddiası ile görüş birliği içerisinde değiller. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerinin 10. Prensibinin açık ifadesine göre; "yargı görevini yapanların uygun olmayan saiklerle atanmasını önlemek için her türlü adli seçim yöntemi kullanılır." ifadesini içermektedir. Hakimlerin seçiminde, ülke vatandaşı olma koşulunun aranması ayrımcılık sayılamayacağından bu koşul dışında, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi ya da başka bir düşünce, milli ya da sosyal köken, aidiyet, doğum veya yasal statü sebebiyle hiçbir ayrımcılık yapılamaz. Benzer ifadeler taşıyan Avrupa Kon-

seyi Tavsiye Kararının 1 (2) (c) Prensibine göre; "Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanır ve hakimlerin mesleki kariyerleri ve seçimi, nitelik, dürüstlük, yetenek ve etkinliği baz alan liyakat esası üzerine yapılır. Hakimlerin seçimi ve kariyerleri hususunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsızdır." Uzmanların görüşüne göre, bu iki temel prensip yürütme erkinin hakimlerin seçimine etkisinin olmadığı her hangi bir mekanizmayı temin eder. Netice itibariyle Bakanlığın iddiasının yersiz olduğu düşünülmektedir. Buna ilaveten, uzmanların görüşüne göre mülakatı yürüten görevlilerin hakim olması keyfiyeti mekanizmayı korumamaktadır. Mülakat anında mülakatta görevli hakimlerin Adalet Bakanlığı tarafından istihdam edilen görevliler olması nedeniyle bunların hükümete ve idareye bağımlı olması keyfiyeti sürmektedir.

Bu yüzden, kimin hakim adayı olarak seçileceği kimin seçilemeyeceğine ilişkin kararlar üzerinde siyasi bir organ olarak Adalet Bakanlığının mutlak etkisi devam ettiği müddetçe, Türkiye'de yargı mesleğine girişi belirleyen prosedürün yargı bağımsızlığına önemli derecede helal getirdiği görüşünü ısrarla sürdürüyoruz.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile istişare ettikten sonra hazırlanan Temmuz 2004 tarihli ikinci yazılı raporunda Adalet Bakanlığı, 25 Avrupa Birliği Üye Devletinde hakimlerin seçilmesine yönelik uygulama içerisinde kendisine en uygun olanı bulma ve bunu Türkiye'de uygulamaya geçirmeye yönelik değerlendirmesinin halen sürdüğünü ifade etmesi sebebiyle hakim adaylarının seçimi sürecinde bir reform ihtiyacı içerisinde olduğunu kabul etmiş gibi gözükmektedir. Bununla birlikte Adalet Bakanlığı, raporda, hakimlerin seçiminde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun rolünü öngördüğüne yönelik bir atıfta bulunmamıştır. Adalet Bakanlığı, raporda, Yüksek Kurulun hakimlerin seçimini denetlemesi gerekliliği konusunda 25 Avrupa Birliği Üye Devletleri arasında yeknesak bir uygulamanın olmadığına ve bu nedenle çalışmalarının sürdüğüne değinmiştir.

Bu konuyla ilgili olarak, Adalet Bakanlığının tavrının, 14 Haziran 2004 tarihli resmi toplantıda da ifade edildiği gibi, esas itibariyle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun tavrından farklı olduğunu belirtmemiz gerekir, toplantı sırasında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, toplantıya katılanlara sözlü mülakatta Kurulun temsil edilmemiş olmasını şanssızlık olarak mütalaa ettiğini bildirmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun üyeleri, uzmanların eleştirilerini paylaşmıştır ve sözlü mülakat seçiminin Adalet Bakanlığı personeline daha ziyade Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından idare edilmesi şeklindeki tavsiyeyi desteklediklerini ifade etmişlerdir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun toplantı heyetine ifade ettikleri unsurların Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan rapora yansıtılmamasını şanssızlık olarak mütalaa ediyoruz.

Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi Başlıklı 2005 İstisari Ziyaret Raporunda şu ifadeler yer verilmiştir:

Mesleğe Giriş

Yargının Bağımsızlığına Dair BM Temel Prensiplerinin 10. ilkesi ve Hakimlerin Bağımsızlığına Dair Avrupa Konseyi Tavsiyesinin 21 (2) (c) ilkesi uyarınca; Adalet Bakanlığının hakim adaylarını seçme sürecindeki rolünün kaldırılmasını tavsiye ederiz. Bu konunun, Adalet Akademisi ya da Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu uhdesine bırakılmasını teklif ederiz.

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin (CCJE) Yargının Bağımsızlığıyla İlgili Standartlar (23 Kasım 2001) hakkındaki 1. no'lu Görüşü (2001) uyarınca; aday hakim seçiminin, liyakat esasına dayalı olarak yetenek, verimlilik dürüstlük ölçütleri dikkate alınmak suretiyle yapılabilmesini teminen, aday hakim seçimini yapan veya bu konuda aday hakimlerin atanmasında tavsiyelerde bulunan otoritelerin objektif kriterler belirlemeleri, bu kriterleri yayımlamaları ve uygulamaları gereğini tavsiye ederiz.

Türkiye'de yargı mensupları arasına katılmak isteyen bir başvuranın Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yapılan yazılı sınavda başarılı olması kriterini objektif bulmaktayız. Ayrıca, Adalet Bakanlığı görevlilerinden oluşan bir Kurul tarafından sözlü sınav yapılmaktadır. Önceki İstisari Ziyaret Raporlarında bu mülakatın yargı bağımsızlığını zedeleyeceği sonucuna varılmıştı. Paragraf 2.1'de yaptığımız değerlendirmelerin altını çizmekle birlikte, varılan bu sonuçta değişiklik yapmamızı gerektirecek yeni bir olgu ileri sürülmemiştir. Konuyla ilgili önceki tavsiyemiz, mülakatın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması yönünde idi. Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu bu öneriyi kabul ettiklerini ve mülakatın kendileri tarafından yapılması gerektiğini bildirdikleri için bu öneriyi değiştirmeye gerek görmüyoruz. Bu bağlamda, yakın tarihli bir kamu açıklamasında Yargıtay Daire Başkanlarından oluşan bir Kurul, yürütme organı arasında yer alan Adalet Bakanlığı tarafından aday hakimlerin atanmasının politik istemin etkisi nedeniyle yargının siyasallaşmasına neden olacağını ileri sürmüştür.

Adalet Bakanlığının da belirttiği üzere; Avrupa'da hakimlerin işe alınmasıyla ilgili yeknesak bir mekanizma bulunmamaktadır. Bakanlığın ifade ettiği gibi, sözkonusu kararın hâkimler ve diğer üyelerden oluşan karma yapılı bir organ tarafından alınması genel bir uygulamadır. Böyle bir yapıda meslekten olmayan insanların bulunması, sürece toplumun perspektifini katacağından avantajlıdır. Eğer Türkiye'deki uygulama bu yönden olsa idi, değişik bir görüş izleyebilirdik. Paragraf 2.5'te de değindiğimiz gibi, Adalet Bakanlığından mülakata katılan görevlilerin üst düzey yargı mensupları olduğu argümanı tarafımızı etkilememiştir. Kaygımız, gelecekleri Bakanlık tarafından tayin edilebilecek bu kişilerin Bakanlık mensubu olmalarıdır. Bu şekilde, yürütme organının, yargısal bir kariyere başlanacak yolda sözsahibi olması imkanı yaratılmaktadır.

Mülakat sonucu verilecek kararda aleni objektif kriterlerin yokluğu kaygımızı pekiştirmektedir. Bu konuda verdiği yanıtta, Bakanlık 24 Şubat 1983 tarihli 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununu ileri sürmektedir. Ancak, bu kanun, çoğu Avrupa ülkesinde önemli kamu atamalarının yapılmasında benimsenen objektif kriterlere temas etmemektedir. Hakim atama kararında olduğu gibi karar alımlarında her zaman için yargıların önemli rol oynadığını gözönüne almakla beraber, insan ilişkileri alanındaki modern tekniklerin de kullanılması gerektiği düşünüyoruz. Bu teknikler, boş kadroların duyurulması ve atamada kullanılacak kriterlerin kamuya açıklanması ile desteklenmelidir.

Teklifle getirilen düzenleme Birleşmiş Milletler Belgelerine de aykırılıklar içermektedir. 26 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen ve Genel Kurulun 29 Kasım 1985 tarihli ve 40/32 sayılı ile 13 Aralık 1985 tarihli ve 40/146 sayılı Kararı ile onaylanmış olan Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler Belgesinin 10. maddesi aynen şu hükmü içermektedir:

Yargıçların nitelikleri, göreve seçilmeleri ve eğitimleri

Yargıçlar, gerekli hukuk eğitimini ve niteliklerini almış, dürüst ve ehliyetli kişiler arasından seçilir. Yargısal göreve seçim yöntemleri düzenlenirken, uygunsuz saiklerle atama yapılmasına karşı koruyucu tedbirler getirilir. Yargıçların seçiminde ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal ve başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum ve statü gibi nedenlerle bir kimseye karşı ayrımcılık yapılamaz. Yargısal görev için adayların o ülkenin vatandaşı olma şartı aranması, ayrımcılık yapılması şeklinde anlaşılamaz.

Teklifle, yargı kararlarının etkisiz kılınması amaçlanmaktadır. Teklif, Danıştay'ın konuya ilişkin verdiği karara konu olan Yönetmeliğin Yasa metnine taşınmasından ibarettir.

Danıştay'ın İdari Yargı Sınavına ilişkin 29.3.2007 tarihli kararı şöyledir:

T.C.

DANIŞTAY

İDARİ DAVA DAİRELERİ

KURULU

YD. İtiraz No: 2007/234

İtiraz Eden (Davacı) : Yargıçlar ve Savcılar Birliği

Karşı Taraf (Davalılar) : 1-Adalet Bakanlığı

2- ÖSYM Başkanlığı

İstemin Özeti : Danıştay Onikinci Dairesince verilen ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan 9.3.2007 günlü, E:2006/4784 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi Düşüncesi : 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 9. maddesinde; hakim ve savcı adaylığı yarışma sınavı ve mülakatına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığınca hazırlanacak Yönetmelikle belirleneceği hükmüne yer verilmekle birlikte değinilen yarışma sınavı ve mülakatın münhasıran Bakanlık bürokratlarınca yapılacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu bağlamda alınacak adayların verilecek eğitim sonucunda yapılacak yeterlik sınavında başarılı olmaları halinde hakim ve savcılığa atanacakları ve mahkemeler ile Yargıtay ve Danıştay'da görevlendirilecekleri de dikkate alındığında; sınav ve mülakata ilişkin usul ve esasların yargı bağımsızlığı ve hakim güvencesi çerçevesinde düzenlenmesi zorunludur.

Öte yandan 2802 sayılı Yasada "yarışma sınavı" yapılacağına öngörülmesine karşın dava konusu Yönetmeliğin 29. maddesi ile yazılı yarışma sınavını kazananların tamamının mülakata çağrılacağı belirtilerek sınav "yeterlik sınavı" niteliğine dönüştürülmekte ve böylece Yasaya açıkça aykırı düzenleme yapılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmeliğin 20., 27., 28. maddeleri ile 29. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemelerin dayanağı Yasa kuralına ve hukuka aykırı olduğu anlaşıldığından, davacının itirazının kabulü ile değinilen maddeler ile sınavın mülakata ilişkin kısmının yürütülmesinin durdurulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Düşüncesi : İtiraz dilekçesinde ileri sürülen nedenler, Danıştay Onikinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararın kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, itirazın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüldü:

100 idari yargı yargıç adayı alımı ile ilgili 9.8.2006 tarihinde ilan edilen ve 15.10.2006 tarihinde yapılacak olan sınavın ve dayanağı "Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliği"nin iptali ve yürütmenin durdurulması ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasının 8. maddesinin birinci fıkrasının (I) bendindeki "Yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı göstermek", (j) bendindeki "Hakimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve

davranışlarda bulunmamış olmak" hükümlerinin, 9.maddesinin birinci fıkrasındaki "Adalet Bakanlığınca" ibaresinin, 9. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki "yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler, başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen ihtiyaç sayısına" ibaresinin, 9. maddesinin son fıkrasını oluşturan "Adayların yarışma sınavı ve mülakatı ile 8 inci maddenin (g) bendinin uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikte düzenlenir." hükmünün ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun Ek-1. maddesinin üçüncü fıkrasının 2. cümlesini oluşturan "Burs alarak öğrenimlerini tamamlamış olanlar staj için yazılı sınava tabi tutulmazlar" ibaresinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onikinci Dairesince verilen ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan 9.3.2007 günlü, E:2006/4784 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedir.

Danıştay Onikinci Dairesinin 13.11.2006 günlü, E:2006/4784 sayılı kararıyla; davacının Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi bulunmayarak işin esasına geçilmiş ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda hakim ve savcı adaylığı sınavının yapılması konusunda Adalet Bakanlığı'na bir görev ve yetkinin verilmediği, Anayasa Mahkemesinin 14.12.1995 günlü, 1995/64 sayılı kararı da dikkate alındığında bu konudaki yetkili ve görevli makamın Adalet Bakanlığı olmayıp Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu olduğu, Adalet Bakanlığının görevli olmadığı bir konuda düzenleme yapma yetkisinin de bulunmadığı gerekçesiyle 100 idari yargıç aday alımına yönelik olarak 15.10.2006 tarihinde yapılan sınav ile bu sınav sonucunda yapılacak olan "mülakat sınavının ve bu sınavların dayanağı olan Yönetmeliğin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiş; davalı idarelerin bu karara yaptıkları itirazı görüşen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 30.11.2006 günlü kararıyla; 2802 sayılı Yasanın 7 ila 12. maddeleri hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; Yasa Koyucunun aday sayısını kadro ve ihtiyaç durumuna göre tespit etme, adayların görevine adaylık dönemi içinde son verme yetkisine sahip olan Adalet Bakanlığına belirtilen konulardaki yetkilerinin yanı sıra sınav ve mülakata ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yetkisi tanıyarak yazılı sınavı ve mülakatı yapma olanağını sağladığı, yarışma sınavı ve mülakat sonucunda, diğer koşulların da bulunması durumunda adaylığa atama yetkisi verdiği, dolayısıyla 2802 sayılı Yasa'da Danıştay Onikinci Dairesi kararında belirtildiği gibi bir boşluğun bulunmadığı sonucuna varılarak, davalı idarelerin itirazlarının kabulü ile Danıştay Onikinci Dairesinin Adalet Bakanlığının hakim ve savcı adaylarına uygulanacak yarışma sınavını ve mülakatı yapma ve bu konulara ilişkin hususları düzenleme yetkisi ve görevinin olmadığından bahisle verdiği yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın kaldırılmasına karar verilmiş, ancak uyumsuzlukta uygulanacak kural niteliğinde olan hakim ve savcı adaylığına atanacaklarla ilgili sınav ile bu sınava ilişkin usul ve esasları belirleme konusunda Adalet Bakanlığına yetki veren 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 9. maddesinin son fıkrasındaki "... yarışma sınavı ve mülakatı ile..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuş ve 100 idari yargı yargıç aday alımına yönelik olarak 15.10.2006 tarihinde yapılan yazılı sınav ile bu sınav sonucunda yapılacak mülakatın ve bunların dayanağı olan Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliğinin, Anayasa Mahkemesince verilecek karara kadar veya Anayasa Mahkemesince beş ay içinde karar verilmemesi halinde bu süre sonunda dosyadaki bilgi ve belgeler esas alınarak İdari Dava Daireleri Kurulunca yeniden bir karar verilmek üzere yürütülmelerinin durdurulmasına karar verilmiş

olup, Kurulumuzca itiraz yoluyla yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince verilen ve 12.2.2007 günü Danıştay'da kayda giren, 7.2.2007 günlü, E:2006/162, K.2007/15 sayılı karara ait tutanağın incelenmesinden ise, 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin (değişik) son fıkrasında yer alan "...yarışma sınavı ve mülakatı ile ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verildiğinin anlaşılması sonucu İdari Dava Daireleri Kurulunca Anayasa Mahkemesince itiraz hakkında karar verilmiş olması nedeniyle 15.2.2007 tarihinde dosya yeniden görüşülmüş ve davacının istemi de gözetilerek, Danıştay Onikinci Dairesince dava konusu sınav ile dayanağı Yönetmeliğin iptali istenilen maddelerinin esasının incelenmesi suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmış; Onikinci Dairece de işin esası incelenerek itiraza konu "yürütmenin durdurulması isteminin reddine" ilişkin karar verilmiştir.

Davacı dava dilekçesinde; 100 idari yargı yargıç adayı alımına yönelik olarak 9.8.2006 tarihinde ilan edilen ve 15.10.2006 tarihinde yapılan sınavın ve bu sınavın dayanağını oluşturan Yönetmeliğin iptali ve yürütmenin durdurulması isteminin gerekçesini öncelikle Yönetmeliğin dayanağı olan Yasa kuralının Anayasa'ya aykırılığı gerekçesine dayandırmış, ancak bu iddianın kabul görmeyebileceği düşüncesiyle ayrıca Yönetmeliğin 4., 5., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16., 17., 18., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 27., 28., 29., 30., 31., 32., 33. ve 36. maddelerinin hukuka aykırılığı nedeniyle iptali gerektiğini de öne sürdüğünden inceleme bu maddelere yönelik olarak yapılmıştır.

Dava konusu "Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliği", 24.2.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 7-9. maddelerine dayanılarak hazırlanmış ve Yönetmelikle; adli ve idari yargıda adaylığa başvurma, yazılı sınav ve mülakat kurullarının oluşumu ve görevleri, sınav konuları, yazılı sınav ve mülakatın yapılış şekli ve değerlendirilmesi, atama ile bunlara ilişkin diğer hususlar düzenlenmiştir.

2802 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde adaylık dönemini geçirip maddedeki koşullara uygun olarak ehliyetini kanıtlamış olmadıkça hiç kimsenin hakimlik ve savcılığa atanamayacağı, adayların Devlet Memurları Kanunundaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil olmadıkları ve haklarında Devlet Memurları Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş; 8. maddesinde de adaylığa atanacaklarda bulunması gereken nitelikler sayılmış, "Adaylığa atama" başlıklı 9. maddesinde ise;

"Her yıl alınacak aday sayısı, avukatlık mesleğinden alınacaklarla birlikte Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle, kadro ve ihtiyaç durumuna göre Adalet Bakanlığınca tespit edilir.

Yukarıdaki maddede belirtilen niteliklere sahip olup, yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler, başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen ihtiyaç sayısına, daha önce başka görevlerde kadro, maaş ve derece yönünden iktisap etmiş oldukları haklar nazara alınmak suretiyle lisans, lisansüstü (master) ve doktora öğrenim durumlarına göre Devlet memuriyetine giriş derece ve kademesiyle veya bu derecelerden aşağı olmamak şartıyla müktesep olarak almış oldukları derece ve kademeye adaylığa atanırlar. Bu atamada, daha önce serbest avukatlık yapmış olanların avukatlıkta geçen sürelerinin üçte ikisi de değerlendirilir. Bu sıraya göre ihtiyaç sayısınınca atananların dışında kalanlar bir hak iddia edemezler.

Doktora yapanlar sadece mülakata tabi tutulurlar.

Adayların yarışma sınavı ve mülakatı ile 8 inci maddenin (g) bendinin uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikte düzenlenir."

hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Yasa'nın 10. maddesinde, adaylık süresi ve eğitim konusunda, 11. maddesinde de adaylar hakkında düzenlenecek belgeler hakkında düzenleme yapıldıktan sonra 12. maddesinde, maddede sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde adayların görevlerine Adalet Bakanlığınca son verileceği öngörülmüştür.

2802 sayılı Yasada, yazılı yarışma sınavı ve mülakatı yapacak makam gösterilmemiş ise de, 9. maddenin son fıkrasında, adayların yarışma sınavı ve mülakatının uygulanmasına ilişkin konuların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hükme dayanılarak, Adalet Bakanlığı'nca yürürlüğe konulan dava konusu "Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği"nde yarışma sınavı ve mülakatın Adalet Bakanlığı tarafından yapılacağı öngörülmüştür.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel niteliklerinden olan "hukuk devleti" ilkesi vatandaşların hukuk güvenliğini sağlayan, idarenin hukuka bağlılığını amaç edinen, buna karşılık kamu gücünün sınırsız ölçüsüz ve keyfi kullanılmasını önleyen en önemli unsurlardan biridir. Nitekim hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesini sağlayacak araçlar arasında Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği, Anayasa'nın 125. maddesinde de, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir.

Hukuk devleti ilkesi karşısında idarenin yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak ya da bu denetimin yapılmasını imkansız kılaacak işlem ve eylemlerde bulunması mümkün değildir.

Öte yandan adil bir hukuk düzeninin kurulmasının yargının bağımsızlığı, hakim bağımsızlığı ve güvencesinin sağlanması ile mümkün olacağında kuşku bulunmamaktadır.

Anayasanın 138. maddesinde, "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler "denilerek hakimlerin bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiştir. Anayasa'da ayrıca bu ilkeyle yetinilmeyerek 139. maddede "hakimlik ve savcılık teminatı "kabul edilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın 140. maddesinde; hakim ve savcılarının nitelikleri ve atanmalarının mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, hakim ve savcı adayları Genel İdare Hizmetleri Sınıfına tabi iseler de staj döneminin ardından yapılacak yeterlilik sınavından sonra hakim ve savcı olarak atanacakları hususu gözetildiğinde, adayların seçimi için yapılacak sınavın ileride atanacakları görevin özellikleri de dikkate alınarak nesnel, yansız ve sadece liyakati ölçmeyi amaçlayan bir yöntemle yapılması gerekmektedir.

2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin son fıkrasında " ... yarışma sınavı ve mülakatı(na)..." ilişkin hususların Yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş; ancak sınavın şekli, sınav ve mülakat kurulu ve mülakatın amacı ve içeriği ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmeyerek idareye takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır, idare bu takdir yetkisini kullanırken adayların seçimlerinin yukarıda da değinildiği gibi tarafsız, nesnel ve sadece liyakati ölçmeye yarayan sınavla yapılmasını sağlayacak düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Öte yandan gene bu düzenlemelerde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 15.12.1985 günlü, 46/146 sayılı Kararındaki "Hakimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler" seçilecektir. Seçim yönteminde, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Hakimlerin seçiminde, bir kişiye karşı ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, milli veya sosyal menşe ve mal varlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacak; ancak Hakim adayının ülke vatandaşı olması şartı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir." şeklindeki yargı bağımsızlığının temel ilkesinin ve yine Av-

rupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 13.10.1994 günlü, 518 inci toplantısında aldığı karardaki” Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır.” şeklindeki ilkesinin de göz önünde tutması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

2802 sayılı Yasa’nın 7-9. maddelerine dayanılarak hazırlanan ve 9.9.1991 günlü, 20986 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulan ve zaman içinde kimi maddelerinde değişiklik yapılan dava konusu Yönetmeliğin 1 ila 3. maddelerinde “Amaç, Kapsam ve Hukuki Dayanak” konulan; 4 ila 7. maddelerinde “İlan, Başvuranlarda Aranacak Şartlar, Başvuru” konulan; 8 ila 35. maddelerde “Sınavlara Dair Esaslar”, 36. ve devamı maddelerde ise sınavı kazananların atanması ve diğer konular düzenlenmiş olup; Yönetmeliğin iptali istenilen 4., 5., 8., 9., 10., 12., 13., 23., 24., 25., 31., 32., 33. ve 36. maddeleri ile 21. maddesinin üçüncü ve son fıkraları ve 29. maddesinin ikinci fıkrasında dayanağı Yasa kurallarına ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 11., 20., 27., 28. ve 32. maddeleri ve 29. maddesinin birinci fıkrası ile yapılan düzenlemelere gelince;

1- Yönetmeliğin “Yazılı Sınavın Amacı, Şekli, Yeri ve Zamanı” başlıklı 11. maddesinde;

“(Değişik fıkra : 02/08/2006- 26247 S.R.G. Yön/4. mad.) Yazılı sınav, katılanların öğrenim konularına ilişkin bilgileri ile genel yetenek ve genel kültür bilgilerini değerlendirmek amacıyla yapılır.

Bakanlıkça gerekli görüldüğü takdirde yazılı sınav test usulü ile de yapılabilir. Test sınavları ile ilgili hususlarda diğer kurumlardan yararlanılabilir.

Yazılı sınav yerleri, sınava gireceklerin sayısı göz önüne alınmak suretiyle yapılır.

Yazılı sınav, müracaat tarihinin sona erdiği günden itibaren en az 15 gün sonra yapılır.

(Ek: 25.2.1998 - 23269 Sayılı R.G.) Yazılı sınav gerektiğinde başka kurumlara da yaptırılabilir.

(Ek: 25.2.1998 - 23269 Sayılı R. G.) Bu durumda; yapılacak sınavın yerleri, konuları, soruların konulara göre dağılımı, yürütülmesinde gözetilecek hususlar, tarihi, süresi, notlama ve kazananların belirlenmesi gibi usul ve esaslar Bakanlık ile sınavı yapan kurum arasında yapılacak bir protokol ile tespit edilir.

(Ek: 25.2.1998 - 23269 Sayılı R.G.) Bu protokol ile diğer kurumun sınav ve değerlendirme esaslarına uyulması kararlaştırılır ise, Yönetmeliğin yazılı sınava ait kuralları uygulanmaz.

(Ek: 25.2.1998 - 23269 Sayılı R.G.) Sınavı yapan kurum tarafından talep edilen masraf, başvuru sırasında adaylardan alınır.”

düzenlemesine yer verilmiştir.

Yönetmeliğin “Yazılı Sınav Kurulunun Kuruluş ve Görevleri” başlıklı 20. maddesinde ise;

“Yazılı Sınav Kurulu, Personel Genel Müdürünün görevlendireceği Genel Müdür Yardımcılarından birinin Başkanlığında; Teftiş Kurulu Başkanlığı ve Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ve Personel Genel Müdürlüğünden bakanlıkça tensip edilecek Hakim ve savcı sınıfına dahil görevlilerden oluşur.

Yazılı Sınav Kurulu; sınav sonuçlarını değerlendirmek ve buna göre başarı listesi düzenlemek ve gerektiğinde itirazları inceleyerek karara bağlamakla görevlidir.”

hükmü yer almıştır.

Yönetmelik hükümlerine göre, yazılı sınav doğrudan Bakanlıkça yapılabileceği gibi, 1998 yılında eklenen fıkralar ile sınavın başka kurumlara da yaptırılabilmesi öngörülmüş, böylece Bakanlığa yazılı sınavın yöntemi konusunda takdir yetkisi verilmiştir.

Bilindiği üzere yarışma sınavı ve mülakatı kazananlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi "Genel İdare Hizmetleri Sınıfı"na ait kadrolara atanmakta ise de, belli bir yetiştirme dönemi sonunda Türkiye Adalet Akademisi bünyesinde yapılan yeterlilik sınavında başarılı olmaları halinde hakim ve savcılık görevine atanmaktadırlar. Yukarıda değinildiği gibi adaylığa alınırken uygulanacak yarışma sınavının nesnel, yansız ve liyakati ölçmeye yarayacak bir şekilde yapılması zorunludur. Bu çerçevede 11. maddeye 1998 yılında eklenen hükümler ile yarışma sınavının başka kurumlara da yaptırılabilmesi öngörülmüş, yapılan protokollere göre yarışma sınavı Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezine yaptırılmaya başlanmış ise de, maddede bu yöntemin uygulanıp uygulanmaması konusunda Bakanlığa takdir yetkisi verilerek ve Yönetmeliğin 20. maddesindeki yarışma sınavının Adalet Bakanlığında (hakim ve savcı sınıfından da olsa) Bakanın emri altında çalışan bürokratlardan oluşan Sınav Kurulunca yapılmasına ilişkin kurallar da korunmak suretiyle yazılı sınavın yapılış yöntemi tamamen idarenin takdirine bırakılarak hukuka aykırı düzenleme yapılmıştır.

Bunun sonucu olarak, yazılı sınavın Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezine yaptırılması sınavdan beklenen nesnellığı sağlayacak bir kural olmakla birlikte, bunun tamamen idarenin takdirine bırakılmasında hukuki isabet görülmemiştir. Dolayısıyla 11. maddeyle bağlantısı nedeniyle Yönetmeliğin 20. maddesinde de hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

2- Yönetmeliğin "Mülakat Kurulu" başlıklı 27. maddesinde;

"Mülakat Kurulu: Müsteşar veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısının Başkanlığında, Tefiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri, Personel Genel Müdürlerinden oluşur."

düzenlemesine yer verilmiştir.

Yukarıda da değinildiği gibi 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde "... yarışma sınavı ve mülakatı ..." ile ilgili hususların Yönetmelikle düzenleneceğinin öngörülmesine karşın, sınavın şekli ve sınav kurulunun oluşumu ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Yasa ile Adalet Bakanlığına sınav yapma ve buna ilişkin konuları Yönetmelikle düzenleme konusunda görev ve yetki verilmiş ise de, bu konuların münhasıran Bakanlık bürokratlarınca yerine getirileceğine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Yönetmeliğin yayımlanmasından sonra 23.7.2003 tarihli ve 4954 sayılı Yasa ile adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılar ve noterler ile avukatların meslek öncesi ve meslek içi eğitimi için kurslar açmak, adli ve idari yargı hakim ve savcı adaylarının meslek öncesi eğitimlerinin hazırlık ve son dönemlerini ilgili Yasa ve Yönetmelik hükümlerine göre yürütmek v.b. görevleri yürütmek üzere kurulan Türkiye Adalet Akademisinin kuruluş amacı ve teşkilat yapısı ile değinilen görevleri gözetildiğinde, diğer bir deyişle alınacak adayların, Akademinin öğrencileri olacağı ve eğitim verecek olan kurumun adayların seçiminde de etkili olması gerektiği hususu dikkate alındığında "Mülakat Kurulu"nun, Türkiye Adalet Akademisinde görevli özellikle Danıştay ve Yargıtay mensuplarının da Bakanlık üst düzey yöneticileri ile birlikte katılımının sağlanması suretiyle oluşturulması gerekmektedir.

3- Yönetmeliğin "Mülakat ve Amacı" başlıklı 28. maddesinde;

"Mülakat, ilgilinin ifade ve bir konuyu kavrayıp özetleme ve değerlendirme yeteneğini, davranışını, genel ve fiziki durumunu tespit için mülakat kurulu tarafından Adalet Bakanlığınca yapılır."

hükmüne yer verilmiştir.

Sözlük anlamı, davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla bir kişiyle yapılan sorulu cevaplı görüşme olan mülakatın, yazılı yarışma sınavını tamamlayıcı nitelikte ve yine bilgi ve liyakati ölçmek, bunun yanında adayın hakimliğe yaraşır yeteneğe, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılacağı açıktır. Bu kapsamda yapılacak olan bir mülakatın nesnel olduğundan sözedilebilmesi için mesleğin önem ve özelliği de dikkate alınarak bütün bu kriterlerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin hususların, kriterlerin ağırlıklarını ve buna göre değerlendirme esaslarını içeren nesnel bir yöntemin düzenlenmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla, Yönetmelikte mülakatın kriterleri açık bir şekilde düzenlenmelidir. Dava konusu Yönetmelikte ise belirtilen hususlara ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemekte, genel ifadelerle yetinilmektedir. Örneğin, ancak sağlık kurulunca tespit edilebilecek “fiziki durumdan neyin kastedildiğinin açıklıkla ortaya konulmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Yönetmeliğin 28. maddesinde öngörülen yöntemde hukuka uygunluk bulunmadığı gibi, bu suretle tamamen Kurulun takdirine bırakılan mülakat yöntemi ile nesnellikten uzak bir uygulamaya neden olunabileceği de açıktır.

Kaldı ki, yukarıda çerçevesi çizilen düzenlemenin yapılmamış olmasının mülakat ile ilgili olarak açılacak bir iptal davasında yargısal denetimin yapılmasını güçleştireceği, hatta olanaksız kılacağı da ortadadır. Oysa mülakatta başarısız sayılma işleminin de, diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olmak üzere işlemin tüm unsurları yönünden yargısal denetiminin yapılması esas olmalıdır. İdari işlemin yetki, şekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olmak üzere yapılan bir yargısal denetimin, hukuk devleti ilkesinin öngördüğü güvenceyi sağlamayacağı açıktır.

Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin (1/a) bendi gereğince iptal davalarında, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden yargısal denetime tabi tutulması zorunlu bulunmaktadır.

Dolayısıyla mülakatta başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak altyapının tüm unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevidir. Yukarıda da belirtildiği üzere hukuk devleti ilkesinin, idarenin yargısal denetim yapmasını ortadan kaldıracak, olanaksız kılacak ya da güçleştirecek şekilde bir idari işlem tesis etmesine izin vermesi mümkün değildir.

4- Dava konusu Yönetmeliğin “Yazılı Sınav Kâğıtlarının Değerlendirilmesi” başlıklı 21. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Yazılı sınav veya test kâğıtları 100 puan üzerinden değerlendirmeye tabi tutulur. Yazılı veya test sınavını kazanabilmek için not ortalamasının 70 puan veya daha yukarı olması şarttır.” denilmiştir; 29. maddesinin birinci fıkrasında da;

“Yazılı sınavda başarı gösterenler mülakata katılır.”

düzenlemesine yer verilmek suretiyle, yazılı sınavda başarılı olabilmek için gerekli not ortalaması olan 70 puanı alan herkesin mülakata çağrılacağı öngörülmüştür.

2802 sayılı Yasa’nın hem “Adayların niteliklerinin düzenlendiği 8. maddesinde, hem metni yukarıya alınan 9. maddesinin son fıkrasında “yazılı yarışma sınavı” ibaresine yer verildiği halde, Yönetmeliğin 29. maddesinin birinci fıkrasında “yarışma sınavı” niteliğine aykırı olarak “70 ve üzeri puan alan” herkesin mülakata çağrılması öngörülerek, yapılan sınav “yeterlik sınavı” niteliğine dönüştürülmekte, böylece yazılı sınavın Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi’ne yaptırılması ile sağlanmaya çalışılan nesnel uygulamanın sonucu ortadan kaldırılmaktadır. Oysa aday adaylarının yarıştırdığı bir sınavda ilan edilen kadro sayısının en başarılıdan başlayarak kaç katı adayın mülakata çağrılacağından önceden açıklanması zorunlu olup, belirlenen barajı geçen tüm aday adaylarının mülakata çağrılmasının, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında subjektif nedenlerin öne geçmesine yol açacağı, bu durumun ise kamu yararı ve hizmet gerekleriyle bağdaşmayacağı açıktır.

Dolayısıyla 29. maddenin birinci fıkrasındaki düzenleme Yönetmeliğin dayanağı Yasa kuralına ve hukuka açık aykırılık taşımaktadır.

Sonuç olarak; hukuka ve dayanağı Yasa kurallarına aykırı bulunan ve uygulanmaya devam edilmesi halinde telafisi imkansız zararlara neden olacağı sonucuna varılan dava konusu Yönetmeliğin 11., 20., 27., 28. maddeleri ve 29. maddesinin birinci fıkrasının yürütülmesinin durdurulması gerekmektedir.

Öte yandan, anılan maddelerin yürütülmelerinin durdurulması ile uygulanma olanağını yitiren Yönetmeliğin 14., 15., 16., 17., 18., 19. ve 22. maddeleri ile 21. maddesinin bir ve ikinci fıkralarının da yürütülmesinin durdurulması gerekmektedir.

Bu arada Yönetmeliğin “Nihai Başarı Listesi” başlıklı 32. maddesinde;

“Sınava katılanların, yazılı sınav kurulu ve mülakat kurulu tarafından imza altına alınan ve yukarıda zikredilen başarı listelerinde yazılı bulunan puanlarının aritmetik ortalaması tespit edilerek en yüksek puan alandan başlamak üzere sıraya konularak nihai başarı listesi Personel Genel Müdürlüğünce hazırlanır.

Bu sıralamaya tabi tutulanların nihai puanlarının eşit olması halinde, yazılı sınavda aldığı puana öncelik tanınır. Yazılı puanların da eşit olması halinde kura çekilmek suretiyle sıra belirlenir ve bu konuda yapılan işlemler düzenlenecek tutanakta gösterilir.”

denilmektedir.

Değerilen düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, yazılı sınav kurulu ve mülakat kurulu ile ilgili maddelerin yürütülmesi durdurulduğundan; bu karar nedeniyle yapılacak yeni düzenlemede bu maddenin de yeniden düzenleneceği tabiidir.

Davanın sınava ilişkin kısmına gelince; yazılı sınavın Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi’ne yaptırıldığı anlaşıldığından, sınavın bu kısmında hukuka aykırılık bulunmamakta ise de; dava konusu Yönetmeliğin mülakata ilişkin 27.ve 28. maddeleri ile 29. maddesinin birinci fıkrasının yürütülmesinin durdurulması nedeniyle 9.8.2006 tarihinde ilan edilen ve 15.10.2006 tarihinde yapılan sınavın “mülakat” a ilişkin kısmı da hukuki dayanaktan yoksun kalmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Onikinci Dairesinin “yürütmenin durdurulması isteminin reddi”ne ilişkin 9.3.2007 günlü, E: 2006/4784 sayılı kararına yönelik davacı itirazının kısmen kabulü ile dava konusu Yönetmeliğin 11., 14., 15., 16., 17., 18., 19., 20., 22., 27. ve 28. maddeleri ve 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 29. maddesinin birinci fıkrasının ve 15.10.2006 tarihinde yapılan idari yargı hakim adayı sınavının mülakata ilişkin kısmının yürütülmesinin durdurulmasına oyçokluğu ile; Yönetmeliğin diğer maddeleri ile 15.10.2006 tarihinde Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezince yapılan yazılı sınavın yürütülmesinin durdurulması isteminin reddine ilişkin kısmına yönelik davacı itirazının ise reddine oybirliği ile 29.3.2007 gününde karar verildi.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (29/26 oy)

KARŞI OY

Davacının, idari yargı yargıç adayı alımı sınavı ve dayanağı Yönetmeliğin iptali ve yürütülmesinin durdurulması isteminin gerekçesini sınav ve bu sınava ilişkin usul ve esasları belirleme konusunda Adalet Bakanlığına yetki veren 2802 sayılı Yasanın 9. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiası oluşturmaktadır.

Ancak bu konu Anayasaya aykırılık iddiası yönünden Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 30.11.2006 günlü kararı ile Anayasa Mahkemesine gönderilmiş ve Anayasa Mahkemesince incelenerek sonuç olarak 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.

Buna göre Anayasa'ya aykırı olmadığına Anayasa Mahkemesince karar verilen Yasa esas alınarak ve bu Yasa'nın Adalet Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak hazırlanıp yürürlüğe konulan Yönetmeliğe karşı açılan davada öncelikle somut norm denetiminin yapılması ve bu yönden hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılması halinde Yönetmeliğin maddelerinin incelenmesine geçilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi somut norm denetiminde konuyla doğrudan ilgili yasa kuralı varken dolaylı biçimde ilgili kurallara dayanılması olanaklı değildir.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı olmadığı belirtilen Yasa kuralı esas alınarak yürürlüğe konulan Yönetmelikte Anayasa ile dayanağı Yasa kurallarına aykırılık bulunmadığını öncelikle vurgulamak gerekmektedir.

Yönetmeliğin maddelerine geçince, özellikle Yönetmeliğin "Mülakat Kurulu" başlıklı 27. maddesi ile "Mülakat ve Amacı" başlıklı 28. maddesi ve "Yazılı Sınav Kağıtlarının Değerlendirilmesi" başlıklı 29. maddesinin noksan düzenleme içerdiğinden bahisle yürütülmelerinin durdurulmasına karar verilmiştir. Bu noktada gerek Anayasa'nın 125. maddesinde, gerek 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde, yargı yetkisinin idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu ve yürütme görevinin yasalarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceğinin hükme bağlandığını belirtmekte yarar bulunmaktadır.

Zira idari yargı denetiminin amacı, idarenin, idare hukuku alanı ve yasa çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir anlatımla bu denetimin amacı, idarenin yasaların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi hallerinde bu eylem ve işlemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden iptal etmek suretiyle yargının "yerindelik" değil, ancak "yasallık" veya "hukuka uygunluk" denetimi yapabileceği, idari yargı kararının idari eylem ve işlem niteliğinde olamayacağı ve bu karar üzerine onun içeriğini yerine getirecek yeni bir işlem yapma görevinin idari yargıya değil, yetkili ve görevli idareye ait olduğu; idari yargının yasa çerçevesi içinde idareye takdir hakkının tanınmış olduğu durumlarda, bu takdirin yerindeliğini denetleyemeyeceği, idare hukukunun öteden beri yerleşmiş ve herkesçe bilinen ilkelere rindendir.

Hukuka uygunluk denetiminde öncelikle düzenlemenin dayanağı Yasa'ya dayanılacağı, onun ölçüt alınacağı kuşkusuzdur. Ancak Yasa'da yeterli açıklık bulunmayan durumlarda, hukukun genel ilkelerine dayanılmalı bu ilkelere göre düzenlemede bir noksanlık varsa bu noksan düzenlemeden bahisle iptal kararı verilmelidir.

Bu çerçevede, 2802 sayılı Yasa'da konu ile ilgili yeterli düzenlemenin olduğu ve Yasa'nın verdiği yetki ve görev sınırları içerisinde kalınarak yürürlüğe konulan Yönetmelikte ve bu Yönetmeliğe göre yapılan sınavda Yasa'ya aykırılık bulunmadığı gibi, Yönetmeliğin herhangi bir eksik düzenlemeyi de içermediği sonucuna vardığımızdan, yargısal denetimin dışına çıkılarak ve yerindelik denetimi yapılarak oluşturulan çoğunluk kararına itirazın reddi gerektiği oyu ile katılmıyoruz. (2 oy)

KARŞI OY

Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların bakılan uyuşmazlıkta gerçekleşmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin Daire kararına yapılan itirazın reddi oyuyla, karara karşıyım. (1 oy)

Danıştay’ın Adli Yargı Sınavına ilişkin 29.3.2007 tarihli kararı şöyledir:

T.C.

DANIŞTAY

İDARİ DAVA DAİRELERİ

KURULU

YD. İtiraz No: 2007/235

İtiraz Eden (Davacı) : Yargıçlar ve Savcılar Birliği

Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Adalet Bakanlığı

2- ÖSYM Başkanlığı

İstemin Özeti : Danıştay Onikinci Dairesince verilen ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan 9.3.2007 günlü, E:2006/4785 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi Düşüncesi : 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 9. maddesinde; hakim ve savcı adaylığı yarışma sınavı ve mülakatına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığınca hazırlanacak Yönetmelikle belirleneceği hükmüne yer verilmeyle birlikte değinilen yarışma sınavı ve mülakatın münhasıran Bakanlık bürokratlarınca yapılacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu bağlamda alınacak adayların verilecek eğitim sonucunda yapılacak yeterlik sınavında başarılı olmaları halinde hakim ve savcılığa atanacakları ve mahkemeler ile Yargıtay ve Danıştay’da görevlendirilecekleri de dikkate alındığında; sınav ve mülakata ilişkin usul ve esasların yargı bağımsızlığı ve hakim güvencesi çerçevesinde düzenlenmesi zorunludur.

Öte yandan 2802 sayılı Yasa’da “yarışma sınavı” yapılacağının öngörülmesine karşın dava konusu Yönetmeliğin 29. maddesi ile yazılı yarışma sınavını kazananların tamamının mülakata çağrılacağı belirtilerek sınav “yeterlik sınavı” niteliğine dönüştürülmekte ve böylece Yasaya açıkça aykırı düzenleme yapılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmeliğin 20., 27., 28. maddeleri ile 29. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemelerin dayanağı Yasa kuralına ve hukuka aykırı olduğu anlaşıldığından, davacının itirazının kabulü ile değinilen maddeler ile sınavın mülakata ilişkin kısmının yürütülmesinin durdurulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Düşüncesi : İtiraz dilekçesinde ileri sürülen nedenler, Danıştay Onikinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararın kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, itirazın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüldü: 500 adli yargı yargıç ve savcı adayı alımı ile ilgili 15.8.2006 tarihinde ilan edilen ve 25.11.2006 tarihinde yapılacak olan sınavın ve dayanağı “Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliği”nin iptali ve yürütmenin durdurulması ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası’nın 8. maddesinin birinci fıkrasının (I) bendindeki” Yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı göstermek”, (j) bendindeki “Hakimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak” hükümlerinin, 9.maddesinin birinci fıkrasındaki “Adalet Bakanlığınca” ibaresinin, 9. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler, başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen ihtiyaç sayısına” ibaresinin, 9. maddesinin son fıkrasını oluşturan “Adayların yarışma sınavı ve mülakatı ile 8 inci maddenin (g) bendinin uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikte düzenlenir.” hükmünün ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun Ek-1. maddesinin üçüncü fıkrasının 2. cümlesini oluşturan “Burs alarak öğrenimlerini tamamlamış olanlar staj için yazılı sınava tabi tutulmazlar” ibaresinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onikinci Dairesince verilen ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan 9.3.2007 günlü, E:2006/4785 sayılı karar, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedir.

Danıştay Onikinci Dairesinin 13.11.2006 günlü, E:2006/4785 sayılı kararıyla; davacının Anayasa’ya aykırılık iddiası ciddi bulunmayarak işin esasına geçilmiş ve Dairelerinin 2006/4784 esas sayısına kayıtlı dava dosyasında 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nda hakim ve savcı adaylığı sınavının yapılması konusunda Adalet Bakanlığına bir görev ve yetkinin verilmediği, Anayasa Mahkemesinin 14.12.1995 günlü, 1995/64 sayılı kararı da dikkate alındığında bu konudaki yetkili ve görevli makamın Adalet Bakanlığı olmayıp Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu olduğu, Adalet Bakanlığının görevli olmadığı bir konuda düzenleme yapma yetkisinin de bulunmadığı gerekçesiyle Yönetmeliğin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiği dikkate alınarak, bakılan davada ayrıca Yönetmeliğin yürütülmesinin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, bu Yönetmeliğe dayanılarak 25.11.2006 tarihinde gerçekleştirilecek olan adli yargı yargıç ve savcı adayı alımına yönelik yazılı sınav ve mülakatın ise yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiş; davalı idarelerin bu karara yaptıkları itirazı görüşen Danıştay idari Dava Daireleri Kurulu 30.11.2006 günlü kararıyla; Danıştay Onikinci Dairesinin 2006//4784 esas sayısına kayıtlı davada verilen yürütmenin durdurulması kararına davalı idarelerce yapılan itiraz üzerine Danıştay idari Dava Daireleri Kurulu’nun 30.11.2006 günlü, YD. İtiraz No: 2006/1333 sayılı kararıyla, 2802 sayılı Yasa ile Yasa Koyucunun, aday sayısını kadro ve ihtiyaç durumuna göre tespit etme, adayların görevine adaylık dönemi içinde son verme yetkisine sahip olan Adalet Bakanlığına belirtilen konulardaki yetkilerinin yanı sıra sınav ve mülakata ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yetkisi tanıyarak yazılı sınavı ve mülakatı yapma olanağı da sağladığı, yarışma sınavı ve mülakat sonucunda, diğer koşulların da bulunması durumunda adaylığa atama yetkisi verdiği, dolayısıyla 2802 sayılı Yasa’da Danıştay Onikinci Dairesi kararında belirtildiği gibi bir boşluğun bulunmadığı sonucuna varılarak, davalı idarelerin itirazlarının kabulü ile Danıştay Onikinci Dairesinin Adalet Bakanlığının hakim ve savcı adaylarına uygulanacak yazılı yarışma sınavını ve mülakatı yapma ve bu konulara ilişkin hususları düzenleme yetkisi ve görevinin olmadığından bahisle

verdiği yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın kaldırılmasına karar verilerek işin esası yeniden incelenmiş ve değinilen konularda, 2802 sayılı Yasaya göre Adalet Bakanlığının yetkili olmasının, bu yetkinin, Anayasa'ya uygun olduğu anlamına gelmeyeceği belirtilerek, uyumsuzlukta uygulanacak kural niteliğinde olan hakim ve savcı adaylığına atanacaklarla ilgili sınav ile bu sınava ilişkin usul ve esasları belirleme konusunda Adalet Bakanlığına yetki veren 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 9. maddesinin son fıkrasındaki "... yarışma sınavı ve mülakatı ile ..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulduğu ve Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılan Yasa hükmüne dayanılarak yürürlüğe konulan Yönetmelikte bu nedenle hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılarak belirtilen gerekçeyle Yönetmeliğin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiği gözetilerek, bakılan davada Danıştay Onikinci Dairesince; Dairelerinin 2006/4784 esas sayılı dosyasında verilen karara gönderme yapılarak verilen, Yönetmeliğin yürütülmesinin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, bu Yönetmelik dayanak alınarak adli yargı yargıç ve savcı alımı için 25.11.2006 tarihinde yapılacak yazılı sınav ile mülakatın ise yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin bulunan 13.11.2006 günlü, E:2006/4785 sayılı karara yönelik davalı idarelerin itirazlarının kabulü ile anılan kararın kaldırılmasına karar verilmiş, ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 30.11.2006 günlü, YD. İtiraz No: 2006/1333 sayılı kararıyla dava konusu "Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliği"nin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiş olması nedeniyle bakılan davada ayrıca Yönetmeliğin yürütülmesinin durdurulmasına hukuken olanak bulunmadığı, öte yandan Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılan Yasa hükmüne göre yürürlüğe konulan ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 30.11.2006 günlü, 2006/1333 sayılı kararıyla yürütülmesi durdurulan Yönetmeliğe dayanılarak 25.11.2006 tarihinde yapılması öngörülen sınavın da bu nedenle hukuki dayanaktan yoksun kaldığı gerekçesiyle Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliği'nin yürütülmesinin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, 500 adli yargı yargıç ve savcı adayı alımına yönelik olarak 25.11.2006 tarihinde yapılması öngörülen yazılı sınav ile mülakatın ise, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 30.11.2006 günlü, YD. itiraz No: 2006/1333 sayılı "Anayasa Mahkemesine Başvurma Kararı" gereğince Anayasa Mahkemesince verilecek karara kadar veya Anayasa Mahkemesince beş ay içerisinde karar verilmemesi halinde bu süre sonunda dosyadaki bilgi ve belgeler esas alınarak idari Dava Daireleri Kurulu'nca yeniden bir karar verilmek üzere, yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiş olup, Kurulunuzca itiraz yoluyla yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince verilen ve 12.2.2007 günü Danıştay'da kayda giren 7.2.2007 günlü, E:2006/162, K:2007/15 sayılı karara ait tutanağın incelenmesinden ise, 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin (değişik) son fıkrasında yer alan "... yarışma sınavı ve mülakatı ile ..." ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verildiğinin anlaşılması sonucu İdari Dava Daireleri Kurulunca Anayasa Mahkemesince itiraz hakkında karar verilmiş olması nedeniyle 15.2.2007 tarihinde dosya yeniden görüşülmüş ve davacının istemi de gözetilerek, Danıştay Onikinci Dairesince dava konusu sınav ile dayanağı Yönetmeliğin iptali istenilen maddelerinin esasının incelenmesi suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmış; Onikinci Dairece de işin esası incelenerek itiraza konu "yürütmenin durdurulması isteminin reddine" ilişkin karar verilmiştir.

Davacı dava dilekçesinde; 500 adli yargı yargıç ve savcı adayı alımına yönelik olarak 15.8.2006 tarihinde ilan edilen ve 25.11.2006 tarihinde yapılması öngörülen sınavın ve bu sınavın dayanağını

oluşturan Yönetmeliğin iptali ve yürütmenin durdurulması isteminin gerekçesini öncelikle Yönetmeliğin dayanağı olan Yasa kuralının Anayasa'ya aykırılığı gerekçesine dayandırmış, ancak bu iddianın kabul görmeyebileceği düşüncesiyle ayrıca Yönetmeliğin 4., 5., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16., 17., 18., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 27., 28., 29., 30., 31., 32., 33. ve 36. maddelerinin hukuka aykırılığı nedeniyle iptali gerektiğini de öne sürdüğünden inceleme bu maddelere yönelik olarak yapılmıştır.

Dava konusu "Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliği", 24.2.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 7-9. maddelerine dayanılarak hazırlanmış ve Yönetmelikle; adli ve idari yargıda adaylığa başvurma, yazılı sınav ve mülakat kurullarının oluşumu ve görevleri, sınav konuları, yazılı sınav ve mülakatın yapılış şekli ve değerlendirilmesi, atama ile bunlara ilişkin diğer hususlar düzenlenmiştir.

2802 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde adaylık dönemini geçirip maddedeki koşullara uygun olarak ehliyetini kanıtlamış olmadıkça hiç kimsenin hakimlik ve savcılığa atanamayacağı, adayların Devlet Memurları Kanunundaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil olmadıkları ve haklarında Devlet Memurları Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş; 8. maddesinde de adaylığa atanacaklarda bulunması gereken nitelikler sayılmış, "Adaylığa atama" başlıklı 9. maddesinde ise;

"Her yıl alınacak aday sayısı, avukatlık mesleğinden alınacaklarla birlikte Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle, kadro ve ihtiyaç durumuna göre Adalet Bakanlığınca tespit edilir.

Yukarıdaki maddede belirtilen niteliklere sahip olup, yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler, başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen ihtiyaç sayısına, daha önce başka görevlerde kadro, maaş ve derece yönünden iktisap etmiş oldukları haklar nazara alınmak suretiyle lisans, lisansüstü (master) ve doktora öğrenim durumlarına göre Devlet memuriyetine giriş derece ve kademesiyle veya bu derecelerden aşağı olmamak şartıyla müktesep olarak almış oldukları derece ve kademeyle adaylığa atanırlar. Bu atamada, daha önce serbest avukatlık yapmış olanların avukatlıkta geçen sürelerinin üçte ikisi de değerlendirilir. Bu sıraya göre ihtiyaç sayısının atanmalar dışında kalanlar bir hak iddia edemezler.

Doktora yapanlar sadece mülakata tabi tutulurlar.

Adayların yarışma sınavı ve mülakatı ile 8 inci maddenin (g) bendinin uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikte düzenlenir."

hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Yasa'nın 10. maddesinde, adaylık süresi ve eğitim konusunda, 11. maddesinde de adaylar hakkında düzenlenecek belgeler hakkında düzenleme yapıldıktan sonra 12. maddesinde, maddede sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde adayların görevlerine Adalet Bakanlığınca son verileceği öngörülmüştür.

2802 sayılı Yasa'da, yazılı yarışma sınavı ve mülakatı yapacak makam gösterilmemiş ise de, 9. maddenin son fıkrasında, adayların yarışma sınavı ve mülakatının uygulanmasına ilişkin konuların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hükmeye dayanılarak, Adalet Bakanlığı'na yürürlüğe konulan dava konusu "Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği"nde yarışma sınavı ve mülakatın Adalet Bakanlığı tarafından yapılacağı öngörülmüştür.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devletinin te-

mel niteliklerinden olan “hukuk devleti” ilkesi vatandaşların hukuk güvenliğini sağlayan, idarenin hukuka bağlılığını amaç edinen, buna karşılık kamu gücünün sınırsız ölçüsüz ve keyfi kullanılmasını önleyen en önemli unsurlardan biridir. Nitekim hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesini sağlayacak araçlar arasında Anayasa’nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği, Anayasa’nın 125. maddesinde de, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir.

Hukuk devleti ilkesi karşısında idarenin yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak ya da bu denetimin yapılmasını imkansız kılacak işlem ve eylemlerde bulunması mümkün değildir.

Öte yandan adil bir hukuk düzeninin kurulmasının yargının bağımsızlığı, hakim bağımsızlığı ve güvencesinin sağlanması ile mümkün olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Anayasanın 138. maddesinde, “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa’ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” denilerek hakimlerin bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiştir. Anayasa’da ayrıca bu ilkeyle yetinilmeyerek 139. maddede “hakimlik ve savcılık teminatı” kabul edilmiştir. Öte yandan Anayasa’nın 140. maddesinde; hakim ve savcılarının nitelikleri ve atanmalarının mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, hakim ve savcı adayları Genel İdare Hizmetleri Sınıfına tabi iseler de staj döneminin ardından yapılacak yeterlilik sınavından sonra hakim ve savcı olarak atanacakları hususu gözetildiğinde, adayların seçimi için yapılacak sınavın ileride atanacakları görevin özellikleri de dikkate alınarak nesnel, yansız ve sadece liyakati ölçmeyi amaçlayan bir yöntemle yapılması gerekmektedir.

2802 sayılı Yasa’nın 9. maddesinin son fıkrasında “... yarışma sınavı ve mülakatı(na)..” ilişkin hususların Yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş; ancak sınavın şekli, sınav ve mülakat kurulu ve mülakatın amacı ve içeriği ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmeyerek idareye takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır. İdare bu takdir yetkisini kullanırken adayların seçimlerinin yukarıda da değinildiği gibi tarafsız, nesnel ve sadece liyakati ölçmeye yarayan sınavla yapılmasını sağlayacak düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Öte yandan gene bu düzenlemelerde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 15.12.1985 günlü, 46/146 sayılı Kararındaki “Hakimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir. Seçim yönteminde, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Hakimlerin seçiminde, bir kişiye karşı ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, milli veya sosyal menşe ve mal varlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacak; ancak hakim adayının ülke vatandaşı olması şartı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.” şeklindeki yargı bağımsızlığının temel ilkesinin ve yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 13.10.1994 günlü, 518 inci toplantısında aldığı karardaki “Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitim- sel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre olmalıdır.” şeklindeki ilkesinin de göz önünde tutması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

2802 sayılı Yasa’nın 7-9. maddelerine dayanılarak hazırlanan ve 9.9.1991 günlü, 20986 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulan ve zaman içinde kimi maddelerinde değişiklik yapılan dava konusu Yönetmeliğin 1 ila 3. maddelerinde “Amaç, Kapsam ve Hukuki Dayanak” konuları; 4 ila 7. maddelerinde “İlan, Başvuranlarda Aranacak Şartlar, Başvuru” konuları; 8 ila 35. maddelerde “Sınavlara Dair Esaslar”, 36. ve devamı maddelerde ise sınavı kazananların atanması ve diğer konular düzenlenmiş olup; Yönetmeliğin iptali istenilen 4., 5., 8., 9., 10., 12., 13., 23., 24., 25., 31., 32., 33. ve 36. maddeleri ile 21. maddesinin üçüncü ve son fıkraları ve 29. maddesinin ikinci fık-

rasında dayanağı Yasa kurallarına ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istenilen diğer maddeleri ile yapılan düzenlemelere gelince;

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 29.3.2007 günlü, YD. İtiraz No: 2007/234 sayılı kararıyla Yönetmeliğin 11., 14., 15., 16., 17., 18., 19., 20., 22., 27., 28. maddeleri ve 21. maddesinin bir ve ikinci fıkraları ile 29. maddesinin birinci fıkrasının yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiş olması nedeniyle bakılan davada ayrıca aynı maddelerin yürütülmesinin durdurulmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.

Davanın sınava ilişkin kısmına gelince; yazılı sınavın Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi'ne yaptırılmasının öngörüldüğü anlaşıldığından, sınavın bu kısmında hukuka aykırılık bulunmamakta ise de; dava konusu Yönetmeliğin mülakata ilişkin 27. ve 28. maddeleri ile 29. maddesinin birinci fıkrasının yürütülmesinin durdurulması nedeniyle 15.8.2006 tarihinde ilan edilen ve 25.11.2006 tarihinde yapılması öngörülen sınavın mülakat'a ilişkin kısmı da hukuki dayanaktan yoksun kalmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Onikinci Dairesinin "yürütmenin durdurulması isteminin reddi"-ne ilişkin 9.3.2007 günlü, E:2006/4785 sayılı kararına yönelik davacı itirazının kısmen kabulü ile dava konusu Yönetmeliğin 11., 14., 15., 16., 17., 18., 19., 20., 22., 27. ve 28. maddeleri ve 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 29. maddesinin birinci fıkrasının, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun YD. İtiraz No:2007/234 sayılı kararıyla yürütülmesinin durdurulması nedeniyle değiştirilen maddelerin yürütülmesinin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, 25.11.2006 tarihinde yapılması öngörülen adli yargı yargıç ve savcı adayı sınavının mülakata ilişkin kısmının yürütülmesinin durdurulmasına oyçokluğu ile; Yönetmeliğin diğer maddeleri ile 25.11.2006 tarihinde Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezine yaptırılması öngörülen yazılı sınavın yürütülmesinin durdurulması isteminin reddine ilişkin kısmına yönelik davacı itirazının ise reddine oybirliği ile 29.3.2007 gününde karar verildi.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (29/26 oy)

KARŞI OY

Davacının, adli yargı yargıç ve savcı adayı alımı sınavı ve dayanağı Yönetmeliğin iptali ve yürütülmesinin durdurulması isteminin gerekçesini sınav ve bu sınava ilişkin usul ve esasları belirleme konusunda Adalet Bakanlığına yetki veren 2802 sayılı Yasanın 9. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası oluşturmaktadır.

Ancak bu konu Anayasaya aykırılık iddiası yönünden Danıştay idari Dava Daireleri Kurulunun 30.11.2006 günlü kararı ile Anayasa Mahkemesine gönderilmiş ve Anayasa Mahkemesince incelenerek sonuç olarak 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.

Buna göre Anayasa'ya aykırı olmadığına Anayasa Mahkemesince karar verilen Yasa esas alınarak ve bu Yasa'nın Adalet Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak hazırlanıp yürürlüğe konulan Yönetmeliğe karşı açılan davada öncelikle somut norm denetiminin yapılması ve bu yönden hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılması halinde Yönetmeliğin maddelerinin incelenmesine geçilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi somut norm denetiminde konuyla doğrudan ilgili yasa kuralı varken dolaylı biçimde ilgili kurallara dayanılması olanaklı değildir.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı olmadığı belirtilen Yasa kuralı esas

alınarak yürürlüğe konulan Yönetmelikte Anayasa ile dayanağı Yasa kurallarına aykırılık bulunmadığını öncelikle vurgulamak gerekmektedir.

Yönetmeliğin maddelerine geçince, özellikle Yönetmeliğin “Mülakat Kurulu” başlıklı 27. maddesi ile “Mülakat ve Amacı” başlıklı 28. maddesi ve “Yazılı Sınav Kağıtlarının Değerlendirilmesi” başlıklı 29. maddesinin noksan düzenleme içerdiğinden bahisle yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Bu noktada gerek Anayasa’nın 125. maddesinde, gerek 2577 sayılı Yasa’nın 2. maddesinde, yargı yetkisinin idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu ve yürütme görevinin yasalarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceğinin hükme bağlandığını belirtmekte yarar bulunmaktadır.

Zira idari yargı denetiminin amacı, idarenin, idare hukuku alanı ve yasa çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir anlatımla bu denetimin amacı, idarenin yasaların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi hallerinde bu eylem ve işlemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır. Buna göre idari yargının “yerindelik” değil, ancak “yasallık” veya “hukuka uygunluk” denetimi yapabileceği, idari yargı kararının idari eylem ve işlem niteliğinde olamayacağı ve bu karar üzerine onun içeriğini yerine getirecek yeni bir işlem yapma görevinin idari yargıya değil, yetkili ve görevli idareye ait olduğu; idari yargının yasa çerçevesi içinde idareye takdir hakkının tanınmış olduğu durumlarda, bu takdirin yerindeliğini denetleyemeyeceği, idare hukukunun ötedenberi yerleşmiş ve herkesçe bilinen ilkelerindendir.

Hukuka uygunluk denetiminde öncelikle düzenlemenin dayanağı Yasa’ya dayanılacağı, onun ölçüt alınacağı kuşkusuzdur. Ancak Yasa’da yeterli açıklık bulunmayan durumlarda, hukukun genel ilkelerine dayanılmalı bu ilkelere göre düzenlemede bir noksanlık varsa bu noksan düzenlemeden bahisle iptal kararı verilmelidir.

Bu çerçevede, 2802 sayılı Yasa’da konu ile ilgili yeterli düzenlemenin olduğu ve Yasa’nın verdiği yetki ve görev sınırları içerisinde kalınarak yürürlüğe konulan Yönetmelikte ve bu Yönetmeliğe göre yapılan sınavda Yasa’ya aykırılık bulunmadığı gibi, Yönetmeliğin herhangi bir eksik düzenlemeyi de içermediği sonucuna vardığımızdan, yargısal denetimin dışına çıkılarak ve yerindelik denetimi yapılarak oluşturulan çoğunluk kararına itirazın reddi gerektiği oyu ile katılmıyoruz. (2 oy)

KARŞI OY

Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların bakılan uyumsuzlukta gerçekleşmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin Daire kararına yapılan itirazın reddi oyuyla, karara karşıyım. (1 oy)

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Başkanı Mahir Ersin GERMEÇ 17-18 Aralık 2005 tarihli Cumhuriyet Gazetesinde yer alan makalesinde yargı bağımsızlığını şu şekilde değerlendirmiştir:

Ülkemizde Yargı Bağımsız mı?

Yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi, anayasamızın 9, 138 ve 139. maddelerinde açık bir biçimde yer almasına karşın gerçekte ülkemizde yargı bağımsız mı? Yargıçlar gerçekten güvenceli mi?

Yukarıdaki soru, günümüzde soru olmaktan çıkmış, yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ge-

rek öğretide ve gerekse uygulamada sürekli tartışılan bir konu durumuna gelmiş bulunmaktadır. Özellikle yargı bağımsızlığı sorunu, ülkemizin gündeminden hiç eksik olmayan bir olgudur. Demek ki yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarının salt anayasada ve yasada yer alması yeterli değildir. Bu temel ilkeyi uygulamada güçlendirecek ve gerçekleştirecek güvencelerin de bulunması gerekir. Çünkü güvenceli yargıç, yargı bağımsızlığının; bağımsız yargı da ulusun güvencesidir. Yargı bağımsızlığı, dolayısıyla adil yargılama ancak bağımsız ve güvenceli yargıçlarla sağlanır. Bunun için de yargıçlar, siyasal gücü elinde bulunduran yasama ve özellikle yürütme karşısında tam bağımsız ve gerçekten güvenceli duruma getirilmelidir. Oysa aşağıda kısaca değinilecek olan konularda yargıçlara tanınmış bulunan anayasal güvencelerin yetersizliği bir yana; özellikle yargıç adaylarını belirleme (sınav yöntemi), yargıçları bakanlık merkezinde görevlendirme, denetleme, haklarında inceleme-soruşturma yapma ve diğer özlük işlerinde Adalet Bakanlığına (bakana) tanınan yetkiler, yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesini zedelemektedir. Böyle bir düzenek, güçler ayrılığı ilkesi ile de bağdaştırılmayacak, yargının siyasallaşmasına ortam yaratacak niteliktedir.

1- Yargıçlık mesleğine alınacakların belirlenmesi

Ülkemizde yargıçlık mesleğine alınacak olanların, Adalet Bakanlığı'na belirlenerek staja başlatılmaları ve daha sonra Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun atamayı yapması yöntemi uygulanmaktadır. ÖSYM tarafından gerçekleştirilen yazılı sınavı kazanan yargıç aday adaylarının sözlü sınavını salt Adalet Bakanlığı üst bürokratlarından oluşan bir kurul yapmakta; bu (sözlü) sınav sonucu bakanlık bürokratlarınca belirlenen yargıç adaylarının meslek öncesi eğitimleri (staj evresi) tamamlandıktan sonra, Yüksek Kurulca yargıç ya da savcı olarak atamaları yapılmaktadır. Yargıçlık mesleğine alınacakların Adalet Bakanlığı'na belirlenmesi yönteminin, uygulamada tercihlerin siyasi ağırlıklı olmasına olanak sağladığı ve daha başlangıçta yargının siyasallaşmasına zemin hazırladığı kuşkusunu uyandırmaktadır. Bu nedenle, mesleğe alma Yüksek Kurulca gerçekleştirilmeli; bu tümceden olarak yargıç ve savcı adaylığı sözlü sınavı -bakanlık üst bürokratlarınca değil- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yapılmalı, staja kabul de Yüksek Kurulca yerine getirilmelidir.

2-Yargıçların bakanlıkta görevlendirilmesi

Anayasanın 159. maddesinin beşinci fıkrasında, Adalet Bakanlığı'nın merkez kuruluşunda geçici ya da sürekli olarak çalıştırılacak yargıç ve savcıları muvafakatlarını alarak- atama yetkisi, doğrudan adalet bakanına tanınmıştır. Bu yetki kuralına göre adalet bakanı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun hiçbir katkısı ve katılımı olmadan (Yüksek Kurulun görüşü ya da onayı alınmadan) istediği yargıcı ya da savcıyı merkeze alabilmekte, yönetsel görevlerde dilediği gibi çalıştırabilmektedir. Geçmişte ve günümüzde hemen her adalet bakanının, bakanlığın merkez kuruluşunda görevlendirecek yargıç ve savcılarını belirlerken, bağlı bulunduğu siyasi partinin görüşlerine yatkın olduğuna inandığı kişileri seçtiği; görevlendirmede çalışacakları birim için gerekli birikim ve bilgiyle donanımlı, yeterli ve yetenekli olup olmadıkları üzerinde yeterince durulmadığı kanısı yaygındır. Siyasi iktidar değişikliğinde de yeni adalet bakanı, bir önceki bakanın merkez kuruluşunda görevlendirdiği yargıçların yerine, çoğu kez kendi siyasal görüşlerine yakın ve yatkın olanları almakta; yönetsel görevden uzaklaştırılanlar ise bakanın önerisi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na -genelde arzu ve istemlerine de bakılmaksızın- kürsüye (asıl görevleri olan mahkeme yargıçlığına ya da savcılığa) atanmaktadır. Bu yolla çoğu kez hak ettikleri görevler yerine, kazanımlarının altında bir göreve atanan bakanlık üst bürokratları, anayasanın "Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz" kuralına takılmaktadır (Anayasa m. 159/4). Yargıya başvurma hakkı bulunmayan bu durumdaki bir yargıcın siyasal güce karşı güvenceli olduğundan söz edilebilir mi? Anayasanın yukarıda

değınilen 159. maddesine dayanılarak gerçekleştirilen böyle bir uygulamanın, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkesine uygun dūřmediğı apaçık ortadadır.

3- Yüksek Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaması

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, adli ve idari yargı yargıç ve savcılarını atamak, görevlerini ve görev yerlerini belirlemek, meslekte ilerleme, birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, disiplin ve diğerk özlük işleriyle ilgili kararları almak; Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi üyelerini seçmek; ayrıca anayasa ve yasalarla kendisine verilen görevleri yerine getirmekle yetkili ve görevlidir. Anayasanın 159. maddesi uyarınca yargıç ve savcılar üzerinde bu denli yetkili bulunan Yüksek Kurul’un, sözü edilen konularda almış olduğı kararlara karşı yargı mercilerine başvurma yolu kapalıdır (m. 159/4). Ancak ilgili yargıç ya da savcının istemi üzerine, kurul kendi kararını yeniden incelemekte, ilgilisi bundan olumlu sonuç alamamış ise ve isterse itiraz hakkını kullanabilmekte; Yüksek Kurul, itirazı, yedek üyeleriyle birlikte incelemektedir ve sonuçta verilen karar kesin olmaktadır. Yeniden inceleme sırasında ve itiraz üzerine yapılan incelemede kurulun başkanı olarak adalet bakanı ve doğal üyesi bulunan bakanlık müsteşarı da toplantılara katılmakta ve oy kullanmaktadır. Bir yönetsel karar olan kurul kararına karşı yargı yoluna başvurulamamaktadır. Böylece en küçük memura açık olan yargı denetimi yolu, yargıç ve savcılara kapatılmış bulunmaktadır. Bunun da doyurucu bir gerekçesi ve haklı bir yanı yoktur. İşte, yargıçlık güvencesini zedeleyen etkenlerden biri de kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmış olmasıdır.

4-Yüksek Kurul’un oluşumu

Anayasanın 159. maddesi hükmüne göre, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yedi asıl ve beř yedek üyeden oluşmaktadır. Kurulun başkanı adalet bakanıdır. Adalet Bakanlığı müsteşarı da kurulun doğal üyesidir. Diğerk beř asıl ve beř yedek üye ise Yargıtay ve Danıştay Genel Kurulu’na gösterilen adaylar arasından cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Yargının bağımsız olmadığından yakınların özellikle üzerinde durduğı, bu yapılanma biçimidir. Gerçekten de kurulda adalet bakanının başkan, müsteşarın doğal üye olması, kurulu yürütmenin etkisi ve baskısı altına soktuğı izlenimini uyandırmaktadır. Yargıçların ve savcıların özlük işlerini yürüten Yüksek Kurul’un bu yapısı güçler ayrılığı ilkesine uygun dūřmemektedir. Anayasanın 9, 138 ve 139. maddelerinde açıkça vurulan yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ilkeleriyle bağdaşmamaktadır (Anayasa m. 159/1). Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, genel mahkemelerin yargılarını atamak, görevlerini ve görev yerlerini belirlemek, meslekte ilerleme, disiplin ve diğerk özlük işleriyle ilgili kararları almak; Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi üyelerini seçmekle yetkilidir. Yüksek yargı organı üyesi olmayan bir kimsenin (adalet bakanının ve yüksek yargı üyeliğine aday konumundaki müsteşarın) yüksek yargı organına (Yargıtay’a, Danıştay’a, Uyuşmazlık Mahkemesi’ne) üye seçen bir kurulda bulunması hukuka uygun dūřmemektedir. Kurulun oluşumunda yer alan bakan ve müsteşar, temelde yürütmenin içindedir. Yargıç ve savcıların atama ve yetki kararname taslakları (doğrudan kurula bağılı bir birim bulunmadığından) Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nce hazırlanmakta; Yüksek Kurul, bu taslaklar üzerinde inceleme yaparak yargıç ve savcıların görev yerlerini ve yetkilerini belirleyen kararnameleri karara bağlamaktadır. Böyle bir düzenek, yargı erkini ulus adına kullanan yargıçlar üzerinde yürütmenin etkinliğini ve ağırlığını açıkça hissettirmektedir. Bu nedenle, anayasada yapılacak değışiklikle Hakimler ve Savcılar Kurulu, doğrudan Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının kendi üyeleri arasından seçecekleri belli ve yeterli sayıdaki yüksek yargıçlardan oluşmalı; adalet bakanının (ve müsteşarının) özellikle yargıçların atama, yükselme, denetim-soruşturma ve yüksek mahkemelere üye seçimi konularındaki yetki ve etkinliklerine bir an önce son verilmelidir. Bu

tümceden olarak mahkemelerin denetimi ile yargıçlar hakkında sicil (hal kâğıdı) düzenleme, inceleme ve soruşturma yapmakla görevli müfettişler doğrudan Yüksek Kurul'a bağlanmalı, kararnamele- rin hazırlanması ve benzeri işlemlerin yürütülmesi için Yüksek Kurul'a bağlı alt birimler kurulmalıdır.

5- Yargıçların denetimi

Anayasanın 144. maddesine göre, yargıç ve savcılarının görevlerini; yasa, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (yargıçlar için yönetsel nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını de- netleme; eylem ve işlemlerinin, görevlerinin gereklerine uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın izni ile adalet müfettişleri tarafından ya- pılmaktadır. Adalet bakanının buyruğunda çalışan ve onun izni ile denetleme, inceleme ve soruşturma yapan adalet müfettişlerince hazırlanmış bulunan raporlar, siciller (hal kâğıtları) önüne geldiğin- de ancak kurul bunlar üzerinde inceleme yapmakta ve kararını vermektedir. Bundan da açıkça anla- şılacağı gibi, temelinde yürütme erkinin (hükümetin) üyesi olan adalet bakanı, yargıçlar üzerinde de- netim ve gözetim hakkına sahip bulunmaktadır. Yargıçlar hakkında inceleme ve soruşturma Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlıdır ve soruşturma, bakanın belirleyip yürütme erkinin atadığı adalet mü- fettişlerince yapılmaktadır. Adli ve idari yargı mahkemelerini denetlemek, yargıçlar ve savcılar hak- kında araştırma, inceleme ve soruşturma yapmak, rapor ve sicil (hal kâğıdı) düzenlemekle görev- lendirilen adalet müfettişlerinin gerek seçimi ve atanması, gerekse görevlendirme izin ve yetkisinin Yüksek Kurul yerine Adalet Bakanlığı'na (ya da bakana) verilmiş olması, yargı bağımsızlığı ve yar- gıç güvencesi açısından son derece sakıncalı kurallardır. Anayasal düzenleme böyle olduğu sürece; "Yargıçlar görevlerinde bağımsızdır, onlara hiçbir organ, makam, merci ve kişi buyruk veremez, ge- nelge gönderemez, öneri ve etkilemede bulunamaz" kuralı sözde kalır, yargının bağımsızlığı tartış- masının asla sonu gelmez.

6- Yargıçların aylık ve ödenekleri

Anayasa, yargı erkini ulus adına kullanan yargıç ve savcılarının "nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri" yanında aylık ve ödeneklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esas- larına göre ayrı bir yasayla düzenlenmesini öngörmüştür (m. 140/3). Buna göre, yargıç ve savcılarının aylık ve ödeneklerinin ayrı bir yasayla düzenlenmesi anayasa kuralı gereğidir. Buna karşın uygula- mada, yargıçların aylık ve ödeneklerinin ayrı bir yasayla düzenlenmesi yerine, memur ve diğer ka- mu görevlilerinin bağlı bulunduğu ilkelere ve siyasal gücün (yürütme erkinin) istek ve değerlendiri- mesine göre belirlenmiş olması, anayasada tanımlanan mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güven- cesi temel ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Yargı erki, böyle bir uygulama sonucu dolaylı yoldan yürütme erkine (siyasal güce) bağımlı duruma sokulmaktadır. Anayasa ile yargı erkini kullanma yet- kisi tanınan ve Türk ulusu adına karar veren yargıçları -parasal açıdan da olsa memurlaştıran bu uy- gulamaya en kısa sürede son verilmelidir. Yetkililere düşen görev, anayasa buyruğunun yerine geti- rilmesi olmalı; yargıç ve savcılarının aylık ve ödenekleri -memurlar ve diğer kamu görevlilerinden ba- ğımsız- ayrı bir yasayla düzenlenmelidir.

Yargıç ve savcılarının parasal ve sosyal haklarına ilişkin yapılacak yasal düzenlemede; anaya- sanın, "Cumhuriyetin temel organları"na verdiği değer ölçüsü esas alınmalıdır. Devletin üç temel er- kinden biri olan yargı işlevini yerine getiren yargıç ve savcılarının aylık ve ödenekleri, diğer iki erkin (yasama ve yürütmenin) temsilcileri olan milletvekilleri ve bakanların aylık ve ödeneklerine endeks- lenmeli, yüksek mahkeme başkanlarının aylıkları buna göre -uygun bir ölçüde- ayarlanmalı, yüksek mahkemelerin daire başkanları ve üyeleri ile bu mahkemelerde ve ilk derece mahkemelerinde görev-

li diğer yargıç ve savcıların aylık ve ödenekleri de -yüksek mahkeme başkanlarının aylıklarına oranlı olarak- kendi içlerinde kadro kademe ve derecelerine göre belirlenmelidir. Böyle bir düzenleme, yasama, yürütme ve yargı erklerinin dengeli biçimde ayrımı esasına da uygun düşecektir. Çünkü anayasa, devleti oluşturan bu üç güçten başka bir güç tanımamış, erkler arasında altlık-üstlük ayrımı yapmamıştır. Öyleyse, parasal ve sosyal haklardan yararlanmada da bu ilke korunmalıdır. Yukarıda değinilen konular birlikte gözetilip değerlendirildiğinde; yargıda yaşanan sorunların, 1982 Anayasası'nın ve yürürlükteki ilgili yasaların yargı bağımsızlığını ve yargıçlık güvencesini zedeleyen ya da gölgeleyen kurallarından kaynaklandığı sonucuna varılmaktadır.

Şu nokta gözden uzak tutulmamalıdır: Yargının bünyesindeki sayrılığa tanı koymak yetmez; otamak için gerekli önlemlerin alınması ve iyileştirilmesi konusunda gereken çözüm önerilerini içeren reçetenin eksiksiz uygulanması, yaşama geçirilmesi gerekir. Bunu yerine getirecek olan da kuşkusuz Türk ulusu adına yasama yetkisini elinde bulunduran “Türkiye Büyük Millet Meclisi”dir.

Yarsav Adalet Bakanlığını aşağıda belirtilen şu açıklaması ile 2006 yılında uyarmıştır:

09.08.2006 - YARSAV'IN AÇILAN İDARİ YARGI HAKİM ADAYLIĞI SINAVI HAKKINDA BASIN AÇIKLAMASI

15 Ekim 2006 tarihinde gerçekleştirilecek idari yargı hakim adaylığı yazılı sınavı ile ilgili olarak Yarsav'dan yapılan yazılı açıklama şöyle:

BASIN AÇIKLAMASI

Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce 09.8.2006 tarihinde yapılan duyuruda; yazılı ve mülakat sınavları ile 100 adet idari yargı hakim adayının alınacağı, yazılı sınavın ÖSYM tarafından 15 Ekim 2006 tarihinde gerçekleştirileceği, yazılı sınav konularında ise 02 Ağustos 2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan konuya ilişkin yönetmelik hükümleri gereğince değişiklik yapıldığı belirtilmektedir.

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi konusunda evrensel standartlara ulaşılmasını savunan YARSAV;

Alınacak hakim aday sayısının Adalet Bakanlığınca belirlenmesinin, Yazılı sınav ÖSYM tarafından gerçekleştirilse bile, mülakat dahil olmak üzere hakim adaylığına atanma sürecinde Adalet Bakanlığının üstelikte tek belirleyici makam olmasının yargı bağımsızlığı ilkeleri ile çatıştığını ve yargı organlarını çeşitli tartışmaların içine soktuğunu, bu tartışmaların bile bağımsız yargıya zarar verdiği görüşündedir.

Artan iş yükü karşısında hakim ve savcı sayısının yeterli düzeye çıkarılması amacıyla 2004 yılında neredeyse mevcut kadronun yarısını oluşturan 4000 hakim kadrosunun ihdas edilmesi ve hakim adaylığı kadrolarının da bütünüyle yürütme organının sorumluluğunda doldurulması karşısında; yargı bağımsızlığının zedelenmemesi ve gelecekte yargı üzerinde tartışmalar yaşanmaması için;

Her yıl alınacak aday sayısının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenmesine yönelik düzenlemeler yapılınca, ayrıca hakim adaylığına ilişkin sınavlarda da yürütme organının etkisini yaratan düzenlemeler bütünüyle kaldırılınca kadar, hakim adaylığı sınavlarının ertelenmesi, yargı bağımsızlığı yönünden mutlak bir zorunluluktur.

Kamuoyuna duyurulur. 09.8.2006

Bu Teklif meslek örgütü YARSAV tarafından şu noktalarda eleştirilmektedir:

27.11.2007 Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç Tarafından Verilen Hakimler ve Savcılar Yasasında Değişiklik Yapılması Hakkındaki Teklife İlişkin Görüşlerimiz

TBMM ADALET KOMİSYONU BAŞKANLIĞINA

Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç tarafından 14.11.2007 tarihinde verilen ve 19.11.2007 tarihinde TBMM Adalet Komisyonuna sevk edilerek, 21.11.2007 tarihinde üzerinde görüşme yapılan ve 28.11.2007 tarihinde de görüşülmesine devam edilecek olan “2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa Teklifi” Hakkında görüşmelerimiz yazılı olarak bilgilerinize sunulması gereği duyulmuştur.

Genel Gerekçe hakkında

2802 sayılı Yasanın üç maddesinde değişikliğe gidilmesi ve bir madde eklenmesi teklif edilmektedir. Maddeler üzerinde görüşlerimizi ortaya koymadan önce, genel gerekçeden hareketle teklifle öne çıkan özellikle mülakat sistemi hakkında, aşağıdaki açıklamaların yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Cumhuriyet döneminde gerçekleştirilen hukuk reformu sonrasında yapılan sistemde, Adalet Bakanlığına oldukça fazla görev yüklenmiş, yaşanan sorunlar yargıda yeni yapılanmalara gidilmesini zorunlu kılmış, bu bağlamda 1961 Anayasası ile Yüksek Hakimler Kurulu oluşturulmuştur. Erkekler ayrılığının zorunlu gereği olmasına karşın, 1961 Anayasası öncesinde bağımsız bir Yüksek Hakimler Kurulu mevcut bulunmadığından 1961 Anayasası ile kurulan Yüksek Hakimler Kurulu’nun görevleri de doğal olarak Adalet Bakanlığınca yerine getirilmiştir. 1934 tarih ve 2751 sayılı Hakimler Yasası da bu anlayışı yansıtmaktadır.

Ancak; 1961 Anayasası ile Yüksek Hakimler Kurulu oluşturulunca, erkekler ayrılığının zorunlu gereği olarak Adalet Bakanlığının Yargıtay üyeliği seçimleri dahil olmak üzere bir çok görevi de Yüksek Hakimler Kurulu’na devredilmiştir. 1982 Anayasası ile kurulan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile bu anlayış sürdürülmüştür.

Hukuk devletinin güçlendirilmesi yolundaki gelişmeler, yargı bağımsızlığını egemen kılacak kural ve birimlerin, çağdaş anlayışlara uygun yorumlanmasını zorunlu kılmıştır. Bu gün artık ülkemizde yargıç ve savcılarla ilgili bağımsız bir kurulun gerekliliği, mutlak gereken olan yargı bağımsızlığı olgusu nedeniyle tartışılabilir değildir. Bu nedenle Adalet Bakanlığının Cumhuriyet dönemindeki yetki ve görevlerini olduğu gibi koruması düşüncesi, tarihsel süreç içerisinde sürekli değişiklik göstermekte, Adalet Bakanlığı, erkekler ayrılığı sisteminin yerleşmesiyle birçok görevini zaman içerisinde devretmek durumunda kalmaktadır.

Yargıç ve savcılarının mesleğe kabulleri ve kadro dağıtmak görevi 1982 Anayasasının 159 uncu maddesi uyarınca HSYK’na ait görevler içerisinde yer almaktadır. Anayasa’da yargıç ve savcı adaylığı ile ilgili açık bir hüküm yer almamış ise de, Anayasa Mahkemesi 14.12.1995 tarih ve 19/64 sayılı kararında, “adaylık sürecinin de Anayasa’nın 140 ıncı ve 159 uncu maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, adayların yürütme organınca belirlenmesi durumunda, bunun yargı bağımsızlığını zedeleyeceği ayrıca bu yöntemle alınan adayların, adaylık süreci sonunda bilahare HSYK tarafından mesleğe kabul edilseler bile bu durumun meslek mensuplarının kamu vicdanında tarafsızlıklarının tartışma konusu edileceğini, dolayısıyla adaylık sürecinde yürütme organının etkisinin ortadan kaldırılması gerektiğine” ısrarla vurgu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi 07.02.2007 tarihli, 2006/162 Esas, 2007/15 sayılı kararında bu görüşünü açıkça ortaya koymamış ise de, bu durum “adaylık süre-

cinin" geniş bir yoruma tabi tutulmayıp, yargı ile ilgili hükümleri, bu konuda dar bir yoruma tabi tutulması ve adaylığın açıkça Anayasa'da düzenlenmemesinden kaynaklanmıştır. Ancak 1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında yer alan saptama, uluslararası metinlerde de benzer şekilde ifadesini bulmuştur.

Yargıç ve savcı adaylarının, yargıçlık sınıfında sayılmaması yolundaki 1982 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasındaki düzenleme, onların mutlaka Adalet Bakanlığınca adaylığa kabulünü ve adaylık sürecinde de Bakanlığa bağlı olmalarını gerektirmez. Yargıç ve savcı adaylığı statüsü, geçici bir statüdür. Adaylık kadroları, Adalet Bakanlığına bağlı süreklilik arzeden kadrolar olmadığına göre, geçici statüleri sona erdirilince atanacakları kadronun yani mesleğin özelliğinin mutlaka gözetilmesi zorunludur. Aksi halde, halen olduğu gibi, yargıç ve savcı adaylarının yürütme organınca belirlenmesi ve adaylık sürecinde "genel idare hizmetleri sınıfına" tabi olmaları, bir başka ifadeyle memur statüsünde kabul edilmeleri nedeniyle, bu süreçte memurlaştırılan ve mesleğe alımın tek kaynağı "bu memurlar" olan kişilerin, mesleğe başladıktan sonra memurlaşmamalarını istemek bir çelişkinin de ifadesidir. Kamu görevi ile ilk tanışma anı olan adaylıktan itibaren memurlaşma sürecine tabi tutulan kişilerin mesleğe başladıktan sonra, üzerlerinden bu duyguyu atabilmeleri kolay değildir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca ilan edilen 15.12.1985 günlü, 46/146 sayılı Yargı Bağımsızlığı Temel Şartı'nda; "Yargıçlık mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir. Seçim yönteminde, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Yargıçların seçiminde, bir kişiye karşı ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, milli veya sosyal menşe ve mal varlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacak; ancak yargıç adayının ülke vatandaşı olması şartı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir." denilmiş ve yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 13.10.1994 günlü, 518 inci toplantısında aldığı kararında "Yargıçların mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, yargıçların seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetilen liyakat esasına göre olmalıdır. Yargıçların seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci, hükümet ve idare-den bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla mer-ciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi koymalıdır"

Kuralına yer vermiş, ayrıca 7.9.1990 tarihli BM Savcılarının Rolüne Dair İlkelerdeki "Savcılarının göreve seçilmelerindeki ölçüler tarafsızlığa ve önyargıya dayanan atamalara ve bir kimseye ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir ulusal, toplumsal veya etnik köken, mülkiyet, doğum, ekonomik veya başka bir statü gibi nedenlerle ayrımcılık yapılmasına karşı güvenceler içerir" şeklindeki kural ve benzeri düzenlemeler, artık yargıç ve savcılık yanında, onun ilk basamağı olan; yargıç ve savcı adaylığı konusunda da siyasi etkilerin ortadan kaldırılması ve yürütme organının etkisinin bertaraf edileceği objektif düzenlemelerin getirilmesini zorunlu kılmıştır.

2003, 2004 ve 2005 yıllarında Avrupa Birliği uzmanlarınca düzenlenen Yargı İstisari Ziyaret Raporlarında özetle "Yargı Bağımsızlığına Dair BM Temel Prensiplerinin 10. İlkesi ve Hakimlerin Bağımsızlığına Dair Avrupa Konseyi Tavsiyesinin 1 (2) (c) ilkesi uyarınca; Adalet Bakanlığının hakim adaylarını seçme sürecindeki rolünün kaldırılmasını tavsiye ederiz. Bu konunun Adalet Akademisi ya da Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu uhdesinde bırakılmasını teklif ederiz. Adalet Bakanlığı, mülakatı yapan heyette görev alanların (yani Bakanlığın beş bürokratinin), daha önce hakimlik mesleğini icra ettiklerini bu nedenle mekanizmanın kabul edilebilir olduğunu ileri sürmüştür. Uzmanlar, hakim adaylarının seçiminde yargı bağımsızlığı teminatının uygulanamayacağı yönündeki Adalet Bakanlığının iddiası ile görüş birliği içerisinde değillerdir. ...Netice itibarıyla Bakanlığın id-

diasının yersiz olduğu düşünülmektedir. Buna ilaveten, uzmanların görüşüne göre mülakatı yürüten görevlilerin (Bakanlık bürokratlarının) hakim olması keyfiyeti, mekanizmayı korumamaktadır. Mülakat anında mülakatta görevli hakimlerin Adalet Bakanlığı tarafından istihdam edilen (Bakanlık bürokrati) görevliler olması nedeniyle bunların hükümete ve idareye bağımlı olması keyfiyeti sürmektedir. Bu yüzden, kimin hakim adayı olarak seçileceği kimin seçilemeyeceğine ilişkin kararlar üzerinden siyasi bir organ olarak Adalet Bakanlığının mutlak etkisi devam ettiği müddetçe, Türkiye'de yargı mesleğine girişi belirleyen prosedürün yargı bağımsızlığına önemli derecede hanel getirdiği görüşünü ısrarla sürdürüyoruz. ... Personel Genel Müdürlüğü ile yapılan toplantı sırasında, Adalet Bakanlığının, mülakata katılan hakim adaylarının seçilmesinde uygulanacak aleni ve objektif kriterlere sahip olmadığı açığa çıkmıştır. Ayrıca, atamalarda siyasi etkiyi minimize etmeye ve taraf tutma, tutucu olma ve tanıdığını işe almayı azaltmaya matuf objektif standartlar düzensiz bir yöntemle uygulanmamaktadır.

... Tavsiyemiz, mülakatın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması yönünde. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bu öneriyi kabul ettiklerini ve mülakatın kendileri tarafından yapılması gereğini bildirdikleri için bu öneriyi değiştirmeye gerek görmüyoruz."

düşünceleri ifade edilmiş, halen uygulanan sistemde adaylıkla ilgili işlemlerin Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünce yürütülmesi de eleştirilmiş; 2007 Türkiye-Avrupa Birliği İlerleme Raporunun 58 inci sayfasında ise, mülakatı yapan beş kişilik Kurul'a, (29.3 2007 tarih ve 234 sayılı Danıştay İDDK uyarınca) 12.6.2007 tarihli Resmi Gazete de yayımlanan Yönetmelik değişikliğiyle getirilen ve bu yasa teklifine de taşınan Yargıtay ve Danıştay'dan birer kişinin ilave edilmesi konusu, "görünüşte bir düzenleme ve değişiklik" olarak nitelendirilmiş, böylece mülakatı yapan kurulda yürütme organının etkisiz olması gerektiği kanaati tekrarlanmış bulunmaktadır.

1980 sonrasındaki bu kurallar ve metinlerde de gözetildiğinde, artık yargıç ve savcı adaylığı konusunda, çağdaş gelişmeleri izlemesi gereken Türkiye'nin de, Cumhuriyet dönemindeki sınırlı kurumların varlığı ortamında Adalet Bakanlığına verilen görevin, bu kurumdan alınarak, mülakat öncesi görevlerin, süreçte ortaya çıkan Türkiye Adalet Akademisi ile ÖSYM'ye, mülakat görevinin ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na devrini zorunlu kılmaktadır.

YARSAV olarak görüşümüz

"Adaylık öncesinde ne kadar alım yapılacağına Adalet Bakanlığı ve Türkiye Adalet Akademisinin görüşüne başvurularak, HSYK tarafından karar verilmesi, adaylıkla ilgili sekreteryaya işlemlerinin (özerk hale getirilecek olan) Türkiye Adalet Akademisi tarafından yürütülmesi, adayların "genel idare hizmetleri sınıfında Adalet Bakanlığına değil, adaylık sürecinde özlük hakları yönünden gerekli düzenlemeler yapılarak Türkiye Adalet Akademisine bağlı olmaları, yazılı sınavla ilgili işlemlerin Akademi ile ÖSYM tarafından gerçekleştirilmesi, adaylığa girişteki mülakat işleminin ise HSYK tarafından yapılmasıdır". Bu aşamadan sonra ise halen uygulandığı üzere, adaylık sonunda Akademi tarafından yazılı ölçme ve değerlendirmeye tabi tutulan adayların, HSYK önünde dosya üzerinden mesleğe kabul kararı verilmeyerek ayrıca ikinci kez mülakata tabi tutulmaları yoluyla mesleğe kabullerinin benimsenmesi doğrultusundadır.

Hak ve özgürlüklerin etkin kullanımı, hukuk devletini ve bu bağlamda yargı bağımsızlığını tartışmalı kılmayacak, aksine güçlendirecek düzenlemelere bağlıdır. Bu bağlamda çağdaş gelişmelerden hareketle, Adalet Bakanlığının bu konuda görev üstlenmemesi, sadece yargı organları ile yürütme organı arasında köprü olma görevini yürütmesi gerekmektedir. Esasen, yargıç ve savcılar mesleğe kabul eden ve kadro dağıtan HSYK, geçici statüleri sona eren, sayıları ne olursa olsun, tüm adayları halen uygulandığı üzere mesleğe kabul durumunda bırakılmamalıdır. HSYK'nın, ileride kadro dağıtacağı bu kişiler dolayısıyla gerek ne kadar aday alınacağı gerekse adaylığa alım sürecinde görev üst-

lenmesi zorunluluktur. HSYK işlevsel hale getirilmek isteniyorsa bu düzenleme mutlaka yapılmalıdır.

Yasa teklifinin bu düşünceleri yansıtmaması beklenirken, uluslararası ilkeler gözetilmeden, halen Adli ve İdari Yargı Yargıç ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği çerçevesinde Adalet Bakanlığı'nın yerine getirdiği ve en son 12.6.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan değişikliğe uğrayan yönetmelik hükümleri, yasaya taşınmaktadır. Bu hükümler oldukça fazla hukuksal sorunlara neden olmaktadır. Oysa konunun, hukuksal bakışla evrensel kabul gören biçimde düzenlenmesi beklenmektedir. Ancak birebir yasaya taşınan bu hükümler nedeniyle, Yönetmelikteki sorunlu düzenlemelerin üzerine giden Danıştay, düzenleyici işlemin denetimi boyutuyla devre dışı bırakılmaktadır. Bu hükümler yasaya taşınarak, sorunları barındıran sistemi sürdürme iradesi sergilenmektedir. Bu tutum yargı üzerinde ciddi tartışmalara neden olacaktır. Bu teklif hangi düşüncelerle yapılmış olursa olsun, yargı üzerinde tartışmalı bir ortam yaratacaktır.

Kaldı ki Danıştay İDDK'nun 29.3.2007 tarihli kararı üzerine yapılan 12.6.2007 tarihli Yönetmelik değişikliğinde, yönetmelik değişikliği yapıldığı sırada devam eden sınavlarda (ki idari yargı için açılan 100 kişilik kadro ile ilgili sınav bu kapsamdadır), mülakata çağırılma oranının, bu düzenleme ile getirilen ilan edilen kadronun % 50 fazlası yerine, eklenen geçici madde ile 5 katı olarak uygulanacağı yolunda Danıştay İDDK kararını dolanan söz konusu yönetmeliğin geçici maddesinin de, Danıştay 12. Dairesince 17.10.2007 tarihinde yürütmesinin durdurulması üzerine, Adalet Bakanlığınca yapılan itiraz, Danıştay İDDK'nun 22.11.2007 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Danıştay tarafından Adalet Bakanlığınca yapılan bu düzenleme "Yargısal denetimle hukuka aykırılığı saptanan bir düzenleme nedeniyle, idarenin bu doğrultuda hareket etmesi gerektiği, dolayısıyla eski durumun yeni bir yönetmelikle sürdürülmesinin mümkün olmadığı" gibi gerekçelerle yerinde bulunmamıştır. Böylece 12.6.2007 tarihli Yönetmelik değişikliği ile getirilen, ilan edilen kadronun ancak % 50 fazlasının mülakata çağırılacağı yolundaki düzenlemenin, devam eden ve YARSAV'ın açtığı davaya konu olan 100 idari yargı yargıç adaylığı için 150 kişi yerine 482 kişinin mülakata çağırılarak delinmesi uygulamasının hukuka aykırılığı ortaya konulmuştur. Ancak ilk 150 kişi yerine 482 kişi mülakata çağırılarak, bu kişiler içinden kazandığı ilan edilen 100 kişi staja başlatıldığından, bu kişilerin hukuksal durumları ciddi tartışmalara neden olmaktadır. Oysa yargı bu tartışmalara sokulmak yerine, uzak tutularak, yürütme organının yargı kararlarını dolanan düzenlemeler yapmaması gerekmektedir.

Adalet Bakanlığınca evrensel düzenlemeler görmezden gelinerek, uygulamanın ısrarla sürdürülmesi ve Danıştay kararlarıyla ortaya konulan bu hukuksal sorunlar karşısında, kalıcı hukuksal çözümler yerine, konunun Yönetmelikle düzenlenmeyip, aynı hususların yasaya taşınarak, Danıştay incelemesini etkisiz kılma sonucu yaratan bu yasa teklifi ve teklifle ortaya konulan düşünce isabetli olmamıştır. Yazılı sınav ve mülakatla ilgili hükümlerin düzenleyici işlem olan "yönetmelik yerine yasa ile düzenlenmesi" düşüncesi, yukarıda belirtilen 1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile uluslararası düzenlemelere ve Anayasa'nın 140 ıncı maddesindeki düşünceye uygundur. Ancak yasa teklifine bakıldığında amacın bu olmadığı görülmektedir. Yönetmelik hükümlerinin yasaya taşınması, yürütmenin düzenleme alanının daraltılması yönünden olumlu ise de, getirilen düzenlemelere bakıldığında, bu yolla idari yargının denetiminin daraltılması ve yasa ile bu konuda yürütmenin daha rahat yetki ve görev kullanımının önü açılması karşısında, bu durum son derece tartışmalı sonuçlar yaratabilecektir.

Yasama süreci itibarıyla, yargı ile ilgili konuların, yasa teklifi yoluyla TBMM gündemine taşınması olanaklıdır. Ancak, yasama ve yürütmenin bakışı ile yargıda bir takım düzenlemeler yapma

yoluna gitmek ve süreçte ilgili birimlerden, yüksek mahkemelerden, HSYK'ndan ve konu ile ilgili sivil örgütlerden hiçbir biçimde görüş almadan yasama sürecinin yürütülmesi, bağımsız bir erk olan yargıyı, yasama ve yürütme karşısında güçsüz kılacaktır. Bu doğrultuda belirtilen görüşlere de başvurulması, daha demokratik, sağlıklı ve çoğulcu anlayışı yansıtan, yargı üzerinde tartışma yaratmayacak bir yasama sürecinin gerçekleşmesini sağlayabilecektir.

Teklifin 1 inci maddesinin birinci fıkrası ile, 22.12.2005 gün ve 5435 sayılı Yasa'nın 1 inci maddesi ile 2802 sayılı yasa'nın 8/c maddesine eklenen "hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar bakımından, her dönemde ihtiyaç da" ibaresinin kaldırılması önerilmektedir.

Söz konusu hüküm, idari yargı yargıç adaylığı için, sadece hukuk fakültesi mezunu olma koşulunun getirilmesi tartışmaları nedeniyle, hukuk fakülteleri dışından alımlar yapılacaksa bunun ihtiyaç oranında yapılması kaydı konularak, ihtiyaç oldukça ya da ihtiyaç olduğu kadar hukuk fakültesi dışından alım yapılması amaçlanmış, idari yargıda çalışan yargıçların çoğunluğunun, böylece hukuk fakültesi dışından olması önlenmek istenmiştir. Bu hüküm 5375 sayılı Yasanın Cumhurbaşkanınca TBMM ne geri gönderilmesi üzerine tekrar çıkartılan 2005 tarih ve 5435 sayılı Yasa ile 2802 sayılı Yasa'ya eklenmiştir. Halen tüm idari yargı organlarındaki hukuk fakültesi mezunu yargıçlar, mevcudun yaklaşık 1/3 ünü oluşturmaktadırlar. Hukuk fakültesi dışından alımların eleştiri konusu edilmesi ve giderek hukuk fakültesi mezunlarının oranının azalması nedeniyle, hukuk fakültelerini öne çıkarmak için bu hüküm getirilmiştir.

Ancak bu hüküm yasaya konulduktan sonra yapılan sınavların hiçbirisinde Adalet Bakanlığı, hukuk fakültesi dışından alımlar konusunda nedense "ihtiyaç oranı ilanı" yoluna gitmemiştir. Yazılı ve mülakat sonucunda genel başarı sıralamasına göre kazanan kaç aday var ise, fakülte kökenine bakılmaksızın alım yoluna gidilmiştir. İdari yargı sınavlarına çok fazla başvuru olmaktadır. Bu durum, hukuk fakültesi dışında bu sınava başvurabilecek mezun sayısının çok fazla olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk fakültesi sayısı artsa da, başvuru toplamı içerisinde hukuk fakültesi kökenliler azınlıkta kalmaktadırlar.

Üstelik böyle bir fotoğraf görülmesine rağmen, çok fazla adayın katıldığı idari yargı sınavlarında, hukuk fakültesi dışından başvuranların sayısal çoğunluğu karşısında, genel konulardan sorulan hukuk sorularının herkesçe bilinmesi bu tabloyu sabitlemektedir. Şöyle ki uygulanan sistemle, her bir sorunun puan değerinin o soruyu yanıtlayan aday sayısına göre değişkenlik göstermesi, yani soruların puan değerinin doğru yanıtlanma sayısına göre hesaplanması karşısında, genel konulara yönelik hukuk sorularının puan değeri düşmekte, ancak ekonomi-maliye gibi derslere yönelik genel hükümler dışındaki soruların, bilen sayısı azlığı nedeniyle puan değerleri yükselmekte, böylece sonuçta başarı dengesi hukuk fakülteleri aleyhine ayrıca değişmektedir.

Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel Şartı'nda da ifade edildiği üzere "Yargıçlık mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir." Bu çerçevede, yargıç ve savcı adaylığı için başvuruda bulunulurken, eğitim yönünden aranacak ölçüt, yeterli hukuk eğitimi görmüş olmaktır. Hukuk fakültelerindeki eğitim dahi, artan fakülte sayısı nedeniyle ülkemizde tartışmalara konu olabilmektedir. Hukuk fakülteleri dışında, hangi okullarda yeterli hukuk eğitimi verildiği, ilgili Anayasal kurum olan Yüksek Öğretim Kurulu'ndan sorularak, bu çerçevede hareket edilmelidir. Ancak idari yargıda giderek hukuk fakültesi mezunları aleyhine gelişen yapı nedeniyle, hukuk fakültesi dışından alınacak olanlar yönünden ihtiyaç oranının korunması" zorunluluktur.

İhtiyaç oranının korunması, hukuk fakültesi dışından başvuranlarında hukuk fakültesi mezunları ile aynı sınava tabi tutulmalarını bertaraf etmemelidir. Ancak ilan edilen kadrolarda, hukuk fakül-

teleri ve diğer fakülteler arasında belirli bir oran ya da sayı öngörülebilir. Bu konu 5435 sayılı Yasa ile sınavı gerçekleştiren Adalet Bakanlığına bırakılmış ise de, Adalet Bakanlığı söz konusu yasa değişikliği sonrasında bu kurala işlerlik kazandırmamış ve uygulama yoluna gitmemiştir. Sonuçta 2007 yılında yapılan 100 idari yargıç adayı alımına ilişkin sınav sonuçlarına bakıldığında, kazananlardan sadece 3 kişi hukuk fakültesi mezunudur. Bu tablo, hukuk fakültesi mezunlarının başarısız oldukları anlamında değildir. Danıştay İDDK'nun 22.11.2007 tarihli kararı da bu görüşü reddetmemektedir.

İhtiyaç erminin uygulamada sınav ilanlarında gösterilmemesi nedeniyle, YARSAV tarafından Danıştay 12. Dairesi'nde Adalet Bakanlığı aleyhine açılan ve devam eden bir dava da bulunmaktadır. Söz konusu kuralın uygulanması değil, uygulanmaması belirsizlik ve olumsuz bir tablo yaratmıştır. Bu nedenle, bu ilkeyi kaldırmak yerine, ihtiyaç oranı yönünden yasaya azami bir oran konulabilir. Aksi halde, yasa ve yönetmeliikteki "ihtiyaç oranı" kavramına uygulamada işlerlik kazandırmayıp, neden hukuk fakültesi dışından daha fazla alım yapılması yoluna gidildiği soruları, yargının saygınlığının zedelenmesine konu tartışmalara açıktır. İdari yargının özelliği elbette gözetilmelidir. Belirsizlik, bu kuralın varlığı nedeniyle değil, uygulanmamasından kaynaklanmaktadır. Çözüm, yasa teklifi ile ortaya konulduğu üzere, bu kavramın metinden çıkartılması olmamalıdır.

Teklifin 1 inci maddesinin 2 nci fıkrası ile, "avukatlıktan adaylığa alınacakların kendi aralarında" sınava tabi tutulmaları öngörülmektedir.

2802 sayılı Yasa'da yer alan düzenlemeler nedeniyle önceden, belirli koşulları taşıyan avukatlar HSYK önünde mülakata girerek doğrudan mesleğe kabul edilmekte iken, bu uygulama terk edilmiştir. 5435 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme sonrasında belirli koşulları taşıyan avukatlar, tüm adayların tabi oldukları ve Adalet Bakanlığınca yapılan yazılı sınav ve mülakata katılmakta, başarılı bulunan avukatlar altı aylık adaylık sürecine, diğer adaylar ise iki yıllık adaylık sürecine tabi tutularak mesleğe kabul edilmektedirler.

Yargıç ve savcılığa alım arın sadece fakülte mezunları yerine, avukatlık mesleğinden de yapılması önemlidir. Bir çok ülkede bu doğrultuda uygulamalar yapılmaktadır. Ancak halen 2802 sayılı Yasa uyarınca adaylık sürecine tabi avukatların, ayrı bir ölçme ve değerlendirme sınavlarına tabi tutulmaları hukuksal değildir.

Avukatlık mesleğini icra ederek, pratiklerini geliştiren avukatların liyakat ve ehliyet yönünden bu yönde pratik kazanmamış diğer aday adayları karşısında ayrı bir sınava tabi tutularak avantajlı duruma getirilmesi, eşitlik kurallarına aykırıdır. Bu durum avukatlar yönünden pozitif ayrımcılık yaratmakta olup, meslek pratiğini geliştiren avukatlar yönünden bu tarz koruyucu hükümler getirilmesi, alımlarda başkaca saiklerin rol oynadığı yolunda tartışmaları canlı kılacak ve mesleğin saygın gölgeleyecektir.

Avukatların "kendi aralarında sınava tabi tutulmaları" konusu, 2005 tarih ve 5375 sayılı Cumhurbaşkanınca geri gönderilen yasada da yer almakta olup, bu hüküm o dönemde Adalet Komisyonunda da uygun görülmeyp metinden çıkartılmıştır. Konu Adalet Komisyonu raporuna "uzun süren görüşmeler sonucunda, Cumhurbaşkanlığınca Kanunun geri gönderilmesine sebep teşkil eden 5375 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle 2802 sayılı Kanunun 8 inci maddesine eklenmesi öngörülen, avukatlık mesleğinden hâkimlik ve savcılık mesleğine geçişi düzenleyen (k) bendinin madde metninden çıkarılarak 1 inci maddenin bu doğrultuda değiştirilmesine karar verilmiş" ifadeleriyle yansımıştır.

Avukatların ayrı sınava tabi tutulmaları, mesleki tarafsızlığa ve eşitlik kurallarına aykırıdır. Avukatlığa girişteki yazılı sınav 2006 yılında kaldırılmıştır. Bu nedenle avukatlıktan mesleğe girecek-

rin de diğer adaylarla aynı yazılı sınava tabi tutulmaları; zorunludur. Yazılı sınav ile aranan "liyakatin saptanması" olduğuna ve yargıçlık ve savcılık mesleği için olması gereken liyakat, avukatlıktan yapılan alımlar ile, fakülte mezunlarından yapılan alımlar yönünden farklı olamayacağına göre, bu düzenlemenin, hukuksal dayanağı bulunmamaktadır.

Adalet Bakanı Sayın Mehmet Ali Şahin'in 08.11.2007 tarihinde TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda yapmış olduğu konuşmada vurgulandığı üzere, "Ülkemizde halen 14.694 yargıç ve Cumhuriyet savcısı kadrosundan 10.632 si dolu olup, 4062 si ise boştur." Yargıdaki iş yükü çağdaş ölçütlerin çok çok üzerindedir. Ancak 4062 boş kadroyu, sadece avukatlar arasında yapılabilecek sınavlarla, bu kişilerin altı ay içerisinde mesleğe başlayabileceklerini düşünerek, doldurmaya çalışmak yolunun denenebilecek olması, yargıda daha başka tartışmalı sorunlara neden olacaktır.

Avukatların, sınava başvuran fakülte mezunları karşısında başarısız olacakları normal koşullarda düşünülmemeyeceğine, başarısız olmaları durumunda ise, böyle korumacı yöntemlerle, diğer adaylar yerine onların tercih edilmesi düşüncesi, mesleki donanım ve liyakat yönünden sorunlar yaratmaya olanaklıdır.

Avukatlık sınavının kaldırılması karşısında, avukatların HSYK tarafından mülakata alınması uygulamasının da daha önce terk edilmesi, avukat olurken, "alan bilgisi" yönünden bu tarz bir ölçme ve değerlendirme sınavından geçmeyen avukatlar lehine bu düzenlemenin getirilmek istenmesi, objektif ve hukuksal değildir. Amaç boş olduğu ifade edilen kadroları, altı aylık sürece tabi bu kişiler yoluyla bir an önce doldurma biçimindeki anlayışı doğrular niteliktedir. Türkiye bu yöntemi geçmişte öğretmenler yönünden denemiştir. Yargıda bu yol açılmamalıdır.

Kamu vicdanı önünde mesleğin tartışmalı kılınmaması için, yukarıda belirtilen nedenlerle, "kendi aralarında" ibaresi teklifte yer almamalıdır. Mesleki yönden tartışmalara yol açabilecek bu düzenleme nedeniyle 5435 sayılı Yasaya ilişkin TBMM Adalet Komisyonu görüşmelerindeki sonucun daha isabetli olduğu düşünülmektedir.

Teklifin 3 üncü maddesinin ilk paragrafı ile bir çok konunun protokole bırakılması, beraberinde çok fazla sakıncalı durum yaratmaktadır. Bu konu 06.8.2007 tarihinde Danıştay 12. Dairesi'ne açılan "ilgili yönetmelik hükmünün (11 nci maddesinin) iptaline yönelik" dava dilekçesinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Yönetmelikteki bu hüküm olduğu gibi Yasaya taşınmakta, ancak protokole esas olacak ölçütler düzenlemede yine getirilmemekte, yürütmenin hareket sahası geniş tutulmaktadır. Böylece YARSAV'ın açtığı bu konuya yönelik davanın sonucu da önemsiz hale getirilmektedir. Her sınav için ayrı ayrı yapılmakta olan protokollere konulacak hükümlerle, her sınav için ayrı puanlama ve notlama ve göreceli puanlama yapılması uygulamasına yasal boyut kazandırılmaktadır.

Şöyle ki aynı hükmün bulunduğu Yönetmelik yürürlükte olduğu dönemde, 15.10.2006 tarihinde yapılan 100 kişilik idari yargı sınavında, yazılı sınavda 70 puan barajını aşan 482 kişi mülakata çağırılmıştır. Yazılı sınav birincisi 84,775 puan almıştır. Bu sınavda ÖSYM ile yapılan protokol uyarınca (% 10 luk) standart sapma kuralı uygulanmış, bu kural nedeniyle, kazananların dağılımı ve sayısı da genişlemiştir.

24.3.2007 tarihinde yapılan 500 kişilik adli yargı sınavında (%20 olarak) başka bir standart sapma kuralı uygulanmış, bu sınavda daha az sayıda olarak 522 kişi 70 puan barajını aşmış, mülakata bu sayıda kişi çağırılmış, yazılı sınav birincisi 92, 971 puan almıştır.

Bu iki sınavda 2802 sayılı yasa'nın 8 inci maddesi hükmüne rağmen, yarışma sınavı olarak değil, tek ölçüt yetmiş barajını aşmak olarak konulduğundan yeterlik sınavı türünde yapılmıştır.

Bu aşamada Danıştay İDDK, 29.3.2007 tarihli kararıyla, mülakata çağırılma oranının liyakat ve başarı ölçüsünde belirlenmesi gerektiğini, sınavın 70 puanı aşan herkesin mülakata çağırılacağı bir yeterlik sınavı değil, Yasa'da düzenlendiği üzere yarışma sınavı olduğunu, bu nedenle 70 puanı aşmak koşuluyla, ancak sınırlı sayıda ve başarılı adayların mülakata çağırılması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Bunun üzerine 12.6.2007 tarihinde yönetmelik değişikliği yapılmış ve bu çerçevede yine bu maddede de ÖSYM ile yapılacak protokolle düzenlenmesi öngörülen yazılı sınavın yürütülme ilkeleri nedeniyle, 3.11.2007 tarihinde ilan edilen 500 kişilik adli yargı sınavı için farklı bir puanlama yöntemi gidilmiştir. Bu yöntemle göre, sınavda birinci olanın puanı kaç olursa olsun 100 puan almış sayılacağı ve ilan edilen kadronun en çok % 50 fazlası değil, mutlaka % 50 fazlasının mülakata çağırılacağı kuralı protokole ve sınav ilanına konulmuştur. Sonuçta ilan edilen sınavda birincinin, 100 puan almış olduğu kabul edilerek, (750 nci ile aynı puanı alması nedeniyle) 752 nci kişi 77,363 puan alarak mülakata son sıradan çağırılmıştır. Bu sınav için de (%20 olarak) farklı bir standart sapma ve puanlama yöntemi uygulanmıştır. Ancak sınav birincisine her halükarda 100 puan verilmesi uygulaması, İDDK kararı aksine, bu yolla yükseltilecek puanlar nedeniyle, 24.3.2007 tarihindeki sınava göre daha fazla adayın başarılı "ilan edilmesi" sonucunu yaratmıştır.

Son sınavda, standart sapma uygulaması yapılmadan, cevap anahtarına göre herkese, soruların sabit puan değerinin verilmesi yoluna gidilse idi, mülakata, başarılı ancak daha az sayıda kişi çağırılacaktı. Birinciye 100 puan verilmesi uygulaması ve bu çerçevede çan eğrisi uygulaması ile tüm puanlar göreceli olarak yükseltilmiş, böylece gerçekte 70 puanın altında kalacak olan kişiler, yükselen bu puanları nedeniyle mülakata çağırılmışlardır.

Yazılı sınav liyakati ölçen sınavdır. Danıştay İDDK kararı bunu vurgulamaktadır. Liyakata yönelik kuralların değerlendirilmesi ise, ideal norma göre herkes için aynı biçimde saptanır. Ancak mevcut sistemdeki, soruları az veya çok bilme oranına göre puan değerlerinin değişmesi, ideal norma göre değil, diğer adaylar karşısında liyakatli olup olmama değerlendirmesine işlerlik kazandırmaktadır. Bu ise en başarısız bir sınıfta bile birinci olan kağıda 100 puan vererek, liyakatli kişi yaratma sonucunu doğurmuştur. Mart 2007 de yapılan sınavlarda başarı oranının düşük olması ve 70 barajını aşın aşmasın daha fazla adayı mülakata çağırma düşüncesinin o sınav sonrasında (başarılı aday sayısı azlığı nedeniyle), yürütme organında iyice pekişmesi karşısında, standart sapma gibi uygulamalarla ilan edilen kadronun başarılı olsun veya olmasın mutlaka % 50 fazlasının mülakata çağırılması yolundaki son uygulamayla, artık puanlar göreceli olarak yükseltilmiştir. ÖSYM ile yapılan yazışmalarımız bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

Bu tablo liyakat değerlendirmesinin, gerçek değil, göreceli puanlara göre yapılmasını ortaya çıkarmıştır. İDDK kararı ile sınırlı sayıda adayın mülakata çağırılması kararı nedeniyle, başarı puanları yükseltilerek, başarılı olsun veya olmasın puanları çan eğrisi yöntemiyle yükseltilecek ve fazla sayıda aday çağırılmaya yol açan sistemle, sonuçta Danıştay İDDK kararı yine dolandırılmıştır. Çünkü, yazılı da alınan sınav puanı yükseltince, bu durum mülakat sonucundaki ortalama başarı puanına da etki etmektedir.

Yönetmelik ve protokol yoluyla sürdürülen bu değişken sistem, şimdi yasaya taşınarak yasal dayanak yaratılmaktadır. İlan edilen kadrolar için, mutlaka mülakata aday çağırılması şart olmayıp, başarılı aday varsa onların çağırılması, yoksa yeni sınav yapılması gerekirken, mevcut uygulama her sınavda yeni sorunlar ve belirsizlikler yaratmıştır. Amaç başarılı olsun veya olmasın, mutlaka sınavı giren kitleyi kendi içinde başarı sıralamasına koyarak, mutlaka mülakata ve adaylığa alım düşüncesini yansıtmaktadır.

YARSAV'da yönetmeliğin neden olduğu tüm bu durumları yargıya taşımıştır. Şimdi aynı düzenlemelerin yasaya taşınması, liyakati yansıtmayan yazılı sınav sisteminin ısrarla uygulanması iradesini yansıtmaktadır. Sınavı ÖSYM'nin yapması, ölçme ve değerlendirme yönünden tarafsızlık yönüyle gereklidir. Ancak ÖSYM'den uygulaması istenilen puanlama yöntemi liyakati yansıtmamaktadır. Sınavı ÖSYM'nin yapması ile bu tablonun görmezden gelinmesi amaçlanmaktadır. Puanlama ve değerlendirme yönünden, gerçek başarıyı yansıtan sabit bir sistemin benimsenmesi zorunludur.

2006 yılında idari yargı sınavında, sınav birincisi 100 puan üzerinden değerlendirilmiş, 82 puan almıştır. Ancak 29.3.2007 tarihli Danıştay İDDK kararı sonrasında, mülakata çağrılacak kişi sayısına kısıtlama getirilince bu sefer, 3.11.2007 tarihinde yapılan adli yargı sınavında sınavda birinci olan 100 puan almış sayılır denilerek, birincinin puanı yüze çekilip, en alttan yukarıya doğru puanlar göreceli olarak yükseltilmiş, böylece gerçekte yeterli not alamayanların puanları yükselterek mülakata girmelerine yol açılmıştır. Şimdi bu durum yasaya taşınmaktadır. ÖSYM nin yaptığı yazılı sınavda bile her sınavda farklı puanlama ve ölçme yöntemlerinin uygulanması, sistemi çıkmaza sokmaktadır. Yazılı sınavla ilgili konuların protokole bırakılıp, her sınav için protokol yapılmasına yasal dayanak yaratmak yerine, protokol için aranması gereken ölçütler İDDK kararı da gözetilerek mutlaka yasada yer almalıdır. Bu haliyle teklifin belirtilen maddesi yerinde değildir.

Teklifin 3 üncü maddesinin beşinci paragrafında "en çok yüzde elli fazlası" ibaresi isabetli olacakken, "yüzde elli fazlası" ibaresinin konulması yerinde olmamıştır.

Böylece yukarıda ifade edildiği üzere yazılı sınavda uygulanan standart sapma gibi yöntemlerle, mülakata ilan edilen kadronun mutlaka yüzde elli fazlasına kadar kişi çağrılmaktadır. Oysa yetmiş barajını aşmak koşuluyla başarılı olan var ise ilan edilen kadronun en çok yüzde elli fazlasına kadar mülakata çağrılır denilmesi gerekirken, yukarıda ifade edilen puanlama yöntemiyle göreceli başarı sıralaması yaratılarak, mülakata, ilan edilen kadronun % 50 si fazlası kişi çağrılacaktır. Bunu sağlamak içinde hesaplama yöntemleri sürekli olarak yapılan protokollerle değişiklik arz etmekte, gerçek başarı ve liyakat olgusu görmezden gelinmektedir. Bu hüküm Yönetmelikten aynen alınmıştır. Bu konu Danıştay'da dava konusu edilmiştir.

ÖSYM de bu konuda Yönetmelikle yaratılan uygulamanın, dağılımı genişlettiğini beyan etmektedir. Yani göreceli başarı iddiası temelsiz değildir. Çünkü ilan edilen kadronun % 50 fazlası içerisinde kalan herkes başarılı ilan edilerek, hesaplama yöntemleri ile yükseltilen ve gerçek durumu yansıtmayan puanlamalarla, mutlaka/her halükarda bu kadar kişi mülakata çağrılmaktadır. Gerçek başarı değil, göreceli başarı öne çıkarılmakta, sonuçta aranan liyakat olgusu da, göreceli olarak var kabul edilmektedir. 3.11.2007 tarihli adli yargı sınavı da bu durumu yansıtmaktadır. Bu konudaki dava Danıştay ve Ankara İdare Mahkemesinde devam etmektedir. Yönetmelik hükmü yasaya taşınarak mevcut davalar konusuz bırakılmaktadır.

Teklifin 3 üncü maddesinin 6-7-8-9 uncu paragrafları, 12.6.2007 tarihli Yönetmelikten nakildir. Bu Yönetmelik değişikliği, 29.3.2007 tarihli Danıştay İDDK kararı uyarınca yapılmıştır. Konuyu Yönetmelik bazında inceleyen Danıştay, hakimlere sadece yasa ile görev verilebileceğinden, Türkiye Adalet Akademisi Yasasından hareketle, örnekseme yoluyla mülakat kurulunda Akademiden de kişilerin olmasının objektiflik için zorunlu olduğuna karar vermiştir. Baktığı davada yönetmelikler bağlamında çözüm üreten Danıştay bu konuda doğal olarak HSYK'yı telaffuz etmemiştir. Bu durum, mülakat konusunda HSYK'nın görevli olamayacağı ve Danıştay kararının da bu paralelde olduğu sonucunu yaratmamaktadır.

Danıştay IDDK'nun 29.3.2007 tarihli kararında "... 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde "... yarışma sınavı ve mülakatı ..." ile ilgili hususların Yönetmelikle düzenleneceğinin öngörülmesine karşın, sınavın şekli ve sınav kurulunun oluşumu ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Yasa ile Adalet Bakanlığına sınav yapma ve buna ilişkin konuları Yönetmelikle düzenleme konusunda görev ve yetki verilmiş ise de, bu konuların münhasıran Bakanlık bürokratlarınca yerine getirileceğine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Yönetmeliğin yayımlanmasından sonra 23.7.2003 tarihli ve 4954 sayılı Yasa ile adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılar ve noterler ile avukatların meslek öncesi ve meslek içi eğitimi için kurslar açmak, adli ve idari yargı hakim ve savcı adaylarının meslek öncesi eğitimlerinin hazırlık ve son dönemlerini ilgili Yasa ve Yönetmelik hükümlerine göre yürütmek v.b. görevleri yürütmek üzere kurulan Türkiye Adalet Akademisinin kuruluş amacı ve teşkilat yapısı ile değirmen görevleri gözetildiğinde, diğer bir deyişle alınacak adayların, Akademinin öğrencileri olacağı ve eğitim verecek olan kurumun adayların seçiminde de etkili olması gerektiği hususu dikkate alındığında "Mülakat Kurulu"nun, Türkiye Adalet Akademisinde görevli özellikle Danıştay ve Yargıtay mensuplarının da Bakanlık üst düzey yöneticileri ile birlikte katılımının sağlanması suretiyle oluşturulması gerekmektedir." denilmektedir.

İfade edildiği üzere, bu karar mevcut yasalardan hareket edilerek, yönetmelik iptali ile ilgili davada iptal edilecek yönetmelik hükmünün yine bir yönetmelikle doldurulmasına matuf olarak verilmiştir. Kararın bu şekilde yorumlanması hukuksal gerçekliği yansıtmaktadır. Yoksa mevcut davanın niteliği gözetilmeden yapılacak yorumlar hukuksal olmayacaktır. Dolayısıyla yapılacak bir yasa değişikliğinde, mutlaka evrensel düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir. Uluslararası düzenlemeler ve metinler gözetilerek HSYK'nın konu hakkında görevlendirilmesinin Danıştay'ın söz konusu kararıyla çelişik bir durum yaratacağı asla söylenemez.

IDDK bu gerekçesi ile, mülakat kurulunda mutlaka/münhasıran Bakanlık bürokratlarının yer almaması gerektiğini ortaya koymuştur. Bunu yaparken, idarenin verine geçerek mülakat kurulunun kimlerden oluşacağını söylememiştir, söylemesi de düşünülemez. Ancak kararda örnekseme yoluyla Türkiye Adalet Akademisi'nden söz edilmiştir. Çünkü Bakanlık bürokratları, yargıç sınıfında olsalar bile 2992 sayılı Adalet Bakanlığı Teşkilat ve Görevlerine İlişkin Yasa ve 2802 sayılı Yasa'nın özellikle 38 inci maddesi uyarınca Adalet Bakanı'nın emri altındadırlar. Bu nitelikteki bürokratların yoğunluk ve çoğunlukta olacağı bir mülakat kurulu düşünülemez.

HSYK'nın yapısı incelendiğinde, Adalet Bakanı ve Müsteşarının halen bu Kurulda yer almaları, HSYK'nın bir üyesinin Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulu üyesi olması da gözetildiğinde, mülakat kurulunun ısrarla Bakanlık etkisi altında olmasını savunmak ve HSYK'nın bu konuda yetkilendirilmesi yolundaki anlayış kabul edilebilir değildir.

Yargıç ve savcıların mesleğe kabul işlemini, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi gereğince HSYK yapmaktadır. 2802 sayılı Yasa uyarınca HSYK bu mesleğe kabul işlemini, yargıç ve savcı adaylığı sıfatını alıp adaylık sürecini tamamlayanlar arasından yapmaktadır. Sonuçta HSYK'nın mesleğe kabul edeceği kişileri, halen mevzuat gereğince adaylığa kabul nedeniyle Adalet Bakanlığı belirlemektedir. Bu şekilde mesleğe kabul ve adaylığa kabul işlemlerinde farklı birimlerin görevlendirilmesi, adaylığa kabul işlemlerinin yürütme organınca yerine getirilmesi karşısında, yürütme organının ve idarenin bütünüyle objektif kurallar içerisinde hareket etmesini sağlayacak kuralların konulması, kuvvetler ayrılığı, mesleğin özelliği ve kamu yararı açısından zorunludur.

12.6.2007 tarihli Yönetmelik değişikliği ile kaldırılan düzenlemede "Mülakat Kurulu: Müsteşar veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısının Başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri, Personel Genel Müdürlerinden oluşur." hükmü yer almakta idi. Yeni düzenlemede, mülakat kurulunda önceden bulunan beş kişi korunmuştur. Yalnızca Türkiye Adalet Akademisi'nden iki kişi eklenerek Kurul'un üye sayı yediye çıkartılmıştır. Bu yönetmelik hükmü şimdi yasa teklifine konu edilmiştir.

Mülakat kurulunun yedi kişiden oluşan bu yapılanması ve üye sayısı itibarıyla, anılan Kurul'un objektifliği ve yansızlığı yine sağlanamamış, bu konuda kişilere yeterli güvence sunulamamıştır. Bakanlık bürokratlarının hepsinin Adalet Bakanına bağlı ve onun emri altında olması karşısında, yeni düzenlemeye göre mülakat kurulunun yansızlığı, tarafsızlığı ve objektifliğinden söz edilemez. Bu yapısıyla bile mülakat kurulu siyasi etkilere açıktır.

Mülakat kurulu başkanlığı görevinin, Adalet Bakanının emri altındaki ve yardımcısı olan Müsteşar yerine getirilmesi de, gerek mülakat kurulunun icra edeceği göreviyle gerekse yeni yapılanmasıyla bağdaşmamaktadır.

Mülakat kurulunda Ceza İşleri Genel Müdürü ile Teftiş Kurulu Başkanı'da bulunmaktadır. Anılan iki kişinin 2802 ve 2992 sayılı Yasalarla kendilerine tanınan yetki ve görevleri gözetildiğinde, bu Kurul'da yer almamaları gerekmektedir. Bu Kurul'da yer almaları Kurul'un objektifliği, yansızlığı ve tarafsızlığını gölgelemektedir.

Şöyle ki, Bakanlığın görev alanındaki mülakat işleminde, herhangi bir usulsüzlük dile getirilmesi durumunda, işlem yapacak olanlar öncelikle Müsteşar veya yardımcısının onayıyla Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, sonra ise Teftiş Kurulu Başkanlığı'dır. Teftiş Kurulu Başkanlığınca gerçekleştirilen işlemlerden sonra yine Müsteşar veya yardımcısının (vekilinin) onayıyla Ceza İşleri Genel Müdürlüğü işlemlere devam edecektir. Adalet Bakanlığının bu çalışma yapısı itibarıyla, yoğunlukla ve de çoğunlukla Bakanlık bürokratlarından oluşan bu Kurul'da siyasi etki söz konusu olduğunda, olayı inceleyip araştırarak birim amirlerinin de mülakat kurulunda yer almaları, söz konusu olabilecek usulsüzlüklerin üzerine etkin bir şekilde gidilememesine neden olabilecektir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 15.12.1985 günlü, 46/146 sayılı Kararında "Hakimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireylerin seçilmesi öngörülmüş, seçim yönteminde ise, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirlerin alınması gereğine" işaret edilmiştir.

Mülakat kurulunun bu yapılanması nedeniyle Müsteşar, Müsteşar yardımcısı, Teftiş Kurulu Başkanı ve Ceza İşleri Genel Müdürü'nün bu kurulda yer almaları BM'nin anılan kararına da aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca mülakat sınavının niteliği gözetildiğinde 2992 sayılı Yasa ile kendisine görev yüklenen Hukuk İşleri Genel Müdürü'nün bu sıfatı, mülakat kurulunda yer alabilmesi için tek başına yeterli değildir.

Bakanlık bürokratlarından mülakat kurulunda görev alanların unvanları tek tek irdelendiğinde, bahse konu unvanları taşımaları, mülakat kurulunda tartışmasız yer alabilecekleri biçiminde yorumlanamaz. Mülakat kurulunda yer alacak bürokratlar için haklı ve hukuksal gerekçeler söz konusu olmalıdır. Görev ve konumu gözetildiğinde, Personel Genel Müdürü dışındaki bürokratlar için böyle bir gerekçe söz konusu değildir.

Yukarıda sözü edilen BM kararından hareketle mülakat kurulunda Bakanlık bürokratlarının sayısal yönden de çoğunluk oluşturmamaları sağlanmalıdır. Ancak yapılan düzenlemede aksine hareket edilmiş, üye sayısı iki kişi artırılmakla, beş kişinin sayısal etkinliği de ortadan kaldırılmamış, sonuçta değişiklik öncesindeki yapının etkinliği sürdürülmüştür.

AB 2003-2004-2005 Yargı İstişari Ziyaret raporlarında, mülakatın Adalet Bakanlığınca yapılması açık açık vurgulanmaktadır. Uluslararası normlar bu raporlarda yer almaktadır. Ancak 12.6.2007 tarihli Yönetmelik değişikliği ile, bakanlık bürokrati beş kişiye Akademiden iki kişi eklenmiştir. Bu konu, yukarıda genel gerekçeye ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Mülakat kurulunun beş bakanlık bürokrati yerine bu kişileri de içinde barındıran yedi kişiye çıkartılması, 2007 Adalet Bakanlığı ilerleme raporunun 58. sayfasında bu değişiklik GÖRÜNÜŞTE DEĞİŞİKLİK olarak nitelenmiştir.

Mülakat Kurulu hakkında, yönetmelikteki tüm hükümler yasaya taşınmakta, böylece Danıştay da açmış olduğumuz Yönetmelik iptal davası konusuz hale getirilmektedir. Mülakat kurulu, mutlaka HSYK'nın alanında olmalı, mesleğe kabul eden, mesleğin adayını yürütme organının belirlediği kişileri kabul etmek durumunda bırakılmamalıdır.

Yönetmelikte yer alan mülakatta, "yetenek, kültür ve çağdaş yaşam anlayışının" değerlendirme konusu edileceği yolundaki (RG 12.6.2007) madde, teklifin 3 üncü maddesinin dokuzuncu paragrafına tanınmamıştır.

Mülakat konusunda tüm yönetmelik hükümleri yasaya taşınmış ise de, bu hükmün yasaya nakledilmemesi, dikkat çekicidir.

Danıştay İDDK, 29.3.2007 tarihli kararında bu konuda

"Sözlük anlamı, davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla bir kişiyle yapılan sorulu cevaplı görüşme olan mülakatın, yazılı yarışma sınavını tamamlayıcı nitelikte ve yine bilgi ve liyakati ölçmek, bunun yanında adayın hakimliğe yaraşır yeteneğe, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılacağı açıktır. Bu kapsamda yapılacak olan bir mülakatın nesnel olduğundan sözedilebilmesi için mesleğin önem ve özelliği de dikkate alınarak bütün bu kriterlerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin hususların, kriterlerin ağırlıklarını ve buna göre değerlendirme esaslarını içeren nesnel bir yöntemin düzenlenmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla, Yönetmelikte mülakatın kriterleri açık bir şekilde düzenlenmelidir. Dava konusu Yönetmelikte ise belirtilen hususlara ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemekte, genel ifadelerle yetinilmektedir. Örneğin, ancak sağlık kurulunca tespit edilebilecek "fiziki durum"dan neyin kastedildiğinin açıklıkla ortaya konulmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Yönetmeliğin 28. maddesinde öngörülen yöntemde hukuka uygunluk bulunmadığı gibi, bu suretle tamamen Kurulun takdirine bırakılan mülakat yöntemi ile nesnellikten uzak bir uygulamaya neden olunabileceği de açıktır.

Kaldı ki yukarıda çerçevesi çizilen düzenlemenin yapılmamış olmasının mülakat ile ilgili olarak açılacak bir iptal davasında yargısal denetimin yapılmasını güçleştireceği, hatta olanaksız kılacağı da ortadadır. Oysa mülakatta başarısız sayılma işleminin de, diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olmak üzere işlemin tüm unsurları yönünden yargısal denetiminin yapılması esas olmalıdır. İdari işlemin yetki, şekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olmak üzere yapılan bir yargısal denetimin, hukuk devleti ilkesinin öngördüğü güvenceyi sağlamayacağı açıktır.

Dolayısıyla mülakatta başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini saplayacak altyapının tüm unsurlarıyla oluşturulmasını saplamak hukuka bağlı idarenin görevidir. Yukarıda da belirtildiği üzere hukuk devleti ilkesinin, idarenin yargısal denetim yapmasını ortadan kaldırarak, olanaksız kılacak ya da püçleştirecek şekilde bir idari işlem tesis etmesine izin vermesi mümkün değildir."

vurgusunu yapmaktadır. Bu karar karşısında, hakimliğe yaraşır yeteneğe, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına sahip olup olmadığının mutlaka değerlendirilmesi gerekirken, bu düzenlemenin yasaya taşınmaması, yerinde olmamıştır. Kaldı ki, mülakatta subjektifliğin önlenmesi açısından mülakat yönteminin ve mülakatın kayda alınması gibi konuların yasaya taşınmaması eksikliklerdir. Ceza Muha-

kemesi Yasasına konan nükümlerle, belirli konularda ifadelerin elektronik kayda alınması kuralı getirilmiştir. Benzer bir uygulamanın, objektiflik yönünden, ileride bu ifadeleri alacak olan kişilerin seçiminde öngörülmemesi eksikliklerdir. Teknolojiden her alanda yararlanılırken, yargının konumu gereği hiçbir tartışma söz konusu edilmemesi için mutlaka bu alanda da yararlanılması ve mülakatın hukuksal denetime açık olarak cereyan etmesini sağlayacak önlemlerin alınması kaçınılmazdır ve çağın olanakları da buna uygundur. Oysa teklifte bu husus ta gözetilmemiştir.

Teklifin 3 üncü maddesinin son fıkrasında yazılı sınav ve mülakat işlemlerine karşı dava açma süresi yedi güne indirilmektedir.

Bu konuda genel kural olan 60 günlük sürenin hak arama özgürlüğünü olabildiğince güçleştirecek biçimde yedi güne indirilerek bu teklife konu edilmesi, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hak arama özgürlüğünün olabildiğince işler ve etkin kılınması gerekirken, bu daraltılmaları gidilmesi, tartışmalı sonuçları beraberinde getirecektir.

Teklifin dördüncü disiplin cezaları yönünden düzenleme yapılmaktadır. Bu maddenin beş paragraftan ibaret metninde, 2802 sayılı Yasa'nın 69 ncu maddesinde değişiklik yapılan fıkra (paragraf) sayısı sadece ikidir.

5435 sayılı Yasa ile değişiklik yapılırken eksik bırakılan konularda madde de değişiklik yapılmasının teklif edildiği görülmektedir.

Bu bağlamda ek bir madde ile, 2802 sayılı Yasa uyarınca uygulanan disiplin cezalarına ilişkin kararların yayımlanmasının önü yine açılmamıştır. Bu işlemin şimdiye kadar yapılmaması meslek etiği kurallarının uygulanması ve kapsamlarının bilinebilirliği yönünden, gerek anılan disiplin kurallarını uygulayanlar gerekse anılan kurallara tabi olanlar yönünden belirsizlik yaratmış ve etik kuralların geliştirilmesine engel oluşturmıştır.

Sonuç olarak;

2802 sayılı Yasa'da değişiklik öngörülen teklifin irdelenen maddelerinin yerinde olmadığı; yargı bağımsızlığına ve hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, bu teklifin yasalaşması halinde, kamuoyu önünde yargı için ciddi tartışmaların ortaya çıkacağı kaçınılmazdır. Yargı bağımsızlığı için, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesince de vurgulandığı üzere, bağımsızlığın sağlanması yanında, bu konudaki görünüm ve yaratılan genel kanı da önemlidir. Bu nedenle anılan teklifin belirtilen şekilde yasalaşmasının uygun olacağı görüşünü taşıdığımız hususu,

Bilgilerinize sunulur.

Yargıçlar ve Savcılar Birliği

Yönetim Kurulu Adına

Başkan

Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU

Bu girişim siyasi iktidarın yargıyı kuşatma, yürütmenin tahakkümü altına alma ve siyasallaştırma girişimlerinin ilki değildir.

Sayıştay'da boş bulunan üyeler için 2006 yılının Ocak ayından beri seçim yapılamamaktadır. Sayıştay Genel Kurulunun seçtiği 28 üyeden 14'ünün Plan ve Bütçe Komisyonunda seçilerek Genel Kurula bildirilmesi ve Genel Kurulun da boş bulunan 7 üyelik için seçim yapması gerekmektedir. Ama siyasi iktidar Sayıştay Genel Kurulunun seçtiği 28 üyeyi kendine yakın bulmadığı için Sayıştay Kanununu değiştirerek seçilen üyeleri göreve başlatmamanın hesabını yapmış ve aradan 2 yıla yakın süre geçmesine karşın seçimleri tıkamıştır.

Adalet Bakanı ve Müsteşarı boşalan Yargıtay ve Danıştay üyeliği seçimlerini benzer şekilde tıkamışlardır. Yasa uyarınca 2 ay içinde yapılması gereken seçimler uzatılmaya çalışılmıştır. Adalet Bakanı ve Müsteşarı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu toplantılarına katılmayarak üyelik seçimlerini engellemeye çalışmışlardır. Adalet Bakanı ve Müsteşarının seçim gündeminin yer aldığı 20 Mart tarihli toplantıya katılmaması olaya yeni bir boyut katmış, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeleri yaptıkları açıklama ile, yapılan hukuksuzluğu kamuoyu ile paylaşmak zorunda kalmışlardır. Ardından 22 Mart tarihli toplantıya da Bakan ve Müsteşarın katılmaması üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Müsteşar hakkında "disiplin ve cezai yönden gereğinin yapılması istemiyle" Yargıtay 1. Başkanlığına suç duyurusunda bulunmuştur.

Yine AİHM'ne yargıç atamaları siyasi iktidarın bu konudaki tutumunu gözler önüne sermektedir.

Bu Teklif yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ve yargıç güvencesi ilkeleri ile bağdaşmamakta, yargıyı yürütmenin tahakkümü altına sokmayı hedeflemektedir.

Bu gerekçelerle;

1. madde ile eklenen (k) bendi, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır. 1136 Sayılı Avukatlık Yasasında yapılan değişiklikle avukatlık için yazılı sınav şartı kaldırıldığından böyle bir düzenlemeye ihtiyaç ortadan kalkmıştır. Kaldı ki, bu durumda avukatlık mesleğinden yapılan alımlarla fakülte mezunları arasından yapılan alımlar arasında ayırım yapılması Anayasanın eşitlik ilkesine aykırıdır.

Teklifin 3. maddesi ile mesleğe alınmada mülakat kurulunun Adalet Bakanlığı bürokrasisinin etkin ağırlıkta olduğu şekilde oluşturulması, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Bu durum yargıyı siyasallaştıracak, yürütmenin tahakkümü altına sokacak telafisi olanaksız sonuçlara sebep olacaktır. Maddede yer alan mülakatla ilgili düzenleme sübjektif ve Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı ölçütler içermektedir.

Teklifin yasalaşması durumunda mesleğe alımlar ülkemizi hukuk devletinden parti devletine dönüşümüne sağlayacağından ve sayılan ve atıfta bulunulan belgelerde yer alan diğer düşünceler çerçevesinde Teklifin tüm maddelerine muhalefet ediyoruz.

Halil Ünlütepe
Afyonkarahisar

İsa Gök
Mersin

Ali Rıza Öztürk
Mersin

Rahmi Güner
Ordu

Ali İhsan Köktürk
Zonguldak

KARŞI OY YAZISI

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısına aşağıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı karşı çıkıyoruz. İlgili karşı oy yazımızı Komisyon Makamına arz ediyoruz.

Öncelikle, söz konusu kanun tasarısının, Adalet Komisyonunda görüşülme süreci; Kanunun ilgilendirdiği çok önemli yargısal konum dikkate alınmadan, Savcılar ve Hakimler Yüksek Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Türkiye Barolar Birliği, üniversiteler ve ilgili sivil toplum örgütlerinin fikir ve görüşlerine başvurulmamıştır. Bu durum, çok kısa bir süre önce, kanun yapma sürecine sivil toplum katılımı konulu TBMM bünyesinde yapılan sempozyumda dile getirilen görüşlerin, yalnızca AB Uyum Süreci için söylenmiş sözler olduğu anlamına gelir.

22. Dönem TBMM Adalet Komisyonu tarafından görüşülen ve Genel Kurul tarafından kanunlaştırılan ilgili kanun tasarısı, Cumhurbaşkanlığı tarafından veto edilmiştir. Vetonun gerekçesi, yar-

gının bağımsızlığı konusuna odaklanmış olup, ilgili yargı kararlarına referans edilmek suretiyle eni konu izah edilmiştir. Kamuoyunun, yargı organlarının ve ilgili meslek kuruluşlarının da yakından takip ettiği bu kanun tasarısının, enine boyuna tartışılmadan, komisyonda gerçekleşen tartışmalara paralel olarak gerektiğinde alt-komisyona sevk edilip gerekçesi ve içeriği güçlendirilmeden, ilgili çevrelerin katılımı ve dolayısıyla eleştirileri, görüşleri ve düşünceleri alınmadan, alelacele Komisyondan çıkarılması, adil ve hukuki değildir.

Saygılarımla.

Ayla Akat Ata

Batman

BARTIN MİLLETVEKİLİ YILMAZ
TUNÇ'UN TEKLİFİ
**2802 SAYILI HÂKİMLER VE SAVCILAR
KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR KANUN TEKLİFİ**

MADDE 1- 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 8 inci maddesinin (c) bendinin ikinci fıkrasındaki “hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar bakımından, her dönemde ihtiyaç oranında,” ibaresi metinden çıkarılmış ve aynı maddeye (j) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (k) bendi eklenmiştir.

“k) Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; yukarıdaki (ı) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle otuzbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavı ve mülâkatta başarılı olmak,”

MADDE 2- Aynı Kanunun 9 uncu maddesinin üçüncü ve son fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 3- Aynı Kanunun 9 uncu maddesinden sonra gelmek üzere 9/A maddesi eklenmiştir.

“Yazılı Yarışma Sınavı ve Mülâkatın Yapılış Şekli ve Dava Süresi

MADDE 9/A- Yazılı yarışma sınavı ve bu sınavın yürütülmesine ilişkin hususlar, Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılır.

Atama yapılacak boş kadroların sayısı, derecesi, unvanı, sınıfı, atanacaklarda aranacak şartlar ile başvuruya ve sınava ilişkin hususların yer aldığı duyuru, müracaat süresinin bitiminden en az onbeş gün önce Türkiye genelinde günlük yayımlanan tirajı en yüksek beş gazeteden birinde bir defa ve ayrıca Adalet Bakanlığı internet sitesinde ilân olunur.

Yazılı sınav; Türkçe, matematik, Türk kültür ve medeniyetleri, Atatürk ilkeleri ve inkılâp

ADALET KOMİSYONUNUN
KABUL ETTİĞİ METİN
**HÂKİMLER VE SAVCILAR KANUNUNDA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR
KANUN TEKLİFİ**

MADDE 1- 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 8 inci maddesinin (c) bendinin ikinci paragrafında yer alan “her dönemde ihtiyaç oranında,” ibaresi “her dönemde alınacak aday sayısının yüzde onunu geçmemek üzere ihtiyaç oranında,” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye (j) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (k) bendi eklenmiştir.

“k) Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; yukarıdaki (ı) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle otuzbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmak,”

MADDE 2- 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 3- 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 9/A maddesi eklenmiştir.

“Yazılı yarışma sınavı ve mülâkatın yapılış şekli

MADDE 9/A- Yazılı yarışma sınavı, Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılır.

Atama yapılacak boş kadroların sayısı, derecesi, unvanı, sınıfı, atanacaklarda aranacak şartlar ile başvuruya ve sınava ilişkin hususların yer aldığı duyuru, müracaat süresinin bitiminden en az onbeş gün önce Türkiye genelinde günlük yayımlanan tirajı en yüksek beş gazeteden birinde bir defa ve ayrıca Adalet Bakanlığı internet sitesinde ilân olunur.

Yazılı sınav; Türkçe, matematik, Türk kültür ve medeniyetleri, Atatürk ilkeleri ve inkılâp

(Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç'un Teklifi)

(Adalet Komisyonunun
Kabul Ettiği Metin)

tarihi ve temel yurttaşlık bilgisi sorularından oluşan genel yetenek ve genel kültür konuları ile

a) Adli yargıda; anayasa hukuku, medenî hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılama usulü, ticaret hukuku, icra ve iflâs hukuku, ceza hukuku, ceza yargılama usulü, idarî yargılama usulü ve idare hukuku,

b) İdarî yargıda; anayasa hukuku, idare hukuku, idarî yargılama usulü, hukuk yargılama usulü, borçlar hukuku (genel hükümler), medenî hukuk, ceza hukuku (genel hükümler), vergi hukuku, vergi usul hukuku ve maliye-ekonomi,

konularını kapsayan alan bilgisi sorularından yapılır.

Yazılı sınavda genel yetenek ve genel kültür soruları 20, alan bilgisi soruları 80 puan ağırlığa sahip olacak şekilde değerlendirmeye tâbi tutulur. Bu değerlendirme yapılırken genel yetenek ve genel kültür konuları ile alan bilgisi konuları kendi aralarında eşit olarak puanlanır.

Yazılı sınavda yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almak kaydıyla en yüksek puan alandan başlamak üzere, sınav ilânında belirtilen kadro sayısının yüzde elli fazlası mülâkata çağrılır. Bu şekilde çağrılan en düşük puana sahip adayla aynı puanı alanlar da mülâkata alınır.

Mülâkat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.

Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu birer üye bulunması halinde bu üyeler Mülâkat Kurulunda asıl üye olarak görevlendirilir.

Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu üye sayısı birden fazla ise, Yargıtay kontenjanı için Yargı-

tarihi ve temel yurttaşlık bilgisi sorularından oluşan genel yetenek ve genel kültür konuları ile

a) Adli yargıda; anayasa hukuku, medenî hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılama usulü, ticaret hukuku, icra ve iflâs hukuku, ceza hukuku, ceza yargılama usulü, idarî yargılama usulü ve idare hukuku,

b) İdarî yargıda; anayasa hukuku, idare hukuku, idarî yargılama usulü, hukuk yargılama usulü, borçlar hukuku (genel hükümler), medenî hukuk, ceza hukuku (genel hükümler), vergi hukuku, vergi usul hukuku ve maliye-ekonomi,

konularını kapsayan alan bilgisi sorularından yapılır.

Yazılı sınavda genel yetenek ve genel kültür soruları yirmi, alan bilgisi soruları seksen puan ağırlığa sahip olacak şekilde değerlendirmeye tâbi tutulur. Bu değerlendirme yapılırken genel yetenek ve genel kültür konuları ile alan bilgisi konuları kendi aralarında eşit olarak puanlanır.

Yazılı sınavda yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almak kaydıyla en yüksek puan alandan başlamak üzere, sınav ilânında belirtilen kadro sayısının yüzde elli fazlası mülâkata çağrılır. Ancak başarı oranı, ilan edilen kadronun yüzde elli fazlasının altında olursa, sadece başarılı olanlar mülâkata çağrılır. Bu şekilde çağrılan en düşük puana sahip adayla aynı puanı alanlar da mülâkata alınır.

Mülâkat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.

Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu birer üye bulunması halinde bu üyeler Mülâkat Kurulunda asıl üye olarak görevlendirilir.

(Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç'un Teklifi)

tay mensupları arasından, Danıştay kontenjanı için Danıştay mensupları arasından; Yargıtay veya Danıştay mensubu üyelerden birinin ya da her ikisinin bulunmaması halinde ise Yönetim Kurulunun diğer üyeleri arasından gizli oyla seçim yapılır.

Asıl üyelerin hukukî veya fiilî sebeplerle katılamamaları halinde; Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürlüklerinin yerine vekalet edenler, Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulundan katılacak üyelerin yerine ise, Yönetim Kurulunun kendi üyeleri arasından her biri için ayrı ayrı gizli oyla belirleyeceği yedek üyeler Mülâkat Kuruluna katılır.

Mülâkat, ilgilinin;

a) Muhakeme gücünün,

b) Bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğinin,

c) Genel davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu ve liyakatinin,

d) Dış görünüşü itibarıyla yadırganacak bir halinin bulunup bulunmadığının

puan vermek suretiyle değerlendirilmesi yöntemidir.

Mülâkat, yukarıdaki bentlerde yazılı özellikler herbiri yirmibeşer puan üzerinden değerlendirilerek yapılır. Mülâkat Kurulunun herbir üyesi tarafından verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Başarılı sayılmak için, üyelerin yüz tam puan üzerinden verdikleri notların aritmetik ortalamasının en az yetmiş olması şarttır.

Mülâkat sonucu en yüksek puan alandan başlamak üzere sıraya konularak mülâkat başarı listesi hazırlanır ve bu listenin altı Mülâkat Kurulu tarafından imzalanarak Personel Genel Müdürlüğüne teslim edilir.

Yazılı yarışma sınavına katılmayanların mazeretleri kabul edilmez. Mazereti sebebiyle

(Adalet Komisyonunun
Kabul Ettiği Metin)

Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu üye sayısı birden fazla ise, Yargıtay kontenjanı için Yargıtay mensupları arasından, Danıştay kontenjanı için Danıştay mensupları arasından; Yargıtay veya Danıştay mensubu üyelerden birinin ya da her ikisinin bulunmaması halinde ise Yönetim Kurulunun diğer üyeleri arasından gizli oyla seçim yapılır.

Asıl üyelerin hukukî veya fiilî sebeplerle katılamamaları halinde; Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürlüklerinin yerine vekalet edenler, Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulundan katılacak üyelerin yerine ise, Yönetim Kurulunun kendi üyeleri arasından her biri için ayrı ayrı gizli oyla belirleyeceği yedek üyeler Mülâkat Kuruluna katılır.

Mülâkat, ilgilinin;

a) Muhakeme gücünün,

b) Bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğinin,

c) Genel davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu ve liyakatinin,

d) Dış görünüşü itibarıyla yadırganacak bir halinin bulunup bulunmadığının,

e) Yetenek, kültür ve çağdaş yaşam anlayışının,

puan vermek suretiyle değerlendirilmesi yöntemidir.

Mülâkat, yukarıdaki bentlerde yazılı özellikler herbiri yirmişer puan üzerinden değerlendirilerek yapılır. Mülâkat Kurulunun herbir üyesi tarafından verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Başarılı sayılmak için, üyelerin yüz tam puan üzerinden verdikleri notların aritmetik ortalamasının en az yetmiş olması şarttır.

Mülâkat sonucu en yüksek puan alandan başlamak üzere sıraya konularak mülâkat başa-

(Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç'un Teklifi)

mülâkata katılmayanların müracaatı üzerine Mülâkat Kurulunca mazeretlerinin kabulüne karar verildiği takdirde mülâkat yeri ile günü tespit edilir ve ilgili mülâkata çağrılır. Mazeret bildirenlerin mazereti Mülâkat Kurulunca reddedilir veya kabul edilmekle birlikte verilen süre içinde mülâkata katılmazsa başarısız sayılır.

Sınava katılanların, yukarıda belirtilen yazılı yarışma sınavı ve mülâkat puanlarının aritmetik ortalaması tespit edildikten sonra en yüksek puan alandan başlamak üzere nihai başarı listesi hazırlanır. Bu sıralamaya tâbi tutulanların nihai puanlarının eşit olması halinde, yazılı sınavda aldığı puana öncelik tanınır. Yazılı puanlarının da eşit olması halinde kura çekilmek suretiyle sırası belirlenir ve bu konuda yapılan işlemler düzenlenecek tutanakta gösterilir.

Yazılı yarışma sınavı ile mülâkatın sekreteryaya hizmetleri Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir.

Sınav kazananlardan gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu tespit edilenlerin sınavları geçersiz sayılarak atamaları yapılmaz. Ataması yapılmış olsa dahi iptal edilir. Bunlar hiçbir hak talebinde bulunamazlar.

Sınavı kazananlardan ataması yapıp da belge ile ispatı mümkün zorlayıcı sebepler olmaksızın 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 nci maddesinde belirlenen kanunî süre içerisinde göreve başlamayanların atamaları iptal edilir. Tekrar atanmaları için başvuruları halinde bunların atamaları yapılmaz.

Yazılı yarışma sınavı ve mülâkata karşı, idarî yargı yerinde dava açma süresi yedi gündür.”

(Adalet Komisyonunun
Kabul Ettiği Metin)

rı listesi hazırlanır ve bu listenin altı Mülâkat Kurulu tarafından imzalanarak Personel Genel Müdürlüğüne teslim edilir.

Yazılı yarışma sınavına katılmayanların mazeretleri kabul edilmez. Mazereti sebebiyle mülâkata katılmayanların müracaatı üzerine Mülâkat Kurulunca mazeretlerinin kabulüne karar verildiği takdirde mülâkat yeri ile günü tespit edilir ve ilgili mülâkata çağrılır. Mazeret bildirenlerin mazereti Mülâkat Kurulunca reddedilir veya kabul edilmekle birlikte verilen süre içinde mülâkata katılmazsa başarısız sayılır.

Sınava katılanların, yukarıda belirtilen yazılı yarışma sınavı ve mülâkat puanlarının aritmetik ortalaması tespit edildikten sonra en yüksek puan alandan başlamak üzere nihai başarı listesi hazırlanır. Bu sıralamaya tâbi tutulanların nihai puanlarının eşit olması halinde, yazılı sınavda aldığı puana öncelik tanınır. Yazılı puanlarının da eşit olması halinde kura çekilmek suretiyle sırası belirlenir ve bu konuda yapılan işlemler düzenlenecek tutanakta gösterilir.

Yazılı yarışma sınavı ile mülâkatın sekreteryaya hizmetleri Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir.

Sınav kazananlardan gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu tespit edilenlerin sınavları geçersiz sayılarak atamaları yapılmaz. Ataması yapılmış olsa dahi iptal edilir. Bunlar hiçbir hak talebinde bulunamazlar.

Sınavı kazananlardan ataması yapıp da belge ile ispatı mümkün zorlayıcı sebepler olmaksızın 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 nci maddesinde belirlenen kanunî süre içerisinde göreve başlamayanların atamaları iptal edilir. Tekrar atanmaları için başvuruları halinde bunların atamaları yapılmaz.”

(Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç'un Teklifi)

(Adalet Komisyonunun
Kabul Ettiği Metin)

MADDE 4- Aynı Kanunun 69 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 69- Meslekten çıkarma: Bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesidir.

68 inci maddenin (e) bendinde yazılı hallerden dolayı hangi sınıf ve derecede olursa olsun iki defa diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası almış olmak veya taksirli suçlar hariç olmak üzere, altı aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan biri ile kesin hüküm giymek meslekten çıkarılmayı gerektirir. Ancak, verilen cezanın 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan dolayı verilmemiş olması ve cezanın ertelenmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50 nci maddesindeki tedbirlerden birine çevrilmiş veya yüzseksen günden fazla adli para cezası olması halinde meslekten çıkarma cezası yerine, yer değiştirme cezası verilir.

Birinci fıkra dışında kalan ceza mahkumiyetlerinin ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlere çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın suçun niteliğine göre 64, 65, 66, 67 veya 68 inci maddelerde sayılan disiplin cezalarından biri verilir.

Hükümlülüğü gerektiren suç, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güveni gideren nitelikte görülürse, cezanın miktarına ve ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlerden birine çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, meslekten çıkarma cezası verilir.

MADDE 4- 2802 sayılı Kanunun 69 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 69- Meslekten çıkarma: Bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesidir.

68 inci maddenin (e) bendinde yazılı hallerden dolayı hangi sınıf ve derecede olursa olsun iki defa diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası almış olmak veya taksirli suçlar hariç olmak üzere, altı aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan biri ile kesin hüküm giymek meslekten çıkarılmayı gerektirir. Ancak, verilen cezanın 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan dolayı verilmemiş olması ve cezanın ertelenmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki tedbirlerden birine çevrilmiş veya yüzseksen günden fazla adli para cezası olması halinde meslekten çıkarma cezası yerine, yer değiştirme cezası verilir.

Birinci fıkra dışında kalan ceza mahkumiyetlerinin ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlere çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın suçun niteliğine göre 64, 65, 66, 67 veya 68 inci maddelerde sayılan disiplin cezalarından biri verilir.

Hükümlülüğü gerektiren suç, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güveni gideren nitelikte görülürse, Kanunda daha alt derecede bir disiplin cezası öngörülmemiş olmak kaydıyla, cezanın miktarına ve ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlerden birine çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, meslekten çıkarma cezası verilir.

(Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç’un Teklifi)

Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir.”

MADDE 5- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 6- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

(Adalet Komisyonunun
Kabul Ettiği Metin)

Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir.”

MADDE 5- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 6- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

