

" ...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“100 idari yargı yargıç adayı alımına yönelik olarak 15.10.2006 tarihinde yapılacak olan sınavın ve bu sınavın dayanağını oluşturan “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 Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının (ı) 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 100 idari yargı yargıç adayı alımına yönelik olarak 9.8.2006 tarihinde ilan edilen ve 15.10.2006 tarihinde yapılan yazılı sınav ile bu sınav sonucunda yapılacak olan mülakatın ve bu sınavların dayanağı olan Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliği'nin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin bulunan 13.11.2006 günlü, E.2006/4784 sayılı karara davalı idarelerin itiraz etmeleri üzerine açılan dosya incelendi:

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinde adaylığa atanacaklarda aranacak koşullar düzenlenmiş, bu arada maddenin (ı) bendinde “Yazılı yarışma sınavı ve mülakatta başarı gösterme(k)nin” şart olduğu hükme bağlanmıştır.

Aynı Kanun'un 9. maddesinde de;

“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 sayısınca 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 verilmek suretiyle;-Her yıl alınacak aday sayısının, avukatlık mesleğinden alınacaklarla birlikte Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle kadro ve ihtiyaç durumuna göre Adalet Bakanlığınca tespit edileceği,

- 8 inci maddede belirtilen niteliklere sahip olup, yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenlerin başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen ihtiyaç sayısına... göre... adaylığa atanacakları,

- Adayların yarışma sınavı ve mülakatı ile 8 inci maddenin (Hakimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya sakatlığı, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi özürlü durumları bulunmamak hükmünü taşıyan) (g) bendinin uygulanmasına ilişkin hususların yönetmelikle,

düzenleneceği öngörülmüştür.

Değinilen maddede, yazılı yarışma sınavı ve mülakatı yapacak makam gösterilmemekle birlikte, 9. maddenin son fıkrasında, adayların yarışma sınavı ve mülakatının uygulanmasına ilişkin konuların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu maddenin son fıkrası hükmü esas alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılan “Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği”nde, adayların yazılı yarışma sınavları ile mülakatlarının Adalet Bakanlığınca yapılacağı öngörülmüştür.

Bu durumda, Yargıçlar ve Savcılar Birliği'nce açılan bu davada, öncelikle hakim ve savcı adaylığına atamanın ve adaylığa atanacaklara uygulanacak yazılı yarışma sınavı ve mülakatın Adalet Bakanlığınca yapılmasının Anayasa'ya uygun olup, olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

Her ne kadar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 31.3.2005 günlü, YD. İtiraz No:2005/117 sayılı kararıyla 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin son fıkrasında yer alan “mülakat” ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu kanısına varılarak Anayasa Mahkemesince başvurulmuş ise de, 22.12.2005 tarihli ve 5435 sayılı Yasa ile 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin son fıkrası yeniden düzenlendiğinden, “mülakat” ibaresi için de Anayasa'ya aykırılık yönünden değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirttiği gibi, hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlettir. Adil bir hukuk düzeninin kurulması ise, yargının bağımsızlığı, hakim bağımsızlığı ve teminatının sağlanması ile mümkündür.

Anayasa'nın 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 hakimlerin mesleğe ne şekilde kabul edildikleri doğrudan bağımsızlıkları ile ilgili olduğundan, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasları gereğince hakimlerin seçilmelerinin tarafsız, nesnel ve sadece liyakati ölçmeyi amaçlayan sınavla yapılması gerekmektedir.

Nitekim yargı bağımsızlığının temel ilkesini 15.12.1985 günlü, 46/146 sayılı kararı ile onaylayan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu “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.” ilkesini kabul etmiştir.

Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı konusunda 13.10.1994 günlü, 518 inci toplantısında aldığı kararda da “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.” ifadesine yer vermiştir.

Öte yandan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 4087 sayılı Yasa ile Değişik 39/b maddesindeki; “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 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” hükmünün iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesi'nce verilen 14.12.1995 günlü, 1995/64 sayılı kararda da;

“...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 alınış 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 maddî ve

manevi etkilerden uzak ve özgür hissetmeleri zorlaşacaktır. Onlar hakimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşısalarda 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..." denilerek "Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı" sözcüklerinin iptaline hükmedilmiştir.

Görüldüğü gibi, avukatlık mesleğinden hakim ve savcılığa atanacakların Adalet Bakanlığı'na yazılı yeterlik sınavına tabi tutulmasının Anayasa'ya aykırı olacağını belirten bu karar, yasa ya da yönetmelikle bu konuda getirilecek benzer nitelikteki düzenlemelerin de Anayasa'ya aykırı olacağı konusunda kuşkuyla yer bırakmamaktadır.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, avukatlıktan hakimlik ve savcılığa geçeceklerle ilgili ise de, 2802 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde yazılı yükseköğretim kurumlarını bitirerek hakim ve savcı adaylığına başvuranlara uygulanacak yazılı yarışma sınavı ve mülakatın Adalet Bakanlığı'na yapılacağı yolundaki kuralların hukuksal durumuna da açıklık getirmektedir. Değinilen bu karar kaynağı ne olursa olsun hakim ve savcı adaylığına başvuranların adaylığa atanmak için Adalet Bakanlığı'na yazılı yarışma sınavına ve mülakata tabi tutulmalarının, Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi ile ilgili hükümlerine aykırı olacağını hiçbir duraksamaya yer bırakmadan açıkça ortaya koymaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 159. maddesinde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, adli ve idari yargı hakim ve savcı adaylarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme işlemlerinin yanı sıra maddede sayılan diğer işleri yapmakla görevli ve yetkili kılındığı, dolayısıyla Kurul'un görevinin mesleğe kabul aşamasında başladığı belirtilebilir ise de, değinilen Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulandığı gibi, nitelik saptamadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceğinden ve hakim ve savcılarının niteliklerinin mesleğe kabulden önceki dönemde yani, adaylığa atama ve adaylık süreci içinde belirleneceği açık bulunduğundan, başka bir anlatımla adaylığa atama ve adaylık süreci mesleğe kabulün bir parçası niteliğinde olduğundan yasa ile hakim ve savcı adaylığına atama konusunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yetkili kılınmasının Anayasa'ya aykırı olmayacağı hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Buna göre, kadro ve ihtiyaç durumunun yanı sıra hakim adaylarının ve dolayısıyla hakimlerin seçiminde yürütme organına yetki tanıyarak, yarışma sınavı ve mülakata ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini Yönetmeliğe bırakan ve bu suretle sınav ve mülakatın Adalet Bakanlığı tarafından yapılmasına olanak sağlayan 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırı olduğu kanısına varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 9. maddesinin (5435 sayılı Yasa ile değişik) son fıkrasındaki "... yazılı yarışma sınavı ve mülakatı ile ..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğurabileceği gözetilerek esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 30.11.2006 günü (...) oyçokluğu ile karar verildi."