

I. “İPTALİ İSTENEN HÜKÜMLER

(İptali istenen hüküm, koyu ve italik gösterilmiştir.)

1) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1’inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun değiştirilen 10’uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ve sözlü” ibaresi

MADDE 1- 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 10 uncu maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hâkim ve savcı yardımcılığı süresi ve eğitim:

MADDE 10- Hâkim ve savcı yardımcılığı süresi üç yıldır.

Hâkim ve savcı yardımcılığı; temel eğitim dönemi, görev dönemi ve son eğitim döneminden oluşur. Temel eğitim ve son eğitim Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Görev dönemi ise yargı mercilerinde fiilen görev yapmak suretiyle geçirilir.

Hâkim ve savcı yardımcıları, atanmalarını müteakip temel eğitime alınır. Temel eğitim döneminde adli yargı hâkim ve savcı yardımcıları, adli yargı teşkilatının ihtiyaç durumu ile imkânlar ölçüsünde kendi istekleri göz önünde bulundurulmak ve Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca hâkimliğe veya savcılığa atanacak şekilde ayrılır.

Hâkim ve savcı yardımcıları, temel eğitim döneminin sonunda yazılı sınava tabi tutulur ve aldıkları puana göre en yüksek puandan başlamak üzere ayrı ayrı sıralanır. Eşitlik hâlinde hâkim ve savcı yardımcılığı yazılı yarışma sınavında puanı yüksek olana öncelik tanınır. Eşitliğin devam etmesi hâlinde kura çekilmek suretiyle sıralama belirlenir. Hâkim ve savcı yardımcıları bu sıralamaya göre, Adalet Bakanlığınca belirlenen ilk derece yargı yerleri arasından seçtikleri il veya ilçelere görev dönemini geçirmek üzere atanır.

Hâkim ve savcı yardımcıları görev döneminde bölge adliye veya bölge idare mahkemeleri ile Yargıtay veya Danıştayda da görevlendirilir.

Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcılarının yetiştirilmesi amacıyla Adalet Bakanı tarafından tercihen istekli olanlar arasından, ilgili adalet komisyonları ve Türkiye Adalet Akademisi ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüş ve önerileri alınmak suretiyle, eğitici hâkim ve savcılar görevlendirilir. Bu görev; atama, terfi, müstemir yetki ve tevzi edilen iş sayısı gibi hususlar bakımından göz önünde bulundurulur. Eğitici sayısının birden fazla olduğu yerlerde, eğiticilerden biri koordinasyonu sağlamakla görevlendirilebilir. Eğitici hâkim ve savcılara Türkiye Adalet Akademisi tarafından eğitim verilir.

Hâkim ve savcı yardımcıları, eğitici hâkim veya savcılarının görev yaptığı mahkeme ve savcılıklarda ve onların nezaretinde görev yapar. Eğitici olarak görevlendirilen hâkim ve savcılara, en fazla iki hâkim ve savcı yardımcısı verilebilir.

Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcılarını Türkiye Adalet Akademisinde iki kez ara eğitime alınır. Her ara eğitimin sonunda yazılı sınav yapılır.

Görev dönemini tamamlayan hâkim ve savcı yardımcılarını son eğitime alınır. Son eğitim dönemini bitiren hâkim ve savcı yardımcılarını, yazılı **ve sözlü** sınava tabi tutulur. Sözlü sınava girebilmek için son yazılı sınav puanını ile yazılı sınavlar nihai puanının ayrı ayrı en az yetmiş olması şarttır.

Yazılı sınavlar nihai puanını; temel eğitim döneminin sonunda yapılan sınavdan alınan puanın %10'u ile görev döneminde yapılan ara sınavlardan alınan puanların aritmetik ortalamasının %30'u ve son yazılı sınavdan alınan puanın %60'ının toplamından oluşur.

Temel eğitim ve ara eğitimler yazılı sınav sonuçlarına göre; son yazılı sınavdan tam puan alsa bile yazılı sınavlar nihai puanının yetmiş ve üzerinde olma ihtimali kalmayan hâkim ve savcı yardımcılarını, on beş gün içinde yeniden ikinci ara eğitim yazılı sınavına alınır. Bu sınav sonucuna göre de yazılı sınavlar nihai puanının yetmiş ve üzerinde olma ihtimali kalmayanların, hâkim ve savcı yardımcılıklarına Adalet Bakanlığınca son verilir.

Son yazılı sınav puanını ile yazılı sınavlar nihai puanını en az yetmiş olmayanlar, en geç iki ay içinde yeniden son yazılı sınava alınır. Bu sınav sonucuna göre de başarılı olamayanlar hakkında onaltıncı fıkra hükümleri uygulanır.

Hâkim ve savcı yardımcılığı sonunda başarılı sayılmak için yazılı sınavlar nihai puanının %50'si, sözlü sınav puanının %25'i ile görev ve eğitim dönemlerinde verilen puanların aritmetik ortalamasının %25'inin toplamının en az yetmiş olması şarttır.

Yazılı sınavlar; hâkim ve savcı yardımcılarına ders verenler arasından Türkiye Adalet Akademisi Başkanınca seçilen başkan ile dört asıl ve iki yedek üyeden oluşan yazılı sınav kurulu tarafından yapılır.

Sözlü sınav; Türkiye Adalet Akademisi Başkanının başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı ve Personel Genel Müdürü ile hâkim ve savcı yardımcılarına ders verenler arasından ilgili bakan yardımcısıncı seçilen iki asıl ve bir yedek üyeden oluşan sözlü sınav kurulu tarafından yapılır.

Hâkim ve savcı yardımcılığı sonunda başarılı olamayanlar, talepleri hâlinde Adalet Bakanlığınca merkez veya taşra teşkilatında genel idare hizmetleri sınıfında bir kadroya atanabilir, aksi hâlde bunların hâkim ve savcı yardımcılığına Adalet Bakanlığınca son verilir.

Hâkim ve savcı yardımcılığı süresini tamamlamadan görevden ayrılanlar ile bu süreyi tamamlayıp, mesleğe kabul edildikten sonra hâkim ve savcı yardımcılığı süresi kadar çalışmadan görevden ayrılanlar, bu süre zarfında kendilerine ödenen aylık, ödenek, tazminatlar ile her türlü ödemenin, mecburi hizmetin eksik kalan kısmı ile orantılı miktarını iki kat olarak ödemek zorundadırlar.

Hâkim ve savcı yardımcılığı dönemleri, hâkim ve savcı yardımcılarının hâkimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hâkim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü; görev döneminin Yargıtay ve Danıştayda geçirilmesine ilişkin hususlar ise Yargıtay ve Danıştayın görüşleri alınmak suretiyle Adalet

Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle; eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususlar Türkiye Adalet Akademisince çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

2) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1’inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun değiştirilen 10’uncu maddesinin on dördüncü ve on beşinci fıkraları

MADDE 1- 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 10 uncu maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hâkim ve savcı yardımcılığı süresi ve eğitim:

MADDE 10- Hâkim ve savcı yardımcılığı süresi üç yıldır.

Hâkim ve savcı yardımcılığı; temel eğitim dönemi, görev dönemi ve son eğitim döneminden oluşur. Temel eğitim ve son eğitim Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Görev dönemi ise yargı mercilerinde fiilen görev yapmak suretiyle geçirilir.

Hâkim ve savcı yardımcıları, atanmalarını müteakip temel eğitime alınır. Temel eğitim döneminde adli yargı hâkim ve savcı yardımcıları, adli yargı teşkilatının ihtiyaç durumu ile imkânlar ölçüsünde kendi istekleri göz önünde bulundurulmak ve Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca hâkimliğe veya savcılığa atanacak şekilde ayrılır.

Hâkim ve savcı yardımcıları, temel eğitim döneminin sonunda yazılı sınava tabi tutulur ve aldıkları puana göre en yüksek puandan başlamak üzere ayrı ayrı sıralanır. Eşitlik hâlinde hâkim ve savcı yardımcılığı yazılı yarışma sınavında puanı yüksek olana öncelik tanınır. Eşitliğin devam etmesi hâlinde kura çekilmek suretiyle sıralama belirlenir. Hâkim ve savcı yardımcıları bu sıralamaya göre, Adalet Bakanlığınca belirlenen ilk derece yargı yerleri arasından seçtikleri il veya ilçelere görev dönemini geçirmek üzere atanır.

Hâkim ve savcı yardımcıları görev döneminde bölge adliye veya bölge idare mahkemeleri ile Yargıtay veya Danıştayda da görevlendirilir.

Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcılarının yetiştirilmesi amacıyla Adalet Bakanı tarafından tercihen istekli olanlar arasından, ilgili adalet komisyonları ve Türkiye Adalet Akademisi ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüş ve önerileri alınmak suretiyle, eğitici hâkim ve savcılar görevlendirilir. Bu görev; atama, terfi, müstemir yetki ve tevzi edilen iş sayısı gibi hususlar bakımından göz önünde bulundurulur. Eğitici sayısının birden fazla olduğu yerlerde, eğiticilerden biri koordinasyonu sağlamakla görevlendirilebilir. Eğitici hâkim ve savcılara Türkiye Adalet Akademisi tarafından eğitim verilir.

Hâkim ve savcı yardımcıları, eğitici hâkim veya savcılarının görev yaptığı mahkeme ve savcılıklarda ve onların nezaretinde görev yapar. Eğitici olarak görevlendirilen hâkim ve savcılara, en fazla iki hâkim ve savcı yardımcısı verilebilir.

Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcıları Türkiye Adalet Akademisinde iki kez ara eğitime alınır. Her ara eğitimin sonunda yazılı sınav yapılır.

Görev dönemini tamamlayan hâkim ve savcı yardımcıları son eğitime alınır. Son eğitim dönemini bitiren hâkim ve savcı yardımcıları, yazılı ve sözlü sınava tabi tutulur. Sözlü sınava girebilmek için son yazılı sınav puanı ile yazılı sınavlar nihai puanının ayrı ayrı en az yetmiş olması şarttır.

Yazılı sınavlar nihai puanı; temel eğitim döneminin sonunda yapılan sınavdan alınan puanın %10'u ile görev döneminde yapılan ara sınavlardan alınan puanların aritmetik ortalamasının %30'u ve son yazılı sınavdan alınan puanın %60'ının toplamından oluşur.

Temel eğitim ve ara eğitimler yazılı sınav sonuçlarına göre; son yazılı sınavdan tam puan alsa bile yazılı sınavlar nihai puanının yetmiş ve üzerinde olma ihtimali kalmayan hâkim ve savcı yardımcıları, on beş gün içinde yeniden ikinci ara eğitim yazılı sınavına alınır. Bu sınav sonucuna göre de yazılı sınavlar nihai puanının yetmiş ve üzerinde olma ihtimali kalmayanların, hâkim ve savcı yardımcılıklarına Adalet Bakanlığınca son verilir.

Son yazılı sınav puanı ile yazılı sınavlar nihai puanı en az yetmiş olmayanlar, en geç iki ay içinde yeniden son yazılı sınava alınır. Bu sınav sonucuna göre de başarılı olamayanlar hakkında onaltıncı fıkra hükümleri uygulanır.

Hâkim ve savcı yardımcılığı sonunda başarılı sayılmak için yazılı sınavlar nihai puanının %50'si, sözlü sınav puanının %25'i ile görev ve eğitim dönemlerinde verilen puanların aritmetik ortalamasının %25'inin toplamının en az yetmiş olması şarttır.

Yazılı sınavlar; hâkim ve savcı yardımcılarında ders verenler arasından Türkiye Adalet Akademisi Başkanınca seçilen başkan ile dört asıl ve iki yedek üyeden oluşan yazılı sınav kurulu tarafından yapılır.

Sözlü sınav; Türkiye Adalet Akademisi Başkanının başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı ve Personel Genel Müdürü ile hâkim ve savcı yardımcılarında ders verenler arasından ilgili bakan yardımcısınca seçilen iki asıl ve bir yedek üyeden oluşan sözlü sınav kurulu tarafından yapılır.

Hâkim ve savcı yardımcılığı sonunda başarılı olamayanlar, talepleri hâlinde Adalet Bakanlığınca merkez veya taşra teşkilatında genel idare hizmetleri sınıfında bir kadroya atanabilir, aksi hâlde bunların hâkim ve savcı yardımcılığına Adalet Bakanlığınca son verilir.

Hâkim ve savcı yardımcılığı süresini tamamlamadan görevden ayrılanlar ile bu süreyi tamamlayıp, mesleğe kabul edildikten sonra hâkim ve savcı yardımcılığı süresi kadar çalışmadan görevden ayrılanlar, bu süre zarfında kendilerine ödenen aylık, ödenek, tazminatlar ile her türlü ödemenin, mecburi hizmetin eksik kalan kısmı ile orantılı miktarını iki kat olarak ödemek zorundadırlar.

Hâkim ve savcı yardımcılığı dönemleri, hâkim ve savcı yardımcılarının hâkimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hâkim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü; görev döneminin Yargıtay ve Danıştayda geçirilmesine ilişkin hususlar ise Yargıtay ve Danıştayın görüşleri alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle; eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususlar Türkiye Adalet Akademisince çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

3) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1’inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun değiştirilen 10’uncu maddesinin son fıkrasında yer alan “yönetmelikle” ibareleri

MADDE 1- 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 10 uncu maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hâkim ve savcı yardımcılığı süresi ve eğitim:

MADDE 10- Hâkim ve savcı yardımcılığı süresi üç yıldır.

Hâkim ve savcı yardımcılığı; temel eğitim dönemi, görev dönemi ve son eğitim döneminden oluşur. Temel eğitim ve son eğitim Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Görev dönemi ise yargı mercilerinde fiilen görev yapmak suretiyle geçirilir.

Hâkim ve savcı yardımcıları, atanmalarını müteakip temel eğitime alınır. Temel eğitim döneminde adli yargı hâkim ve savcı yardımcıları, adli yargı teşkilatının ihtiyaç durumu ile imkânlar ölçüsünde kendi istekleri göz önünde bulundurulmak ve Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca hâkimliğe veya savcılığa atanacak şekilde ayrılır.

Hâkim ve savcı yardımcıları, temel eğitim döneminin sonunda yazılı sınava tabi tutulur ve aldıkları puana göre en yüksek puandan başlamak üzere ayrı ayrı sıralanır. Eşitlik hâlinde hâkim ve savcı yardımcılığı yazılı yarışma sınavında puanı yüksek olana öncelik tanınır. Eşitliğin devam etmesi hâlinde kura çekilmek suretiyle sıralama belirlenir. Hâkim ve savcı yardımcıları bu sıralamaya göre, Adalet Bakanlığınca belirlenen ilk derece yargı yerleri arasından seçtikleri il veya ilçelere görev dönemini geçirmek üzere atanır.

Hâkim ve savcı yardımcıları görev döneminde bölge adliye veya bölge idare mahkemeleri ile Yargıtay veya Danıştayda da görevlendirilir.

Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcılarının yetiştirilmesi amacıyla Adalet Bakanı tarafından tercihen istekli olanlar arasından, ilgili adalet komisyonları ve Türkiye Adalet Akademisi ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüş ve önerileri alınmak suretiyle, eğitici hâkim ve savcılar görevlendirilir. Bu görev; atama, terfi, müstemir yetki ve tevzi edilen iş sayısı gibi hususlar bakımından göz önünde bulundurulur. Eğitici sayısının birden fazla olduğu yerlerde, eğiticilerden biri koordinasyonu sağlamakla görevlendirilebilir. Eğitici hâkim ve savcılara Türkiye Adalet Akademisi tarafından eğitim verilir.

Hâkim ve savcı yardımcıları, eğitici hâkim veya savcıların görev yaptığı mahkeme ve savcılıklarda ve onların nezaretinde görev yapar. Eğitici olarak görevlendirilen hâkim ve savcılara, en fazla iki hâkim ve savcı yardımcısı verilebilir.

Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcıları Türkiye Adalet Akademisinde iki kez ara eğitime alınır. Her ara eğitimin sonunda yazılı sınav yapılır.

Görev dönemini tamamlayan hâkim ve savcı yardımcıları son eğitime alınır. Son eğitim dönemini bitiren hâkim ve savcı yardımcıları, yazılı ve sözlü sınava tabi tutulur. Sözlü sınava

girebilmek için son yazılı sınav puanı ile yazılı sınavlar nihai puanının ayrı ayrı en az yetmiş olması şarttır.

Yazılı sınavlar nihai puanı; temel eğitim döneminin sonunda yapılan sınavdan alınan puanın %10'u ile görev döneminde yapılan ara sınavlardan alınan puanların aritmetik ortalamasının %30'u ve son yazılı sınavdan alınan puanın %60'ının toplamından oluşur.

Temel eğitim ve ara eğitimler yazılı sınav sonuçlarına göre; son yazılı sınavdan tam puan alsa bile yazılı sınavlar nihai puanının yetmiş ve üzerinde olma ihtimali kalmayan hâkim ve savcı yardımcıları, on beş gün içinde yeniden ikinci ara eğitim yazılı sınavına alınır. Bu sınav sonucuna göre de yazılı sınavlar nihai puanının yetmiş ve üzerinde olma ihtimali kalmayanların, hâkim ve savcı yardımcılıklarına Adalet Bakanlığınca son verilir.

Son yazılı sınav puanı ile yazılı sınavlar nihai puanı en az yetmiş olmayanlar, en geç iki ay içinde yeniden son yazılı sınava alınır. Bu sınav sonucuna göre de başarılı olamayanlar hakkında onaltıncı fıkra hükümleri uygulanır.

Hâkim ve savcı yardımcılığı sonunda başarılı sayılmak için yazılı sınavlar nihai puanının %50'si, sözlü sınav puanının %25'i ile görev ve eğitim dönemlerinde verilen puanların aritmetik ortalamasının %25'inin toplamının en az yetmiş olması şarttır.

Yazılı sınavlar; hâkim ve savcı yardımcılarında ders verenler arasından Türkiye Adalet Akademisi Başkanınca seçilen başkan ile dört asıl ve iki yedek üyeden oluşan yazılı sınav kurulu tarafından yapılır.

Sözlü sınav; Türkiye Adalet Akademisi Başkanının başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı ve Personel Genel Müdürü ile hâkim ve savcı yardımcılarında ders verenler arasından ilgili bakan yardımcısı seçilen iki asıl ve bir yedek üyeden oluşan sözlü sınav kurulu tarafından yapılır.

Hâkim ve savcı yardımcılığı sonunda başarılı olamayanlar, talepleri hâlinde Adalet Bakanlığınca merkez veya taşra teşkilatında genel idare hizmetleri sınıfında bir kadroya atanabilir, aksi hâlde bunların hâkim ve savcı yardımcılığına Adalet Bakanlığınca son verilir.

Hâkim ve savcı yardımcılığı süresini tamamlamadan görevden ayrılanlar ile bu süreyi tamamlayıp, mesleğe kabul edildikten sonra hâkim ve savcı yardımcılığı süresi kadar çalışmadan görevden ayrılanlar, bu süre zarfında kendilerine ödenen aylık, ödenek, tazminatlar ile her türlü ödemenin, mecburi hizmetin eksik kalan kısmı ile orantılı miktarını iki kat olarak ödemek zorundadırlar.

Hâkim ve savcı yardımcılığı dönemleri, hâkim ve savcı yardımcılarının hâkimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hâkim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü; görev döneminin Yargıtay ve Danıştayda geçirilmesine ilişkin hususlar ise Yargıtay ve Danıştayın görüşleri alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca çıkarılacak **yönetmelikle**; eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususlar Türkiye Adalet Akademisince çıkarılacak **yönetmelikle** düzenlenir."

4) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı

Kanun’a eklenen 10/A maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri ile ikinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri

MADDE 2- 2802 sayılı Kanuna 10 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Hâkim ve savcı yardımcısının görev ve yetkileri:

MADDE 10/A- Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcısının mahkemedeki görevleri şunlardır:

- a) Hâkim tarafından tevdi edilen dosya veya evrakı inceleyerek hâkime sunmak.
- b) Duruşma ve keşif işlemlerinde hâkime yardımcı olmak.
- c) Yazı işleri müdürlüğünce hazırlanan evrakı hâkime sunulmadan önce kontrol etmek.
- d) Tensip ve gerekçeli karar taslaklarını hazırlamak.**
- e) Ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri yapmak.**
- f) Hâkimin istediği konular hakkında hukuki araştırma yapmak.
- g) Mevzuatta belirtilen diğer görevler ile hâkim tarafından verilen benzeri görevleri yerine getirmek.

Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcısının Cumhuriyet başsavcılığındaki görevleri şunlardır:

- a) Savcı tarafından tevdi edilen dosya veya evrakı inceleyerek savcıya sunmak.
- b) Soruşturma işlemleri ile kovuşturma aşamasında savcının görev alanına giren işlerde savcıya yardımcı olmak.
- c) Yazı işleri müdürlüğünce hazırlanan evrakı savcıya sunulmadan önce kontrol etmek.
- d) Soruşturma evrakına ilişkin karar taslakları ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvuru taslaklarını hazırlamak.**
- e) Her türlü yazışma taslağını hazırlamak.**
- f) Savcının istediği konular hakkında hukuki araştırma yapmak.
- g) Mevzuatta belirtilen diğer görevler ile savcı tarafından verilen benzeri görevleri yerine getirmek.

Münhasıran hâkim veya savcı tarafından yapılması gereken iş ve işlemler, hâkim ve savcı yardımcısı tarafından yapılamaz.

Hâkim ve savcı yardımcısının yetiştirilmesi ve mesleki deneyim ve beceri kazanması amacıyla gerekli görülen uygulamalar, hâkim ve savcının nezaretinde yaptırılabilir.

Hâkim ve savcı yardımcılarının görev yaptığı yargı mercilerinde çalışan personel, görevleriyle ilgili olarak hâkim ve savcı yardımcılarına karşı sorumludur.

Hâkim ve savcı yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Yargıtay ve Danıştay ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.”

5) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 2’nci maddesiyle 2810 sayılı Kanun’a eklenen 10/A maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan “*ile hâkim tarafından verilen benzeri görevleri*” ibaresi ile ikinci fıkrasının (g) bendinde yer alan “*ile savcı tarafından verilen benzeri görevleri*” ibaresi

MADDE 2- 2802 sayılı Kanuna 10 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Hâkim ve savcı yardımcısının görev ve yetkileri:

MADDE 10/A- Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcısının mahkemedeki görevleri şunlardır:

- a) Hâkim tarafından tevdi edilen dosya veya evrakı inceleyerek hâkime sunmak.
- b) Duruşma ve keşif işlemlerinde hâkime yardımcı olmak.
- c) Yazı işleri müdürlüğünce hazırlanan evrakı hâkime sunulmadan önce kontrol etmek.
- d) Tensip ve gerekçeli karar taslaklarını hazırlamak.
- e) Ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri yapmak.
- f) Hâkimin istediği konular hakkında hukuki araştırma yapmak.
- g) Mevzuatta belirtilen diğer görevler ***ile hâkim tarafından verilen benzeri görevleri*** yerine getirmek.

Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcısının Cumhuriyet başsavcılığındaki görevleri şunlardır:

- a) Savcı tarafından tevdi edilen dosya veya evrakı inceleyerek savcıya sunmak.
- b) Soruşturma işlemleri ile kovuşturma aşamasında savcının görev alanına giren işlerde savcıya yardımcı olmak.
- c) Yazı işleri müdürlüğünce hazırlanan evrakı savcıya sunulmadan önce kontrol etmek.

d) Soruşturma evrakına ilişkin karar taslakları ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvuru taslaklarını hazırlamak.

e) Her türlü yazışma taslağını hazırlamak.

f) Savcının istediği konular hakkında hukuki araştırma yapmak.

g) Mevzuatta belirtilen diğer görevler *ile savcı tarafından verilen benzeri görevleri* yerine getirmek.

Münhasıran hâkim veya savcı tarafından yapılması gereken iş ve işlemler, hâkim ve savcı yardımcısı tarafından yapılamaz.

Hâkim ve savcı yardımcısının yetiştirilmesi ve mesleki deneyim ve beceri kazanması amacıyla gerekli görülen uygulamalar, hâkim ve savcının nezaretinde yaptırılabilir.

Hâkim ve savcı yardımcılarının görev yaptığı yargı mercilerinde çalışan personel, görevleriyle ilgili olarak hâkim ve savcı yardımcılarına karşı sorumludur.

Hâkim ve savcı yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Yargıtay ve Danıştay ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.”

6) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 2’nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun’a eklenen 10/A maddesinin son fıkrasında yer alan “yönetmelikle” ibaresi

MADDE 2- 2802 sayılı Kanuna 10 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Hâkim ve savcı yardımcısının görev ve yetkileri:

MADDE 10/A- Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcısının mahkemedeki görevleri şunlardır:

a) Hâkim tarafından tevdi edilen dosya veya evrakı inceleyerek hâkime sunmak.

b) Duruşma ve keşif işlemlerinde hâkime yardımcı olmak.

c) Yazı işleri müdürlüğünce hazırlanan evrakı hâkime sunulmadan önce kontrol etmek.

d) Tensip ve gerekçeli karar taslaklarını hazırlamak.

e) Ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri yapmak.

f) Hâkimin istediği konular hakkında hukuki araştırma yapmak.

g) Mevzuatta belirtilen diğer görevler ile hâkim tarafından verilen benzeri görevleri yerine getirmek.

Görev döneminde hâkim ve savcı yardımcısının Cumhuriyet başsavcılığındaki görevleri şunlardır:

- a) Savcı tarafından tevdi edilen dosya veya evrakı inceleyerek savcıya sunmak.
- b) Soruşturma işlemleri ile kovuşturma aşamasında savcının görev alanına giren işlerde savcıya yardımcı olmak.
- c) Yazı işleri müdürlüğünce hazırlanan evrakı savcıya sunulmadan önce kontrol etmek.
- d) Soruşturma evrakına ilişkin karar taslakları ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvuru taslaklarını hazırlamak.
- e) Her türlü yazışma taslağını hazırlamak.
- f) Savcının istediği konular hakkında hukuki araştırma yapmak.
- g) Mevzuatta belirtilen diğer görevler ile savcı tarafından verilen benzeri görevleri yerine getirmek.

Münhasıran hâkim veya savcı tarafından yapılması gereken iş ve işlemler, hâkim ve savcı yardımcısı tarafından yapılamaz.

Hâkim ve savcı yardımcısının yetiştirilmesi ve mesleki deneyim ve beceri kazanması amacıyla gerekli görülen uygulamalar, hâkim ve savcının nezaretinde yaptırılabilir.

Hâkim ve savcı yardımcılarının görev yaptığı yargı mercilerinde çalışan personel, görevleriyle ilgili olarak hâkim ve savcı yardımcılarına karşı sorumludur.

Hâkim ve savcı yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Yargıtay ve Danıştay ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılan **yönetmelikle** düzenlenir.”

7) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3’üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun’un değiştirilen 11’inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi

MADDE 3- 2802 sayılı Kanunun 11 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hâkim ve savcı yardımcılar hakkında düzenlenecek formlar:

MADDE 11- Her hâkim ve savcı yardımcısı hakkında; eğitim dönemlerinde Türkiye Adalet Akademisinin ilgili daire başkanı; görev döneminde ise eğitici hâkim ve savcı, Yargıtay ve Danıştayda ilgisine göre daire başkanı veya savcı tarafından yüz puan üzerinden değerlendirme formu düzenlenir. ***Bu form düzenlenirken hâkim ve savcı yardımcısının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususlar dikkate alınır.*** Müfettiş maiyetinde görev yapılması durumunda müfettiş, Anayasa Mahkemesinde görev yapılması

durumunda ise bölüm başkanı tarafından hâkim ve savcı yardımcısı hakkında değerlendirme formu düzenlenir.

Düzenlenecek formlar Adalet Bakanlığına gönderilmek üzere ilgisine göre adalet komisyonu başkanlığı ile Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Yargıtay Birinci Başkanlığı ve Danıştay Başkanlığına verilir.

Değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar yüksek mahkemeler ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.”

8) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3’üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun’un değiştirilen 11’inci maddesinin son fıkrasında yer alan “yönetmelikle” ibaresi

MADDE 3- 2802 sayılı Kanunun 11 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hâkim ve savcı yardımcılarını hakkında düzenlenecek formlar:

MADDE 11- Her hâkim ve savcı yardımcısı hakkında; eğitim dönemlerinde Türkiye Adalet Akademisinin ilgili daire başkanı; görev döneminde ise eğitici hâkim ve savcı, Yargıtay ve Danıştayda ilgisine göre daire başkanı veya savcı tarafından yüz puan üzerinden değerlendirme formu düzenlenir. Bu form düzenlenirken hâkim ve savcı yardımcısının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususlar dikkate alınır. Müfettiş maiyetinde görev yapılması durumunda müfettiş, Anayasa Mahkemesinde görev yapılması durumunda ise bölüm başkanı tarafından hâkim ve savcı yardımcısı hakkında değerlendirme formu düzenlenir.

Düzenlenecek formlar Adalet Bakanlığına gönderilmek üzere ilgisine göre adalet komisyonu başkanlığı ile Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Yargıtay Birinci Başkanlığı ve Danıştay Başkanlığına verilir.

Değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar yüksek mahkemeler ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca çıkarılan *yönetmelikle* düzenlenir.”

9) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 13’üncü maddesiyle 1512 sayılı Kanun’un 162’nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın birinci ve ikinci cümleleri

MADDE 13- 1512 sayılı Kanunun 162 nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve maddenin mevcut ikinci fıkrasında yer alan “birinci fıkra” ibaresi “birinci ve ikinci fıkralar” şeklinde değiştirilmiştir.

“Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder. Notere karşı açılacak davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.”

II. GEREKÇE

1) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1'inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun değiştirilen 10'uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ve sözlü” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleri, ehemmiyet bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olsa idi; adalet, bu sınıflandırmanın başlarında yer alırdı. Zira “*Adalet, mülkün temelidir.*”. Nitekim Fransız hukukçu M. P. Fabreguettes'in Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı adlı eserinde de işaret ettiği üzere;

“Adalet herkese, her an için muhtaç bulunmaktadır. Bunun için adaletin hürmet telkin etmesi, itimat ilham eylemesi lâzımdır.

“Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret, kendilerine emanet olunanların seçimlerinde uyanık bulunmakta, milletin büyük menfaati vardır.,,

Hâkimler, vermiş oldukları kararlarla, omuzlarında, nizamı tesis vazifesi taşımaktadırlar. Tek bir kararda veki adaletsizlik, âmmeye tevcih edilmiş bir tehdit mahiyetindedir.

Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanında yalnız hâkimlik sınıfı daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder.”¹

Öte yandan, belirtmek gerekir ki; yargısal muhakeme sonucu ortaya çıkan hüküm, (yargının) üçlü sacayağı (hakim – savcı –avukat) üzerine kurulur. Kanun koyucu da 7413 sayılı Kanun'un münferit maddeleriyle hükmü ortaya koyan öznelerin ikisi (hakim –savcı) bakımından mesleğe kabul edilmeden önce nitelikli biçimde yetiştirilmelerini teminen; yardımcılık müessesini ihdas etmiştir. O halde bu müessese hakkında yapılan düzenlemenin Anayasal gereklilikleri karşılaması lazım gelmektedir. Ancak iptali istenen ibare, Anayasal gereklilikleri karşımaya elverişli ve yeterli değildir.

7413 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi değiştirilmiş, hakim ve savcı yardımcılığı süreci düzenlenmiştir. Değişik 10'uncu maddenin dokuzuncu fıkrasının ikinci cümlesine göre son eğitim dönemini bitiren yardımcıları, yazılı ve sözlü sınava tabi tutulacaktır. Ancak sözlü sınavı yapacak kurulun yapısı, sözlü sınavın içeriğinin belirsiz olması ve kamera kaydına alınması öngörülmediğinden saydamlığın ve nesnelliğin sağlanamayacak olması nedeniyle, yardımcıların sözlü sınava tabi tutulmasını öngören ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 36'ncı maddesinde herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Pozitif yükümlülüğüne binaen Devlet tarafından, anılan hakkın herkes bakımından erişilebilir

¹ Fabreguettes, F. P., Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Adliye Vekilliği, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945 (Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019), s. 9.

kılınması, yargının üçlü sacayağının marifetiyle mümkündür. O halde hakim ve savcılarının statüsünün, adalet özelinde yürütülen başat kamu hizmeti bakımından Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında “*diğer kamu görevlisi*” niteliğinde olması gerekmektedir. Öte yandan Anayasa koyucu, hakimlik ve savcılık mesleğine önem atfederek; bu mesleğe ilişkin temel çerçeveyi Anayasal düzeyde (Anayasa'nın 140'ıncı maddesinde) belirlemiştir.

Başka bir anlatımla 7413 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca hakim ve savcı yardımcılarını, Devlet Memurları Kanunu'ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup, hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, Devlet Memurları Kanunu'nun 2802 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. (Söz konusu değişiklik, 7413 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle; 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.) Kısacası yardımcılar, hukuki statü itibarıyla memur olarak konumlandırılmıştır.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından hakim ve savcılarının yardımcılık süreci, kadro ihdası, ataması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa'nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128 ve 140'ıncı maddeler uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen ibare, bu hususları Anayasa'nın öngördüğü çerçevede düzenlememektedir. Bu durum, aşağıda ayrıntılı olarak gösterildiği üzere, Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

a)Kamu görevlilerinin özlük hakları ile hakimlik ve savcılık mesleği bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (*Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı*). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (*Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41*).

Yine Anayasa'nın 140'ıncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim 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 işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Her ne kadar söz konusu 140'ıncı maddenin lafzında açıkça “yardımcılar” yer almasa da ve yardımcılarının HSK tarafından henüz mesleğe kabul yapılmamış olsa da; 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesiyle yardımcılara verilen ve yargılamanın özünü etkileyecek görev ve yetkiler de nazara alındığında; mesleğe kabul öncesinde yetiştirilmelerini teminen konumlandırılan bir ara statü olması itibarıyla hakim ve

savcı yardımcılarının (veya adaylarının), anılan amir hükmün kapsamında kaldığı izahtan varestedir.

Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 140'ıncı maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulünün zorunlu olduğuna işaret ettiği bir kararında;

“Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra 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.” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı Kararı).

İfade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi otuz yıl sonra verdiği bir diğer kararında hakim ve savcı adaylarının, hakim ve savcı statüsünde sayılmadığını ve bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerinin kapsamında kalmadığını hüküm altına almıştır. Söz konusu kararın gerekçesinin müteallik bölümü:

“Anayasa’da yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık mesleğine ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapan HSK’ca verilen mesleğe kabul kararıyla başlanmaktadır. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylık sürecinde HSK tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve yargılama faaliyetinde bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle adaylık sürecine ilişkin dava konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri çerçevesinde incelenebilmesi mümkün değildir.” şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 10.12.2020 tarihli ve 2016/144 E.; 2020/75K. sayılı Kararı, § 286).

Kararlardan anlaşılacağı üzere; Anayasa Mahkemesi'nin 1990 tarihli içtihadı, yargı bağımsızlığının korunmasını temin etmektedir.

İhtilaflı kural, Anayasa'nın 128'inci maddesinin 2'nci ve 140'ıncı maddesinin 3'üncü fıkralarına aykırı şekilde, sözlü sınavın (7413 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un değiştirilen 10'uncu maddesinin on beşinci fıkrası uyarınca) idare tarafından yapılacağını hüküm altına almış ve fakat idareyi, sözlü sınavın içeriği ve usulü bakımından objektif kıstaslarla kayıtlamamıştır.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, sözlü sınavın usulünü ve içeriğini net bir biçimde kanun formunda ortaya koymamış ve bu hususların belirlenmesini idarenin düzenleyici işlemlerine bırakmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan hakim ve savcı statüsünde olmaya namzet kimselere (memur statüsünde bulunan yardımcılara) yapılacak sözlü sınavın içeriğinin ve usulünün kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptal istenen ibareyi içermesi hasebiyle maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen

ihtilaflı kural, bu nedenle Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda "b" alt başlığı).

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı*). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (*Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı*). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin *secundum legem* özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin *intra legem* özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle hakim ve savcı olabilmek için yardımcılarının tabi olacağı sözlü sınavın usulünün ve içeriğinin, nesnellik ölçütü olması bakımından şeffaflığı da sağlayacak biçimde (*söz gelimi kamera kaydına alınmak suretiyle*); Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; sözlü sınavın usulü ve içeriği hakkında–Anayasal ilkelerin aksine- (*söz gelimi yardımcının muhakeme gücü, mesleğe uygunluğu, genel kültürü, bilimsel ve teknolojik gelişmeleri takip kabiliyetini ölçecek objektif kıstaslar*) tamamen sessiz kalmış, sadece sınavın kim tarafından yapılacağını düzenlemiş ve fakat sözlü sınav kurulunu karar alırken esas alacağı objektif kıstaslarla sınırlandırmamış, bu hususları idarenin düzenleyici işleminin konusu yapmıştır. Bu durum, sözlü sınav kurulunun subjektif değerlendirme yapmasına sebep olacaktır.

Halbuki Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere sözlü sınav, nitelik itibarıyla yazılı sınavdan farklı bir ölçme aracıdır: '*Dava konusu kuralda düzenlenen sözlü sınav, bir kişinin davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla sorulu cevaplı görüşme yapılarak ilgilinin muhakeme gücünü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğini, genel görünümünü, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunu ve liyakatini, yetenek ve kültürünü, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığını puan vermek suretiyle değerlendirme yöntemidir. Yazılı yarışma sınavında ilgililerin genel yetenek ve genel kültür seviyeleri ile alan bilgisi düzeyleri ölçüldüğünden sözlü sınavda anılan bilgilerin yeniden ölçülmesi yerine dava konusu kuralda belirtilen hususlarda değerlendirmeye tabi tutulması, mülakatın yapılış amacına*

uygunluk taşımaktadır.'' (Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.2014 tarihli ve 2014/99 E.; 2014/181 K. sayılı Kararı). Bu nedenle kanun koyucunun, tercihini sözlü sınav yönünden yaptığında; idarenin takdir yetkisini kanun düzeyinde açıkça çerçeveleyip sınırlandırması gerekmektedir.

Buna ilave olarak, *''Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, ''Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.*'' denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)'' (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen sözlü sınavın usulü ile içeriğinin genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde sözlü sınava ilişkin çıkarılacak yönetmeliğin 7413 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7413 sayılı Kanun'un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 10'uncu maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddeleri uyarınca kanun düzeyinde tanımlanması gereken hususları idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden, maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik niteliğini içermeyip, yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 2, 123, 128 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye sözlü sınavın usulünü ve içeriğini belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70'inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı,

kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (*Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı*).

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin *"Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez"* şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan *"görevin"* ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve niteliğinin varlığının tespiti için yapılacak sözlü sınavın), (bir kimsenin bu statüye uygun olduğunun objektif kriterlere göre tespitinin yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin niteliklerinin varlığını tespit edecek araç olan sözlü sınavın usulünü ve içeriğini belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (adalet özelinde kamu hizmeti icra edecek hakim ve savcı istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, hakim ve savcı olabilmek için (Zira söz konusu 10'uncu maddenin on üçüncü fıkrası uyarınca hakim ve savcı yardımcılığı sonunda başarılı sayılmak için esas alınacak puan toplamında; sözlü sınavın, % 25 bareminde etkisi bulunmaktadır.) yardımcılarının tabi olacağı sözlü sınavın usulünün ve içeriğinin liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70'inci maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

"1- KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararnama ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

d)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Yine Anayasa Mahkemesi'nin 01.02.2018 tarihli ve 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanunla 636 sayılı KHK'ye eklenen ve sözleşmeli sağlık personeli istihdamında yapılacak “sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığınca belirleneceğine” ilişkin 45/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesiyle ilgili olarak verdiği kararında da; bu durum, hüküm altına alınmıştır. Anılan kararın ilgili bölümü:

“Kamu görevlisi statüsünde olan sözleşmeli sağlık personelinin sözlü sınavla mesleğe alınması kanun koyucunun takdir yetkisinde olmakla birlikte bu personelin sözlü sınavla mesleğe alınmasına ve yerleştirilmesine ilişkin temel ilkelerin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisinin idareye devredilmemesi gerekir ... Kuralın ikinci cümlesinde sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça belirleneceği öngörülmüştür. Kanun'da sözlü sınavda hangi ölçütlerin gözetileceği hususlarına yer verilmediği gibi sınavı kazanan adayların yerleştirilmesinde uygulanacak esaslara ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle Kanun'da sözlü sınav ve sınav sonrası yerleştirmeye ilişkin temel ilkeler belirlenmemiş ve kuralın ikinci cümlesiyle bu hususların düzenlenmesi yönetmeliğe

bırakılmıştır ... Bakanlıkta istihdam edilecek sözleşmeli personelin sözlü sınavla mesleğe alımına ve yerleştirilmelerine ilişkin temel ilkelerin kanunda belirlenmeksizin yönetmelikle düzenlenmesine imkan tanınması kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesine ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır."

şeklindedir. Anayasa Mahkemesi, iptal davasına konu düzenlemeyi, Anayasa'nın 7 ve 128'inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir (*Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 199-201*).

Anayasa Mahkemesi'nin hakim ve savcı adaylarının yalnız sözlü sınava tabi tutulacağını öngören düzenleme hakkında verdiği 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı (iptal) kararında şu gerekçeyi kaleme almıştır:

"B- Yasa'nın 7. maddesi Yönünden inceleme: l- 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 gerekmektedir.

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 başlı başına 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 uyandırabilecek 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 inceleme:

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla ve ne biçimde sınırlandırılacağı 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 saptanmamıştır.

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 kaldırabilecek 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 sınavındava hakkını ortadan kaldırdığı ya da Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırladığı 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) deyimiyle, 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; sanığa 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.

Anayasa'nın 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 yasakoyucuyu, yargıçların bağımsızlığına aykırı yasa koymaktan yasaklayarak (Anayasa M. 11) yargıç bağımsızlığını yasama organına karşı korumuştur.

Anayasa, bununla yetinmemiş yargıç bağımsızlığını korumak için de

139. maddesine yargıç güvencesini kabul etmiştir. Anayasa'nın 139. ve

140. maddelerinde yargıçların ve savcılarının 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 yeterlik kazanmış olmadıkça hiç kimsenin yargıcılık ve savcılığa atanamayacağı belirtilmektedir. Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında ise yargıç ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıcılık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıcılık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulü zorunludur. Böylece, Anayasa, yargıcılık 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 hatâ yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tesbiti 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 öznел değerlendirilmelere 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.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 7 ve 128'inci ile 138, 139 ve 140'ıncı maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları ve nitelikleri sağlayan yardımcıları arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilaflı kural, aynı şekilde, kamu hizmetine (hakim ve savcılık mesleğine) kabulde yapılacak sözlü sınava ilişkin objektif esas ve usulleri öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir 'haklı neden'in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K.

sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı şartlara ve niteliklere sahip yardımcılardan birinin mesleğe kabul edilip diğerinin edilmemesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, hakim ve savcı olabilmek için yardımcılarının tabi olacağı sözlü sınavın usulünün ve içeriğinin idareye bırakılması, mesleğin gerektirdiği nitelikler bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

f) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Bu yükümlülüğün, mesleğe girişte görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki diğer tüm keyfi tercih ölçütlerinin kullanılmasına mani olacak koşulların sağlanmasını öncelikle içerdiği izahtan varestedir. Ancak iptali talep edilen ibare, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare, keyfi biçimde, sözlü sınava ilişkin usul ve esasları belirleyerek; bu sınavlarda başarısız sayılan kimselerin meslek mensubu olmasının önüne geçecektir; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, söz konusu sözlü sınavın içeriğine ve yapılmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49'uncu maddelerine aykırıdır.

g) Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı yetkisi, eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı, hakimlik ve savcılık mesleği bakımından:

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama hürriyeti güvencelenmiş; anılan hak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddelerinde olduğu gibi uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Yine Anayasa'nın 40'ıncı maddesi mucibince Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Anılan hakların temini ise; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 10'uncu maddesinde “Devlet

organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.'' şeklindeki fıkra hüküm altına alınmak suretiyle; hakim ve savcıların taraflara eşit mesafede durması gerektiğine işaret edilmiştir. Buna ilave olarak Anayasa'nın 138 ve 140'ıncı maddelerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açıkça hüküm altına alınmış; 139'uncu maddesiyle hakimlik savcılık teminatı güvencelenmiştir. Anılan hükümler, bir bütün olarak yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik olup birbirlerinden ayrı ele alınamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, bir mahkemenin (hakimin –savcının) bağımsız ve tarafsız olarak nitelendirilebilmesi adına içtihadı olarak birtakım kıstaslar öngörmüştür:

“225. Bir merciin “bağımsız” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemede Mahkeme, diğerleri arasında, aşağıdaki ölçütleri dikkate alır (Langborger/İsveç, § 32; Kleyne ve Diğerleri/Hollanda [BD], § 190):

i. üyelerinin atanma şekli ve

ii. görev süresi;

iii. dış baskılara karşı güvencelerin varlığı ve

iv. söz konusu merciin bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediği.

...

v. Tarafsızlık şunlara göre değerlendirilmelidir (Micallef/Malta [BD], § 93; Nicholas/Kıbrıs, § 49):

i. belli bir hâkimin şahsi inancının ve davranışının, yani hâkimin belli bir davada kişisel önyargı veya taraflılık sergileyip sergilemediğinin göz önünde bulundurulduğu öznel yöntem;

ii. ve ayrıca, mahkemenin, bilhassa oluşumu aracılığıyla, hakkındaki her tür meşru şüpheyi ortadan kaldırmak üzere yeterli güvenceler sunup sunmadığının belirlenmesinden ibaret olan nesnel yöntem.''²

Bunun yanında, yine hakim ve savcılarının bağımsız, tarafsız, nitelikli, donanımlı, etkin olmaları gerektiğine işaret eden ve yumuşak hukuk (soft law) araçları olarak dikkate alınmak gereken birçok uluslararası belge (*Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri*³; *Bangolar Yargı Etiği İlkeleri*⁴; *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12 sayılı Tavsiye*

² Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

³ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁴ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

Kararı⁵; Avrupa Konseyi Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri”⁶ ...) düzenlenmiştir.

Yine uluslararası örgütlerin görüşlerine, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri belirlenirken; nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat ilkesinin ve nesnel ölçütlerin esas alınması gerekliliği yansımıştır.

Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi’nin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş’e göre;

“25. Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin “nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre” belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm “objektif kıstaslar”, genel bir özellik arz etmek zorundadır. Ancak asıl hayati öneme sahip olan, bu ilkelerin belirli bir durumdaki gerçek içeriği ve etkisidir. CCJE, üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetan liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmiştir. Bunun yapılmasının ardından, atama veya terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir.”⁷

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı’na göre;

“Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri, vasıfları, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. **Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciün bağımsızlığını güvence altına almak için, merciün üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.”⁸**

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu’na göre;

“24. CCJE’nin 1 no.lu Görüşünde ilave olarak şu tavsiyeye yer verilmiştir (25te): “üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamlar, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve

⁵ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁶ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁷ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁸ [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR\(94\)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR(94)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmeli, yayımlamalı ve yürürlüğe koymalıdır”. Liyakat yalnızca hukuk bilgisi, analitik yetenekler veya akademik mükemmellikten ibaret bir mefhum değildir. Ayrıca kişilik, muhakeme, erişilebilirlik, iletişim becerileri, hüküm tesis etmekteki etkinlik, vb. hususlarını da içermelidir.

25. Bir hakimin adalet ve hakkaniyet hissiyatına sahip olması çok önemlidir. Ancak uygulamada bu kıstası değerlendirmek zor olabilir. Uygulama alanı bulunursa, şeffaf usuller ve ahenkli bir uygulamanın varlığına ihtiyaç duyulacaktır.

26. Netice olarak, liyakatin birincil kıstas olmasına ilaveten, yargı içindeki farklılıklar kamuoyunun yargıya bir bütün halinde güvenmesini ve onu kabullenmesini mümkün kılacaktır. Yargı temsil yeri olmamakla birlikte açık bir karaktere sahip olmalı ve toplumun tüm bölümlerinden nitelikli kişilere katılım imkanı verilmelidir.³

27. Hakimlerin atamaları ile mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararların, hukuk çerçevesinde objektif kıstaslar uygulanarak ve liyakat gözetilerek alınmasının mecburiyeti ilkesi tartışmaya açık değildir.⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “218. Hâkimlerin yürütme tarafından atanmaları ve azledilebilir olmaları 6 § 1 maddesi açısından **tek başına ihlal teşkil etmez** (Clarke/Birleşik Krallık (k.k.)). **Tayin edilenlerin, yargılama görevlerini ifa ettikleri esnada her tür etki veya baskıdan bağımsız olmaları kaydıyla, hâkimlerin yürütme tarafından atanmasına izin verilebilir** (Flux/Moldova (no. 2), § 27).”¹⁰ şeklinde değerlendirmede bulunmasına rağmen; Türkiye’de yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalar olduğu uluslararası belgelere konu olmuştur: Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu’na göre;

“56. “Türkiye’de demokratik kurumların işleyişi” başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: “Yargı bağımsızlığı Anayasa’da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. **Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin versiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir**”[19].”¹¹

O halde yasama organı tarafından kanunlaştırılan bu ibarenin, Anayasa’nın sistematik yorumu muvacehesinde, herkesin adil yargılanma hakkı ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını isteme hakkı gözetilerek kaleme alınması gerekmektedir. Anılan hakların temini; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Ancak yukarıda açıklandığı üzere,

⁹ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

¹⁰ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

¹¹ <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

idarenin yapacağı yardımcılarının özlük haklarına ilişkin (sözlü sınav özelinde) müdahale, onların tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürecektir. Bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine gölge düşmüş mahkemelerce yapılacak yargılamalar ise; anılan hakların (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının da aksine) özüne dokunacaktır. Halbuki bir devlete; çağdaş, özgürlükçü, çoğulcu, katılımcı, demokratik rejime sahip hukuk devleti vasfını kazandıran Anayasal enstrümanlardan biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Zira yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu nedenlerle iptali istenen ibare, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamayı teminen kül halinde ele alınması gereken Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 9, 10, 13, 36, 40, 138, 139 ve 140'inci maddelerine aykırıdır.

ğ)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, adil yargılanma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı ve çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23'üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1'inci maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini¹² ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7413 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun değiştirilen 10'uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *“ve sözlü”* ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

2) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1'inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun değiştirilen 10'uncu maddesinin on dördüncü ve on beşinci fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı

Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleri, ehemmiyet bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olsa idi; adalet, bu sınıflandırmanın başlarında yer alırdı. Zira *“Adalet, mülkün temelidir.”* Nitekim Fransız hukukçu M. P. Fabreguettes'in Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı adlı eserinde de işaret ettiği üzere;

“Adalet herkese, her an için muhtaç bulunmaktadır. Bunun için adaletin hürmet telkin etmesi, itimat ilham eylemesi lâzımdır.

“Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret, kendilerine emanet olunanların seçimlerinde uyanık bulunmakta, milletin büyük menfaati vardır.,,

12 Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanımı koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

Hâkimler, vermiş oldukları kararlarla, omuzlarında, nizamı tesis vazifesi taşımaktadırlar. Tek bir kararda veki adaletsizlik, âmmeye tevcih edilmiş bir tehdit mahiyetindedir.

Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanında yalnız hâkimlik sınıfı daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder.’’¹³

Öte yandan belirtmek gerekir ki; yargısal muhakeme sonucu ortaya çıkan hüküm, (yargının) üçlü sacayağı (hakim – savcı –avukat) üzerine kurulur. Kanun koyucu da 7413 sayılı Kanun’un münferit maddeleriyle hükmü ortaya koyan öznelerin ikisi (hakim –savcı) bakımından mesleğe kabul edilmeden önce nitelikli biçimde yetiştirilmelerini teminen; yardımcılık müessesini ihdas etmiştir. O halde bu müessese hakkında yapılan düzenlemenin Anayasal gereklilikleri karşılaması lazım gelmektedir. Ancak iptali istenen fıkralar, Anayasal gereklilikleri karşımaya elverişli ve yeterli değildir.

7413 sayılı Kanun’un 1’inci maddesiyle 2802 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesi değiştirilmiş, hakim ve savcı yardımcılığı süreci düzenlenmiştir. Değişik 10’uncu maddenin dokuzuncu fıkrasının ikinci cümlesine göre son eğitim dönemini bitiren yardımcılar, yazılı ve sözlü sınava tabi tutulacaktır. İptali talep edilen on dördüncü fıkra uyarınca yazılı sınavlar; hakim ve savcı yardımcılarına ders verenler arasından Türkiye Adalet Akademisi Başkanınca seçilen başkan ile dört asıl ve iki yedek üyeden oluşan yazılı sınav kurulu tarafından yapılacaktır. İptali talep edilen on beşinci fıkra uyarınca sözlü sınav; Türkiye Adalet Akademisi Başkanının başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı ve Personel Genel Müdürü ile hakim ve savcı yardımcılarına ders verenler arasından ilgili bakan yardımcısınca seçilen iki asıl ve bir yedek üyeden oluşan sözlü sınav kurulu tarafından yapılacaktır. Ancak yazılı ve sözlü sınav kurulları üyelerinin tamamının idareye mensup olması ve üyelerin hangi objektif kıstasa göre seçileceğinin kanun düzeyinde belirlenmemiş olması nedeniyle; iptali talep edilen fıkralar, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasa’nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9’uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan Anayasa’nın 36’ncı maddesinde herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Pozitif yükümlülüğüne binaen Devlet tarafından, anılan hakkın herkes bakımından erişilebilir kılınması, yargının üçlü sacayağının marifetiyle mümkündür. O halde hakim ve savcılarının statüsünün, adalet özelinde yürütülen başat kamu hizmeti bakımından Anayasa’nın 128’inci maddesi bağlamında “*diğer kamu görevlisi*” niteliğinde olması gerekmektedir. Öte yandan Anayasa koyucu, hakimlik ve savcılık mesleğine önem atfederek; bu mesleğe ilişkin temel çerçeveyi Anayasal düzeyde (Anayasa’nın 140’ıncı maddesinde) belirlemiştir.

Başka bir anlatımla 7413 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi uyarınca hakim ve savcı yardımcılarını, Devlet Memurları Kanunu’ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup, hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, Devlet Memurları Kanunu’nun 2802 sayılı Kanun’a aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. (Söz konusu değişiklik, 7413 sayılı Kanun’un 22’nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle; 01.01.2023

¹³ Fabreguettes, F. P., Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Adliye Vekilliği, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945 (Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019), s. 9.

tarhinde yürürlüğe girecektir.) Kısacası yardımcıları, hukuki statü itibarıyla memur olarak konumlandırılmıştır.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından hakim ve savcılarının yardımcılık süreci, kadro ihdası, ataması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve  denegi ile diğer özlük haklarının Anayasa'nın öngördüğü ilkelere ve özellikle de mezkûr 128 ve 140'ıncı maddeler uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen fıkralar, bu hususları Anayasa'nın öngördüğü çerçevede düzenlememektedir. Bu durum, aşağıda ayrıntılı olarak gösterildiği üzere, Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

Ayrıca 34 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kamu tüzel ki ili ini haiz, bilimsel, idari ve mali özerkliği olan, özel bütçeli, Bakanlık ile ilgili ve merkezi Ankara'da bulunan Türkiye Adalet Akademisi (TAA) kurulmuştur. O halde TAA da, Adalet Bakanlığı gibi idari teşkilat içinde yer almaktadır.

a) Kamu görevlilerinin özlük hakları ile hakimlik ve savcılık mesleği bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (*Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı*). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun  eklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallara keyfili e izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabılır ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik  l  t , Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020    13, 14) (*Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı,   41*).

Yine Anayasa'nın 140'ıncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim 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 soru tırma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük i leri mahkemelerin ba ımsızlı ı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Her ne kadar söz konusu 140'ıncı maddenin lafzında açıkça ‘‘yardımcılar’’ yer almasa da ve yardımcıların HSK tarafından henüz mesleğe kabul yapılmış olmasa da; 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesiyle yardımcıları verilen ve yargılamanın özünü etkileyecek görev ve yetkiler de nazara alındığında; mesleğe kabul öncesinde yeti tirilmelerini teminen konumlandırılan bir ara statü olması itibarıyla hakim ve savcı yardımcılarının (veya adaylarının), anılan amir hükmün kapsamında kaldığı izahtan varestedir.

Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 140'ıncı maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulünün zorunlu olduğuna işaret ettiği bir kararında;

“*Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra 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.*” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı Kararı).

İfade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi otuz yıl sonra verdiği bir diğer kararında hakim ve savcı adaylarının, hakim ve savcı statüsünde sayılmadığını ve bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerinin kapsamında kalmadığını hüküm altına almıştır. Söz konusu kararın gerekçesinin müteallik bölümü:

“*Anayasa’da yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık mesleğine ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapan HSK’ca verilen mesleğe kabul kararıyla başlanmaktadır. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylık sürecinde HSK tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve yargılama faaliyetinde bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle adaylık sürecine ilişkin dava konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri çerçevesinde incelenilmesi mümkün değildir.*” şeklindedir (Anayasa Mahkemesi’nin 10.12.2020 tarihli ve 2016/144 E.; 2020/75K. sayılı Kararı, § 286).

Kararlardan anlaşılacağı üzere; Anayasa Mahkemesi’nin 1990 tarihli içtihadı, yargı bağımsızlığının korunmasını temin etmektedir.

İhtilaflı kural, Anayasa’nın 128’inci maddesinin 2’nci ve 140’ıncı maddesinin 3’üncü fıkralarına aykırı şekilde, sözlü ve yazılı sınavı yapacak kurulların üyelerinin seçimine dair objektif kısıtlara yer vermemiştir.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, (iptali talep edilen on dördüncü fıkra uyarınca) yazılı sınav kurulu üyelerinin TAA Başkanınca; (iptali talep edilen on beşinci fıkra uyarınca) sözlü sınav kurulu üyelerinin ilgili bakan yardımcısınca nasıl seçileceğini, kanun formunda ortaya koymamış ve bu hususların belirlenmesini idarenin düzenleyici işlemlerine bırakmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan hakim ve savcı statüsünde olmaya namzet kimselere (memur statüsünde bulunan yardımcılara) yapılacak sözlü ve yazılı sınav kurullarının üyelerinin nasıl seçileceğinin kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. Maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamayan iptali istenen fıkralar, bu nedenle Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddelerine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda “b” alt başlığı).

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet

organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı*). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (*Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı*). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin *secundum legem* özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin *intra legem* özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle hakim ve savcı olabilmek için yardımcılarının tabi olacağı sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurullarının üyelerinin seçilme usulünün, şeffaflığı da sağlayacak biçimde; Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurullarının üyelerinin seçilme usulü hakkında–Anayasal ilkelerin aksine- hakkında (*söz gelimi kura veya kıdem esası ile seçim*) tamamen sessiz kalmış, sadece üyelerin kim olacağını (*yazılı sınav kurulu bakımından, hakim ve savcı yardımcılarının ders verenler; sözlü sınav kurulu bakımından TAA Başkanı, Teftiş Kurulu Başkanı, Personel Genel Müdürü, hakim ve savcı yardımcılarının ders verenler*) belirlemekle yetinmiş, ve TAA Başkanı ve ilgili bakan yardımcısını seçim yaparken esas alacağı objektif kıstaslarla sınırlandırmamış, bu hususları idarenin düzenleyici işleminin konusu yapmıştır. Bu durum, sözlü ve yazılı sınav kurullarının sübjektif değerlendirme yapmasına sebep olacak, keyfi tercihleri mümkün hale getirecektir.

Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere sözlü sınav ile yazılı sınav nitelik itibarıyla birbirinden farklı ölçme aracıdır: "*Dava konusu kuralda düzenlenen sözlü sınav, bir kişinin davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla sorulu cevaplı görüşme yapılarak ilgilinin muhakeme gücünü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğini, genel görünümünü, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunu ve liyakatini, yetenek ve kültürünü, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığını puan vermek suretiyle değerlendirme yöntemidir. Yazılı yarışma sınavında ilgililerin genel yetenek ve genel kültür seviyeleri ile alan bilgisi düzeyleri ölçüldüğünden sözlü sınavda anılan bilgilerin yeniden ölçülmesi yerine dava konusu kuralda belirtilen hususlarda değerlendirmeye tabi tutulması, mülakatın yapılaş amacına uygunluk taşımaktadır.*" (*Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.2014 tarihli ve 2014/99 E.; 2014/181 K. sayılı Kararı*). O halde bu sınavları yapacak kurullar oluşturulurken; seçilecek kurul üyelerinin bu türden sınavları yapma hususunda ihtisasa sahip olması gereği öncelikle dikkate alınmalıdır. Halbuki bu kurulların teşekkülü, tamamen idareden

meydana gelmekte; söz gelimi hukuk fakülteleri öğretim üyeleri bu kurulların oluşumunda yer almamaktadır.

Buna ilave olarak, ‘‘Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, ‘‘Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.’’ denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)’’ (Anayasa Mahkemesi’nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen fıkralarda; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen sözlü ve yazılı sınavları yapacak olan kurulların üyelerinin seçim usulünün genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde sözlü ve yazılı sınavları yapacak olan kurulların üyelerinin seçim usulüne ilişkin çıkarılacak yönetmeliğin 7413 sayılı Kanun’a uygun olması, yalnız bu Kanun’un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun’un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7413 sayılı Kanun’un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 10’uncu maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddeleri uyarınca kanun düzeyinde tanımlanması gereken hususları idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden, maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik niteliğini içermeyip, yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı fıkralar, Anayasa’nın 2, 123, 128 ve 140’ıncı maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa’nın 7’nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen fıkralarda olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye sözlü ve yazılı sınavları yapacak olan kurulların üyelerinin seçim usulünü belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7’nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa’nın 70’inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı,

kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (*Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı*).

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "*görevin*" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve niteliğinin varlığının tespiti için başarılı olunması gereken sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulünün), (bir kimsenin bu statüye uygun olduğunun objektif kriterlere göre tespitinin yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin niteliklerinin varlığını tespit edecek araç olan sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulünü belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (adalet özelinde kamu hizmeti icra edecek hakim ve savcı istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, hakim ve savcı olabilmek için (Zira söz konusu 10'uncu maddenin on üçüncü fıkrası uyarınca hakim ve savcı yardımcılığı sonunda başarılı sayılmak için esas alınacak puan toplamında sözlü ve yazılı sınavın yüzdelerle etkisi bulunmaktadır.) yardımcılarının tabi olacağı sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulünün liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı fıkralar, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70'inci maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

"1- KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararnama ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

d)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Yine Anayasa Mahkemesi'nin 01.02.2018 tarihli ve 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanunla 636 sayılı KHK'ye eklenen ve sözleşmeli sağlık personeli istihdamında yapılacak “sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığınca belirleneceğine” ilişkin 45/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesiyle ilgili olarak verdiği kararında da; bu durum, hüküm altına alınmıştır. Anılan kararın ilgili bölümü:

“Kamu görevlisi statüsünde olan sözleşmeli sağlık personelinin sözlü sınavla mesleğe alınması kanun koyucunun takdir yetkisinde olmakla birlikte bu personelin sözlü sınavla mesleğe alınmasına ve yerleştirilmesine ilişkin temel ilkelerin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisinin idareye devredilmemesi gerekir ... Kuralın ikinci cümlesinde sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça belirleneceği öngörülmüştür. Kanun'da sözlü sınavda hangi ölçütlerin gözetileceği hususlarına yer verilmediği gibi sınavı kazanan adayların yerleştirilmesinde uygulanacak esaslara ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle Kanun'da sözlü sınav ve sınav sonrası yerleştirmeye ilişkin temel ilkeler belirlenmemiş ve kuralın ikinci cümlesiyle bu hususların düzenlenmesi yönetmeliğe

bırakılmıştır ... Bakanlıkta istihdam edilecek sözleşmeli personelin sözlü sınavla mesleğe alımına ve yerleştirilmelerine ilişkin temel ilkelerin kanunda belirlenmeksizin yönetmelikle düzenlenmesine imkan tanınması kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesine ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır.”

şeklindedir. Anayasa Mahkemesi, iptal davasına konu düzenlemeyi, Anayasa’nın 7 ve 128’inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir (*Anayasa Mahkemesi’nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 199-201*).

Anayasa Mahkemesi’nin hakim ve savcı adaylarının yalnız sözlü sınava tabi tutulacağını öngören düzenleme hakkında verdiği 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı (iptal) kararında şu gerekçeyi kaleme almıştır:

“B- Yasa’nın 7. maddesi Yönünden inceleme: l- 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 gerekmektedir.

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 başlı başına 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 uyandırabilecek 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 inceleme:

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla ve ne biçimde sınırlandırılacağı 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 saptanmamıştır.

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 kaldırabilecek 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 sınavında hakkını ortadan kaldırdığı ya da Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırladığı 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) deyimiyle, 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 görece 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; sanığa 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.

Anayasa'nın 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 yasakoyucuyu, yargıçların bağımsızlığına aykırı yasa koymaktan yasaklayarak (Anayasa M. 11) yargıç bağımsızlığını yasama organına karşı korumuştur.

Anayasa, bununla yetinmemiş yargıç bağımsızlığını korumak için de

139. maddesine yargıç güvencesini kabul etmiştir. Anayasa'nın 139. ve

140. maddelerinde yargıçların ve savcılarının 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 yeterlik kazanmış olmadıkça hiç kimsenin yargıcılık ve savcılığa atanamayacağı belirtilmektedir. Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında ise yargıç ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıcılık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıcılık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulü zorunludur. Böylece, Anayasa, yargıcılık 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 hatâ yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tesbiti 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.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 7 ve 128'inci ile 138, 139 ve 140'ıncı maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- (Zira yazılı ve sözlü sınav kurullarının teşekkülü, bu sınavların nesnel kıstaslara göre yapılmasını etkileyecektir.) aykırı olan iptali talep edilen fıkraları kanunlaştırması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen fıkraların idareye (TAA başkanına ve ilgili bakan yardımcısına) verdiği sınırsız takdir yetkisi, son tahlilde, aynı şartları ve nitelikleri sağlayan yardımcıları arasında idare tarafından kayırma/ayırımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan fıkralar, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere, kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti

görülürken ifa edilecek görevin (ve niteliğinin varlığının tespiti için başarılı olunması gereken sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulünün), (bir kimsenin bu statüye uygun olduğunun objektif kriterlere göre tespitinin yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin niteliklerinin varlığını tespit edecek araç olan sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulünü belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (adalet özelinde kamu hizmeti icra edecek hakim ve savcı istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, hakim ve savcı olabilmek için (Zira söz konusu 10'uncu maddenin on üçüncü fıkrası uyarınca hakim ve savcı yardımcılığı sonunda başarılı sayılmak için esas alınacak puan toplamında sözlü ve yazılı sınavın yüzdelik dilimlerle etkisi bulunmaktadır.) yardımcılarının tabi olacağı sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulünün liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı fıkralar, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır. İhtilaflı düzenleme, aynı sebeple, Anayasa'nın 70'inci maddesiyle ilişkili olarak Anayasa'nın 10'uncu maddesine de aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen fıkraların idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı şartlara ve niteliklere sahip yardımcılar arasında haklı bir sebebe dayanmayan keyfi muamele farklılıklarını olası hale getirmekte, bu riski ortadan kaldıracak asgari ögeleri içermemektedir. Ezcümle, hakim ve savcı olabilmek için başarılı olunması gereken sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulünün idareye bırakılması, mesleğin gerektirdiği nitelikler bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan fıkralar, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

f) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen fıkralar, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Bu yükümlülüğün, mesleğe girişte görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki diğer tüm keyfi tercih ölçütlerinin kullanılmasına mani olacak koşulların sağlanmasını öncelikle içerdiği izahtan varestedir. İhtilaflı kural sebebiyle, bir yandan, liyakatlı kişilerin çalışma haklarını tercih ettikleri ve layık oldukları meslekte icra

edebilmelerinin engellenmesini olası kılan bir ortak oluşmaktadır. Öte yandan da, idare, keyfi biçimde sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulünü belirleyerek; yardımcılara ders verenlerin kurul mensubu olmasının önüne geçecektir; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulünün düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; iki farklı koldan anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan fıkralar, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49'uncu maddelerine aykırıdır.

g)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı yetkisi, eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı, hakimlik ve savcılık mesleği bakımından:

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama hürriyeti güvencelenmiş; anılan hak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddelerinde olduğu gibi uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Yine Anayasa'nın 40'ıncı maddesi mucibince Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Anılan hakların temini ise; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 10'uncu maddesinde “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklindeki fıkra hüküm altına alınmak suretiyle; hakim ve savcıların taraflara eşit mesafede durması gerektiğine işaret edilmiştir. Buna ilave olarak Anayasa'nın 138 ve 140'ıncı maddelerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açıkça hüküm altına alınmış; 139'uncu maddesiyle hakimlik savcılık teminatı güvencelenmiştir. Anılan hükümler, kül halinde yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olup birbirlerinden ayrı ele alınamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, bir mahkemenin (hakimin –savcının) bağımsız ve tarafsız olarak nitelendirilebilmesi adına içtihadı olarak birtakım kıstaslar öngörmüştür:

“225. Bir merciin “bağımsız” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemede Mahkeme, diğerleri arasında, aşağıdaki ölçütleri dikkate alır (Langborger/İsveç, § 32; Kleyn ve Diğerleri/Hollanda [BD], § 190):

- i. üyelerinin atanma şekli ve
- ii. görev süresi;
- iii. dış baskılara karşı güvencelerin varlığı ve
- iv. söz konusu merciin bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediği.

...

v. Tarafsızlık şunlara göre değerlendirilmelidir (Micallef/Malta [BD], § 93; Nicholas/Kıbrıs, § 49):

i. belli bir hâkimin şahsi inancının ve davranışının, yani hâkimin belli bir davada kişisel önyargı veya taraflılık sergileyip sergilemediğinin göz önünde bulundurulduğu öznel yöntem;

ii. ve ayrıca, mahkemenin, bilhassa oluşumu aracılığıyla, hakkındaki her tür meşru şüpheyi ortadan kaldırmak üzere yeterli güvenceler sunup sunmadığının belirlenmesinden ibaret olan nesnel yöntem.’¹⁴

Bunun yanında, yine hakim ve savcılarının bağımsız, tarafsız, nitelikli, donanımlı, etkin olmaları gerektiğine işaret eden ve yumuşak hukuk (soft law) araçları olarak dikkate alınmak gereken birçok uluslararası belge (Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri¹⁵; Bangolar Yargı Etiği İlkeleri¹⁶; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12 sayılı Tavsiye Kararı¹⁷; Avrupa Konseyi Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri”¹⁸ ...) düzenlenmiştir.

Yine uluslararası örgütlerin görüşlerine, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri belirlenirken; nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat ilkesinin ve nesnel ölçütlerin esas alınması gerekliliği yansımıştır.

Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi’nin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş’e göre;

“25. Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin “nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre” belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm “objektif kıstaslar”, genel bir özellik arz etmek zorundadır. Ancak asıl hayati öneme sahip olan, bu ilkelerin belirli bir durumdaki gerçek içeriği ve etkisidir. CCJE, üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmiştir. Bunun yapılmasının ardından, atama veya terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde

¹⁴ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

¹⁵ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

¹⁶ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

¹⁷ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

¹⁸ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir.’’¹⁹

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı’na göre;

“*Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri, vasıfları, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. **Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını güvence altına almak için, merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.***”²⁰

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu’na göre;

“24. CCJE’nin 1 no.lu Görüşünde ilave olarak şu tavsiyeye yer verilmiştir (25te): “üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamlar, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmeli, yayımlamalı ve yürürlüğe koymalıdır”. Liyakat yalnızca hukuk bilgisi, analitik yetenekler veya akademik mükemmellikten ibaret bir mefhum değildir. Ayrıca kişilik, muhakeme, erişilebilirlik, iletişim becerileri, hüküm tesis etmekteki etkinlik, vb. hususlarını da içermelidir.

25. Bir hakimin adalet ve hakkaniyet hissiyatına sahip olması çok önemlidir. Ancak uygulamada bu kıstası değerlendirmek zor olabilir. Uygulama alanı bulunursa, şeffaf usuller ve ahenkli bir uygulamanın varlığına ihtiyaç duyulacaktır.

26. Netice olarak, liyakatin birincil kıstas olmasına ilaveten, yargı içindeki farklılıklar kamuoyunun yargıya bir bütün halinde güvenmesini ve onu kabullenmesini mümkün kılacaktır. Yargı temsil yeri olmamakla birlikte açık bir karaktere sahip olmalı ve toplumun tüm bölümlerinden nitelikli kişilere katılım imkanı verilmelidir.³

27. **Hakimlerin atamaları ile mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararların, hukuk çerçevesinde objektif kıstaslar uygulanarak ve liyakat gözetilerek alınmasının mecburiyeti ilkesi tartışmaya açık değildir.**’’²¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “218. Hâkimlerin yürütme tarafından atanmaları ve azledilebilir olmaları 6 § 1 maddesi açısından **tek başına ihlal teşkil etmez** (Clarke/Birleşik Krallık (k.k.)). **Tayin edilenlerin, yargılama görevlerini ifa ettikleri esnada**

¹⁹ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

²⁰ [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR\(94\)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR(94)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

²¹ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

her tür etki veya baskıdan bağımsız olmaları kaydıyla, hâkimlerin yürütme tarafından atanmasına izin verilebilir (Flux/Moldova (no. 2), § 27).’’²² şeklinde değerlendirmede bulunmasına rağmen; Türkiye’de yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalar olduğu uluslararası belgelere konu olmuştur: Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu’na göre;

“56. “Türkiye’de demokratik kurumların işleyişi” başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: “Yargı bağımsızlığı Anayasa’da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. **Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin versiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir**” [19].’’²³

O halde yasama organı tarafından kanunlaştırılan bu fıkraların, Anayasa’nın sistematik yorumu muvacehesinde, herkesin adil yargılanma hakkı ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını isteme hakkı gözetilerek kaleme alınması gerekmektedir. Anılan hakların temini; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, idarenin yapacağı yardımcılarının özlük haklarına ilişkin (hakim ve savcı olabilmek için başarılı olunması gereken sözlü ve yazılı sınavları yapacak kurulların üyelerinin seçim usulü özelinde) müdahale, onların tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürecektir. Bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine gölge düşmüş mahkemelerce yapılacak yargılamalar ise; anılan hakların (Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının da aksine) özüne dokunacaktır. Halbuki bir devlete; çağdaş, özgürlükçü, çoğulcu, katılımcı, demokratik rejime sahip hukuk devleti vasfını kazandıran Anayasal enstrümanlardan biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Zira yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu nedenlerle iptali istenen fıkralar, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamayı teminen kül halinde ele alınması gereken Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 9, 10, 13, 36, 40, 138, 139 ve 140’ıncı maddelerine aykırıdır.

ğ)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90’ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen fıkralar, adil yargılanma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 10’uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14’üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı ve çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23’üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’nın 1’inci maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini²⁴ ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90’ıncı maddesine de aykırıdır.

²² Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

²³ <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

²⁴ Türkiye’nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

Tüm bu nedenlerle, 7413 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun değiştirilen 10'uncu maddesinin on dördüncü ve on beşinci fıkraları, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine aykırıdır; anılan fıkraların iptali gerekir.

3) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1'inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun değiştirilen 10'uncu maddesinin son fıkrasında yer alan “yönetmelikle” ibarelerinin Anayasa'ya aykırılığı

Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleri, ehemmiyet bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olsa idi; adalet, bu sınıflandırmanın başlarında yer alırdı. Zira “*Adalet, mülkün temelidir.*”. Nitekim Fransız hukukçu M. P. Fabreguettes'in Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı adlı eserinde de işaret ettiği üzere;

“Adalet herkese, her an için muhtaç bulunmaktadır. Bunun için adaletin hürmet telkin etmesi, itimat ilham eylemesi lâzımdır.

“Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret, kendilerine emanet olunanların seçimlerinde uyanık bulunmakta, milletin büyük menfaati vardır.,,

Hâkimler, vermiş oldukları kararlarla, omuzlarında, nizamı tesis vazifesi taşımaktadırlar. Tek bir kararda veki adaletsizlik, âmmeye tevcih edilmiş bir tehdit mahiyetindedir.

Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanında yalnız hâkimlik sınıfı daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder.’²⁵

Öte yandan belirtmek gerekir ki; yargısal muhakeme sonucu ortaya çıkan hüküm, (yargının) üçlü sacayağı (hakim – savcı –avukat) üzerine kurulur. Kanun koyucu da 7413 sayılı Kanun'un münferit maddeleriyle hükmü ortaya koyan öznelerin ikisi (hakim –savcı) bakımından mesleğe kabul edilmeden önce nitelikli biçimde yetiştirilmelerini teminen; yardımcılık müessesini ihdas etmiştir. O halde bu müessese hakkında yapılan düzenlemenin Anayasal gereklilikleri karşılaması lazım gelmektedir. Ancak iptali istenen ibareler, Anayasal gereklilikleri karşımaya elverişli ve yeterli değildir.

7413 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi değiştirilmiş, hakim ve savcı yardımcılığı süreci düzenlenmiştir. Değişik 10'uncu maddenin son fıkrasına göre hakim ve savcı yardımcılığı dönemleri, hakim ve savcı yardımcılarının hakimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hakim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun (HSK) görüşü; görev döneminin Yargıtay ve Danıştay'da geçirilmesine ilişkin hususlar ise Yargıtay ve Danıştay'ın görüşleri alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle; eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususlar, Türkiye Adalet Akademisince (TAA) çıkarılacak

²⁵ Fabreguettes, F. P., Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Adliye Vekilliği, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945 (Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019), s. 9.

yönetmelikle düzenlenecektir. İptali istenen ibarelerle anılan fıkrada sayılı hususların idarenin düzenleyici işlemlerinin konusu yapılması, Anayasa'ya aykırıdır.

İptali istenen ibarelerle şu hususlar yönetmeliklerin konusu yapılmıştır:

1) (HSK'nın görüşü üzerine) yardımcılık dönemleri, yardımcıların hakimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hakim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar ile (Yargıtay ve Danıştay'ın görüşü üzerine) görev döneminin Yargıtay ve Danıştay'da geçirilmesine ilişkin hususlar

2) Eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususlar

ilk kategoride yer alan hususlarda yönetmelik çıkarmaya yetkili makam, Adalet Bakanlığı olarak; ikinci kategoride yer alan hususlarda yönetmelik çıkarmaya yetkili makam, TAA olarak belirlenmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 36'ncı maddesinde herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Pozitif yükümlülüğüne binaen Devlet tarafından, anılan hakkın herkes bakımından erişilebilir kılınması, yargının üçlü sacayağının marifetiyle mümkündür. O halde hakim ve savcılarının statüsünün, adalet özelinde yürütülen başat kamu hizmeti bakımından Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında "*diğer kamu görevlisi*" niteliğinde olması gerekmektedir. Öte yandan Anayasa koyucu, hakimlik ve savcılık mesleğine önem atfederek; bu mesleğe ilişkin temel çerçeveyi Anayasal düzeyde (Anayasa'nın 140'ıncı maddesinde) belirlemiştir.

Başka bir anlatımla, 7413 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca hakim ve savcı yardımcıları, Devlet Memurları Kanunu'ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup, hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, Devlet Memurları Kanunu'nun 2802 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. (Söz konusu değişiklik, 7413 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle; 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.) Kısacası yardımcılar, hukuki statü itibarıyla memur olarak konumlandırılmıştır.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından hakim ve savcılarının yardımcılık süreci, kadro ihdası, ataması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa'nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128 ve 140'ıncı maddeler uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen ibareler, bu hususları Anayasa'nın öngördüğü çerçevede düzenlememektedir. Bu durum, aşağıda ayrıntılı olarak gösterildiği üzere Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

Ayrıca 34 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kamu tüzel kişiliğini haiz, bilimsel, idari ve mali özerkliği olan, özel bütçeli, Bakanlıkla ilgili ve merkezi Ankara'da bulunan Türkiye Adalet Akademisi (TAA) kurulmuştur. O halde TAA da, Adalet Bakanlığı gibi idari teşkilat içinde yer almaktadır.

a) Kamu görevlilerinin özlük hakları ile hakimlik ve savcılık mesleği bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (*Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı*). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (*Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41*).

Yine Anayasa'nın 140'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim 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 işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Her ne kadar söz konusu 140'inci maddenin lafzında açıkça “yardımcılar” yer almasa da ve yardımcıların HSK tarafından henüz mesleğe kabulü yapılmasa da; 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesiyle yardımcıların verilen ve yargılamanın özünü etkileyecek görev ve yetkiler de nazara alındığında; mesleğe kabul öncesinde yetiştirilmelerini teminen konumlandırılan bir ara statü olması itibarıyla hakim ve savcı yardımcıların (veya adaylarının), anılan amir hükmün kapsamında kaldığı izahtan varestedir.

Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 140'inci maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulünün zorunlu olduğuna işaret ettiği bir kararında;

“Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra 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.” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (*Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı Kararı*).

İfade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi otuz yıl sonra verdiği bir diğer kararında hakim ve savcı adaylarının, hakim ve savcı statüsünde sayılmadığını ve bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerinin kapsamında kalmadığını hüküm altına almıştır. Söz konusu kararın gerekçesinin müteallik bölümü:

“Anayasa’da yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık mesleğine ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapan HSK’ca verilen mesleğe kabul kararıyla başlanmaktadır. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylık sürecinde HSK tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve yargılama faaliyetinde bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle adaylık sürecine ilişkin dava konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri çerçevesinde incelenebilmesi mümkün değildir.” şeklindedir (Anayasa Mahkemesi’nin 10.12.2020 tarihli ve 2016/144 E.; 2020/75K. sayılı Kararı, § 286).

Kararlardan anlaşılacağı üzere; Anayasa Mahkemesi’nin 1990 tarihli içtihadı, yargı bağımsızlığının korunmasını temin etmektedir.

İhtilaflı kural, Anayasa’nın 128’inci maddesinin 2’nci ve 140’ıncı maddesinin 3’üncü fıkralarına aykırı şekilde, Adalet Bakanlığı’nı ve TAA’yı sayılı hususlarda yönetmelik çıkarırken kayıtlayacak objektif kıstaslara yer vermemiştir.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, sayılı hususlarda çıkartılacak yönetmeliklerin genel çerçevesini, kanun formunda ortaya koymamış ve bu hususların belirlenmesini idarenin düzenleyici işlemlerine bırakmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan hakim ve savcı statüsünde olmaya namzet kimselerin (memur statüsünde bulunan yardımcılarını) dönemleri, yardımcılarının hakimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hakim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar ile görev döneminin Yargıtay ve Danıştay’da geçirilmesine ilişkin hususlar, eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususların temel esaslarının kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptal istenen ibareleri içermesi hasebiyle maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen ihtilaflı kural, bu nedenle Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddelerine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda “b” alt başlığı).

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi’nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin *secundum legem* özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin *intra legem* özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle hakim ve savcı olabilmek için yardımcılarının *dönemleri, yardımcılarının hakimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hakim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar ile görev döneminin Yargıtay ve Danıştay'da geçirilmesine ilişkin hususlar, eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususların, şeffaflığı da sağlayacak biçimde; Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; sayılı hususların temel çerçevesi hakkında–Anayasal ilkelerin aksine- hakkında tamamen sessiz kalmıştır. Söz gelimi ‘‘temel eğitim – görev – son eğitim dönemlerinin süresi, hakimliklerde ya da savcılıklarda görev yapacak yardımcılar ayrılırken ihtiyaç durumu ve imkanların neye göre belirleneceği; Adalet Bakanlığı'nın görev yerlerini neye göre tespit edeceği, eğitici hakim ve savcılarının eğitim vermeden önce eğitim formasyonuna dair alacağı program, koordinasyonu sağlayacak eğiticinin görevleri, Yargıtay ve Danıştay'da görev döneminin nasıl geçirileceği, sınav kurullarının ilgili kurum ve kuruluşlardan bilgi- belge talep etme yetkisi, ön inceleme yapma yetkisi, dosya üzerinden değerlendirme yapma yetkisi, değerlendirme yaparken esas alacağı nesnel kriterler, değerlendirme sonucunun idari itiraz usulüne tabi olup olmaması, değerlendirme sonucunda karar verme süresi, sözlü sınavda dikkate alınacak unsurların puan değeri, performans / mesleki yeterlilik değerlendirmesi yapılması, özdeğerlendirme olup olmayacağı, nihai değerlendirme puanı hesaplanırken esas alınan kıstaslar ve bu kıstasların katsayısının neye göre belirleneceği, puanlama sırasında kullanılacak göstergeler: 1, 2, 3, .../ çok iyi, iyi, orta, ...’’ gibi hususlar idarenin düzenleyici işleminin konusu yapılmıştır. Yine HSK, Danıştay ve Yargıtay'dan alınacak görüşlerin; istişari nitelikte olduğunu ve Adalet Bakanlığı ile TAA'yı kayıtlayacak kanunilik ilkesinin gereğini karşılamaya elverişli sınırlandırma ölçütü olmadığını belirtmekte fayda bulunmaktadır.*

Buna ilave olarak, Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere sözlü sınav ile yazılı sınav nitelik itibarıyla birbirinden farklı ölçme aracıdır: ‘‘Dava konusu kuralda düzenlenen sözlü sınav, bir kişinin davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla sorulu cevaplı görüşme yapılarak ilgilinin muhakeme gücünü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğini, genel görünümünü, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunu ve liyakatini, yetenek ve kültürünü, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığını puan vermek suretiyle değerlendirme yöntemidir. Yazılı yarışma sınavında ilgililerin genel yetenek ve genel kültür seviyeleri ile alan bilgisi düzeyleri ölçüldüğünden sözlü sınavda anılan bilgilerin yeniden ölçülmesi yerine dava konusu kuralda belirtilen hususlarda değerlendirmeye tabi tutulması, mülakatın yapılış amacına uygunluk taşımaktadır.’’ (Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.2014 tarihli ve 2014/99 E.; 2014/181 K. sayılı Kararı). O halde bu sınavlara ilişkin hususların genel çerçevesinin kanun düzeyinde ortaya konulması gerekmektedir.

Yine buna ek olarak, Anayasa Mahkemesi'ne göre: ‘‘Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, ‘‘Bir kurumun

kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününi kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)’’ (Anayasa Mahkemesi’nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibarelerde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen yardımcılarının dönemleri, yardımcılarının hakimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hakim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar ile görev döneminin Yargıtay ve Danıştay’da geçirilmesine ilişkin hususlar, eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususların genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde söz konusu yönetmeliklerin 7413 sayılı Kanun’a uygun olması, yalnız bu Kanun’un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun’un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliklerin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7413 sayılı Kanun’un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelikler hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 10’uncu maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddeleri uyarınca kanun düzeyinde tanımlanması gereken hususları idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden, maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik niteliğini içermeyip, yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibareler, Anayasa’nın 2, 123, 128 ve 140’ıncı maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa’nın 7’nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkrada olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye yardımcılarının dönemleri, yardımcılarının hakimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hakim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar ile görev döneminin Yargıtay ve Danıştay’da geçirilmesine ilişkin hususlar, eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7’nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir Anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa’nın 124’üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu

tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Adalet Bakanlığı'nın *yardımcılık dönemleri, yardımcılarının hakimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hakim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar ile (Yargıtay ve Danıştay'ın görüşü üzerine) görev döneminin Yargıtay ve Danıştay'da geçirilmesine ilişkin hususlarda ve TAA'nın eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususlarda* çıkaracakları yönetmeliklerin 7413 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve ve sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliklere, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve aşırı geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilaflı kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 124'üncü maddesine de aykırıdır.

d)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70'inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (*Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı*).

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "*görevin*" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve *yardımcıların dönemleri, yardımcılarının hakimliğe veya Cumhuriyet savcılığına atanacak şekilde ayrılması, görev yerlerinin tespiti, eğitici hakim ve savcılarının belirlenmesi ve görevleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar ile görev döneminin Yargıtay ve Danıştay'da geçirilmesine ilişkin hususlar, eğitimlerin uygulama esasları ile yazılı ve sözlü sınavlara ilişkin hususların*), (bir kimsenin bu statüye uygun olduğunun objektif kriterlere göre tespitinin yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin niteliklerinin varlığına ilişkin sayılı hususları belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (adalet özelinde kamu hizmeti icra edecek hakim ve savcı istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, hakim ve savcı olabilmek için tamamlanması gereken yardımcılık sürecine ilişkin

usul ve esasların liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfî işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı ibareler, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70'inci maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

“1- KHK'nin 37. m

addesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyâsî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararnama ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

e)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından:
Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık

ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...'' şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Yine Anayasa Mahkemesi'nin 01.02.2018 tarihli ve 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanunla 636 sayılı KHK'ye eklenen ve sözleşmeli sağlık personeli istihdamında yapılacak "sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığınca belirleneceğine" ilişkin 45/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesiyle ilgili olarak verdiği kararında da; bu durum, hüküm altına alınmıştır. Anılan kararın ilgili bölümü:

"Kamu görevlisi statüsünde olan sözleşmeli sağlık personelinin sözlü sınavla mesleğe alınması kanun koyucunun takdir yetkisinde olmakla birlikte bu personelin sözlü sınavla mesleğe alınmasına ve yerleştirilmesine ilişkin temel ilkelerin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisinin idareye devredilmemesi gerekir ... Kuralın ikinci cümlesinde sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça belirleneceği öngörülmüştür. Kanun'da sözlü sınavda hangi ölçütlerin gözetileceği hususlarına yer verilmediği gibi sınavı kazanan adayların yerleştirilmesinde uygulanacak esaslara ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle Kanun'da sözlü sınav ve sınav sonrası yerleştirmeye ilişkin temel ilkeler belirlenmemiş ve kuralın ikinci cümlesiyle bu hususların düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır ... Bakanlıkta istihdam edilecek sözleşmeli personelin sözlü sınavla mesleğe alınma ve yerleştirilmelerine ilişkin temel ilkelerin kanunda belirlenmeksizin yönetmelikle düzenlenmesine imkan tanınması kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesine ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır."

şeklinde dir. Anayasa Mahkemesi, iptal davasına konu düzenlemeyi, Anayasa'nın 7 ve 128'inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 199-201).

Anayasa Mahkemesi'nin hakim ve savcı adaylarının yalnız sözlü sınava tabi tutulacağını öngören düzenleme hakkında verdiği 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı (iptal) kararında şu gerekçeyi kaleme almıştır:

"B- Yasa'nın 7. addesi 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 başlı başına 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 uyandırabilecek öğeler taşıyan ve her zaman öznel değerlendirmeyi birliğinde getiren, sözlü

sınavın, yeğlenmesini kamu yararı düşüncesiyle bağdaştırmak güctür. Su durumda 3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesi kamu yararına dayanmadığından Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

b) Anayasa'nın 13. maddesi Yönünden inceleme:

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla ve ne biçimde sınırlanabileceği 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 saptanmamıştır.

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 kaldırabilecek 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 sınavında hakkını ortadan kaldırdığı ya da Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırladığı 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) deyimiyle, 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 görecektir 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; sanığa 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 nedenledemokratik 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.

Anayasa'nın 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 yasakoyucuyu, yargıçların bağımsızlığına aykırı yasa koymaktan yasaklayarak (Anayasa M. 11) yargıç bağımsızlığını yasama organına karşı korumuştur.

Anayasa, bununla yetinmemiş yargıç bağımsızlığını korumak için de

139. maddesine yargıç güvencesini kabul etmiştir. Anayasa'nın 139. ve

140. maddelerinde yargıçların ve savcılarının 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 yeterlik kazanmış olmadıkça hiç kimsenin yargıcılık ve savcılığa atanamayacağı belirtilmektedir. Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında ise yargıç ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıcılık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıcılık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulü zorunludur. Böylece, Anayasa, yargıcılık 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 hatâ yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tesbiti 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 özel 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. ''

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 7 ve 128'inci ile 138, 139 ve 140'uncu maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- (Zira yazılı ve sözlü sınav kurullarının teşekkülü, bu sınavların nesnel kıstaslara göre yapılmasını etkileyecektir.) aykırı olan iptali talep edilen ibareleri kanunlaştırması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

f)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarelerin idareye (Adalet Bakanlığı'na ve TAA'ya) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları ve nitelikleri sağlayan yardımcılar ile eğitimciler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibareler, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilaflı kural, aynı şekilde, sayılı hususlara ilişkin yönetmelikler düzenlenirken esas alınacak objektif esas ve usulleri öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir '*haklı neden*'in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı şartlara ve niteliklere sahip yardımcı ve eğitimcilerin yardımcılık sürecini farklı biçimde tamamlamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, hakim ve savcı olabilmek için tamamlanacak olan yardımcılık sürecine ilişkin sayılı hususların idareye bırakılması, mesleğin gerektirdiği nitelikler bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

g)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen ibareler, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare, keyfi biçimde sayılı hususlara dair esas ve usulü belirleyerek; yardımcılar ve eğitimciler bakımından mesleki öngörülebilirliği engelleyecek; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının

kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, sayılı hususların düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49'uncu maddelerine aykırıdır.

ğ)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı yetkisi, eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı, hakimlik ve savcılık mesleği bakımından:

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama hürriyeti güvencelenmiş; anılan hak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddelerinde olduğu gibi uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Yine Anayasa'nın 40'ıncı maddesi mucibince Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Anılan hakların temini ise; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 10'uncu maddesinde “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklindeki fıkra hüküm altına alınmak suretiyle; hakim ve savcıların taraflara eşit mesafede durması gerektiğine işaret edilmiştir. Buna ilave olarak Anayasa'nın 138 ve 140'ıncı maddelerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açıkça hüküm altına alınmış; 139'uncu maddesiyle hakimlik savcılık teminatı güvencelenmiştir. Anılan hükümler, kül halinde yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olup birbirlerinden ayrı ele alınamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, bir mahkemenin (hakimin –savcının) bağımsız ve tarafsız olarak nitelendirilebilmesi adına içtihadi olarak birtakım kıstaslar öngörmüştür:

“225. Bir merciin “bağımsız” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemede Mahkeme, diğerleri arasında, aşağıdaki ölçütleri dikkate alır (Langborger/İsveç, § 32; Kleyn ve Diğerleri/Hollanda [BD], § 190):

i. üyelerinin atanma şekli ve

ii. görev süresi;

iii. dış baskılara karşı güvencelerin varlığı ve

iv. söz konusu merciin bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediği.

...

v. Tarafsızlık şunlara göre değerlendirilmelidir (Micallef/Malta [BD], § 93; Nicholas/Kıbrıs, § 49):

i. belli bir hâkimin şahsi inancının ve davranışının, yani hâkimin belli bir davada kişisel önyargı veya taraflılık sergileyip sergilemediğinin göz önünde bulundurulduğu öznel yöntem;

ii. ve ayrıca, mahkemenin, bilhassa oluşumu aracılığıyla, hakkındaki her tür meşru şüpheyi ortadan kaldırmak üzere yeterli güvenceler sunup sunmadığının belirlenmesinden ibaret olan nesnel yöntem.’²⁶

Bunun yanında, yine hakim ve savcılarının bağımsız, tarafsız, nitelikli, donanımlı, etkin olmaları gerektiğine işaret eden ve yumuşak hukuk (soft law) araçları olarak dikkate alınmak gereken birçok uluslararası belge (*Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri*²⁷; *Bangolar Yargı Etiği İlkeleri*²⁸; *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12 sayılı Tavsiye Kararı*²⁹; *Avrupa Konseyi Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri”*³⁰ ...) düzenlenmiştir.

Yine uluslararası örgütlerin görüşlerine, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri belirlenirken; nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözetilen liyakat ilkesinin ve nesnel ölçütlerin esas alınması gerekliliği yansımıştır.

Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi’nin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş’e göre;

“25. Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin “nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözetilen liyakat esasına göre” belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm “objektif kıstaslar”, genel bir özellik arz etmek zorundadır. Ancak asıl hayati öneme sahip olan, bu ilkelerin belirli bir durumdaki gerçek içeriği ve etkisidir. CCJE, üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetilen liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmiştir. Bunun yapılmasının ardından, atama veya terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir.”³¹

²⁶ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

²⁷ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

²⁸ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

²⁹ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

³⁰ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

³¹ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı'na göre;

*“Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri, vasıfları, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. **Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciün bağımsızlığını güvence altına almak için, merciün üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.**”³²*

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu'na göre;

“24. CCJE'nin 1 no.lu Görüşünde ilave olarak şu tavsiyeye yer verilmiştir (25te): “üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamlar, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeterek liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmeli, yayımlamalı ve yürürlüğe koymalıdır”. Liyakat yalnızca hukuk bilgisi, analitik yetenekler veya akademik mükemmellikten ibaret bir mefhum değildir. Ayrıca kişilik, muhakeme, erişilebilirlik, iletişim becerileri, hüküm tesis etmekteki etkinlik, vb. hususlarını da içermelidir.

25. Bir hakimin adalet ve hakkaniyet hissiyatına sahip olması çok önemlidir. Ancak uygulamada bu kıstası değerlendirmek zor olabilir. Uygulama alanı bulunursa, şeffaf usuller ve ahenkli bir uygulamanın varlığına ihtiyaç duyulacaktır.

26. Netice olarak, liyakatin birincil kıstas olmasına ilaveten, yargı içindeki farklılıklar kamuoyunun yargıya bir bütün halinde güvenmesini ve onu kabullenmesini mümkün kılacaktır. Yargı temsil yeri olmamakla birlikte açık bir karaktere sahip olmalı ve toplumun tüm bölümlerinden nitelikli kişilere katılım imkanı verilmelidir.³

*27. **Hakimlerin atamaları ile mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararların, hukuk çerçevesinde objektif kıstaslar uygulanarak ve liyakat gözetilerek alınmasının mecburiyeti ilkesi tartışmaya açık değildir.**”³³*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin “218. Hâkimlerin yürütme tarafından atanmaları ve azledilebilir olmaları 6 § 1 maddesi açısından **tek başına ihlal teşkil etmez** (Clarke/Birleşik Krallık (k.k.)). **Tayin edilenlerin, yargılama görevlerini ifa ettikleri esnada her tür etki veya baskıdan bağımsız olmaları kaydıyla, hâkimlerin yürütme tarafından atanmasına izin verilebilir** (Flux/Moldova (no. 2), § 27).”³⁴ şeklinde değerlendirmede

³²[https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR\(94\)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR(94)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

³³ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

³⁴ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

bulunmasına rağmen; Türkiye’de yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalar olduğu uluslararası belgelere konu olmuştur: Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu’na göre;

“56. “Türkiye’de demokratik kurumların işleyişi” başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: “Yargı bağımsızlığı Anayasa’da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin yersiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir” [19].”³⁵

O halde yasama organı tarafından kanunlaştırılan bu ibarelerin, Anayasa’nın sistematik yorumu muvacehesinde, herkesin adil yargılanma hakkı ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını isteme hakkı gözetilerek kaleme alınması gerekmektedir. Anılan hakların temini; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, idarenin yapacağı yardımcılarının ve eğitimcilerin özlük haklarına ilişkin (sayılı hususlar özelinde) müdahale, onların tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürecektir. Bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine gölge düşmüş mahkemelerce yapılacak yargılamalar ise; anılan hakların (Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının da aksine) özüne dokunacaktır. Halbuki bir devlete; çağdaş, özgürlükçü, çoğulcu, katılımcı, demokratik rejime sahip hukuk devleti vasfını kazandıran Anayasal enstrümanlardan biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Zira yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu nedenlerle iptali istenen ibareler, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamayı teminen kül halinde ele alınması gereken Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 9, 10, 13, 36, 40, 138, 139 ve 140’ıncı maddelerine aykırıdır.

h)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90’ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler, adil yargılanma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 10’uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14’üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı ve çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23’üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’nın 1’inci maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini³⁶ ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90’ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7413 sayılı Kanun’un 1’inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun değiştirilen 10’uncu maddesinin son fıkrasında yer alan ‘yönetmelikle’ ibareleri, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 124, 128, 138, 139, 140 ve 153’üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

³⁵ <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

³⁶ Türkiye’nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanımı koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

4) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri ile ikinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinin Anayasa'ya aykırılığı

Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleri, ehemmiyet bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olsa idi; adalet, bu sınıflandırmanın başlarında yer alırdı. Zira *“Adalet, mülkün temelidir.”*. Nitekim Fransız hukukçu M. P. Fabreguettes'in Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı adlı eserinde de işaret ettiği üzere;

“Adalet herkes, her an için muhtaç bulunmaktadır. Bunun için adaletin hürmet telkin etmesi, itimat ilham eylemesi lâzımdır.

“Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret, kendilerine emanet olunanların seçimlerinde uyanık bulunmakta, milletin büyük menfaati vardır.,,

Hâkimler, vermiş oldukları kararlarla, omuzlarında, nizamı tesis vazifesi taşımaktadırlar. Tek bir kararda veki adaletsizlik, âmmeye tevcih edilmiş bir tehdit mahiyetindedir.

Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanında yalnız hâkimlik sınıfı daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder.”³⁷

Öte yandan belirtmek gerekir ki; yargısal muhakeme sonucu ortaya çıkan hüküm, (yargının) üçlü sacayağı (hakim – savcı –avukat) üzerine kurulur. Kanun koyucu da 7413 sayılı Kanun'un münferit maddeleriyle hükmü ortaya koyan öznelerin ikisi (hakim –savcı) bakımından mesleğe kabul edilmeden önce nitelikli biçimde yetiştirilmelerini teminen; yardımcılık müessesini ihdas etmiştir. O halde bu müessese hakkında yapılan düzenlemenin Anayasal gereklilikleri karşılaması lazım gelmektedir. Ancak iptali istenen bentler, Anayasal gereklilikleri karşılamaya elverişli ve yeterli değildir.

7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a yardımcılarının görev ve yetkilerini düzenleyen 10/A maddesi eklenmiştir. Anılan 10/A maddesinin görev döneminde yardımcılarının mahkemedeki görevlerini düzenleyen birinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde, yardımcılarının tensip ve gerekçeli karar taslaklarını hazırlayacağı ve ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri yapacağı; görev döneminde yardımcılarının Cumhuriyet başsavcılıklarındaki görevlerini düzenleyen ikinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde, yardımcılarının soruşturma evrakına ilişkin karar taslakları ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvuru taslaklarını hazırlayacağı ve her türlü yazışma taslağını hazırlayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 36'ncı maddesinde herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Pozitif yükümlülüğüne binaen Devlet tarafından, anılan hakkın herkes bakımından erişilebilir

³⁷ Fabreguettes, F. P., Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Adliye Vekilliği, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945 (Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019), s. 9.

kılınması, yargının üçlü sacayağının marifetiyle mümkündür. O halde hakim ve savcıların statüsünün, adalet özelinde yürütülen başat kamu hizmeti bakımından Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında “*diğer kamu görevlisi*” niteliğinde olması gerekmektedir. Öte yandan Anayasa koyucu, hakimlik ve savcılık mesleğine önem atfederek; bu mesleğe ilişkin temel çerçeveyi Anayasal düzeyde (Anayasa'nın 140'ıncı maddesinde) belirlemiştir.

Başka bir anlatımla 7413 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca hakim ve savcı yardımcılarını, Devlet Memurları Kanunu'ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup, hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, Devlet Memurları Kanunu'nun 2802 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. (Söz konusu değişiklik, 7413 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle; 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.) Kısacası yardımcılar, hukuki statü itibarıyla memur olarak konumlandırılmıştır.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından hakim ve savcılarının yardımcılık süreci, kadro ihdası, ataması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa'nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128 ve 140'ıncı maddeler uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen bentler, bu hususları Anayasa'nın öngördüğü çerçevede düzenlememektedir. Bu durum, Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

Açıklamalara geçilmeden önce son olarak belirtmek gerekir ki anılan dört bentte “*tensip ve gerekçeli karar taslaklarını hazırlamak; ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri yapmak; soruşturma evrakına ilişkin karar taslakları ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvuru taslaklarını hazırlamak; her türlü yazışma taslağını hazırlamak*” şeklindeki görevler sayılmıştır. Bu görevler, yargı yetkisinin omurgasını oluşturmaktadır. Zira Karayalçın'ın belirttiği üzere:

“Hukukçunun çeşitli sıfatlarla (hakim/savcı, hukuk müşaviri, avukat... olarak) hukuk problemini görmesi, çözmesi, söz veya yazı ile ifade etmesi gerekmektedir. Böylece hukuk problemine bakış ve yaklaşma açısı hukukçunun görevine ve taşıdığı soruma göre değişebilir.

...

Ancak bütün bu çalışmalarda ortak olan husus şudur: hukukçu, inceleme ve araştırma yapmadan bir hukuk konusu üzerinde beyanda bulunmaya yetkili olmadığı bilincine ve o düzeye varan kimsedir. Ele alınan problemin gerektirdiği ölçüde bir inceleme ve araştırma yapmadan, problemi görüp doğru olarak çözdüğü kanaatine varmadan bir hukukçunun –sıfatı, tecrübesi ve seviyesi ne olursa olsun- bir hukuk konusu hakkında söz veya yazı ile fikir beyan etmemesi gerekir. Ayrıca varılan sonuç ile beyan edilen fikir veya savunulan görüş arasında, öz ile söz arasında bir fark olmaması da lazımdır. Hukukçunun ve mesleğin toplum içindeki itibarı bu meslek ve ahlak kaidesine uygun hareket etmesine bağlıdır.

...

Her yargı kararının hukuki, mesleki ve manevi sorumluluğu bu kararı verenlere aittir. Hem bu sebeple, hem de aleyhine hüküm verilen tarafın kendi hukuki durumunu değerlendirebilmesi için kararı verenlerin adlarının ve gerekçelerinin taraflarca bilinmesi

lazımdır. Bundan dolayı gerekçeli kararlar, kararı veren hakim veya hakimler tarafından imzalanır ve taraflara tebliğ edilir.’³⁸

O halde eldeki dava konusu bakımından hukukçu (hakim-savcı), teneffüs ettiği somut olaya, soyut normu tatbik ederken; birtakım yargısal iş ve işlemler tesis etmek mecburiyetindedir. “*Tensip zaptı ve gerekçeli karar yazmak, ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri yapmak, soruşturma evrakına ilişkin kararları yazmak, soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvurmak, her türlü yazışma yapmak*” söz konusu yargısal iş ve işlemlerin özünü oluşturmaktadır. Bundan mütevellittir ki hakim ve savcı, yargı yetkisine binaen yaptığı bu işlemleri gerekçelendirir ve sicil numarasıyla imzalar. Ancak kanun koyucu bunların taslak formlarının yardımcılar tarafından yapılacağını hüküm altına almıştır. (Dahası ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri doğrudan yardımcılar yapacaktır.) Lakin bir metnin taslak halinin biçiminin nasıl olacağı diğer bir deyişle metnin taslak formunun bitip tamamlanmış haline geçtiği çizgi, belirsizdir. Bu belirsizlik, uygulamada söz konusu metinlerin taslak formlarının, tamamlanmış metin gibi muamele görmesine neden olacaktır. Diğer bir deyişle yardımcılar tarafından hazırlanan taslak metinlerin, maktu karar olarak kullanılma tehlikesi doğacaktır. Tensip zaptının, gerekçeli kararın, ara kararların icrasına dair iş ve işlemlerin, soruşturma evrakına ilişkin kararların, soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvurma kararının, her türlü yazışmanın altında hakim ve savcının imzası bulunacak ancak imzalanan belgenin içeriği yardımcıya ait olacak; hukuki-mesleki-manevi sorumluluğun kime ait olduğu konusunda ihtilaflar çıkacak; öz ile söz çelişecektir. Bu durum, aşağıda sıralanan açılardan Anayasa’ya aykırıdır.

a)Kamu görevlilerinin özlük hakları ile hakimlik ve savcılık mesleği bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa’nın 128’inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (*Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı*). Anayasa Mahkemesi’nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa’nın 2’nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128’inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2’nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (*Anayasa Mahkemesi’nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41*).

Yine Anayasa’nın 140’ıncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim 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 işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

³⁸ Karayalçın, Yaşar, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Genişletilmiş B. 3, Ankara, 1986, s. 102-106.

Her ne kadar söz konusu 140'ıncı maddenin lafzında açıkça "yardımcılar" yer almasa da ve yardımcıların HSK tarafından henüz mesleğe kabulü yapılmasa da; 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesiyle yardımcıların verilen ve yargılamanın özünü etkileyecek görev ve yetkiler de nazara alındığında; mesleğe kabul öncesinde yetiştirilmelerini teminen konumlandırılan bir ara statü olması itibarıyla hakim ve savcı yardımcıların (veya adaylarının), anılan amir hükmün kapsamında kaldığı izahtan varestedir.

Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 140'ıncı maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulünün zorunlu olduğuna işaret ettiği bir kararında;

"Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra 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." şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı Kararı).

İfade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi otuz yıl sonra verdiği bir diğer kararında hakim ve savcı adaylarının, hakim ve savcı statüsünde sayılmadığını ve bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerinin kapsamında kalmadığını hüküm altına almıştır. Söz konusu kararın gerekçesinin müteallik bölümü:

"Anayasa'da yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık mesleğine ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapan HSK'ca verilen mesleğe kabul kararıyla başlanmaktadır. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylık sürecinde HSK tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve yargılama faaliyetinde bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle adaylık sürecine ilişkin dava konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri çerçevesinde incelenebilmesi mümkün değildir." şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 10.12.2020 tarihli ve 2016/144 E.; 2020/75K. sayılı Kararı, § 286).

Kararlardan anlaşılacağı üzere; Anayasa Mahkemesi'nin 1990 tarihli içtihadı, yargı bağımsızlığının korunmasını temin etmektedir.

İhtilafı kural, Anayasa'nın 128'inci maddesinin 2'nci ve 140'ıncı maddesinin 3'üncü fıkralarına aykırı şekilde; yardımcıların, "tensip ve gerekçeli karar taslaklarını hazırlamak; ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri yapmak; soruşturma evrakına ilişkin karar taslakları ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvuru taslaklarını hazırlamak; her türlü yazışma taslağını hazırlamak" şeklindeki görevleri yerine getirmekle yükümlü kılmıştır; dahası (anılan 10/A maddesinin son fıkrası uyarınca) Adalet Bakanlığı'na yardımcıların görev ve yetkilerini yönetmelikle düzenleme bakımından yetki vermiştir.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, yargı yetkisinin omurgasını oluşturan iptali talep edilen bentlerde sayılı görevlerle yardımcılarını donatarak; adeta onları, fiilen yargı yetkisi kullanmaya ehil kılmıştır. Bentlere konu belgelerin (*tensip ve gerekçeli karar, soruşturma evrakına ilişkin karar, soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvuru, her türlü yazışma*) taslak hallerinin ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemlerin ne olduğu; Adalet Bakanlığı'nın düzenleyici işlemlerine, eğitici hakim ve savcılarının sübjektif değerlendirmelerine bırakılmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan hakim ve savcı statüsünde olmaya namzet kimselerin (memur statüsünde bulunan yardımcılarının) görevlerinin kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptal istenen bentler, bu nedenle Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda "b" alt başlığı).

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı*). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (*Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı*). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin *secundum legem* özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin *intra legem* özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle bentlere konu belgelerin taslak hallerinin ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemlerin ne olduğu, şeffaflığı da sağlayacak biçimde; Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- bentlere konu belgelerin taslak hallerinin ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemlerin ne olduğu hususunda; hem hakim ve savcılara hem de Adalet Bakanlığı'na sınırsız takdir yetkisi vermiştir. Bu durum ise; yardımcılarının adeta yargı yetkisi kullanabilmesine neden olabilecektir.

Buna ilave olarak, ‘‘Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, ‘‘Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu

yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)’’ (Anayasa Mahkemesi’nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen bentlerin yer aldığı fıkra hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen (bentlere konu belgelerin taslak halleri ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) görev alanı kanun düzeyinde net bir biçimde ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde görevin icrasına ilişkin çıkarılacak yönetmeliğin 7413 sayılı Kanun’a uygun olması, yalnız bu Kanun’un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun’un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7413 sayılı Kanun’un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 10/A maddesinin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddeleri uyarınca kanun düzeyinde tanımlanması gereken (bentlere konu belgelerin taslak halleri ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) görev hususunu idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden, hakim ve savcıların sübjektif değerlendirmelerine bırakan maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik niteliğini içermeyip, yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı bentler, Anayasa’nın 2, 123, 128 ve 140’ıncı maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa’nın 7’nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen bentlerin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (ve dahi hakim ve savcılara) yardımcılarının (bentlere konu belgelerin taslak halleri ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) görevlerini belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7’nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa’nın 70’inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler

görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (*Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı*).

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin *"Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez"* şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan *"görevin"* ibaresinin kanun düzeyinde (bir kimsenin bu görevi objektif kriterlere göre icra edebilmesi amacıyla) açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken ifa edilecek (bentlere konu belgelerin taslak hallerinin ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) görevi belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (adalet özelinde kamu hizmeti icra edecek hakim ve savcı istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, hakim ve savcı yardımcılarının ifa edeceği (bentlere konu belgelerin taslak hallerinin ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) görevlerin liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı bentler, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70'inci maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

"1- KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "Kamu hizmetlerine girme hakkı" başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı dördüncü

bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

d)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 128'inci maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen bentleri kanunlaştırmaması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen bentlerin idareye (ve dahi hakim ve savcılara) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları ve nitelikleri sağlayan yardımcıları arasında idare (ve dahi hakim ve savcılar) tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan bentler, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilafı kural, aynı şekilde, (bentlere konu belgelerin taslak hallerinin ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) kamu görevinin kapsamını kanun düzeyinde öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10.

maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen bentlerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare (ve dahi hakim ve savcılar) tarafından aynı şartlara ve niteliklere sahip yardımcılara (bentlere konu belgelerin taslak haller ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) farklı görevler tevdi edilmesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, yardımcılardan (bentlere konu belgelerin taslak haller ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) görev alanının belirlenmesinin idareye (ve dahi hakim ve savcılara) bırakılması, mesleğin gerektirdiği nitelikler bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında, yetki ve yükümlülüklerin dağılımında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan bentler, Anayasa’nın 10’uncu maddesine aykırıdır.

f)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa’nın 2 ve 5’inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa’nın 49’uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen bentler, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare (ve dahi hakim ve savcılar), keyfi biçimde, yardımcılardan (bentlere konu belgelerin taslak halleri ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) görev alanını belirleyerek; bu kimselerin mesleğe uygun biçimde yetişmesinin önüne geçecektir; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, yardımcılardan (bentlere konu belgelerin taslak halleri ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) görevlerinin belirlenmesini idarenin (ve dahi hakim ve savcılarının) uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan bentler, Anayasa’nın 2, 5, 13 ve 49’uncu maddelerine aykırıdır.

g)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı yetkisi, eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı, hakimlik ve savcılık mesleği bakımından:

Anayasa’nın 36’ncı maddesinde hak arama hürriyeti güvencelenmiş; anılan hak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 10’uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14’üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddelerinde olduğu gibi uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Yine Anayasa’nın 40’uncü maddesi mucibince Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Anılan hakların temini ise; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Nitekim Anayasa’nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9’uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa’nın 10’uncu maddesinde “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklindeki fıkra hüküm altına alınmak suretiyle; hakim ve savcılarının taraflara eşit mesafede durması gerektiğine işaret edilmiştir. Buna ilave olarak Anayasa’nın 138 ve 140’uncü maddelerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açıkça

hüküm altına alınmış; 139'uncu maddesiyle hakimlik savcılık teminatı güvencelenmiştir. Anılan hükümler, kül halinde yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik olup birbirlerinden ayrı ele alınamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, bir mahkemenin (hakimin –savcının) bağımsız ve tarafsız olarak nitelendirilebilmesi adına içtihadı olarak birtakım kıstaslar öngörmüştür:

“225. Bir merciin “bağımsız” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemede Mahkeme, diğerleri arasında, aşağıdaki ölçütleri dikkate alır (Langborger/İsveç, § 32; Kleyn ve Diğerleri/Hollanda [BD], § 190):

i. üyelerinin atanma şekli ve

ii. görev süresi;

iii. dış baskılara karşı güvencelerin varlığı ve

iv. söz konusu merciin bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediği.

...

v. Tarafsızlık şunlara göre değerlendirilmelidir (Micallef/Malta [BD], § 93; Nicholas/Kıbrıs, § 49):

i. belli bir hâkimin şahsi inancının ve davranışının, yani hâkimin belli bir davada kişisel önyargı veya taraflılık sergileyip sergilemediğinin göz önünde bulundurulduğu öznel yöntem;

ii. ve ayrıca, mahkemenin, bilhassa oluşumu aracılığıyla, hakkındaki her tür meşru şüpheyi ortadan kaldırmak üzere yeterli güvenceler sunup sunmadığının belirlenmesinden ibaret olan nesnel yöntem.’³⁹

Bunun yanında, yine hakim ve savcılarının bağımsız, tarafsız, nitelikli, donanımlı, etkin olmaları gerektiğine işaret eden ve yumuşak hukuk (soft law) araçları olarak dikkate alınmak gereken birçok uluslararası belge (*Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri*⁴⁰; *Bangolar Yargı Etiği İlkeleri*⁴¹; *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12*

³⁹ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁴⁰ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁴¹ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

sayılı Tavsiye Kararı⁴²; Avrupa Konseyi Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri”⁴³ ...) düzenlenmiştir.

Yine uluslararası örgütlerin görüşlerine, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri belirlenirken; nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat ilkesinin ve nesnel ölçütlerin esas alınması gerekliliği yansımıştır.

Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi’nin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş’e göre;

“25. Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin “nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre” belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm “objektif kıstaslar”, genel bir özellik arz etmek zorundadır. Ancak asıl hayati öneme sahip olan, bu ilkelerin belirli bir durumdaki gerçek içeriği ve etkisidir. CCJE, üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmiştir. Bunun yapılmasının ardından, atama veya terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir.”⁴⁴

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı’na göre;

“Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri, vasıfları, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciün bağımsızlığını güvence altına almak için, merciün üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.”⁴⁵

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu’na göre;

“24. CCJE’nin 1 no.lu Görüşünde ilave olarak şu tavsiyeye yer verilmiştir (25te): “üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamlar, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve

⁴² <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁴³ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁴⁴ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁴⁵ [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR\(94\)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR(94)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmeli, yayımlamalı ve yürürlüğe koymalıdır”. Liyakat yalnızca hukuk bilgisi, analitik yetenekler veya akademik mükemmellikten ibaret bir mefhum değildir. Ayrıca kişilik, muhakeme, erişilebilirlik, iletişim becerileri, hüküm tesis etmekteki etkinlik, vb. hususlarını da içermelidir.

25. Bir hakimin adalet ve hakkaniyet hissiyatına sahip olması çok önemlidir. Ancak uygulamada bu kıstası değerlendirmek zor olabilir. Uygulama alanı bulunursa, şeffaf usuller ve ahenkli bir uygulamanın varlığına ihtiyaç duyulacaktır.

26. Netice olarak, liyakatin birincil kıstas olmasına ilaveten, yargı içindeki farklılıklar kamuoyunun yargıya bir bütün halinde güvenmesini ve onu kabullenmesini mümkün kılacaktır. Yargı temsil yeri olmamakla birlikte açık bir karaktere sahip olmalı ve toplumun tüm bölümlerinden nitelikli kişilere katılım imkanı verilmelidir.³

27. *Hakimlerin atamaları ile mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararların, hukuk çerçevesinde objektif kıstaslar uygulanarak ve liyakat gözetilerek alınmasının mecburiyeti ilkesi tartışmaya açık değildir.*⁴⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “218. Hâkimlerin yürütme tarafından atanmaları ve azledilebilir olmaları 6 § 1 maddesi açısından **tek başına ihlal teşkil etmez** (Clarke/Birleşik Krallık (k.k.)). **Tayin edilenlerin, yargılama görevlerini ifa ettikleri esnada her tür etki veya baskıdan bağımsız olmaları kaydıyla, hâkimlerin yürütme tarafından atanmasına izin verilebilir** (Flux/Moldova (no. 2), § 27).⁴⁷ şeklinde değerlendirmede bulunmasına rağmen; Türkiye’de yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalar olduğu uluslararası belgelere konu olmuştur: Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Sokağa Çıkma Yasalarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu’na göre;

“56. “Türkiye’de demokratik kurumların işleyişi” başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: “Yargı bağımsızlığı Anayasa’da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. **Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin versiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir**” [19].⁴⁸

O halde yasama organı tarafından kanunlaştırılan bu bentlerin, Anayasa’nın sistematik yorumu muvacehesinde, herkesin adil yargılanma hakkı ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını isteme hakkı gözetilerek kaleme alınması gerekmektedir. Anılan hakların temini; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Ancak yukarıda açıklandığı üzere,

⁴⁶ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁴⁷ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁴⁸ <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

idarenin (ve dahi hakim ve savcılarının) yardımcılarının (bentlere konu belgelerin taslak halleri ve ara kararın icrasına dair iş ve işlemler özelinde) görev alanına yapacağı müdahale, onların tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürecektir. Bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine gölge düşmüş mahkemelerce yapılacak yargılamalar ise; anılan hakların (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının da aksine) özüne dokunacaktır. Halbuki bir devlete; çağdaş, özgürlükçü, çoğulcu, katılımcı, demokratik rejime sahip hukuk devleti vasfını kazandıran Anayasal enstrümanlardan biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Zira yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu nedenlerle iptali istenen bentler, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamayı teminen bir bütün olarak ele alınması gereken Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 9, 10, 13, 36, 40, 138, 139 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır.

ğ)Gerekçeli karar hakkı bakımından: Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar ilkesini, 29.06.2022 tarihli ve 2019/3706 Başvuru No'lu Cansu Güneş Seferoğlu Kararında; şu şekilde, ifade etmiştir:

“33. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır." denilerek kararlarını gerekçeli olarak yazma yükümlülüğü mahkemelere yüklenmiştir. Anayasa'nın 36. maddesi, 141. maddesinin üçüncü fıkrası ışığında yorumlandığında adil yargılanma hakkı gerekçeli karar hakkını da güvence altına almaktadır. Öte yandan adil yargılanma hakkı, doğası gereği gerekçeli karar hakkını da içermektedir. Bu sebeple gerekçeli karar hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel güvencelerinden biridir (Hilmi Kocabey ve diğerleri, B. No: 2018/27686, 17/11/2021, § 77).

34. Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gereklidir (Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 31, 34).

35. Mahkemelerin anılan yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Ancak derece mahkemeleri, kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değilse de (Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 56) davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu gerekçeli karardan anlaşılmalıdır.

36. Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir (Sencer Başat ve diğerleri, § 35). Aksi bir tutumla mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında ilgili ve yeterli bir yanıt vermemesi veya yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış olması hak ihlaline neden olabilecektir (Sencer Başat ve diğerleri, § 39).

37. Öte yandan istinaf/temyiz merciinin yargılamayı yapan mahkemenin kararını uygun bulması hâlinde bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak ya da bir atıfla kararına yansıtması yeterlidir. Burada önemli olan husus istinaf/temyiz merciinin bir şekilde istinafta/temyizde dile getirilmiş ana unsurları incelediğini, derece mahkemesinin kararını inceleyerek onadığını ya da bozduğunu göstermesidir (bazı değişikliklerle birlikte bkz. Yasemin Ekşi, § 57). Ancak istinaf/temyiz incelemesi sırasında ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların istinaf/temyiz mercilerince cevapsız bırakılmış olması gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olabilir (bazı değişikliklerle birlikte bkz. Caner Kandırmaz, B. No: 2013/3672, 30/12/2014, § 31).

38. Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkı bağlamındaki görevi uyumsuzluğun esası yönünden önem taşıyan meselelere ilişkin olarak derece mahkemelerinin ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya koyup koymadıklarının incelenmesinden ibarettir. Anayasa Mahkemesinin derece mahkemesinin gerekçelerinin hukuka uygun olup olmadığını denetleme gibi bir görevi bulunmadığı gibi derece mahkemesi kararlarındaki hukuka aykırılıkları gidermek de Anayasa Mahkemesinin görevi değildir (Halit Kabadağ, B. No: 2019/3589, 23/11/2021, § 30).’’

Yapılan iş ve işlemlerin temellendirilmesi, muhakeme sürecinin tümü bakımından elzemdir. Zira tensip zaptı, ara kararların icrası, soruşturma evrakı, soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanun yollarına başvuru, her türlü yazışma nihayetinde hükmün kurulmasına asli biçimde etki edecektir. O halde bu işlemlerin de işlemi yapmaya yetkili makam tarafından gerekçelendirilmesi gerekir. Gerekçe ile kararı zihinsel bir faaliyet olarak birbirlerinden ayırmaya olanak yoktur. Ancak gerekçeli karar metni başta olmak üzere; bentlere konu belgeler, yardımcıları tarafından kaleme alınacak ancak eğitici hakim ve savcı tarafından imzalanacaktır. Her ne kadar bentlere konu belgelerin taslak hallerinin yardımcıları tarafından hazırlanacağı ileri sürülse de; yukarıda belirtildiği üzere; taslak metin ile tamamlanmış metni öz bakımından ayıran çizgi, belirsizdir. Kaldı ki ara kararın icrasına dair iş ve işlemleri yapmaya ilişkin asli yargısal yetki, büsbütün yardımcıların uhdesine bırakılmıştır. Gerekçenin hukuk mantığındaki yeri, o işlemi yapan makamın, o işlemi niçin ve nasıl yaptığının alenileştirilmesidir. Ancak burada; somut olayı ele alan, somut olaya soyut normu tatbik eden, o somut olaya o soyut normu niçin ve nasıl tatbik ettiğini temellendiren (olması gerektiği gibi) bir özne (hakim/savcı) değil; birden fazla özne (yardımcı ve hakim/savcı) bulunmaktadır. Gerekçe ve karara ilişkin öznelere farklılaşması, gerekçe ile karar arasında var olması gereken zorunlu organik bağın bulunmadığını ve karar öznesi olmayan yardımcı tarafından yazılan metnin gerekçe (taslağı) olarak kabul edilemeyeceğini gösterir. Birden fazla özne bulunmasından dolayı görev – yetki ve sorumluluk zincirinin de bozulmasına neden olan iptali talep edilen bentler, Anayasa’nın 36 ve 141’inci maddelerine aykırıdır.

h)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90’ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen bentler, adil yargılanma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 10’uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14’üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı ve çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23’üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa

Sosyal Şartı'nın 1'inci maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini⁴⁹ ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri ile ikinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140, 141 ve 153'üncü maddelerine aykırıdır; anılan bentlerin iptali gerekir.

5) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2'nci maddesiyle 2810 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan “ile hâkim tarafından verilen benzeri görevleri” ibaresi ile ikinci fıkrasının (g) bendinde yer alan “ile savcı tarafından verilen benzeri görevleri” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleri, ehemmiyet bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olsa idi; adalet, bu sınıflandırmanın başlarında yer alırdı. Zira “*Adalet, mülkün temelidir.*”. Nitekim Fransız hukukçu M. P. Fabreguettes'in Adalet Mantiği ve Hüküm Verme Sanatı adlı eserinde de işaret ettiği üzere;

“Adalet herkese, her an için muhtaç bulunmaktadır. Bunun için adaletin hürmet telkin etmesi, itimat ilham eylemesi lâzımdır.

“Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret, kendilerine emanet olunanların seçimlerinde uyanık bulunmakta, milletin büyük menfaati vardır.,,

Hâkimler, vermiş oldukları kararlarla, omuzlarında, nizamı tesis vazifesi taşımaktadırlar. Tek bir kararda veki adaletsizlik, âmmeye tevcih edilmiş bir tehdit mahiyetindedir.

Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanında yalnız hâkimlik sınıfı daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder.”⁵⁰

Öte yandan belirtmek gerekir ki; yargısal muhakeme sonucu ortaya çıkan hüküm, (yargının) üçlü sacayağı (hakim – savcı – avukat) üzerine kurulur. Kanun koyucu da 7413 sayılı Kanun'un münferit maddeleriyle hükmü ortaya koyan öznelerin ikisi (hakim – savcı) bakımından mesleğe kabul edilmeden önce nitelikli biçimde yetiştirilmelerini teminen; yardımcılık müessesini ihdas etmiştir. O halde bu müessese hakkında yapılan düzenlemenin Anayasal gereklilikleri karşılaması lazım gelmektedir. Ancak iptali istenen ibareler, Anayasal gereklilikleri karşılamaya elverişli ve yeterli değildir.

7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a yardımcılarının görev ve yetkilerini düzenleyen 10/A maddesi eklenmiştir. Anılan 10/A maddesinin görev döneminde yardımcılarının mahkemedeki görevlerini düzenleyen birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan ibare uyarınca yardımcılar, hakim tarafından verilen benzeri görevleri; görev döneminde

49 Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

⁵⁰ Fabreguettes, F. P., Adalet Mantiği ve Hüküm Verme Sanatı, Adliye Vekilliği, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945 (Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019), s. 9.

yardımcıların Cumhuriyet başsavcılıklarındaki görevlerini düzenleyen ikinci fıkrasının (g) bendinde yer alan ibare uyarınca yardımcıları, savcı tarafından verilen benzeri görevleri yerine getirecektir. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 36'ncı maddesinde herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Pozitif yükümlülüğüne binaen Devlet tarafından, anılan hakkın herkes bakımından erişilebilir kılınması, yargının üçlü sacayağının marifetiyle mümkündür. O halde hakim ve savcılarının statüsünün, adalet özelinde yürütülen kamu hizmeti bakımından Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında “*diğer kamu görevlisi*” niteliğinde olması gerekmektedir. Öte yandan Anayasa koyucu, hakimlik ve savcılık mesleğine önem atfederek; bu mesleğe ilişkin temel çerçeveyi Anayasal düzeyde (Anayasa'nın 140'ıncı maddesinde) belirlemiştir.

Başka bir anlatımla 7413 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca hakim ve savcı yardımcıları, Devlet Memurları Kanunu'ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup, hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, Devlet Memurları Kanunu'nun 2802 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. (Söz konusu değişiklik, 7413 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle; 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.) Kısacası yardımcıları, hukuki statü itibarıyla memur olarak konumlandırılmıştır.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından hakim ve savcılarının yardımcılık süreci, kadro ihdası, ataması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa'nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128 ve 140'ıncı maddeler uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen ibareler, bu hususları Anayasa'nın öngördüğü çerçevede düzenlememektedir. Bu durum, aşağıda gösterildiği üzere Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

a) Kamu görevlilerinin özlük hakları ile hakimlik ve savcılık mesleği bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (*Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı*). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (*Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41*).

Yine Anayasa'nın 140'ıncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim 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 işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Her ne kadar söz konusu 140'ıncı maddenin lafzında açıkça “yardımcılar” yer almasa da ve yardımcıların HSK tarafından henüz mesleğe kabulü yapılmasa da; 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesiyle yardımcıların verilen ve yargılamanın özünü etkileyecek görev ve yetkiler de nazara alındığında; mesleğe kabul öncesinde yetiştirilmelerini teminen konumlandırılan bir ara statü olması itibarıyla hakim ve savcı yardımcıların (veya adaylarının), anılan amir hükmün kapsamında kaldığı izahtan varestedir.

Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 140'ıncı maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulünün zorunlu olduğuna işaret ettiği bir kararında;

“Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra 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.” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı Kararı).

İfade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi otuz yıl sonra verdiği bir diğer kararında hakim ve savcı adaylarının, hakim ve savcı statüsünde sayılmadığını ve bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerinin kapsamında kalmadığını hüküm altına almıştır. Söz konusu kararın gerekçesinin müteallik bölümü:

“Anayasa'da yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık mesleğine ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapan HSK'ca verilen mesleğe kabul kararıyla başlanmaktadır. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylık sürecinde HSK tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve yargılama faaliyetinde bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle adaylık sürecine ilişkin dava konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri çerçevesinde incelenmesi mümkün değildir.” şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 10.12.2020 tarihli ve 2016/144 E.; 2020/75K. sayılı Kararı, § 286).

Kararlardan anlaşılacağı üzere; Anayasa Mahkemesi'nin 1990 tarihli içtihadı, yargı bağımsızlığının korunmasını temin etmektedir.

İhtilaflı kural, Anayasa'nın 128'inci maddesinin 2'nci ve 140'ıncı maddesinin 3'üncü fıkralarına aykırı şekilde; yardımcıları, hakim ve savcılarının verdiği benzeri görevleri yerine getirmekle yükümlü kılmıştır; dahası (anılan 10/A maddesinin son uyarınca) Adalet

Bakanlığı'nı yardımcılarının görev ve yetkilerini yönetmelikle düzenleme bakımından yetkili kılmıştır.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, yardımcılarının görev ve yetkilerini, tahdidi değil tadadi metodla sayarak; yardımcılar bakımından sınırsız bir görev alanı oluşturulmasına cevaz vermiştir. Yardımcıların görev alanı hususunu Adalet Bakanlığı'nın düzenleyici işlemlerine, hakim ve savcılarının sübjektif değerlendirmelerine bırakmıştır. (*Belirtmek gerekir ki eğitici hakim ve savcılarının, yardımcılara vereceği benzeri görevler; hakim ve savcılarının yargısal görevleri ile ilgili değildir, idari görevleri ile ilgilidir.*) Oysa bir kamu görevlisi olan hakim ve savcı statüsünde olmaya namzet kimselerin (memur statüsünde bulunan yardımcılarının) görevlerinin kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. Maddi anlamda bir kanunun ögelerine tekabül etmeyen iptali istenen ibareler, bu nedenle Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda "b" alt başlığı).

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı*). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (*Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı*). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin *secundum legem* özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin *intra legem* özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle yardımcılarının görev alanının, şeffaflığı da sağlayacak biçimde; Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- yardımcılarının görev alanının belirlenmesi hususunda; hem hakim ve savcılara hem de Adalet Bakanlığı'na sınırsız takdir yetkisi vermiştir. Bu durum ise; yardımcılarının, hakim ve savcılarının kişisel asistanı gibi atfedilmesine neden olabilecektir. Zira anılan 10/A maddesinin birinci ve ikinci fıkraların diğer bentlerine benzer görevlerin neler olduğu hususu, tamamıyla belirsizdir. Nitekim diğer bentler, neredeyse tüm yargısal iş ve işlemleri (taslak hallerini) kapsamaktadır.

Buna ilave olarak, ‘‘Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, ‘‘Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.’’ denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)’’ (Anayasa Mahkemesi’nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkra hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen görev alanı kanun düzeyinde net bir biçimde ortaya konulmamıştır.

Öte yandan, normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde görevin icrasına ilişkin çıkarılacak yönetmeliğin 7413 sayılı Kanun’a uygun olması, yalnız bu Kanun’un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun’un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7413 sayılı Kanun’un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 10/A maddesinin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddeleri uyarınca kanun düzeyinde tanımlanması gereken görev hususunu idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden, hakim ve savcıların sübjektif değerlendirmelerine bırakan maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik niteliğini içermeyip, yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibareler, Anayasa’nın 2, 123, 128 ve 140’ıncı maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa’nın 7’nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (ve dahi hakim ve savcılara) yardımcılarının görevlerini belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7’nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa’nın 70’inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle,

onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (*Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı*).

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin *"Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez"* şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan *"görevin"* ibaresinin kanun düzeyinde (bir kimsenin bu görevi objektif kriterlere göre icra edebilmesi amacıyla) açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevi belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (adalet özelinde kamu hizmeti icra edecek hakim ve savcı istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, hakim ve savcı yardımcılarının ifa edeceği görevlerin liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı ibareler, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70'inci maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

"1- KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "Kamu hizmetlerine girme hakkı" başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

d)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 128'inci maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareleri kanunlaştırmaması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarelerin idareye (ve dahi hakim ve savcılara) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları ve nitelikleri sağlayan yardımcıları arasında idare (ve dahi hakim ve savcılar) tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibareler, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilafı kural, aynı şekilde, kamu görevinin kapsamını kanun düzeyinde öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare (ve dahi hakim ve savcılar) tarafından aynı şartlara ve niteliklere sahip yardımcılara farklı görevler tevdi edilmesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, yardımcılarının görev alanının belirlenmesinin idareye (ve dahi hakim ve savcılara) bırakılması, mesleğin gerektirdiği nitelikler bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında yetki ve yükümlülüklerin dağılımında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

f) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen ibareler, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare (ve dahi hakim ve savcılar), keyfi biçimde, yardımcılarının görev alanını belirleyerek; bu kimselerin mesleğe uygun biçimde yetişmesinin önüne geçecektir; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, yardımcılarının görevlerinin belirlenmesini idarenin (ve dahi hakim ve savcılarının) uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49'uncu maddelerine aykırıdır.

g) Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı yetkisi, eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı, hakimlik ve savcılık mesleği bakımından:

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama hürriyeti güvencelenmiş; anılan hak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddelerinde olduğu gibi uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Yine Anayasa'nın 40'ıncı maddesi mucibince Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Anılan hakların temini ise; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 10'uncu maddesinde “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklindeki fıkra hüküm altına alınmak suretiyle; hakim ve savcılarının taraflara eşit mesafede durması gerektiğine işaret edilmiştir. Buna ilave olarak Anayasa'nın 138 ve 140'ıncı maddelerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açıkça hüküm altına alınmış; 139'uncu maddesiyle hakimlik savcılık teminatı güvencelenmiştir. Anılan hükümler, kül halinde yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik olup birbirlerinden ayrı ele alınamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, bir mahkemenin (hakimin –savcının) bağımsız ve tarafsız olarak nitelendirilebilmesi adına içtihadi olarak birtakım kıstaslar öngörmüştür:

“225. Bir merciin “bağımsız” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemede Mahkeme, diğerleri arasında, aşağıdaki ölçütleri dikkate alır (Langborger/İsveç, § 32; Kleyn ve Diğerleri/Hollanda [BD], § 190):

i. üyelerinin atanma şekli ve

ii. görev süresi;

iii. dış baskılara karşı güvencelerin varlığı ve

iv. söz konusu merciin bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediği.

...

v. Tarafsızlık şunlara göre değerlendirilmelidir (Micallef/Malta [BD], § 93; Nicholas/Kıbrıs, § 49):

i. belli bir hâkimin şahsi inancının ve davranışının, yani hâkimin belli bir davada kişisel önyargı veya taraflılık sergileyip sergilemediğinin göz önünde bulundurulduğu öznel yöntem;

ii. ve ayrıca, mahkemenin, bilhassa oluşumu aracılığıyla, hakkındaki her tür meşru şüpheyi ortadan kaldırmak üzere yeterli güvenceler sunup sunmadığının belirlenmesinden ibaret olan nesnel yöntem.’⁵¹

Bunun yanında, yine hakim ve savcılarının bağımsız, tarafsız, nitelikli, donanımlı, etkin olmaları gerektiğine işaret eden ve yumuşak hukuk (soft law) araçları olarak dikkate alınmak gereken birçok uluslararası belge (Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri⁵²; Bangolar Yargı Etiği İlkeleri⁵³; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12 sayılı Tavsiye Kararı⁵⁴; Avrupa Konseyi Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri”⁵⁵ ...) düzenlenmiştir.

Yine uluslararası örgütlerin görüşlerine, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri belirlenirken; nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeterek liyakat ilkesinin ve nesnel ölçütlerin esas alınması gerekliliği yansımıştır.

⁵¹ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine İlişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁵² <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁵³ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁵⁴ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁵⁵ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş'e göre;

“25. Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin “nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre” belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm “objektif kıstaslar”, genel bir özellik arz etmek zorundadır. Ancak asıl hayati öneme sahip olan, bu ilkelerin belirli bir durumdaki gerçek içeriği ve etkisidir. CCJE, üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmiştir. Bunun yapılmasının ardından, atama veya terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir.”⁵⁶

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı'na göre;

“Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri, vasıfları, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. **Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını güvence altına almak için, merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.**⁵⁷

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu'na göre;

“24. CCJE'nin 1 no.lu Görüşünde ilave olarak şu tavsiyeye yer verilmiştir (25te): “üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamlar, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmeli, yayımlamalı ve yürürlüğe koymalıdır”. Liyakat yalnızca hukuk bilgisi, analitik yetenekler veya akademik mükemmellikten ibaret bir mefhum değildir. Ayrıca kişilik, muhakeme, erişilebilirlik, iletişim becerileri, hüküm tesis etmekteki etkinlik, vb. hususlarını da içermelidir.

25. Bir hakimin adalet ve hakkaniyet hissiyatına sahip olması çok önemlidir. Ancak uygulamada bu kıstası değerlendirmek zor olabilir. Uygulama alanı bulunursa, şeffaf usuller ve ahenkli bir uygulamanın varlığına ihtiyaç duyulacaktır.

26. Netice olarak, liyakatin birincil kıstas olmasına ilaveten, yargı içindeki farklılıklar kamuoyunun yargıya bir bütün halinde güvenmesini ve onu kabullenmesini mümkün kılacaktır.

⁵⁶ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁵⁷ [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR\(94\)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR(94)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

*Yargı temsil yeri olmamakla birlikte açık bir karaktere sahip olmalı ve toplumun tüm bölümlerinden nitelikli kişilere katılım imkanı verilmelidir.*³

27. Hakimlerin atamaları ile mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararların, hukuk çerçevesinde objektif kıstaslar uygulanarak ve liyakat gözetilerek alınmasının mecburiyeti ilkesi tartışmaya açık değildir.⁵⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "218. Hâkimlerin yürütme tarafından atanmaları ve azledilebilir olmaları 6 § 1 maddesi açısından tek başına ihlal teşkil etmez (Clarke/Birleşik Krallık (k.k.)). Tayin edilenlerin, yargılama görevlerini ifa ettikleri esnada her tür etki veya baskıdan bağımsız olmaları kaydıyla, hâkimlerin yürütme tarafından atanmasına izin verilebilir (Flux/Moldova (no. 2), § 27)." ⁵⁹ şeklinde değerlendirmede bulunmasına rağmen; Türkiye'de yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalar olduğu uluslararası belgelere konu olmuştur: Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu'na göre;

"56. "Türkiye'de demokratik kurumların işleyişi" başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: "Yargı bağımsızlığı Anayasa'da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin versiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir" [19]."⁶⁰

O halde yasama organı tarafından kanunlaştırılan bu ibarelerin, Anayasa'nın sistematik yorumu muvacehesinde, herkesin adil yargılanma hakkı ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını isteme hakkı gözetilerek kaleme alınması gerekmektedir. Anılan hakların temini; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, idarenin (ve dahi hakim ve savcılarının) yardımcılarının görev alanına yapacağı müdahale, onların tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürecektir. Bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine gölge düşmüş mahkemelerce yapılacak yargılamalar ise; anılan hakların (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının da aksine) özüne dokunacaktır. Halbuki bir devlete; çağdaş, özgürlükçü, çoğulcu, katılımcı, demokratik rejime sahip hukuk devleti vasfını kazandıran Anayasal enstrümanlardan biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Zira yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu nedenlerle iptali istenen ibareler, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamayı teminen kül halinde ele alınması gereken Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 9, 10, 13, 36, 40, 138, 139 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır.

⁵⁸ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁵⁹ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁶⁰ <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

ğ)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler, adil yargılanma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı ve çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23'üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1'inci maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini⁶¹ ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Son olarak anılan 10/A maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan “*hâkim tarafından verilen benzeri görevleri*” ibaresini kendinden önce gelen “*Mevzuatta belirtilen diğer görevler*” ibaresine bağlayan “ile” bağlacı, “*hâkim tarafından verilen benzeri görevleri*” ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir. Yine 10/A maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendinde yer alan “*savcı tarafından verilen benzeri görevleri*” ibaresini kendinden önce gelen “*Mevzuatta belirtilen diğer görevler*” ibaresine bağlayan “ile” bağlacı, “*savcı tarafından verilen benzeri görevleri*” ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle, 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2810 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan “ile *hâkim tarafından verilen benzeri görevleri*” ibaresi ile ikinci fıkrasının (g) bendinde yer alan “ile *savcı tarafından verilen benzeri görevleri*” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

6) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesinin son fıkrasında yer alan “yönetmelikle” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleri, ehemmiyet bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olsa idi; adalet, bu sınıflandırmanın başlarında yer alırdı. Zira “*Adalet, mülkün temelidir.*”. Nitekim Fransız hukukçu M. P. Fabreguettes'in Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı adlı eserinde de işaret ettiği üzere;

“*Adalet herkese, her an için muhtaç bulunmaktadır. Bunun için adaletin hürmet telkin etmesi, itimat ilham eylemesi lâzımdır.*”

“*Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret, kendilerine emanet olunanların seçimlerinde uyanık bulunmakta, milletin büyük menfaati vardır.,,*”

Hâkimler, vermiş oldukları kararlarla, omuzlarında, nizamı tesis vazifesi taşımaktadırlar. Tek bir kararda veki adaletsizlik, âmmeye tevcih edilmiş bir tehdit mahiyetindedir.

61 Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

*Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanında yalnız hâkimlik sınıfı daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder.*⁶²

Öte yandan belirtmek gerekir ki; yargısal muhakeme sonucu ortaya çıkan hüküm, (yargının) üçlü sacayağı (hakim – savcı –avukat) üzerine kurulur. Kanun koyucu da 7413 sayılı Kanun’un münferit maddeleriyle hükmü ortaya koyan öznelere ikisi (hakim –savcı) bakımından mesleğe kabul edilmeden önce nitelikli biçimde yetiştirilmelerini teminen; yardımcılık müessesini ihdas etmiştir. O halde bu müessese hakkında yapılan düzenlemenin Anayasal gereklilikleri karşılaması lazım gelmektedir. Ancak iptali istenen ibare, Anayasal gereklilikleri karşımaya elverişli ve yeterli değildir.

7413 sayılı Kanun’un 2’nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun’a yardımcılarının görev ve yetkilerini düzenleyen 10/A maddesi eklenmiştir. Anılan 10/A maddesinin son fıkrasına göre yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar; Yargıtay ve Danıştay ile Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenecektir. İptali istenen ibareyle anılan fıkra da sayılı hususların idarenin düzenleyici işlemlerinin (Adalet Bakanlığı’nın çıkaracağı yönetmeliğin) konusu yapılması, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasa’nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9’uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan Anayasa’nın 36’ncı maddesinde herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Pozitif yükümlülüğüne binaen Devlet tarafından, anılan hakkın herkes bakımından erişilebilir kılınması, yargının üçlü sacayağının marifetiyle mümkündür. O halde hakim ve savcılarının statüsünün, adalet özelinde yürütülen kamu hizmeti bakımından Anayasa’nın 128’inci maddesi bağlamında “*diğer kamu görevlisi*” niteliğinde olması gerekmektedir. Öte yandan Anayasa koyucu, hakimlik ve savcılık mesleğine önem atfederek; bu mesleğe ilişkin temel çerçeveyi Anayasal düzeyde (Anayasa’nın 140’ıncı maddesinde) belirlemiştir.

Başka bir anlatımla 7413 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi uyarınca hakim ve savcı yardımcılarının, Devlet Memurları Kanunu’ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup, hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, Devlet Memurları Kanunu’nun 2802 sayılı Kanun’a aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. (Söz konusu değişiklik, 7413 sayılı Kanun’un 22’nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle; 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.) Kısacası yardımcılar, hukuki statü itibarıyla memur olarak konumlandırılmıştır.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından hakim ve savcılarının yardımcılık süreci, kadro ihdası, ataması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa’nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128 ve 140’ıncı maddeler uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen ibare, bu hususları Anayasa’nın öngördüğü çerçevede düzenlememektedir. Bu durum, aşağıda gösterileceği üzere Anayasa’ya çok yönlü olarak aykırıdır.

⁶² Fabreguettes, F. P., Adalet Mantiğı ve Hüküm Verme Sanatı, Adliye Vekilliği, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945 (Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019), s. 9.

a) Kamu görevlilerinin özlük hakları ile hakimlik ve savcılık mesleği bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (*Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı*). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (*Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41*).

Yine Anayasa'nın 140'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim 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 işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Her ne kadar söz konusu 140'inci maddenin lafzında açıkça “yardımcılar” yer almasa da ve yardımcıların HSK tarafından henüz mesleğe kabulü yapılmasa da; 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesiyle yardımcıların verilen ve yargılamanın özünü etkileyecek görev ve yetkiler de nazara alındığında; mesleğe kabul öncesinde yetiştirilmelerini teminen konumlandırılan bir ara statü olması itibarıyla hakim ve savcı yardımcıların (veya adaylarının), anılan amir hükmün kapsamında kaldığı izahtan varestedir.

Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 140'inci maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulünün zorunlu olduğuna işaret ettiği bir kararında;

“Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra 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.” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (*Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı Kararı*).

İfade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi otuz yıl sonra verdiği bir diğer kararında hakim ve savcı adaylarının, hakim ve savcı statüsünde sayılmadığını ve bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerinin kapsamında kalmadığını hüküm altına almıştır. Söz konusu kararın gerekçesinin müteallik bölümü:

“Anayasa’da yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık mesleğine ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapan HSK’ca verilen mesleğe kabul kararıyla başlanmaktadır. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylık sürecinde HSK tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve yargılama faaliyetinde bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle adaylık sürecine ilişkin dava konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri çerçevesinde incelenebilmesi mümkün değildir.” şeklindedir (Anayasa Mahkemesi’nin 10.12.2020 tarihli ve 2016/144 E.; 2020/75K. sayılı Kararı, § 286).

Kararlardan anlaşılacağı üzere; Anayasa Mahkemesi’nin 1990 tarihli içtihadı, yargı bağımsızlığının korunmasını temin etmektedir.

İhtilafı kural, Anayasa’nın 128’inci maddesinin 2’nci ve 140’ıncı maddesinin 3’üncü fıkralarına aykırı şekilde, Adalet Bakanlığı’nı yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlarda yönetmelik çıkarırken kayıtlayacak objektif kısıtlara yer vermemiştir.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlarda çıkartılacak yönetmeliğin genel çerçevesini, kanun formunda ortaya koymamış ve bu hususların belirlenmesini idarenin düzenleyici işlemlerine bırakmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan hakim ve savcı statüsünde olmaya namzet kimselerin (memur statüsünde bulunan yardımcılarının) yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların temel esaslarının kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. Maddi anlamda bir kanun ögesine tekabül etmeyen iptali istenen ibare, bu nedenle Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddelerine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda “b” alt başlığı).

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi’nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin *secundum legem* özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin *intra legem* özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle hakim ve savcı olabilmek için yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların, şeffaflığı da sağlayacak biçimde; Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; sayılı hususların temel çerçevesi hakkında–Anayasal ilkelerin aksine- hakkında tamamen sessiz kalmıştır. Söz gelimi anılan 10/A maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (g) bendiyle hakim ve savcılar tarafından benzer görevlerin yardımcılara verilebileceği ve iptali talep edilen ibareyle yardımcılarının görev ve yetkilerinin Bakanlık tarafından yönetmelikle belirleneceği; yine (d) ve (e) bentlerinde yer alan taslakların formunun iptali talep edilen ibareyle Bakanlık tarafından yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmak suretiyle; yardımcılar bakımından sınırsız bir görev alanı oluşturulmasına imkan verilmiştir. Yine görev ve yetkinin getirdiği sorumluluk, çalışma ve dinlenme saatleri, kıyafetleri, denetimleri ve disiplinleri, hak ve ödevleri yönetmeliğin konusu yapılmıştır. Buna ilave olarak Yargıtay ve Danıştay ile Hakimler ve Savcılar Kurulu'ndan alınacak görüşlerin; istişari nitelikte olduğunu ve Adalet Bakanlığı'nı kayıtlayacak kanunilik ilkesinin gereğini karşılamaya elverişli sınırlandırma ölçütü olmadığını belirtmekte fayda bulunmaktadır.

Buna ilave olarak, *“Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.”* denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)’’ (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibarede; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde söz konusu yönetmeliğin 7413 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7413 sayılı Kanun'un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 10/A maddesinin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek,

şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddeleri uyarınca kanun düzeyinde tanımlanması gereken hususları idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden, maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik niteliğini içermeyip, yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 2, 123, 128 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı*). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkrada olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye yardımcıların yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir Anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Adalet Bakanlığı'nın yardımcıların yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlarda çıkaracağı yönetmeliğin 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve ve sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve aşırı geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilaflı kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 124'üncü maddesine de aykırıdır.

d)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70'inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir.

Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (*Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı*).

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin “*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan “*görevin*” ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve yetkinin, çalışma usul ve esaslarının ve anılan 10/A maddesinin uygulanmasına ilişkin diğer hususların), (bir kimsenin bu görevi objektif kriterlere göre icra edebilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken yargı mercilerindeki görev ve yetkiler ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususları belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (adalet özelinde kamu hizmeti icra edecek hakim ve savcı istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70'inci maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

“1- KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

e)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 128'inci maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

f)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin idareye (Adalet Bakanlığı'na) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları ve nitelikleri sağlayan yardımcıları arasında idare tarafından kayırma/ayırmacılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilaflı kural, aynı şekilde, sayılı hususlara ilişkin yönetmelik düzenlenirken esas alınacak objektif esas ve usulleri öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı şartlara ve niteliklere sahip yardımcılara farklı görevler verilmesine, yardımcılarının farklı çalışma usul ve esaslarına tabi olmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, hakim ve savcı olabilmek için yardımcılık sürecine ilişkin sayılı hususların idareye bırakılması, mesleğin gerektirdiği nitelikler ve çalışma bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında yetki ve yükümlülüklerin dağıtımı bakımından haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

g)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen ibare, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare, keyfi biçimde yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususları belirleyerek; bu kimselerin mesleğe uygun biçimde yetişmesinin önüne geçecektir; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, sayılı hususların düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49'uncu maddelerine aykırıdır.

ğ)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı yetkisi, eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı, hakimlik ve savcılık mesleği bakımından:

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama hürriyeti güvencelenmiş; anılan hak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddelerinde olduğu gibi uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Yine Anayasa'nın 40'ıncı maddesi mucibince Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Anılan hakların temini ise; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 10'uncu maddesinde “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklindeki fıkra hüküm altına alınmak suretiyle; hakim ve savcılarının taraflara eşit mesafede durması gerektiğine işaret edilmiştir. Buna ilave olarak Anayasa'nın 138 ve 140'ıncı maddelerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açıkça hüküm altına alınmış; 139'uncu maddesiyle hakimlik savcılık teminatı güvencelenmiştir. Anılan hükümler, bir bütün olarak yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olup birbirlerinden ayrı ele alınamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, bir mahkemenin (hakimin –savcının) bağımsız ve tarafsız olarak nitelendirilebilmesi adına içtihadı olarak birtakım kıstaslar öngörmüştür:

“225. Bir merciin “bağımsız” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemede Mahkeme, diğerleri arasında, aşağıdaki ölçütleri dikkate alır (Langborger/İsveç, § 32; Kleyn ve Diğerleri/Hollanda [BD], § 190):

i. üyelerinin atanma şekli ve

ii. görev süresi;

iii. dış baskılara karşı güvencelerin varlığı ve

iv. söz konusu merciin bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediği.

...

v. Tarafsızlık şunlara göre değerlendirilmelidir (Micallef/Malta [BD], § 93; Nicholas/Kıbrıs, § 49):

i. belli bir hâkimin şahsi inancının ve davranışının, yani hâkimin belli bir davada kişisel önyargı veya taraflılık sergileyip sergilemediğinin göz önünde bulundurulduğu öznel yöntem;

ii. ve ayrıca, mahkemenin, bilhassa oluşumu aracılığıyla, hakkındaki her tür meşru şüpheyi ortadan kaldırmak üzere yeterli güvenceler sunup sunmadığının belirlenmesinden ibaret olan nesnel yöntem.’⁶³

Bunun yanında, yine hakim ve savcılarının bağımsız, tarafsız, nitelikli, donanımlı, etkin olmaları gerektiğine işaret eden ve yumuşak hukuk (soft law) araçları olarak dikkate alınmak gereken birçok uluslararası belge (Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri⁶⁴; Bangolar Yargı Etiği İlkeleri⁶⁵; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12 sayılı Tavsiye Kararı⁶⁶; Avrupa Konseyi Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri”⁶⁷ ...) düzenlenmiştir.

Yine uluslararası örgütlerin görüşlerine, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri belirlenirken; nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeterek liyakat ilkesinin ve nesnel ölçütlerin esas alınması gerekliliği yansımıştır.

⁶³ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁶⁴ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁶⁵ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁶⁶ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁶⁷ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş'e göre;

“25. Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin “nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre” belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm “objektif kıstaslar”, genel bir özellik arz etmek zorundadır. Ancak asıl hayati öneme sahip olan, bu ilkelerin belirli bir durumdaki gerçek içeriği ve etkisidir. CCJE, üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmiştir. Bunun yapılmasının ardından, atama veya terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir.”⁶⁸

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı'na göre;

“Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri, vasıfları, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. **Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını güvence altına almak için, merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.**⁶⁹

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu'na göre;

“24. CCJE'nin 1 no.lu Görüşünde ilave olarak şu tavsiyeye yer verilmiştir (25te): “üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamlar, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmeli, yayımlamalı ve yürürlüğe koymalıdır”. Liyakat yalnızca hukuk bilgisi, analitik yetenekler veya akademik mükemmellikten ibaret bir mefhum değildir. Ayrıca kişilik, muhakeme, erişilebilirlik, iletişim becerileri, hüküm tesis etmekteki etkinlik, vb. hususlarını da içermelidir.

25. Bir hakimin adalet ve hakkaniyet hissiyatına sahip olması çok önemlidir. Ancak uygulamada bu kıstası değerlendirmek zor olabilir. Uygulama alanı bulunursa, şeffaf usuller ve ahenkli bir uygulamanın varlığına ihtiyaç duyulacaktır.

26. Netice olarak, liyakatin birincil kıstas olmasına ilaveten, yargı içindeki farklılıklar kamuoyunun yargıya bir bütün halinde güvenmesini ve onu kabullenmesini mümkün kılacaktır.

⁶⁸ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁶⁹ [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR\(94\)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR(94)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

Yargı temsil yeri olmamakla birlikte açık bir karaktere sahip olmalı ve toplumun tüm bölümlerinden nitelikli kişilere katılım imkanı verilmelidir.³

27. Hakimlerin atamaları ile mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararların, hukuk çerçevesinde objektif kıstaslar uygulanarak ve liyakat gözetilerek alınmasının mecburiyeti ilkesi tartışmaya açık değildir.⁷⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "218. Hâkimlerin yürütme tarafından atanmaları ve azledilebilir olmaları 6 § 1 maddesi açısından tek başına ihlal teşkil etmez (Clarke/Birleşik Krallık (k.k.)). Tayin edilenlerin, yargılama görevlerini ifa ettikleri esnada her tür etki veya baskıdan bağımsız olmaları kaydıyla, hâkimlerin yürütme tarafından atanmasına izin verilebilir (Flux/Moldova (no. 2), § 27)."⁷¹ şeklinde değerlendirmede bulunmasına rağmen; Türkiye'de yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalar olduğu uluslararası belgelere konu olmuştur: Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu'na göre;

"56. "Türkiye'de demokratik kurumların işleyişi" başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: "Yargı bağımsızlığı Anayasa'da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin versiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir" [19]."⁷²

O halde yasama organı tarafından kanunlaştırılan bu ibarenin, Anayasa'nın sistematik yorumu muvacehesinde, herkesin adil yargılanma hakkı ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını isteme hakkı gözetilerek kaleme alınması gerekmektedir. Anılan hakların temini; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, idarenin yapacağı yardımcılarının özlük haklarına ilişkin (sayılı hususlar özelinde) müdahale, onların tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürecektir. Bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine gölge düşmüş mahkemelerce yapılacak yargılamalar ise; anılan hakların (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının da aksine) özüne dokunacaktır. Halbuki bir devlete; çağdaş, özgürlükçü, çoğulcu, katılımcı, demokratik rejime sahip hukuk devleti vasfını kazandıran Anayasal enstrümanlardan biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Zira yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu nedenlerle iptali istenen ibare, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamayı teminen kül halinde ele alınması gereken Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 9, 10, 13, 36, 40, 138, 139 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır.

⁷⁰ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁷¹ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁷² <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

h)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, adil yargılanma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı ve çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23'üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1'inci maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini⁷³ ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesinin son fıkrasında yer alan "yönetmelikle" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 124, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

7) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3'üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un değiştirilen 11'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleri, ehemmiyet bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olsa idi; adalet, bu sınıflandırmanın başlarında yer alırdı. Zira "Adalet, mülkün temelidir." Nitekim Fransız hukukçu M. P. Fabreguettes'in Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı adlı eserinde de işaret ettiği üzere;

"Adalet herkese, her an için muhtaç bulunmaktadır. Bunun için adaletin hürmet telkin etmesi, itimat ilham eylemesi lâzımdır.

"Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret, kendilerine emanet olunanların seçimlerinde uyanık bulunmakta, milletin büyük menfaati vardır.,,

Hâkimler, vermiş oldukları kararlarla, omuzlarında, nizamı tesis vazifesi taşımaktadırlar. Tek bir kararda veki adaletsizlik, âmmeye tevcih edilmiş bir tehdit mahiyetindedir.

*Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanında yalnız hâkimlik sınıfı daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder."*⁷⁴

Öte yandan belirtmek gerekir ki; yargısal muhakeme sonucu ortaya çıkan hüküm, (yargının) üçlü sacayağı (hakim – savcı –avukat) üzerine kurulur. Kanun koyucu da 7413 sayılı Kanun'un münferit maddeleriyle hükmü ortaya koyan öznelerin ikisi (hakim –savcı) bakımından mesleğe kabul edilmeden önce nitelikli biçimde yetiştirilmelerini teminen; yardımcılık müessesini ihdas etmiştir. O halde bu müessese hakkında yapılan düzenlemenin

73 Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

74 Fabreguettes, F. P., Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Adliye Vekilliği, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945 (Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019), s. 9.

Anayasal gereklilikleri karşılaması lazım gelmektedir. Ancak iptali istenen cümle, Anayasal gereklilikleri karşımaya elverişli ve yeterli değildir.

7413 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un yardımcılar hakkında düzenlenecek formları hüküm altına alan 11'inci maddesi değiştirilmiştir. Değişik 11'inci maddenin birinci fıkrasının birinci ve üçüncü cümlelerine göre her yardımcı hakkında; eğitim dönemlerinde Türkiye Adalet Akademisi'nin ilgili daire başkanı; görev döneminde ise eğitici hakim ve savcı, Yargıtay ve Danıştay'da ilgisine göre daire başkanı veya savcı tarafından yüz puan üzerinden değerlendirme formu düzenlenecektir; müfettiş maiyetinde görev yapılması durumunda müfettiş, Anayasa Mahkemesi'nde görev yapılması durumunda ise bölüm başkanı tarafından hakim ve savcı yardımcısı hakkında değerlendirme formu düzenlenecektir. *(Belirtmek gerekir ki hakim ve savcılar ile müfettişlerin değerlendirme formu düzenlemesi, onların idari görevlerine ilişkindir.)* Değişik 11'inci maddenin birinci fıkrasının iptali talep edilen ikinci cümlesine göre bu form düzenlenirken yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususlar dikkate alınacaktır. İptali talep edilen cümleyle form düzenlenirken; yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususların dikkate alınması, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 36'ncı maddesinde herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Pozitif yükümlülüğüne binaen Devlet tarafından, anılan hakkın herkes bakımından erişilebilir kılınması, yargının üçlü sacayağının marifetiyle mümkündür. O halde hakim ve savcılarının statüsünün, adalet özelinde yürütülen başat kamu hizmeti bakımından Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında "*diğer kamu görevlisi*" niteliğinde olması gerekmektedir. Öte yandan Anayasa koyucu, hakimlik ve savcılık mesleğine önem atfederek; bu mesleğe ilişkin temel çerçeveyi Anayasal düzeyde (Anayasa'nın 140'ıncı maddesinde) belirlemiştir.

Başka bir anlatımla 7413 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca hakim ve savcı yardımcılar, Devlet Memurları Kanunu'ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup, hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, Devlet Memurları Kanunu'nun 2802 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. (Söz konusu değişiklik, 7413 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle; 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.) Kısacası yardımcılar, hukuki statü itibarıyla memur olarak konumlandırılmıştır.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından hakim ve savcılarının yardımcılık süreci, kadro ihdası, ataması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa'nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128 ve 140'ıncı maddeler uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen cümle, bu hususları Anayasa'nın öngördüğü çerçevede düzenlememektedir. Bu durum, aşağıda gösterileceği üzere Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

a) Kamu görevlilerinin özlük hakları ile hakimlik ve savcılık mesleği bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve

yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (*Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı*). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (*Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41*).

Yine Anayasa'nın 140'ıncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim ve savcıların 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 işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Her ne kadar söz konusu 140'ıncı maddenin lafzında açıkça “yardımcılar” yer almasa da ve yardımcıların HSK tarafından henüz mesleğe kabulü yapılmasa da; 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesiyle yardımcıların verilen ve yargılamanın özünü etkileyecek görev ve yetkiler de nazara alındığında; mesleğe kabul öncesinde yetiştirilmelerini teminen konumlandırılan bir ara statü olması itibarıyla hakim ve savcı yardımcıların (veya adaylarının), anılan amir hükmün kapsamında kaldığı izahtan varestedir.

Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 140'ıncı maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulünün zorunlu olduğuna işaret ettiği bir kararında;

“Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra 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.” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (*Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı Kararı*).

İfade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi otuz yıl sonra verdiği bir diğer kararında hakim ve savcı adaylarının, hakim ve savcı statüsünde sayılmadığını ve bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerinin kapsamında kalmadığını hüküm altına almıştır. Söz konusu kararın gerekçesinin müteallik bölümü:

“Anayasa'da yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi

yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık mesleğine ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapan HSK'ca verilen mesleğe kabul kararıyla başlanmaktadır. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylık sürecinde HSK tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve yargılama faaliyetinde bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle adaylık sürecine ilişkin dava konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri çerçevesinde incelenilmesi mümkün değildir.” şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 10.12.2020 tarihli ve 2016/144 E.; 2020/75K. sayılı Kararı, § 286).

Kararlardan anlaşılacağı üzere; Anayasa Mahkemesi'nin 1990 tarihli içtihadı, yargı bağımsızlığının korunmasını temin etmektedir.

İhtilaflı kural, Anayasa'nın 128'inci maddesinin 2'nci ve 140'ıncı maddesinin 3'üncü fıkralarına aykırı şekilde; yardımcılar hakkında form düzenlenirken; yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususların dikkate alınacağını öngörmüştür. Ancak bu hususların hangi objektif kısıtlara göre tespit edileceği kanun düzeyinde belirlenmemiştir. Kaldı ki “*ahlaki gidiş*”in hukuken tespitinin mümkün olup olmadığı dahi şüphelidir. Nitekim hukuk felsefesi profesörü H.L.A. Hart'ın hukuk, özgürlük ve ahlak ilişkisini ele aldığı eserinin bir bölümü:

“... Üçüncü olarak, pozitif ahlak ile eleştirel ahlak ilkeleri arasında halihazırda yapılmış olan ayırım, sorunun belli bir yanlış anlaşılmasına engel olmaya ve onun merkez noktasını netleştirmeye hizmet edebilir. Bazen, sorunun, kendi başına ahlaki dayatmanın ahlaken meşrulaştırılabilir olup olmadığı değil, sadece hangi ahlakın dayatılabileceği olduğu söylenir. Bu, başkalarına zarar verici faaliyetleri kınayan bir faydacı ahlak mıdır sadece? Ya da bu, belli faaliyetleri de zararlı olsun olmasın, kınayan bir ahlak mıdır? ...”⁷⁵

Üstelik, “ahlaki gidiş” tabiri, yardımcılarının özel yaşama saygı hakları ve kişisel özerklikleri çerçevesinde korunan hayat tarzlarına ve öznel tercihlerine demokratik bir toplumda gerekli olmayan keyfi kapsamlarda müdahale edilmesini mümkün hale getiren bir anlam belirsizliği içermektedir. İhtilaflı ibare, uygulamada, son tahlilde, ya toplumun çoğunluğuna (doğru ya da yanlış şekilde) izafe edilen ancak kişilerin meşru özgürlük alanlarına tecavüz eden olgusal ya da normatif ahlaki ölçüleri ya da bizzat değerlendirici öznenin öznel ahlaki görüşlerini esas alacaktır. Her halükarda, hangi hukuki standarda tekabül ettiği belirsiz olan “ahlaki gidiş” ibaresi, demokratik toplumda gerekli olmayan, keyfi hak sınırlamalarına yol açacaktır.

7413 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin on üçüncü fıkrası uyarınca değerlendirme formu üzerinden alınan puanın yardımcılık süreci sonunda başarılı sayılmak için gerekli olan puana etkisinin olacağı da göz önünde bulundurulduğunda; bir kamu görevlisi olan hakim ve savcı statüsünde olmaya namzet kimseler (memur statüsünde bulunan yardımcılar) hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususların kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptal istenen cümle, bu nedenle Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda “b” alt başlığı).

⁷⁵ Hart, H.L.A. (Çev. Erol Öz), Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, B. 3, Ankara, Dost Kitabevi, 2014, s. 30.

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (*Anayasa Mahkemesi’nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı*). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (*Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı*). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa’nın 123’üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin *secundum legem* özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin *intra legem* özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle yardımcıları hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususların, şeffaflığı da sağlayacak biçimde; Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddelerinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- bu hususların belirlenmesini, (7413 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun’un 11’inci maddesinin son fıkrasının delaletiyle) Adalet Bakanlığı’nın bünyesine; bu hususlar dikkate alınarak değerlendirme formu düzenlenmesini, idarenin ve idari görevli hakim ve savcılarının sınırsız takdir yetkisine bırakmıştır. Söz gelimi yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığını ölçmeye yönelik *çalışma saatlerine riayeti, yabancı dil bilgisini gösterir belge, ilgili hukuk dalında yüksek lisans veya doktora yapmış olma, sertifika programlarını tamamlanmış olma, incelediği ve hazırlık yaptığı dosya sayısı, kültürel aktivitelere katılım düzeyi* gibi nesnel kıstaslar kanun düzeyinde belirlenmemiştir. Kaldı ki yardımcının iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetinin varlığının tespiti, bilhassa psikoloji biliminin konusudur.

Buna ilave olarak, ‘‘Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, ‘‘Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.’’ denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)’’ (*Anayasa Mahkemesi’nin*

11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen cümle hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen yardımcıları hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususlar, kanun düzeyinde net bir biçimde ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde değerlendirme formunun şekli ve içeriğine ilişkin çıkarılacak yönetmeliğin 7413 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7413 sayılı Kanun'un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 11'inci maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddeleri uyarınca kanun düzeyinde tanımlanması gereken yardımcıları hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususları idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden; idarenin ve idari görevli hakim ve savcılarının, müfettişlerin subjektif değerlendirmelerine bırakan maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik niteliğini içermeyip, yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı cümle, Anayasa'nın 2, 123, 128 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı*). İptali talep edilen cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (ve dahi eğitici hakim ve savcılara, müfettişlere) yardımcıları hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70'inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar,

kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (*Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı*).

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin “*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan “*görevin*” ibaresinin (ve yardımcılar hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususların) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görmeye namzet yardımcılar hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususları belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (adalet özelinde kamu hizmeti icra edecek hakim ve savcı istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, yardımcılar hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususların liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı cümle, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70'inci maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

“1- KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararnama ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin

olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

d)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 128'inci maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen cümleyi kanunlaştırmaması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen cümlelerin idareye (ve dahi hakim ve savcılara, müfettişlere) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları ve nitelikleri sağlayan yardımcılar arasında idare (ve dahi hakim ve savcılar, müfettişler) tarafından kayırma/ayırmacılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan cümle, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilaflı kural, aynı şekilde, yardımcılar hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususların kapsamını kanun düzeyinde öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir ‘haklı neden’in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen cümlelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare (ve dahi hakim ve savcılar, müfettişler) tarafından aynı şartlara ve niteliklere sahip yardımcıları bakımından farklı değerlendirme formu düzenlenmesine; esas alınan hususların farklı derecede puanlandırılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, yardımcıları hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususların belirlenmesinin idareye (ve dahi hakim ve savcılara, müfettişlere) bırakılması, mesleğin gerektirdiği nitelikler bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İhtilafli cümlelerin, cinsiyet temelli ayrımcılık yapılmasına yol açması da muhtemeldir. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

f)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen cümle, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare (ve dahi hakim ve savcılar, müfettişler), keyfi biçimde, yardımcıları hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususları belirleyerek; bu kimselerin mesleğe uygun biçimde yetişmesinin, mesleğe kabulünün önüne geçecektir; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, yardımcıları hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususların belirlenmesini idarenin (ve dahi hakim ve savcılarının, müfettişlerinin) uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49'uncu maddelerine aykırıdır.

g)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı yetkisi, eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı, hakimlik ve savcılık mesleği bakımından:

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama hürriyeti güvencelenmiş; anılan hak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddelerinde olduğu gibi uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Yine Anayasa'nın 40'ıncı maddesi mucibince Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Anılan hakların temini ise; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 10'uncu maddesinde “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklindeki fıkra hüküm altına alınmak suretiyle; hakim ve savcılarının taraflara eşit mesafede durması gerektiğine işaret edilmiştir. Buna ilave olarak Anayasa'nın 138 ve 140'ıncı maddelerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açıkça hüküm altına alınmış; 139'uncu maddesiyle hakimlik savcılık teminatı güvencelenmiştir. Anılan hükümler, kül halinde yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik olup birbirlerinden ayrı ele alınamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, bir mahkemenin (hakimin –savcının)

bağımsız ve tarafsız olarak nitelendirilebilmesi adına içtihadı olarak birtakım kıstaslar öngörmüştür:

“225. Bir merciin “bağımsız” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemede Mahkeme, diğerleri arasında, aşağıdaki ölçütleri dikkate alır (Langborger/İsveç, § 32; Kleyne ve Diğerleri/Hollanda [BD], § 190):

i. üyelerinin atanma şekli ve

ii. görev süresi;

iii. dış baskılara karşı güvencelerin varlığı ve

iv. söz konusu merciin bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediği.

...

v. Tarafsızlık şunlara göre değerlendirilmelidir (Micallef/Malta [BD], § 93; Nicholas/Kıbrıs, § 49):

i. belli bir hâkimin şahsi inancının ve davranışının, yani hâkimin belli bir davada kişisel önyargı veya taraflılık sergileyip sergilemediğinin göz önünde bulundurulduğu öznel yöntem;

ii. ve ayrıca, mahkemenin, bilhassa oluşumu aracılığıyla, hakkındaki her tür meşru şüpheyi ortadan kaldırmak üzere yeterli güvenceler sunup sunmadığının belirlenmesinden ibaret olan nesnel yöntem.”⁷⁶

Bunun yanında, yine hakim ve savcılarının bağımsız, tarafsız, nitelikli, donanımlı, etkin olmaları gerektiğine işaret eden ve yumuşak hukuk (soft law) araçları olarak dikkate alınmak gereken birçok uluslararası belge (Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri⁷⁷; Bangolar Yargı Etiği İlkeleri⁷⁸; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12 sayılı Tavsiye Kararı⁷⁹; Avrupa Konseyi Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri”⁸⁰ ...) düzenlenmiştir.

⁷⁶ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁷⁷ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁷⁸ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁷⁹ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁸⁰ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

Yine uluslararası örgütlerin görüşlerine, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri belirlenirken; nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat ilkesinin ve nesnel ölçütlerin esas alınması gerekliliği yansımıştır.

Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş'e göre;

“25. Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin “nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre” belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm “objektif kıstaslar”, genel bir özellik arz etmek zorundadır. Ancak asıl hayati öneme sahip olan, bu ilkelerin belirli bir durumdaki gerçek içeriği ve etkisidir. CCJE, üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetan liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmiştir. Bunun yapılmasının ardından, atama veya terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir.”⁸¹

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı'na göre;

“Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri, vasıfları, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını güvence altına almak için, merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.”⁸²

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu'na göre;

“24. CCJE'nin 1 no.lu Görüşünde ilave olarak şu tavsiyeye yer verilmiştir (25te): “üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamlar, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetan liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmeli, yayımlamalı ve yürürlüğe koymalıdır”. Liyakat yalnızca hukuk bilgisi, analitik yetenekler veya akademik mükemmellikten ibaret bir mefhum değildir. Ayrıca kişilik, muhakeme, erişilebilirlik, iletişim becerileri, hüküm tesis etmekteki etkinlik, vb. hususlarını da içermelidir.

⁸¹ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁸² [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR\(94\)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR(94)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

25. Bir hakim in adalet ve hakkaniyet hissiyatına sahip olması çok önemlidir. Ancak uygulamada bu kıstası değerlendirmek zor olabilir. Uygulama alanı bulunursa, şeffaf usuller ve ahenkli bir uygulamanın varlığına ihtiyaç duyulacaktır.

26. Netice olarak, liyakatin birincil kıstas olmasına ilaveten, yargı içindeki farklılıklar kamuoyunun yargıya bir bütün halinde güvenmesini ve onu kabullenmesini mümkün kılacaktır. Yargı temsil yeri olmamakla birlikte açık bir karaktere sahip olmalı ve toplumun tüm bölümlerinden nitelikli kişilere katılım imkanı verilmelidir.³

27. Hakimlerin atamaları ile mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararların, hukuk çerçevesinde objektif kıstaslar uygulanarak ve liyakat gözetilerek alınmasının mecburiyeti ilkesi tartışmaya açık değildir.⁸³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "218. Hâkimlerin yürütme tarafından atanmaları ve azledilebilir olmaları 6 § 1 maddesi açısından **tek başına ihlal teşkil etmez** (Clarke/Birleşik Krallık (k.k.)). **Tayin edilenlerin, yargılama görevlerini ifa ettikleri esnada her tür etki veya baskıdan bağımsız olmaları kaydıyla, hâkimlerin yürütme tarafından atanmasına izin verilebilir** (Flux/Moldova (no. 2), § 27)."⁸⁴ şeklinde değerlendirmede bulunmasına rağmen; Türkiye'de yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalar olduğu uluslararası belgelere konu olmuştur: Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu'na göre;

"56. "Türkiye'de demokratik kurumların işleyişi" başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: "Yargı bağımsızlığı Anayasa'da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. **Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin versiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir**" [19]."⁸⁵

O halde yasama organı tarafından kanunlaştırılan bu cümlemin, Anayasa'nın sistematik yorumu muvacehesinde, herkesin adil yargılanma hakkı ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını isteme hakkı gözetilerek kaleme alınması gerekmektedir. Anılan hakların temini; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, idarenin (ve dahi hakim ve savcılar, müfettişlerin) yardımcıları hakkında değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususlara yapacağı müdahale, onların tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürecektir. Bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine gölge düşmüş mahkemelerce yapılacak yargılamalar ise; anılan hakların (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının da aksine) özüne dokunacaktır. Halbuki bir devlete; çağdaş, özgürlükçü, çoğulcu, katılımcı, demokratik rejime sahip hukuk devleti vasfını kazandıran

⁸³ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁸⁴ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁸⁵ <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

Anayasal enstrümanlardan biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Zira yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu nedenlerle iptali istenen cümle, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamayı teminen kül halinde ele alınması gereken Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 9, 10, 13, 36, 40, 138, 139 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır.

ğ)Kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, şeref ve itibarının korunması hakkı ile özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı ile ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından:

Anayasa'nın 5'inci maddesiyle Devletin temel amaç ve görevleri arasında ‘‘kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak’’ ile ‘‘insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak’’ sayılmıştır. Devletin söz konusu amaç ve yükümlülükleri başta Anayasa'nın 17 ve 20'nci maddeleri olmak üzere münferit hükümlerinde zuhur etmiştir. Gerçekten de Anayasa'nın 17'nci maddesinde herkesin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; 20'nci maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayat ile aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı güvence altına alınmıştır. Yine şeref ve itibarın korunması hakkı, Anayasa'da açıkça zikredilmese de anılan Anayasal hükümlerin (AY Md. 5, 17 ve 20) kesişim alanında varlığını korumaktadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2007 yılında ‘‘özel hayata saygı gösterilmesi hakkının gelişiminde ilerici bir adım teşkil eden bir kararla (32), açıkça 8. madde'nin bir kişinin itibarına uygulanmasını kabul etmiştir. İtibarın, söz konusu eleştiri bir toplumsal tartışmada dile getirilmiş olsa bile, ulusal mahkemelerce korunması yükümlülüğünü getiren, kişinin bireysel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğunu ifade etmiştir (Tutum Petrina-Romanya davasında hatırlatılmıştır)’’.⁸⁶

Eldeki dava konusu da anılan Anayasal hükümlerin kapsamında kalmaktadır. Her ne kadar iptali talep edilen cümlede değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususlar (yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyeti), mesleki alana dair imiş gibi kategorize edilse de; bu hususlar (bilhassa yardımcının ahlaki gidişi), aynı zamanda özel hayatın konusunu teşkil etmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre:

‘‘121. Her ne kadar genel bir çalışma, kamu hizmetine girmeye erişim veya belli bir mesleği seçme hakkı Madde 8'den çıkarılamasa da ‘‘özel hayat’’ kavramı, ilke olarak, mesleki ya da ticari mahiyetli faaliyetleri dışlamaz (Bărbulescu /Romanya [BD], § 71; Jankauskas /Litvanya (no. 2), § 56-57; Fernández Martínez /İspanya [BD], §§ 109-110). Gerçekten de özel hayat, bir bireyin mesleki ve ticari mahiyetli ilişkiler dahil olmak üzere, başka insanlarla ilişkiler kurma ve bunları geliştirme hakkını kapsar (C. /Belçika, § 25; Oleksandr Volkov /Ukrayna, § 165). Nihayetinde insanların çoğunluğu çalışma hayatlarının akışı içerisinde dış dünya ile ilişkiler kurmak bakımından önemli bir imkânı sahiptir (Niemietz /Almanya, § 29; Bărbulescu /Romanya [BD], § 71 ve oradaki atıflar; Antović ve Mirković /Karadağ, § 42).

122. Dolayısıyla, bir mesleğe erişimde öngörülen sınırlamaların ‘‘özel hayatı’’ etkilediği tespit edilmiştir (Sidabras ve Džiautas /Litvanya, § 47; Bigaeva /Yunanistan, §§ 22-25; ayrıca bakınız Jankauskas /Litvanya (no. 2), § 56 ve ceza mahkûmiyeti nedeniyle Baroya kaydolmaya getirilen sınırlamalarla ilgili Lekavičienė /Litvanya, § 36) ve aynı husus işin kaybedilmesi için de geçerlidir (Fernández Martínez /İspanya [BD], § 113). Benzer şekilde,

⁸⁶ Roagna, Ivana (Çev. Ayşe Gül Alkış Schäling), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları, 2012, s. 18, 19, <https://rm.coe.int/16806f15ae> (Erişim Tarihi: 15.08.2022)

ofisten kovulmak özel hayata saygı hakkının ihlali olarak görülmüştür (Özpınar /Türkiye, §§ 43-48). Oleksandr Volkov /Ukrayna'da Mahkeme, bir yargıcın görevi kötüye kullanmadan ötürü ihraç edilmesinin Madde 8 bakımından "özel hayatına" saygı hakkına bir müdahale oluşturduğuna karar vermiştir (§§ 165-167). Mahkeme yine başvurunun, belli dini görüşleri olduğunu ve eşinin çarşaf giydiğini belirten bir rapora istinaden idari bakımdan daha az önem arz eden bir şehirde daha önemsiz bir göreve atanmasının Madde 8'i ihlal ettiğine karar vermiştir (Sodan /Türkiye, §§ 57-60). Bir diğer ihlal de başvurunun yurt dışında elde ettiği derecenin denkliğini etkileyen bir değişiklik sonrası öğretmenlik görevinden alındığı bir davada bulunmuştur (Şahin Kuş /Türkiye, §§ 51-52).''⁸⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi bağlamında yapılan başvuruları incelerken iki aşamalı bir test formüllemiştir. Buna göre;

"1. Aşama: 8. madde 1. Fıkra

1.1 Şikayet, 8. madde 1. fıkra korunan hakların birinin kapsamına giriyor mu?

1.2 Giriyorsa, Devletin bireyin haklarına saygı gösterme konusunda pozitif yükümlülüğü var mı ve söz konusu yükümlülük yerine getirilmiş mi?

2. Aşama: 8. madde 2. fıkra

2.1 8. madde hakkına müdahale edilmiş mi?

2.2 Edilmişse,

2.2.1. Bu müdahale kanunlara uygun mu?

2.2.2. Meşru bir amacı var mı?

2.2.3. Demokratik bir toplumda gerekli mi?''⁸⁸

Nitekim, AIHM'in bu kıstasları tatbik ederek 19.10.2010 tarihli ve 20999/04 Başvuru No'lu Özpınar/Türkiye davası üzerinden verdiği ihlal kararının gerekçesinin müteallik bölümü şu şekildedir⁸⁹:

"...

⁸⁷ Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı, 30 Nisan 2019, s. 33, 34, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 15.08.2022).

⁸⁸ Kilkelly, Ursula, Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz İnsan hakları el kitapları, No. 1, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019113948ozel_hayat.pdf (Erişim Tarihi: 15.08.2022).

⁸⁹ [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-120128%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-120128%22]}) (Erişim Tarihi: 15.08.2022).

A. AİHS'nin 8. maddesi tarafından güvence altına alınan hakka müdahale edilip edilmediğine ilişkin

...

Bu şartlar altında AİHM, müfettiş tarafından yürütülen disiplin soruşturması çerçevesinde tanıkların başvuranın özel hayatının şu ya da bu yönü hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ilave olarak başvuranın davranış ve tutumlarını gerekçe göstererek verilen görevden alma kararının, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğu kanaatine varmaktadır (bakınız, gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Vogt, ilgili bölüm, prg. 44, ve Birleşik Krallık aleyhine Smith ve Grady davası, no 33985/96 ve 33986/96, prg. 71, CEDH 1999-VI kararları).

...

B. Müdahalenin meşruluğu hakkında

...

1. « Kanunla öngörülme »

...

İlk koşul olarak aranan yasa tarafından öngörülme şartının, mevcut davada var olup olmadığı bir tartışma konusu değildir. Gerçekten de, hiç kimsenin - soruşturma ve bunun sonucunda görevden alma – ile ilgili bu müdahalenin yasal bir temeli olduğu, yani 2802 sayılı Kanun'un 69. maddesinin son bölümüne dayandığı konusunda bir itirazı bulunmamaktadır

Geriye söz konusu hukuki düzenlemenin aynı zamanda ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerini yerine getirip getirmediğinin araştırılması kalmaktadır. AİHM, tarafından iç hukuk düzenlemelerinde aranan belirlenebilirlik düzeyi – ki bu hiçbir tereddüde yer bırakmama şartıdır - geniş ölçüde değerlendirilen metnin içeriğine, kapsadığı alana ve ilgili kişilerin niteliğine göre değişmektedir. Öte yandan, hukuki bir düzenleme birden fazla yorum gerektirdiği için “kanunla öngörülme” kuralı ile çatışmaz. Son olarak, bir düzenlemeyi yorumlama ve uygulama yetkisi öncelikle ulusal makamlara aittir (Vogt, ilgili bölüm, prg. 48).

Mevcut durumda AİHM, yukarıdaki bilgilerin ışığında, her ne kadar disiplin soruşturması yukarıda anılan düzenlemelere uygun olarak yürütülmüş olsa da, görevden alma kararının hukuki denetime tabi olmadığını gözlemlemektedir. Öte yandan, Hükümet 2802 sayılı Kanun'un 69. maddesinin son bölümünde yer alan kavramları açıklayan herhangi bir içtihat sunmamıştır. Dolayısıyla AİHM, ihtilafa konu olan “yasa'nın” mevcut davaya bakan makamların yetkileri konusunda yeteri kadar net olup olmadığına dair şüphesini ifade etme gereği duymaktadır (karşılaştırınız İtalya aleyhine N.F. davası, no 37119/97, prg. 31, CEDH 2001-IX). Bununla birlikte, müdahalenin gerekliliği konusundaki incelemeleri sonucunda vardığı kanaati göz önüne alan AİHM, yaptırımın yeteri kadar öngörülebilir olup olmadığı sorusunu ele almayı gerekli görmemektedir

2. Meşru amaç

AIHM, hükümetin soruşturmayı ve bunun sonucunda ortaya çıkan görevden alma işleminin meşruluğunu yargıçların giyim ve tutumlarına ilişkin yükümlülüklerine dayandırdığını, oysa başvuranın sadece makyaj yapma ve giyinme şekli üzerine yürütülen soruşturma hakkındaki şüphelerini dile getirmekle yetindiğini gözlemlemektedir.

AIHM, Sözleşmeci Devletlerden bazılarının kamu görevlileri ve yargıçlara giyim şekli konusunda sınırlamalar getirdiğini kaydetmektedir. Mevcut davada yargıçlara getirilen bu yükümlülüğün temelinde, bağımsızlık olduğu kadar kararlarının etkisini koruma düşüncesi de yatmaktadır. AIHM'nin kanaatine göre, buradan doğan müdahale hakkı “kamu düzeninin sağlanması” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gibi meşru temellere dayanmaktadır.

3. « Demokratik bir toplumda gereklilik »

...

AIHM, mesleki ya da özel hayatında bir hakime duyulması gereken güven ya da saygıyı engelleyecek bir tutum benimsemiş olmanın adalet kurumunun saygınlığı üzerinde belli bir etkisi olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, bir kamu görevlisinin özel hayatına ilişkin davalarda, bu kişinin belirli bir ölçüde özel hayatına ilişkin tutumlarının sonucunu öngörebilmesi ve gerektiğinde uygun güvencelerden yararlanabilmesi gerekmektedir. Özellikle mesleki hayat ile özel hayatın kelimenin dar anlamıyla üst üste geldiği ve bir bireyin bazen hangi boyutta hareket ettiğinin tespit edilmesinin ne kadar zor olduğu göz önüne alındığında, bu tür güvencelerin gerekliliği bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır (bakınız Bigaeva, ilgili bölüm, prg. 23). AIHM'ne göre, benzer durumlarda, bir hakimin özel hayatına ilişkin iddialara karşı korunabilmesi için, iç hukukta, yeterli güvence teşkil eden önlemlerin mevcut olması gerekmektedir.

Bununla birlikte, mevcut davada, her ne kadar başvurana atfedilen bazı davranışlar, özellikle de kişisel duygularının yönlendirmesine izin vererek karar vermesi, durum gerektirdiğinde, görevden alma gibi radikal bir tedbiri meşrulaştırırsa da, AIHM, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın söz konusu ithamları kesin olarak ortaya koymaya elverişli olmadığını tespit etmektedir. Öte yandan, ulusal düzeyde soruşturmaya tabi tutulan birçok davranışın başvuranın mesleki faaliyetleri ile ilgisi bulunmamaktadır. Aksine görevden almayla sonuçlanan disiplin soruşturması sırasında başvuran çok az güvenceden istifade edebilmiştir. Disiplin soruşturmasının başlatılmasını takiben yalnızca ithamlar başvuranın bilgisine sunulmuştur. Müfettiş tarafından yürütülen soruşturmada uygulanabilecek en alt sınırdaki teminatlar dahi göz ardı edilmiştir. Ne soruşturma çerçevesinde dinlenen tanıkların ifadeleri ne de müfettişin raporu başvuranın bilgisine sunulmamıştır. Elbette, başvuran müfettişe ve HSYK'ya yazılı savunmasını sunabilmiştir. Ancak görevden alınma kararı verilmeden önce ne müfettiş ne de HSYK başvuranın savunmasını bizzat kendisinden dinlememiştir. Özellikle bu süreç sırasında gerçekleşen tek duruşmanın, son safhada yani HSYK'nın itirazları inceleme kurulunun toplantısı sırasında yapılması AIHM'ni hayrete düşürmektedir.

AIHM, özel hayat ve aile hayatına ilişkin iddialara dayanan gerekçelerle itham edilen her hakimin, keyfiyeti engelleyecek güvencelere sahip olması gerektiği görüşündedir. Bu kişinin, uygulanan tedbirin hukuka uygun olup olmadığının tespit edilmesi ve yetkinin kötüye kullanılması halinde sorumlunun cezalandırılması ve özellikle de ihtilafa konu tedbirin, olayın tüm yönlerini ve ilgili mevzuatı değerlendirmeye yetkili bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından denetlenmesi imkânına sahip olması gerekmektedir. İlgili kişinin bu denetim organı

önünde kendi bakış açısını dile getirebileceği nizalı bir yargılamadan yararlanabilmesi ve ilgili yetkililerin iddialarına karşı çıkabilmesi gerekmektedir (bakınız, gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Bulgaristan aleyhine Al-Nashif davası, no 50963/99, prg. 123 ve 124, 20 Haziran 2002, ve Romanya aleyhine Lupsa davası, no 10337/04, prg. 38, CEDH 2006-VII). Özellikle mevcut davada, ilgili şahsın görevden alınması ve görevden alınan bir hakim avukatlık yapma hakkını da otomatik olarak kaybedecek olması, mesleki hayatı ve geleceği üzerinde derin bir etki yaratacağından, daha önemli hale gelmektedir.

AIHM, karara giden süreci ve ulusal merciler tarafından verilen kararın gerekçelerini inceledikten sonra, başvuranın özel hayatına yapılan müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı sonucuna varmaktadır. Özellikle, başvuran AIHS'nin 8. maddesi tarafından öngörülen keyfiyete karşı korunmadan asgari düzeyde bile yararlanamamıştır.

Dolaysıyla, bu hüküm ihlal edilmiştir.’’

O halde yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususlar dikkate alınarak; değerlendirme formu düzenlemek suretiyle; özel yaşama yapılacak müdahalenin, hukuka uygun kılınması için; bu müdahalenin, söz konusu testin aşamalarını karşılaması gerekmektedir. Açıklandığı üzere yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyeti, mesleki alanın kapsamında kaldığı kadar, özel yaşam içinde de değerlendirilebilir niteliktedir. Anılan form düzenlenirken sayılı hususlar dikkate alınmak suretiyle özel yaşama müdahale edilecektir. Söz konusu hususların form düzenlenirken dikkate alınacağı şeklen kanun formunda kaleme alınmıştır ancak iptali talep edilen cümle, yukarıda açıklandığı üzere maddi anlamda bir kanuna tekabül etmemektedir. Yine iptali talep edilen cümle kanunlaştırılırken ileri sürülen gerekçeye göre; bu cümlelerin ratio legis'i İnsan Hakları Eylem Planı'nda yer alan *“Yargının Etkililiği ve Kalitesinin Arttırılması”* hedefinin gerçekleştirilmesidir.⁹⁰ Ancak maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamayan ihtilaflı cümle, söz konusu meşru amacı (hakime duyulması gereken güven ya da saygıyı) gerçekleştirmeye elverişli değildir. Buna ilave olarak iptali talep edilen cümle, muğlak ibareler içermesi itibarıyla; demokratik bir toplumda, öngörülebilir müdahalenin sınırlarını aşacaktır. Değerlendirme formu düzenlenirken sayılı hususların dikkate alınması nedeniyle; yardımcının siyasi kimliği ve yaşam tarzı dolayısıyla şeref ve haysiyeti, idare veya idari görevli hakim ve savcı (*Adalet Bakanlığı, eğitim dönemlerinde Türkiye Adalet Akademisi'nin ilgili daire başkanı; görev döneminde ise eğitici hakim ve savcı, Yargıtay ve Danıştay'da ilgisine göre daire başkanı veya savcı; müfettiş maiyetinde görev yapılması durumunda müfettiş, Anayasa Mahkemesinde görev yapılması durumunda ise bölüm başkanı*) tarafından yapılan sübjektif yorumlara konu olacaktır.

Özellikle “ahlaki gidiş” tabiri, yardımcılarının özel yaşama saygı hakları ve kişisel özerklikleri çerçevesinde korunan hayat tarzlarına ve öznel tercihlerine demokratik bir toplumda gerekli olmayan keyfi kapsamlarda müdahale edilmesini mümkün hale getiren bir anlam belirsizliği içermektedir. İhtilaflı ibare, uygulamada, son tahlilde, ya toplumun çoğunluğuna (doğru ya da yanlış şekilde) izafe edilen ancak kişilerin meşru özgürlük alanlarına tecavüz eden olgusal ya da normatif ahlaki ölçüleri ya da bizzat değerlendirici öznenin öznel

⁹⁰ İzmir Milletvekili Mahmut Atilla Kaya ve 93 Milletvekilinin Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4484) ve Adalet Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 339, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 11.

ahlaki görüşlerini esas alacaktır. Her halükarda, hangi hukuki standarda tekabül ettiği belirsiz olan “ahlaki gidiş” ibaresi, özel hayata saygı hakkı bakımından demokratik toplumda gerekli olmayan, keyfi hak sınırlamalarına yol açacaktır.

Söz konusu müdahale (maddi anlamda) kanunla öngörülmediğinden, meşru amacı haiz olmadığından ve demokratik bir toplumun gereklerini karşılamadığından; Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13’üncü maddesine de aykırıdır. Bu durum, nihayetinde Devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracaktır. Bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 5, 13, 17 ve 20’nci maddelerine aykırıdır.

h)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90’ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümle, adil yargılanma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 10’uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14’üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı; özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8’inci ve çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23’üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’nın 1’inci maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini⁹¹ ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90’ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7413 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun’un değiştirilen 11’inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 17, 20, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140 ve 153’üncü maddelerine aykırıdır; anılan cümlenin iptali gerekir.

8) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3’üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun’un değiştirilen 11’inci maddesinin son fıkrasında yer alan “yönetmelikle” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleri, ehemmiyet bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olsa idi; adalet, bu sınıflandırmanın başlarında yer alırdı. Zira “*Adalet, mülkün temelidir.*”. Nitekim Fransız hukukçu M. P. Fabreguettes’in Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı adlı eserinde de işaret ettiği üzere;

“Adalet herkes, her an için muhtaç bulunmaktadır. Bunun için adaletin hürmet telkin etmesi, itimat ilham eylemesi lâzımdır.

“Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret, kendilerine emanet olunanların seçimlerinde uyanık bulunmakta, milletin büyük menfaati vardır.,,

Hâkimler, vermiş oldukları kararlarla, omuzlarında, nizamı tesis vazifesi taşımaktadırlar. Tek bir kararda veki adaletsizlik, âmmeye tevcih edilmiş bir tehdit mahiyetindedir.

91 Türkiye’nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanımı koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

*Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanında yalnız hâkimlik sınıfı daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder.*⁹²

Öte yandan belirtmek gerekir ki; yargısal muhakeme sonucu ortaya çıkan hüküm, (yargının) üçlü sacayağı (hakim – savcı –avukat) üzerine kurulur. Kanun koyucu da 7413 sayılı Kanun’un münferit maddeleriyle hükmü ortaya koyan öznelerin ikisi (hakim –savcı) bakımından mesleğe kabul edilmeden önce nitelikli biçimde yetiştirilmelerini teminen; yardımcılık müessesini ihdas etmiştir. O halde bu müessese hakkında yapılan düzenlemenin Anayasal gereklilikleri karşılaması lazım gelmektedir. Ancak iptali istenen ibare, Anayasal gereklilikleri karşımaya elverişli ve yeterli değildir.

7413 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun’un yardımcılar hakkında düzenlenecek formları hüküm altına alan 11’inci maddesi değiştirilmiştir. Değişik 11’inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre her yardımcı hakkında; eğitim dönemlerinde Türkiye Adalet Akademisi’nin ilgili daire başkanı; görev döneminde ise eğitici hakim ve savcı, Yargıtay ve Danıştay’da ilgisine göre daire başkanı veya savcı tarafından yüz puan üzerinden değerlendirme formu düzenlenecektir; bu form düzenlenirken yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususlar dikkate alınacaktır; müfettiş maiyetinde görev yapılması durumunda müfettiş, Anayasa Mahkemesi’nde görev yapılması durumunda ise bölüm başkanı tarafından hakim ve savcı yardımcısı hakkında değerlendirme formu düzenlenecektir; düzenlenecek formlar Adalet Bakanlığı’na gönderilmek üzere ilgisine göre adalet komisyonu başkanlığı ile Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Yargıtay Birinci Başkanlığı ve Danıştay Başkanlığı’na verilecektir.

Değişik 11’inci maddenin son fıkrasına göre değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar, yüksek mahkemeler ve Hakimler ve Savcılar Kurulu ile Türkiye Adalet Akademisi’nin görüşü alınmak suretiyle; Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenecektir. Ancak iptali talep edilen ibareyle değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların idarenin düzenleyici işlemlerinin konusu yapılması, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasa’nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9’uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan Anayasa’nın 36’ncı maddesinde herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Pozitif yükümlülüğüne binaen Devlet tarafından, anılan hakkın herkes bakımından erişilebilir kılınması, yargının üçlü sacayağının marifetiyle mümkündür. O halde hakim ve savcılarının statüsünün, adalet özelinde yürütülen başat kamu hizmeti bakımından Anayasa’nın 128’inci maddesi bağlamında “*diğer kamu görevlisi*” niteliğinde olması gerekmektedir. Öte yandan Anayasa koyucu, hakimlik ve savcılık mesleğine önem atfederek; bu mesleğe ilişkin temel çerçeveyi Anayasal düzeyde (Anayasa’nın 140’ıncı maddesinde) belirlemiştir.

Başka bir anlatımla 7413 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi uyarınca hakim ve savcı yardımcıları, Devlet Memurları Kanunu’ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup, hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, Devlet Memurları Kanunu’nun

⁹² Fabreguettes, F. P., Adalet Mantiğı ve Hüküm Verme Sanatı, Adliye Vekilliği, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945 (Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019), s. 9.

2802 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. (Söz konusu değişiklik, 7413 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle; 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.) Kısacası yardımcıları, hukuki statü itibarıyla memur olarak konumlandırılmıştır.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından hakim ve savcılarının yardımcılık süreci, kadro ihdası, ataması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa'nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128 ve 140'ıncı maddeler uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen ibare, bu hususları Anayasa'nın öngördüğü çerçevede düzenlememektedir. Bu durum, aşağıda ayrıntılı olarak gösterildiği üzere Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

a) Kamu görevlilerinin özlük hakları ile hakimlik ve savcılık mesleği bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (*Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı*). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (*Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41*).

Yine Anayasa'nın 140'ınci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim 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 işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Her ne kadar söz konusu 140'ınci maddenin lafzında açıkça “yardımcılar” yer almasa da ve yardımcıların HSK tarafından henüz mesleğe kabulü yapılmassa da; 7413 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesiyle yardımcıları verilen ve yargılamanın özünü etkileyecek görev ve yetkiler de nazara alındığında; mesleğe kabul öncesinde yetiştirilmelerini teminen konumlandırılan bir ara statü olması itibarıyla hakim ve savcı yardımcılarının (veya adaylarının), anılan amir hükmün kapsamında kaldığı izahtan varestedir.

Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 140'ınci maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulünün zorunlu olduğuna işaret ettiği bir kararında;

“Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra 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.” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı Kararı).

İfade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi otuz yıl sonra verdiği bir diğer kararında hakim ve savcı adaylarının, hakim ve savcı statüsünde sayılmadığını ve bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerinin kapsamında kalmadığını hüküm altına almıştır. Söz konusu kararın gerekçesinin müteallik bölümü:

“Anayasa’da yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık mesleğine ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapan HSK’ca verilen mesleğe kabul kararıyla başlanmaktadır. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylık sürecinde HSK tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve yargılama faaliyetinde bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle adaylık sürecine ilişkin dava konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri çerçevesinde incelenebilmesi mümkün değildir.” şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 10.12.2020 tarihli ve 2016/144 E.; 2020/75K. sayılı Kararı, § 286).

Kararlardan anlaşılaçağı üzere; Anayasa Mahkemesi'nin 1990 tarihli içtihadı, yargı bağımsızlığının korunmasını temin etmektedir.

İhtilaflı kural, Anayasa'nın 128'inci maddesinin 2'nci ve 140'ıncı maddesinin 3'üncü fıkralarına aykırı şekilde, Adalet Bakanlığı'nı değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlara ilişkin yönetmelik çıkarırken çerçeveyecek ve kayıtlayacak objektif kıstaslara yer vermemiştir. Kaldı ki anılan 11'inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde bu form düzenlenirken yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususların dikkate alınacağı öngörülmüştür. Anılan cümlelerin bütünü muğlak ibarelerle kaleme alınması, Adalet Bakanlığı'nın yönetmelik çıkarırken kullanacağı takdir yetkisinin sınırlarını oldukça belirsizleştirmektedir.

Başka bir anlatımla 7413 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin on üçüncü fıkrası uyarınca değerlendirme formu üzerinden alınan puanın yardımcılık süreci sonunda başarılı sayılmak için gerekli olan puana etkisinin olacağı da göz önünde bulundurulduğunda; kanun koyucu, değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlarda çıkartılacak yönetmeliğin genel çerçevesini, kanun formunda ortaya koymamış ve bu hususların belirlenmesini idarenin düzenleyici işlemlerine bırakmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan hakim ve savcı statüsünde olmaya namzet kimseler (memur statüsünde bulunan yardımcıları) hakkında düzenlenecek değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların temel esaslarının kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptal istenen ibare, bu nedenle Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda “b” alt başlığı).

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (*Anayasa Mahkemesi’nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı*). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (*Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı*). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa’nın 123’üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin *secundum legem* özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin *intra legem* özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların, şeffaflığı da sağlayacak biçimde; Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddelerinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; sayılı hususların temel çerçevesi hakkında–Anayasal ilkelerin aksine- hakkında tamamen sessiz kalmıştır. Söz gelimi değerlendirme formunun içeriği bakımından yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığını ölçmeye yönelik *çalışma saatlerine riayeti, yabancı dil bilgisini gösterir belge, ilgili hukuk dalında yüksek lisans veya doktora yapmış olma, sertifika programlarını tamamlanmış olma, incelediği ve hazırlık yaptığı dosya sayısı, kültürel aktivitelere katılım düzeyi* gibi nesnel kıstaslar kanun düzeyinde belirlenmemiştir. Kaldı ki yardımcının iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetinin varlığının tespiti, bilhassa psikoloji biliminin konusudur. Yine değerlendirme formunun şekli bakımından öngörülen kıstaslar için puan skalasının (çok iyi – orta - zayıf; 1- 2 – 3 - ...) neye göre oluşturulacağı belirsizdir. Buna ilave olarak yüksek mahkemeler ve Hakimler ve Savcılar Kurulu ile Türkiye Adalet Akademisi’nden alınacak görüşlerin; istisari nitelikte olduğunu ve Adalet Bakanlığı’nı kayıtlayacak kanunilik ilkesinin gereğini karşılamaya elverişli sınırlandırma ölçütü olmadığını belirtmekte fayda bulunmaktadır.

Öte yandan ‘‘*ahlaki gidiş*’’in hukuken tespitinin mümkün olup olmadığı dahi şüphelidir. Nitekim hukuk felsefesi profesörü H.L.A. Hart’ın hukuk, özgürlük ve ahlak ilişkisini ele aldığı eserinin bir bölümü:

‘‘... Üçüncü olarak, pozitif ahlak ile eleştirel ahlak ilkeleri arasında halihazırda yapılmış olan ayırım, sorunun belli bir yanlış anlaşılmasına engel olmaya ve onun merkez

*noktasını netleştirmeye hizmet edebilir. Bazen, sorunun, kendi başına ahlaki dayatmanın ahlaken meşrulaştırılabilir olup olmadığı değil, sadece **hangi ahlakın dayatılabileceği** olduğu söylenir. **Bu, başkalarına zarar verici faaliyetleri kınayan bir faydacı ahlak mıdır sadece? Ya da bu, belli faaliyetleri de zararlı olsun olmasın, kınayan bir ahlak mıdır?** ...*⁹³

şeklinde. O halde düzenlenecek değerlendirme formuna konu ahlaki gidiş kriterindeki ahlak kavramının içeriği, Adalet Bakanlığı tarafından mı doldurulacaktır?

“Ahlaki gidiş” tabiri, yardımcıların özel yaşama saygı hakları ve kişisel özerklikleri çerçevesinde korunan hayat tarzlarına ve öznel tercihlerine demokratik bir toplumda gerekli olmayan keyfi kapsamlarda müdahale edilmesini mümkün hale getiren bir anlam belirsizliği içermektedir. İhtilaflı ibare, uygulamada, son tahlilde, ya toplumun çoğunluğuna (doğru ya da yanlış şekilde) izafe edilen ancak kişilerin meşru özgürlük alanlarına tecavüz eden olgusal ya da normatif ahlaki ölçüleri ya da bizzat (yönetmelik çıkaracak) Adalet Bakanlığı’nın veyahut uygulayıcı öznenin öznel ahlaki görüşlerini esas alacaktır. İhtilaflı düzenleme uyarınca Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelik, hangi hukuki standarda tekabül ettiği belirsiz olan “ahlaki gidiş” ibaresi üzerinden; demokratik toplumda gerekli olmayan, keyfi hak sınırlamalarına yol açma potansiyeli taşımaktadır.

Buna ilave olarak, ‘‘Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününi kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)’’ (Anayasa Mahkemesi’nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibarede; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen yardımcılar hakkında düzenlenecek değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde söz konusu yönetmeliğin 7413 sayılı Kanun’a uygun olması, yalnız bu Kanun’un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun’un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7413 sayılı Kanun’un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 11’inci maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Anayasa’nın 128 ve 140’ıncı maddeleri uyarınca kanun düzeyinde tanımlanması gereken hususları idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden, maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik niteliğini içermeyip, yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki

⁹³ Hart, H.L.A. (Çev. Erol Öz), Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, B. 3, Ankara, Dost Kitabevi, 2014, s. 30.

güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 2, 123, 128 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı*). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkrada olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir Anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Adalet Bakanlığı'nın değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar çıkaracağı yönetmeliğin 7413 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve ve sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve aşırı geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilaflı kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 124'üncü maddesine de aykırıdır.

d)Kamu hizmetinde görevin gerekli kaldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70'inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (*Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı*).

Anayasa'nın 128 ve 140'ıncı maddelerinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez”

şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan “görevin” ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların), (bir kimsenin bu görevi objektif kriterlere göre icra edebilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususları belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (adalet özelinde kamu hizmeti icra edecek hakim ve savcı istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın ilgili göreve istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı ibare, Anayasa’nın 70’inci maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın 70’inci maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

“1- KHK’nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK’nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa’nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk’ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa’nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa’nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK’nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi’nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

e)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında "... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir..." şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 128'inci maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

f)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin idareye (Adalet Bakanlığı'na) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları ve nitelikleri sağlayan yardımcıları arasında idare tarafından kayırma/ayırmacılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilaflı kural, aynı şekilde, değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlara ilişkin yönetmelik düzenlenirken esas alınacak objektif esas ve usulleri öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.: 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.: 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.: 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı şartlara ve niteliklere sahip yardımcıları bakımından farklı değerlendirme formu düzenlenmesine; esas alınan hususların farklı derecede puanlandırılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususların idareye bırakılması, mesleğin gerektirdiği nitelikler ve çalışma bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfî muamele

farklılıklarına yol açacaktır. Bu çerçevede, cinsiyet temelli ayrımcılığın söz konusu olması da muhtemeldir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

g)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen ibare, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare, keyfi biçimde değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususları belirleyerek; bu kimselerin mesleğe uygun biçimde yetişmesinin, mesleğe kabul edilmesinin önüne geçecektir; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, sayılı hususların düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49'uncu maddelerine aykırıdır.

ğ)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı yetkisi, eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı, hakimlik ve savcılık mesleği bakımından:

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama hürriyeti güvencelenmiş; anılan hak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncu; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddelerinde olduğu gibi uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Yine Anayasa'nın 40'ıncı maddesi mucibince Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Anılan hakların temini ise; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş ve 9'uncu maddesiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 10'uncu maddesinde “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklindeki fıkra hüküm altına alınmak suretiyle; hakim ve savcıların taraflara eşit mesafede durması gerektiğine işaret edilmiştir. Buna ilave olarak Anayasa'nın 138 ve 140'ıncı maddelerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açıkça hüküm altına alınmış; 139'uncu maddesiyle hakimlik savcılık teminatı güvencelenmiştir. Anılan hükümler, kül halinde yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olup birbirlerinden ayrı ele alınamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, bir mahkemenin (hakimin –savcının) bağımsız ve tarafsız olarak nitelendirilebilmesi adına içtihadı olarak birtakım kıstaslar öngörmüştür:

“225. Bir merciin “bağımsız” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemede Mahkeme, diğerleri arasında, aşağıdaki ölçütleri dikkate alır (Langborger/İsveç, § 32; Kleyn ve Diğerleri/Hollanda [BD], § 190):

i. üyelerinin atanma şekli ve

ii. görev süresi;

iii. dış baskılara karşı güvencelerin varlığı ve

iv. söz konusu merciin bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediği.

...

v. Tarafsızlık şunlara göre değerlendirilmelidir (Micallef/Malta [BD], § 93; Nicholas/Kıbrıs, § 49):

i. belli bir hâkimin şahsi inancının ve davranışının, yani hâkimin belli bir davada kişisel önyargı veya taraflılık sergileyip sergilemediğinin göz önünde bulundurulduğu öznel yöntem;

ii. ve ayrıca, mahkemenin, bilhassa oluşumu aracılığıyla, hakkındaki her tür meşru şüpheyi ortadan kaldırmak üzere yeterli güvenceler sunup sunmadığının belirlenmesinden ibaret olan nesnel yöntem.’⁹⁴

Bunun yanında, yine hakim ve savcılarının bağımsız, tarafsız, nitelikli, donanımlı, etkin olmaları gerektiğine işaret eden ve yumuşak hukuk (soft law) araçları olarak dikkate alınmak gereken birçok uluslararası belge (Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri⁹⁵; Bangolar Yargı Etiği İlkeleri⁹⁶; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12 sayılı Tavsiye Kararı⁹⁷; Avrupa Konseyi Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri”⁹⁸ ...) düzenlenmiştir.

Yine uluslararası örgütlerin görüşlerine, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri belirlenirken; nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat ilkesinin ve nesnel ölçütlerin esas alınması gerekliliği yansımıştır.

Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi’nin Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş’e göre;

“25. Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin “nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre” belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm “objektif kıstaslar”, genel bir özellik arz etmek zorundadır. Ancak asıl hayati öneme sahip olan, bu ilkelerin belirli bir durumdaki gerçek içeriği ve etkisidir. CCJE, üye Devletlerdeki

⁹⁴ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine İlişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁹⁵ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁹⁶ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁹⁷ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

⁹⁸ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeterek liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmiştir. Bunun yapılmasının ardından, atama veya terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir.’⁹⁹

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı’na göre;

*“Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri, vasıfları, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. **Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını güvence altına almak için, merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.**”¹⁰⁰*

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hakimlerin Bağımsızlığı Raporu’na göre;

“24. CCJE’nin 1 no.lu Görüşünde ilave olarak şu tavsiyeye yer verilmiştir (25te): “üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamlar, “hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeterek liyakat esasına göre olmasını” temin edecek objektif kriterleri geliştirmeli, yayımlamalı ve yürürlüğe koymalıdır”. Liyakat yalnızca hukuk bilgisi, analitik yetenekler veya akademik mükemmellikten ibaret bir mefhum değildir. Ayrıca kişilik, muhakeme, erişilebilirlik, iletişim becerileri, hüküm tesis etmekteki etkinlik, vb. hususlarını da içermelidir.

25. Bir hakimin adalet ve hakkaniyet hissiyatına sahip olması çok önemlidir. Ancak uygulamada bu kıstası değerlendirmek zor olabilir. Uygulama alanı bulunursa, şeffaf usuller ve ahenkli bir uygulamanın varlığına ihtiyaç duyulacaktır.

26. Netice olarak, liyakatin birincil kıstas olmasına ilaveten, yargı içindeki farklılıklar kamuoyunun yargıya bir bütün halinde güvenmesini ve onu kabullenmesini mümkün kılacaktır. Yargı temsil yeri olmamakla birlikte açık bir karaktere sahip olmalı ve toplumun tüm bölümlerinden nitelikli kişilere katılım imkanı verilmelidir.³

⁹⁹ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

¹⁰⁰ [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR\(94\)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR(94)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

27. Hakimlerin atamaları ile mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararların, hukuk çerçevesinde objektif kıstaslar uygulanarak ve liyakat gözetilerek alınmasının mecburiyeti ilkesi tartışmaya açık değildir.''¹⁰¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "218. Hâkimlerin yürütme tarafından atanmaları ve azledilebilir olmaları 6 § 1 maddesi açısından **tek başına ihlal teşkil etmez** (Clarke/Birleşik Krallık (k.k.)). **Tayin edilenlerin, yargılama görevlerini ifa ettikleri esnada her tür etki veya baskıdan bağımsız olmaları kaydıyla, hâkimlerin yürütme tarafından atanmasına izin verilebilir** (Flux/Moldova (no. 2), § 27).''¹⁰² şeklinde değerlendirmede bulunmasına rağmen; Türkiye'de yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalar olduğu uluslararası belgelere konu olmuştur: Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu'na göre;

"56. "Türkiye'de demokratik kurumların işleyişi" başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: "Yargı bağımsızlığı Anayasa'da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. **Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin versiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir**" [19].''¹⁰³

O halde yasama organı tarafından kanunlaştırılan bu ibarenin, Anayasa'nın sistematik yorumu muvacehesinde, herkesin adil yargılanma hakkı ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını isteme hakkı gözetilerek kaleme alınması gerekmektedir. Anılan hakların temini; bağımsız ve tarafsız mahkemeler marifetiyle mümkündür. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, idarenin yapacağı yardımcılarının özlük haklarına ilişkin (değerlendirme formunun şekli ve içeriği ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar özelinde) müdahale, onların tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürecektir. Bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine gölge düşmüş mahkemelerce yapılacak yargılamalar ise; anılan hakların (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının da aksine) özüne dokunacaktır. Halbuki bir devlete; çağdaş, özgürlükçü, çoğulcu, katılımcı, demokratik rejime sahip hukuk devleti vasfını kazandıran Anayasal enstrümanlardan biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Zira yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu nedenlerle iptali istenen ibare, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamayı teminen kül halinde ele alınması gereken Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 9, 10, 13, 36, 40, 138, 139 ve 140'ıncı maddelerine aykırıdır.

¹⁰¹ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur) (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

¹⁰² Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine ilişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), 31 Ağustos 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

¹⁰³ <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2022).

h)Kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, şeref ve itibarının korunması hakkı ile özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı ile ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından:

Anayasa'nın 5'inci maddesiyle Devletin temel amaç ve görevleri arasında ‘‘kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak’’ ile ‘‘insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak’’ sayılmıştır. Devletin söz konusu amaç ve yükümlülükleri başta Anayasa'nın 17 ve 20'nci maddeleri olmak üzere münferit hükümlerinde zuhur etmiştir. Gerçekten de Anayasa'nın 17'nci maddesinde herkesin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; 20'nci maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayat ile aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı güvencelenmiştir. Yine şeref ve itibarın korunması hakkı, Anayasa'da açıkça zikredilmese de anılan Anayasal hükümlerin (AY Md. 5, 17 ve 20) kesişim alanında varlığını korumaktadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2007 yılında ‘‘özel hayata saygı gösterilmesi hakkının gelişiminde ilerici bir adım teşkil eden bir kararla³², açıkça 8. madde'nin bir kişinin itibarına uygulanmasını kabul etmiştir. İtibarın, söz konusu eleştiri bir toplumsal tartışmada dile getirilmiş olsa bile, ulusal mahkemelerce korunması yükümlülüğünü getiren, kişinin bireysel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğunu ifade etmiştir (Tutum Petrina-Romanya davasında hatırlatılmıştır)’’.¹⁰⁴

Eldeki dava konusu da anılan Anayasal hükümlerin kapsamında kalmaktadır. Her ne kadar iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkraya konu değerlendirme formu (ve değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususlar), mesleki alana dair imiş gibi kategorize edilse de; bu hususlar (bilhassa yardımcının ahlaki gidişi), aynı zamanda özel hayatın konusunu teşkil etmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre:

‘‘121. Her ne kadar genel bir çalışma, kamu hizmetine girmeye erişim veya belli bir mesleği seçme hakkı madde 8'den çıkarılmasa da ‘‘özel hayat’’ kavramı, ilke olarak, mesleki ya da ticari mahiyetli faaliyetleri dışlamaz (Bărbulescu /Romanya [BD], § 71; Jankauskas /Litvanya (no. 2), § 56-57; Fernández Martínez /İspanya [BD], §§ 109-110). Gerçekten de özel hayat, bir bireyin mesleki ve ticari mahiyetli ilişkiler dahil olmak üzere, başka insanlarla ilişkiler kurma ve bunları geliştirme hakkını kapsar (C. /Belçika, § 25; Oleksandr Volkov /Ukrayna, § 165). Nihayetinde insanların çoğunluğu çalışma hayatlarının akışı içerisinde dış dünya ile ilişkiler kurmak bakımından önemli bir imkânâ sahiptir (Niemietz /Almanya, § 29; Bărbulescu /Romanya [BD], § 71 ve oradaki atıflar; Antović ve Mirković /Karadağ, § 42).

122. Dolayısıyla, bir mesleğe erişimde öngörülen sınırlamaların ‘‘özel hayatı’’ etkilediği tespit edilmiştir (Sidabras ve Džiautas /Litvanya, § 47; Bigaeva /Yunanistan, §§ 22-25; ayrıca bakınız Jankauskas /Litvanya (no. 2), § 56 ve ceza mahkûmiyeti nedeniyle Baroya kaydolmaya getirilen sınırlamalarla ilgili Lekavičienė /Litvanya, § 36) ve aynı husus işin kaybedilmesi için de geçerlidir (Fernández Martínez /İspanya [BD], § 113). Benzer şekilde, ofisten kovulmak özel hayata saygı hakkının ihlali olarak görülmüştür (Özpınar /Türkiye, §§ 43-48). Oleksandr Volkov /Ukrayna'da Mahkeme, bir yargıcın görevi kötüye kullanmadan ötürü ihraç edilmesinin madde 8 bakımından ‘‘özel hayatına’’ saygı hakkına bir müdahale oluşturduğuna karar vermiştir (§§ 165-167). Mahkeme yine başvurusunun, belli dini görüşleri

¹⁰⁴ Roagna, Ivana (Çev. Ayşe Gül Alkış Schäling), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları, 2012, s. 18, 19, <https://rm.coe.int/16806f15ae> (Erişim Tarihi: 15.08.2022)

olduğunu ve eşinin çarşaf giydiğini belirten bir rapora istinaden idari bakımdan daha az önem arz eden bir şehirde daha önemsiz bir göreve atanmasının madde 8'i ihlal ettiğine karar vermiştir (Sodan /Türkiye, §§ 57-60). Bir diğer ihlal de başvurusunun yurt dışında elde ettiği derecenin denkliğini etkileyen bir değişiklik sonrası öğretmenlik görevinden alındığı bir davada bulunmuştur (Şahin Kuş /Türkiye, §§ 51-52). ''¹⁰⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi bağlamında yapılan başvuruları incelerken iki aşamalı bir test formülleştirmiştir. Buna göre;

“1. Aşama: 8. madde 1. Fıkra

1.1 Şikayet, 8. madde 1. fıkarda korunan hakların birinin kapsamına giriyor mu?

1.2 Giriyorsa, Devletin bireyin haklarına saygı gösterme konusunda pozitif yükümlülüğü var mı ve söz konusu yükümlülük yerine getirilmiş mi?

2. Aşama: 8. madde 2. fıkra

2.1 8. madde hakkına müdahale edilmiş mi?

2.2 Edilmişse,

2.2.1. Bu müdahale kanunlara uygun mu?

2.2.2. Meşru bir amacı var mı?

2.2.3. Demokratik bir toplumda gerekli mi? ''¹⁰⁶

Nitekim, AIHM'in bu kıstasları tatbik ederek 19.10.2010 tarihli ve 20999/04 Başvuru No'lu Özpinar/Türkiye davası üzerinden verdiği ihlal kararının gerekçesinin müteallik bölümü şu şekildedir¹⁰⁷:

“...

A. AIHS'nin 8. maddesi tarafından güvence altına alınan hakka müdahale edilip edilmediğine ilişkin

...

¹⁰⁵ Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8 Rehberi Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı, 30 Nisan 2019, s. 33, 34, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 15.08.2022).

¹⁰⁶ Kilkelly, Ursula, Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz İnsan hakları el kitapları, No. 1, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019113948ozel_hayat.pdf (Erişim Tarihi: 15.08.2022).

¹⁰⁷ <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-120128%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 15.08.2022).

Bu şartlar altında AİHM, müfettiş tarafından yürütülen disiplin soruşturması çerçevesinde tanıkların başvuranın özel hayatının şu ya da bu yönü hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ilave olarak başvuranın davranış ve tutumlarını gerekçe göstererek verilen görevden alma kararının, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğu kanaatine varmaktadır (bakınız, gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Vogt, ilgili bölüm, prg. 44, ve Birleşik Krallık aleyhine Smith ve Grady davası, no 33985/96 ve 33986/96, prg. 71, CEDH 1999-VI kararları).

...

B. Müdahalenin meşruluğu hakkında

...

1. « Kanunla öngörülme »

...

İlk koşul olarak aranan yasa tarafından öngörülme şartının, mevcut davada var olup olmadığı bir tartışma konusu değildir. Gerçekten de, hiç kimsenin - soruşturma ve bunun sonucunda görevden alma – ile ilgili bu müdahalenin yasal bir temeli olduğu, yani 2802 sayılı Kanun'un 69. maddesinin son bölümüne dayandığı konusunda bir itirazı bulunmamaktadır

Geriye söz konusu hukuki düzenlemenin aynı zamanda ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerini yerine getirip getirmediğinin araştırılması kalmaktadır. AİHM, tarafından iç hukuk düzenlemelerinde aranan belirlenebilirlik düzeyi – ki bu hiçbir tereddüde yer bırakmama şartıdır - geniş ölçüde değerlendirilen metnin içeriğine, kapsadığı alana ve ilgili kişilerin niteliğine göre değişmektedir. Öte yandan, hukuki bir düzenleme birden fazla yorum gerektirdiği için “kanunla öngörülme” kuralı ile çatışmaz. Son olarak, bir düzenlemeyi yorumlama ve uygulama yetkisi öncelikle ulusal makamlara aittir (Vogt, ilgili bölüm, prg. 48).

Mevcut durumda AİHM, yukarıdaki bilgilerin ışığında, her ne kadar disiplin soruşturması yukarıda anılan düzenlemelere uygun olarak yürütülmüş olsa da, görevden alma kararının hukuki denetime tabi olmadığını gözlemlemektedir. Öte yandan, Hükümet 2802 sayılı Kanun'un 69. maddesinin son bölümünde yer alan kavramları açıklayan herhangi bir içtihat sunmamıştır. Dolayısıyla AİHM, ihtilafa konu olan “yasa'nın” mevcut davaya bakan makamların yetkileri konusunda yeteri kadar net olup olmadığına dair şüphesini ifade etme gereği duymaktadır (karşılaştırınız İtalya aleyhine N.F. davası, no 37119/97, prg. 31, CEDH 2001-IX). Bununla birlikte, müdahalenin gerekliliği konusundaki incelemeleri sonucunda vardığı kanaati göz önüne alan AİHM, yaptırımın yeteri kadar öngörülebilir olup olmadığı sorusunu ele almayı gerekli görmemektedir

2. Meşru amaç

AİHM, hükümetin soruşturmayı ve bunun sonucunda ortaya çıkan görevden alma işleminin meşruluğunu yargıçların giyim ve tutumlarına ilişkin yükümlülüklerine dayandırdığını, oysa başvuranın sadece makyaj yapma ve giyinme şekli üzerine yürütülen soruşturma hakkındaki şüphelerini dile getirmekle yetindiğini gözlemlemektedir.

AIHM, Sözleşmecî Devletlerden bazılarının kamu görevlileri ve yargıçlara giyim şekli konusunda sınırlamalar getirdiğini kaydetmektedir. Mevcut davada yargıçlara getirilen bu yükümlülüğün temelinde, bağımsızlık olduğu kadar kararlarının etkisini koruma düşüncesi de yatmaktadır. AIHM'nin kanaatine göre, buradan doğan müdahale hakkı "kamu düzeninin sağlanması" ve "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" gibi meşru temellere dayanmaktadır.

3. « Demokratik bir toplumda gereklilik »

...

AIHM, mesleki ya da özel hayatında bir hakime duyulması gereken güven ya da saygıyı engelleyecek bir tutum benimsemiş olmanın adalet kurumunun saygınlığı üzerinde belli bir etkisi olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, bir kamu görevlisinin özel hayatına ilişkin davalarda, bu kişinin belirli bir ölçüde özel hayatına ilişkin tutumlarının sonucunu öngörebilmesi ve gerektiğinde uygun güvencelerden yararlanabilmesi gerekmektedir. Özellikle mesleki hayat ile özel hayatın kelimenin dar anlamıyla üst üste geldiği ve bir bireyin bazen hangi boyutta hareket ettiğinin tespit edilmesinin ne kadar zor olduğu göz önüne alındığında, bu tür güvencelerin gerekliliği bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır (bakınız Bigaeva, ilgili bölüm, prg. 23). AIHM'ne göre, benzer durumlarda, bir hakimin özel hayatına ilişkin iddialara karşı korunabilmesi için, iç hukukta, yeterli güvence teşkil eden önlemlerin mevcut olması gerekmektedir.

Bununla birlikte, mevcut davada, her ne kadar başvurana atfedilen bazı davranışlar, özellikle de kişisel duygularının yönlendirmesine izin vererek karar vermesi, durum gerektirdiğinde, görevden alma gibi radikal bir tedbiri meşrulaştırırsa da, AIHM, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın söz konusu ithamları kesin olarak ortaya koymaya elverişli olmadığını tespit etmektedir. Öte yandan, ulusal düzeyde soruşturmaya tabi tutulan birçok davranışın başvuranın mesleki faaliyetleri ile ilgisi bulunmamaktadır. Aksine görevden almayla sonuçlanan disiplin soruşturması sırasında başvuran çok az güvenceden istifade edebilmiştir. Disiplin soruşturmasının başlatılmasını takiben yalnızca ithamlar başvuranın bilgisine sunulmuştur. Müfettiş tarafından yürütülen soruşturmada uygulanabilecek en alt sınırdaki teminatlar dahi göz ardı edilmiştir. Ne soruşturma çerçevesinde dinlenen tanıkların ifadeleri ne de müfettişin raporu başvuranın bilgisine sunulmamıştır. Elbette, başvuran müfettişe ve HSYK'ya yazılı savunmasını sunabilmiştir. Ancak görevden alınma kararı verilmeden önce ne müfettiş ne de HSYK başvuranın savunmasını bizzat kendisinden dinlememiştir. Özellikle bu süreç sırasında gerçekleşen tek duruşmanın, son safhada yani HSYK'nın itirazları inceleme kurulunun toplantısı sırasında yapılması AIHM'ni hayrete düşürmektedir.

AIHM, özel hayat ve aile hayatına ilişkin iddialara dayanan gerekçelerle itham edilen her hakimin, keyfiyeti engelleyecek güvencelere sahip olması gerektiği görüşündedir. Bu kişinin, uygulanan tedbirin hukuka uygun olup olmadığının tespit edilmesi ve yetkinin kötüye kullanılması halinde sorumlunun cezalandırılması ve özellikle de ihtilafa konu tedbirin, olayın tüm yönlerini ve ilgili mevzuatı değerlendirmeye yetkili bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından denetlenmesi imkânına sahip olması gerekmektedir. İlgili kişinin bu denetim organı önünde kendi bakış açısını dile getirebileceği nizalı bir yargılamadan yararlanabilmesi ve ilgili yetkililerin iddialarına karşı çıkabilmesi gerekmektedir (bakınız, gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Bulgaristan aleyhine Al-Nashif davası, no 50963/99, prg. 123 ve 124, 20 Haziran 2002, ve Romanya aleyhine Lupsa davası, no 10337/04, prg. 38, CEDH 2006-VII). Özellikle mevcut davada, ilgili şahsın görevden alınması ve görevden alınan bir hakimin

avukatlık yapma hakkını da otomatik olarak kaybedecek olması, mesleki hayatı ve geleceği üzerinde derin bir etki yaratacağından, daha önemli hale gelmektedir.

AIHM, karara giden süreci ve ulusal merciler tarafından verilen kararın gerekçelerini inceledikten sonra, başvuranın özel hayatına yapılan müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı sonucuna varmaktadır. Özellikle, başvuran AIHS'nin 8. maddesi tarafından öngörülen keyfiyete karşı korunmadan asgari düzeyde bile yararlanamamıştır.

Dolayısıyla, bu hüküm ihlal edilmiştir.”

O halde yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususlar dikkate alınarak; iptali talep ibareyle şekli ve içeriğini Adalet Bakanlığı'nın belirlediği değerlendirme formu düzenlemek suretiyle; özel yaşama yapılacak müdahalenin, hukuka uygun kılınması için bu müdahalenin söz konusu testin aşamalarını karşılaması gerekmektedir. Açıklandığı üzere iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkraya konu değerlendirme formu (ve değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak yardımcının vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı, görevine bağlılığı ve ahlaki gidişi ile iletişim becerisi ve stres yönetimi kabiliyetine dair hususlar), mesleki alanın kapsamında kaldığı kadar, özel yaşam içinde de değerlendirilebilir niteliktedir. Anılan form düzenlenirken sayılı hususlar dikkate alınmak ve anılan formun şekli ve içeriği idarece belirlenmek suretiyle; özel yaşama müdahale edilecektir. Söz konusu hususların form düzenlenirken dikkate alınacağı şeklen kanun formunda kaleme alınmıştır ancak bu, maddi anlamda bir kanuna tekabül etmemektedir. Formun şekli ve içeriği; şekli anlamda kanunun gereğini dahi karşılamamakta; idarenin düzenleyici işleminin konusu yapılmaktadır. Yine iptali talep edilen ibarenin yer aldığı madde kanunlaştırılırken ileri sürülen gerekçeye göre; bu maddenin ratio legis'i İnsan Hakları Eylem Planı'nda yer alan “*Yargının Etkililiği ve Kalitesinin Arttırılması*” hedefinin gerçekleştirilmesidir.¹⁰⁸ Ancak şekli ve maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamayan ihtilaflı ibare, söz konusu meşru amacı (hakime duyulması gereken güven ya da saygıyı) gerçekleştirmeye elverişli değildir. Buna ilave olarak iptali talep edilen ibare, yer aldığı fıkra hükmünde yönetmeliğin genel çerçevesi çizilmemesi itibarıyla; demokratik bir toplumda, öngörülebilir müdahalenin sınırlarını aşacaktır. Değerlendirme formunun şekli ve içeriğinin Adalet Bakanlığınca yönetmelikle belirlenmesi (ve form düzenlenirken sayılı hususların dikkate alınması) nedeniyle; yardımcının siyasi kimliği ve yaşam tarzı dolayısıyla şeref ve haysiyeti, idare tarafından yapılan subjektif yorumlara konu olacaktır.

Özellikle “ahlaki gidiş” tabiri, ihtilaflı düzenlemede öngörülen yönetmelik üzerinden, yardımcılarının özel yaşama saygı hakları ve kişisel özerklikleri çerçevesinde korunan hayat tarzlarına ve öznel tercihlerine demokratik bir toplumda gerekli olmayan keyfi kapsamlarda müdahale edilmesini mümkün hale getirmektedir.

Söz konusu müdahale (şekli ve maddi anlamda) kanunla öngörülmediğinden, meşru amacı haiz olmadığından ve demokratik bir toplumun gereklerini karşılamadığından; Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13'üncü maddesine de aykırıdır. Bu durum, nihayetinde Devletin uluslararası sorumluluğunu

¹⁰⁸ İzmir Milletvekili Mahmut Atilla Kaya ve 93 Milletvekilinin Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4484) ve Adalet Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 339, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 11.

doğuracaktır. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 5, 13, 17 ve 20'nci maddelerine aykırıdır.

i)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, adil yargılanma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10'uncü; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı; özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci ve çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23'üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1'inci maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini¹⁰⁹ ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7413 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un değiştirilen 11'inci maddesinin son fıkrasında yer alan “*yönetmelikle*” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 17, 20, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 124, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

9) 23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13'üncü maddesiyle 1512 sayılı Kanun'un 162'nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırılığı

7413 sayılı Kanun'un 11 ve 12'nci maddeleriyle 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun noterlerin genel olarak yapacakları işleri düzenleyen 60'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi değiştirilerek; noterlerin görevleri arasına “taşınmaz satış sözleşmesi yapmak” eklenmiştir; buna istinaden 7413 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle 1512 sayılı Kanun'a 61/A maddesi ilave edilerek; bu sözleşmenin usul ve esasları düzenlenmiştir. 7413 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle 1512 sayılı Kanun'un noterlerin hukuki sorumluluklarını düzenleyen 162'nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere fıkra eklenmiştir. Söz konusu ek fıkraya göre taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumlu olacaktır; bu zararın Devlet tarafından ödenmesi halinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu edecektir; notere karşı açılacak davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülecektir. Ancak taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterlerin de sorumlu olacağını; bu zararın Devlet tarafından ödenmesi halinde Devletin, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu edeceğini düzenleyen iptali talep edilen cümleler, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki (mülkiyet hakkının korunması bağlamında) tapu siciline güven ilkesinin uygulanabilir kılınması için çeşitli hukuki normlar yürürlüğe konulmuştur. Taşınmaz satışı özelinde eldeki dava konusu bakımından mülkiyetin devri, taahhüt işlemi (satış sözleşmesinin düzenlenmesi) ile tasarruf işleminin (tapu siciline tescil edilmesi) tamamlanması ile gerçekleşmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 706'ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca; taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır. Buna istinaden 7413 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önce; 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26'ncı maddesi uyarınca taşınmaz satış

109 Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

sözleşmeleri, sadece tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenmekte idi. Zira anılan 26'ncı maddenin birinci fıkrası;

*“Mülkiyete, mülkiyetin gayrı ayni haklara ve müsterek bir arzun hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimal e elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair **resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.**”*

şeklindedir. 7413 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerle söz konusu 26'ncı maddeye istisna olarak noterlerin de tapu sicil müdürü veya sicil görevlilerinin yanı sıra taşınmaz satış sözleşmesi düzenleyebileceği öngörülmüştür.

Buna ilave olarak Türk Medeni Kanunu'nun 1007'nci maddesi:

“Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur.

Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder.

Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.”

şeklindedir. O halde Türk Medeni Kanunu Madde 1007 uyarınca Devletin sorumluluğunun doğabilmesi için ortada tapu sicilinin tutulmasından doğan zarar olmalıdır. Burada sorun, “tapu sicilinin tutulması” kavramından ne anlaşıldığıdır. Söz gelimi Sirmen'e göre;

“Buna karşılık, Tapu Kanununun 26. maddesinin I. fıkrası uyarınca, taşınmazlarla ilgili sözleşmelere ilişkin resmi senetlerin düzenlenmesi sicil tutma kavramına giren bir faaliyet değildir. Senedi düzenleyen tapu memuru burada adeta bir noter durumundadır. Bunun için de bu görevle ilgili olarak her nasılsa bir zarar doğmuşsa, bundan dolayı Devletin 1007'ye göre sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu bakımdan, örneğin, tapu memuru düzenlediği satış sözleşmesinde satıcıya ait parselleri karıştırarak gerçekte (X) parseli satılmak istendiği halde (Y) parselini satılmış olarak göstermişse, bu takdirde satıcının resmi senetteki yanlışlığı ileri sürerek tescil isteminden kaçınması halinde, alıcı uğradığı zararlarını MK 1007'ye dayanarak Devletten isteyemeyecektir. Bununla beraber Devlet, tapu sicilinin tutulması nedeniyle aynı olaydan dolayı sorumlu tutulabilir. Nitekim satılacak parselin karıştırıldığı resmi senede dayanarak sicile yolsuz bir tescil yapılmışsa, bundan doğacak zararlardan dolayı Devlet MK 1007'ye göre sorumlu olacaktır.”¹¹⁰

O halde sırf resmi senedin hukuka aykırı düzenlenmesi nedeniyle, TMK Madde 1007 uygulama alanı bulamayacak ve bu durumda genel hükümler esas alınacaktır.

Ancak Yargıtay birçok kararında “tapu sicilinin tutulması” kavramını, sadece tescil işlemi için değil taahhüt işlemi bakımından da uygulayarak geniş yorumlamakta; diğer bir

¹¹⁰ Sirmen, Lale A., Eşya Hukuku, B. 2, Ankara, Yetkin Yay., 2014, s. 149.

deyişle resmi senedin düzenlenmesinden doğan zararları da TMK Madde 1007 kapsamında değerlendirmektedir. Nitekim bir kararında;

“Özetle ifade edilecek olursa; tapu müdür ya da memurunun, gerçek tapu maliki olmayıp, "ilgili" sıfatı taşımayan başvuru sahibinin imzasını taşıyan yazılı başvuru belgesini almadan ve sicildeki resimle bu kişinin ibraz ettiği sahte nüfus cüzdanındaki resmi ve kayıtları karşılaştırmadan, kayıp nedeniyle yeniden tapu senedi düzenleyip bu kişiye vermesi resmi senette soyismin yanlış yazılması ve ardından da temin edilen sahte vekâletnameye dayalı olarak sicile yolsuz tescil işlemini gerçekleştirmiş olması hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırı davranışla zarar arasında illiyet bağının varlığı belirgin olup; devlet bundan doğan zarardan sorumludur.”

şeklindeki gerekçeyle TMK Madde 1007’yi işletmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 11.07.2007 tarihli ve 2007/4-422 E.; 2007/536 K. sayılı Kararı).^{111 112}

¹¹¹ <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

¹¹² Yine benzer yöndeki bir başka kararı:

“MAHKEMESİ :ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ
DAVA TÜRÜ : TAPU İPTALİ VE TESCİL-TAZMİNAT

Taraflar arasında görülen davada;
Davacı, maliki olduğu 715 parsel sayılı taşınmazın satış suretiyle ... adına tescil edildiğini ancak **resmi senetteki imzanın kendisine ait olmadığını**, sahte resmi senet ile taşınmazın davalı adına yolsuz tescil edildiğini ileri sürerek tapu kaydının iptali ile adına tescile veya tazminata karar verilmesini istemiştir. Davalı ... mirasçıları, satış tarihinin üstünden 27 yıl geçtiğini, taşınmazı bizzat davacının satarak bedelini aldığını, diğer davalı ... ise kendilerine husumet yöneltilmemesi gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiştir. Karar, davacı ve katılma yoluyla dahili davalılar tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hâkimi ...’nün raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü. -KARAR-

Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellikle; davada kendisine husumet yöneltilen ...’ın davadan önce, 04.05.2013 tarihinde öldüğü, 4.5.1978 tarih ve 4/5 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ölü kişi aleyhine açılan davanın dinlenemeyeceği ve mirasçılarının davaya katılmasıyla davanın yürütülemeyeceği, somut olayda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 124. maddesinin uygulama yerinin bulunmadığı, ayrıca diğer davalı ... aleyhine açılan tazminat davasının da **Türk Medeni Kanunu 1007. maddesi kapsamında Hazine’ye yöneltilmesi gerektiği**, Tapu Müdürlüğüne husumet yöneltilmemeyeceği gözetilerek davanın her iki davalı yönünden dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bu gerekçe ve sonucu itibarıyla doğru olduğuna göre; tarafların yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle, usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı 25.20 TL. bakiye onama harcının temyiz eden davacıdan, 25.20 TL. bakiye onama harcının da katılma yoluyla temyiz eden davalılardan alınmasına, 04/06/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

şeklinde (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 04.06.2020 tarihli ve 2017/52 E.; 2020/2255 K. sayılı Kararı).

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

Tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerinin resmi senedin düzenlenmesinden kaynaklanan sorumluluğu doğduğunda; ilgililerin zararı tahsil etmek için dayanacağı kanuni hüküm bakımından, doktrin (genel hükümler) ve içtihat (TMK Madde 1007) bakımından farklılık olsa da; her halükarda Devlet, zararı tazmin etmekte (davada husumet Devlete karşı yöneltilmekte) ve Devlet, ödeme yapması halinde kusuru bulunan ilgililere rücu etmektedir.

Ancak iptali talep edilen birinci cümleye göre (taahhüt işlemi niteliği bulunan) taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumlu olacak; başka bir deyişle hem noter hem Devlet sorumlu olacaktır. İptali talep edilen ikinci cümleye göre bu zararın Devlet tarafından ödenmesi halinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu edecektir. Kanun koyucu iptali talep edilen ikinci cümlede “kusurlu notere” rücu edileceğini hüküm altına almamıştır. Dahası 1512 sayılı Kanun’un 162’nci maddesinin birinci fıkrasında *“Stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar.”* şeklindeki cümle öngörülmek suretiyle; noterler bakımından kusursuz sorumluluk esası benimsenmiştir. O halde taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi bakımından da noterlerin kusursuz sorumluluğu uygulanacaktır.

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında; aynı taahhüt işlemi (taşınmaz satış sözleşmesini) yapmaya yetkili iki ayrı merci (tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri ile noterler) öngörülmüştür. Bunlardan biri (tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri) bakımından Devletin asli sorumluluğu (sadece ve doğrudan Devlete dava açma yükümlülüğü) ve ilgilinin (tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerinin) kusur sorumluluğu ilkesi benimsenmiş ve fakat diğeri (noter) bakımından Devletin yanı sıra ilgilinin (noterin) de sorumluluğu (hem notere hem de Devlete karşı dava açabilme opsiyonu) ve ilgilinin (noterin) kusursuz sorumluluğu hüküm altına alınmıştır. O halde iptali talep edilen cümlelerle aynı hukuki işlemde doğan sorumluluk bakımından ikili bir rejim öngörülmesi, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle noterlerin hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. 1512 sayılı Kanun’un 1’inci maddesi uyarınca noterlik bir kamu hizmetidir ve noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar. Noterlerin hukuki statüsü, doktrinde ve içtihatlarda tartışmalı olmakla birlikte; ifa ettikleri faaliyetin noterlik kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görev olması nedeniyle; noterlerin Anayasa’nın 128’inci maddesi bağlamında kamu görevlisi olması lazım gelmektedir. Kaldı ki özlük hakları, 1512 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında;

“Noterlikler, 1512 sayılı Noterlik Yasasının verdiği yetkiye dayanılarak açılırlar. Noterliğin bir kamu hizmeti, noterlik dairesinin resmî daire olduğu, noterlerce yapılan işlemlerin resmî işlem sayıldığı, noterlerin atama, yükselme, sınıflara ayrılma ve denetimlerinin Adalet Bakanlığınca yapıldığı, ücret tarifelerinin Adalet Bakanlığınca saptandığı, kısaca noterliğin bir statüye bağlı bulunduğu yukarıda açıklanmıştır. Bu nedenlerle noterlik, özel teşebbüs sayılamaz ve hakkında özel teşebbüslerle ilgili kurallar uygulanamaz.”

şeklinde hüküm kurmuştur (*Anayasa Mahkemesi’nin 19.06.1979 tarihli ve 1979/5 E.; 1979/29 K. tarihli Kararı*).

Bu genel çerçeve çizildikten sonra, ihtilaflı düzenlemenin içerdiği Anayasa’ya aykırılıklar aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

a) Kamu zararının kamu görevlilerine rücu edilmesi bakımından: Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin üçüncü fıkrası: *"Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."* şeklindedir. Söz konusu Anayasal hüküm, Anayasa'nın 129'uncu maddesinin beşinci fıkrasında tecessüm etmiştir: *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."* Rücu etme müessesesi bakımından; Anayasa'nın 40'ıncı maddesinde, (resmi görevliler için) takdir yetkisi; Anayasa'nın 129'uncu maddesinde, (memurlar ve diğer kamu görevlileri için) bağlı yetki öngörülmüştür. Anılan hükümlerin ratio legis'i kamu görevlilerinin, yönetilen karşısında korunmasıdır. Nitekim Günday'a göre;

"Memur görevini yerine getirirken ister istemez bir çok kimse ile ilişki içine girer ve pek çok kimsenin kişisel ve bazen de hak ve menfaatlerini ihlal eder. Bu nedenle, memurların birçok kin ve husumete maruz kalması doğaldır. Kötüniyetli kimselerin memuru, tehdit etmeleri, ona karşı suç işlemleri olası olduğu gibi, memuru korkutmak ve onu görevinden alıkoymak için aleyhine dava açmaları da mümkündür. Böyle gerekli – gereksiz açılacak davalar, çoğu kez memurları görevlerini daha dikkatli yapmaya sevk etmez; tam tersine memurları korkak, ürkek ve çekingen bir duruma koyar ve pasif kalmaya itebilir. İşte bu nedenlerle, bir yandan ceza kanunlarına memurları koruyacak hükümler konması gerektiği gibi, memur aleyhine kötüniyetli kişilerin davalar açarak onu gereksiz masraf ve külfetlere sokmalarına karşı da bazı koruyucu önlemlerin alınması zorunlu olmuştur."¹¹³ ... İşte 1982 Anayasası, 129 uncu maddesinin 5 inci fıkrası ile bu duruma kesinkes son vermek amacıyla şu hükmü getirmiştir: "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." Anayasanın bu hükmü ile, memurların idare edilenlere karşı doğrudan sorumluluğu kaldırılmış ve böylece memur idare edilenlerin kendisi aleyhine açacakları davalara karşı korunmuştur."¹¹⁴

Anayasa Mahkemesi de bir kararında:

"Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." hükmü yer almakta olup, maddenin gerekçesinde bu husus" İhlalden doğan zarar Devletçe ödenecek ve Devlet, bu ödeme nedeniyle, sorumlu görevliye rücu hakkı vardır." şeklinde belirtilmiştir."

formülü ile lafzi ve tarihsel yorum ilkelerini birlikte uygulamıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 25.11.2015 tarihli ve 2014/86 E.; 2015/109 K. sayılı Kararı, § 113). Yine Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında:

"Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." Bu hüküm, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri her türlü kusurdan kaynaklanan tazminat davalarının muhatabının idare olduğunu açıkça ifade

¹¹³ Günday, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş B. 10, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013, s. 619.

¹¹⁴ ibid, s. 626.

etmektedir. Ancak kusuruyla idareyi zarara uğratan kamu görevlisinin sorumluluğu ortadan kaldırılmamıştır. Anayasa'nın anılan maddesi uğranılan mali zarar için sorumlu kamu görevlisine rücu edilmesini zorunlu kılmaktadır. Maddenin gerekçesinde bu husus, "Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır." şeklinde ifade edilmiştir."

şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2021 tarihli ve 2020/18 E.; 2021/38 K. sayılı Kararı, § 14).

Anılan 40 ve 129'uncu maddelerin Anayasal *ratio legis*'i kamu görevlilerini, yönetilenlerin karşısında korumak ise; söz konusu Anayasal hükümlere uygun olarak tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerinin resmi senedin düzenlenmesinden kaynaklanan sorumluluğu doğduğunda dava, Devlete karşı açılmakta ve akabinde Devlet ilgili tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerine rücu etmektedir. Tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerinin tesis ettiği hukuki işlemi bu sefer noter yaptığında (taşınmaz satış sözleşmesi düzenlediğinde) dava, hem notere hem Devlete açılacak; akabinde Devlet, zararı öderse kusurlu olsun olmasın notere rücu edecektir. Görüldüğü üzere noterler bakımından Anayasa'nın 40 ve 129'uncu maddelerinde öngörülen rejimden sapılmıştır. Noterler, taşınmaz satış sözleşmesinin tarafları (ve üçüncü kişiler) karşısında korumasız bırakılmıştır.

Belirtmek gerekir ki 1512 sayılı Kanun'un 162'nci maddesinde noterlerin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da noterlerin kusursuz sorumluluğunu şu şekilde ele almıştır;

"Hukukumuzda noterlik kurumu 1512 Sayılı Noterlik Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanunun 1. maddesine göre noterlik bir kamu hizmeti olup, noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirirler.

Hukuki güvenliği sağlamak amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmiyet kazandırmakla görevli kılınan noterlerin, yaptıkları işlemler sebebiyle bizzat işlemin tarafı olan kişiler zarar görebileceği gibi işlemin tarafı olmayan üçüncü kişiler de zarar görebilir. Bu sebeple noterlerin yaptıkları işlemler dolayısıyla meydana gelecek zararlardan ötürü sorumlu tutulmaları bir zorunluluk olarak kendini göstermiş, kanun koyucu da bu sorumluluğun belirlenmesi açısından genel hükümler ile yetinmeyip Noterlik Kanunu içerisinde özel bir hükme yer vermiştir.

Noterlik Kanununun "Noterlerin hukuki sorumlulukları" başlıklı 162. maddesinin birinci fıkrasına göre "Stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar."

Görülebileceği üzere noterlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen maddede, sorumluluğun bir şartı olarak kusurdan söz edilmemiştir. Bu sebeple noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Buradaki sorumluluğun 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 66. (mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 55.) maddesindeki sorumluluğun ağırlaştırılmış şekli olduğu Hukuk Genel Kurulunun 06.12.2013 gün ve 2013/4-335 E., 2013/1654 K. ve 27.05.2015 gün ve 2013/3-2329 E., 2015/1444 K. sayılı kararlarında vurgulanmıştır.

Noterliğin bir kamu hizmeti olduğunu belirten kural, aynı zamanda noterin görev ve yetkilerini de düzenlemektedir. Bu derece önemli görev ve işlevleri sebebiyle sorumluluklarının da buna paralel biçimde düzenlenmesi gerekmiştir. Bundan dolayı noterin yapacağı işler son derece sıkı kural ve şekil şartlarına bağlanmıştır. Öte yandan; bir güven kurumu olan ve yaptıkları işlerde uzman olan noter, devlet adına bir takım kamusal yetkileri de kullanmak suretiyle; belgeleri ve beyanları resmileştiren ve aksinin kanıtlanmasını güçleştiren hatta neredeyse imkânsız hâle getiren, hukuki sonuçlar doğuracak belgelerin düzenlenmesi yetkisiyle donatılmıştır. Noterlik Kanunu'nun 82. ve İcra İflas Kanunu'nun 38. maddeleri gereğince; noterlerin düzenlemiş oldukları belgelere ispat gücü ve icra edilebilirlik açısından, özel ve ayrıcalıklı bir konum verilmiştir. Bu kadar önemli bir işin yapılmasıyla yetkili kılınan noterlerin sorumluluklarının da düzenlemeye paralel olması gerekir. Noterlerin uzmanlığına inanan ve güvenen iş sahipleri, yapılan iş ve işlemlerin tam ve sağlıklı olduğu konusunda kuşku duymamalıdır. Bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar doğmuşsa noterin bundan sorumlu olması doğaldır (Tanrıver Süha, Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler, 1993-2011, s. 53, 61, 82,85).

Noterlik bir güven kurumudur. Buna paralel olarak noterlerin, ağır bir sorumluluğa tabi tutulması, kendilerine yüklenen işlerin önemi ve yanlış yapılmasından dolayı büyük zararların doğması tehlikesinin bulunması ve noterlik işlemlerinin sağlamlığı hususunda iş sahiplerine garanti verme gerekliliği düşüncesine dayanmaktadır.

Doktrinde; noterlerin hukukî sorumluluğunun, nitelik itibarıyla ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğu ifade edilmektedir (Tanrıver Süha, a.g.e.1993-2011, s.79).

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde noterin kendi yaptığı işten ve çalışanının yaptığı işten dolayı sorumluluğu düzenlenmiş ve aynı hukuki rejime tabi kılınmıştır. Bu sorumluluk adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzemez. Zira adam çalıştırmanın sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanmış iken, bu sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Bu yönü itibarıyla ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan sorumluluk olduğu sonucuna varılmaktadır. Noter gerekli özeni gösterdiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak gerekli özeni göstermiş olsa bile, zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Noterin bir kamu hizmeti ifa ettiği de dikkate alınarak sorumluluğun belirlenmesinde normal bir insanın göstereceği özenli davranış değil, aynı işi üstlenen noterlik mesleğinde çalışan bir kişinin göstermesi gereken objektif davranış esas alınacaktır. Buradaki tazminat yükümlülüğü; sorumlu kişinin somut olaydaki bireysel davranışından daha çok onun toplum ve ekonomi içindeki durumu ile kanunun ona yüklediği ihtimam ve özen görevine bağlanmaktadır. Böylece toplum içinde bazı iş ve meslekler ile bazı gruplara ve kategorilere daha ağır bir sorumluluk yükletilmektedir.

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca noterin hukuki sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ortada; noterin veya noter çalışanının görevleriyle ilgili bir eyleminin bulunması ve bu eylemden dolayı bir zararın doğması, bu zararla birlikte eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu şartlardan birisinin gerçekleşmemesi hâlinde noterin hukuki sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmektedir.’’

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.05.2018 tarihli ve 2017/3-994 E.; 2018/1048 K. sayılı Kararı)¹¹⁵.

¹¹⁵ <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2017-3-994.htm> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

Noterlerin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğunun Anayasa'nın 40 ve 129'uncu maddeleri karşısındaki konumunun ayrı bir Anayasa'ya uygunluk meselesi olması bir yana; iptali talep edilen cümlelere konu hukuki işlem, münhasıran noterler tarafından yapılmayacaktır. Aksine tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerine tevdi edilen bir görev; artık noterler tarafından da icra edilebilecektir. Başka bir anlatımla her ne kadar 1512 sayılı Kanun'un 162'nci maddesinde kusursuz sorumluluk ilkesi benimsense de; ortada tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından da yapılabilen ve sorumluluğun kusur esasına dayandığı, davanın yalnız Devlet aleyhine açılabilirdiği bir hukuki işlem bulunmaktadır. O halde iptali talep edilen cümlelerle Anayasal ilkelerin aksine noterler bakımından öngörülen sorumluluk rejimi, Anayasa'nın 40 ve 129'uncu maddelerine aykırıdır.

b)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen cümleler, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

İptali talep edilen cümleler nedeniyle taşınmaz satış sözleşmesi bakımından haklı neden olmaksızın ikili bir sorumluluk rejimi ortaya çıkmıştır. Başka bir anlatımla taşınmaz satış sözleşmesi;

1) tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından yapılırsa: dava, sadece Devlete karşı açılacak ve Devletin ödeme yapması halinde; Devlet kusuru bulunan tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerine rücu edecektir,

2) noter tarafından yapılırsa: dava, Devlete veya notere karşı açılacak ve Devletin ödeme yapması halinde; Devlet notere rücu edecektir.

Tapuya güven ilkesi karşısında sorumluluk rejimi bakımından bu denli karmaşık bir ikili yapının öngörülmesinde haklı neden bulunmamaktadır. Diğer bir söyleyişle kanun koyucu, noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma görevi tevdi ettikten sonra; bu sözleşmenin düzenlenmesinden dolayı oluşan zararların tazmin usulüne açıklık getirilmesini teminen; noterlerin kusursuz hukuki sorumluluğunu düzenleyen anılan 162'nci maddeye eklenecek yeni bir fıkra ihdasına ihtiyaç duyuyor idiyse; bu fıkranın uygulamada karışıklığa mahal vermeyecek bir sorumluluk rejimi öngörmesi gerekirdi. Kanun koyucu, noterler tarafından sözleşmenin düzenlenmesinden dolayı oluşan zararların tazmin usulüne açıklık kazandırmanın aksine; aynı hukuki işlemi yapan noterler ile tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri arasında tabi bulunan sorumluluk rejimi bakımından haklı neden olmaksızın ayırım yaratmıştır. Bu nedenle anılan cümleler, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

c)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile mülkiyet hakkı bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokol'ünün 1'inci maddesinde ve Anayasa'nın 35'inci maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine

mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (*Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı*).

İptali talep edilen cümleler, mülkiyet hakkını iki boyutuyla ihlal etmektedir. İlk boyutuyla Devletin aleyhine dava açıldığı takdirde ve Devlet zararı ödediğinde; notere kusuru olsun olmasın rücu edilebilecek veya noterlerin aleyhine doğrudan dava açılabilir. Bu durum yukarıda açıklandığı üzere haklı neden (meşru amaç) olmaksızın ve Anayasa'nın 40 ve 129'uncu maddelerinde öngörülen ilkelerin aksine noterlerin mülkiyet hakkına el atılması sonucunu doğuracaktır. Özellikle, kusursuz noterin mülkiyet hakkına böylece yapılacak müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğunu söylemeye olanak yoktur.

İkinci boyutuyla taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı zarar oluştuğunda taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarının (veya üçüncü kişilerin) mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Açıklandığı üzere karmaşık ikili sorumluluk rejimi getirilmesi sebebiyle; taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarının (veya üçüncü kişilerin) mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin men edilmesi için noter aleyhine açacağı dava bakımından; taşınmaz satışının yüksek meblağlara tekabül etmesi itibarıyla noterin şahsından yapılacak tahsilatın zorlaşması, tarafların (veya üçüncü kişilerin) mülkiyet hakkını korumasız bırakacaktır. Kişi, zararı noterin şahsından tahsil edemeyince; akabinde Devlet aleyhine bir kez daha mı dava açacaktır?

O halde Anayasa'nın 13'üncü maddesinde öngörülen özel sınırlandırma sebebi olan kamu yararı (haklı neden) olmaksızın hem noterlerin mülkiyetine el atılacak hem de taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarının (ve üçüncü kişilerin) mülkiyeti tazmin yoluyla eski haline getirilemeyecektir. Bu nedenle anılan cümleler, Anayasa'nın 13 ve 35'inci maddelerine aykırıdır.

ç)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümleler, Anayasa'nın 35'inci maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün mülkiyet hakkını düzenleyen 1'inci maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7413 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle 1512 sayılı Kanun'un 162'nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın birinci ve ikinci cümleleri, Anayasa'nın 10, 13, 35, 40, 90 ve 129'uncu maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda hukuka aykırı değişiklikler

yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 1'inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun değiştirilen 10'uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*ve sözlü*" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine,

2) 1'inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun değiştirilen 10'uncu maddesinin on dördüncü ve on beşinci fıkraları, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine,

3) 1'inci maddesiyle 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun değiştirilen 10'uncu maddesinin son fıkrasında yer alan "*yönetmelikle*" ibareleri, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 124, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine,

4) 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri ile ikinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140, 141 ve 153'üncü maddelerine,

5) 2'nci maddesiyle 2810 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan "*ile hâkim tarafından verilen benzeri görevleri*" ibaresi ile ikinci fıkrasının (g) bendinde yer alan "*ile savcı tarafından verilen benzeri görevleri*" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine,

6) 2'nci maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesinin son fıkrasında yer alan "*yönetmelikle*" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 124, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine,

7) 3'üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un değiştirilen 11'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 17, 20, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine,

8) 3'üncü maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un değiştirilen 11'inci maddesinin son fıkrasında yer alan '*yönetmelikle*' ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 17, 20, 36, 40, 49, 70, 90, 123, 124, 128, 138, 139, 140 ve 153'üncü maddelerine,

9) 13'üncü maddesiyle 1512 sayılı Kanun'un 162'nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın birinci ve ikinci cümleleri, Anayasa'nın 10, 13, 35, 40, 90 ve 129'uncu maddelerine

aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz "