**"...**

**I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ**

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

'*III. GEREKÇE*

*1) 01.12.2007 Tarih ve 5720 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesi ile 2802 Sayılı Kanunun 8 inci Maddesine Eklenen (k) Bendinin Anayasaya Aykırılığı*

*İptali istenen kural ile avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenlerde,*

*- 8 inci maddenin (ı) bendi dışında diğer koşulların bulunması,*

*- Meslekte fiilen en az beş yıl çalışmış olması,*

*- Giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle otuzbeş yaşını doldurmamış bulunması,*

*- Kendi aralarında yapılacak yazılı yarışma sınav ve mülakatta başarılı olması,*

*koşullarının aranacağı öngörülmektedir.*

*Bu kural, meslekte fiilen çalışma yılı dışında, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından TBMM'ye 13.07.2005 günü geri gönderilen 5435 sayılı Yasa'nın aynı konuda düzenlenen fıkrası ile paralellik içermektedir. (Bu konuda bkz. Cumhurbaşkanı veto gerekçesi Ek.1).*

*Avukatlık mesleğinden yargıç ve savcılık adaylığına geçmek isteyenler için getirilen bu kural, alınacak aday sayısı yönünden belirsizlik içermekte, herhangi bir sayısal sınır ve çerçeve içermemekte, tamamıyla Bakanlığın takdirine bırakılmaktadır. Kural bu şekliyle, adaylık niteliklerini taşıyan ve ayrı bir sınava tabi tutulması gereken diğer kişiler yönünden öngörülemez bir durumun ortaya çıkmasına neden olacak, hukuk güvenliği zedeleyecektir. Kaldı ki, avukatlık mesleğinde fiilen çalışmadığı halde, hukuk fakültesi mezunu olup fiilen hukuk mesleğini yerine getiren meslek grupları da bulunmaktadır. Bununla birlikte, avukatlık mesleğinde en az beş yıllık çalışmış olmak koşulu, fiilen çalışma koşulu anlamına gelmemekte, avukatlık ruhsatının alındığı tarihten itibaren beş yıllık bir sürenin geçmiş olmasının yeterli olması gibi bir anlamı içermektedir.*

*Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasanın ve yasa koyucunun da uyacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir (Anayasa Mahkemesinin 30.05.2006 gün ve E.2003/82 . K.2006/66 sayılı kararı).*

*Anayasa Mahkemesinin 08.10.2004 tarih ve E.2003/31, K.2003/87 sayılı kararında da, Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette**hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşulu olduğu belirtilmiştir.*

*Diğer taraftan Yüce Mahkemenin 11.06.2003 tarih ve E.2001/346, K.2003/63 sayılı Kararında, 'Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına**hukuk güvenliği sağlamasıdır.**Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.' görüşü açıklanmıştır.*

*Yine Anayasa Mahkemesinin bu kararında, 'Anayasa Mahkemesinin Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan kanunla düzenlemeden neyin anlaşılması gerektiği Anayasa Mahkemesinin birçok kararında açıklanmıştır. Buna göre yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasanın 7 nci maddesine aykırı düşer. Ancak, yasada temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasaya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasanın 8 inci maddesinde yer alan, 'yürütme yetkisi ve görevi anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir' hükmünün anlamı da budur.' denilmiştir.*

*Anayasa Mahkemesinin 05.01.2001 tarih ve E.2000/21, K.2000/14 sayılı kararında da,**'İdarenin görevleri, genel olarak yasaların uygulanmasını göstermek ve sağlamaktır. Yasakoyucu, özel bir ihtisas ve teknik bilgi gerektiren konularda düzenleme yapması için hükümete yetki verebilir. Ancak, bu yetkinin amacının, sınırları ve çerçevesinin yasayla belirtilmesi gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. İdareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi verilmesi Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturur.' denilmiştir.*

*İptali istenen kural ile koşulları taşıyan avukatlara, boş kadro sayısının belirli bir oranıyla sınırla olmaksızın atama yetkisi verilmiş olduğundan, boş kadroların tümünün bu şekilde doldurulması mümkündür. Bu kuralın sınırsız bir şekilde uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar ortaya çıkacaktır.*

*Bu nedenlerle söz konusu kuralın Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine aykırı düşmektedir.*

*Anayasanın 2 nci maddesi, Türkiye Cumhuriyetini (Sosyal hukuk Devleti) olarak tanımlamıştır. Sosyal devlet fırsat eşitliğine dayanır.*

*Çağdaş uygar görüşe ve Anayasanın temel yapı ve felsefesine göre, gerçek Hukuk Devleti ancak Toplumsal Devlet anlayışı içinde ise bir anlam kazanır. Hukuk Devletinin amaç edindiği (Kişiliğin Korunması) toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yolu ile gerçekleştirilebilir...*

*Adaylık kadrosu yönünden konuya bakıldığında, avukatlık mesleğinden gelenlerle, hukuk fakültesi mezunu olduğu halde bu meslekten gelmeyenler aynı hukuksal konumdadırlar. Çünkü yargıç ve savcılık meslekleri 'kariyer' meslekleri olup yazılı sınav ve mülakatla, ileride atanabilecek yargıç ve savcılık meslekleri için sahip olunması gereken liyakatin ölçülmesi amaçlanmaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 29.03.2007 tarih ve 234 YD sayılı kararında '...hâkim ve savcı adayları Genel İdare Hizmetleri Sınıfına tabi iseler de staj döneminin ardından yapılacak yeterlilik sınavından sonra hâkim ve savcı olarak atanacakları hususu gözetildiğinde, adayların seçimi için yapılacak sınavın ileride atanacakları görevin özellikleri de dikkate alınarak nesnel, yansız ve sadece liyakati ölçmeyi amaçlayan bir yöntemle yapılması gerekmektedir.' denilmektedir. İleride atanılacak meslekler olan yargıç ve savcılık için, gerek avukatlıktan gelenler için gerekse fakülte mezunları için aranılacak ölçütler aynıdır. Bu nedenle her iki grupta yer alanlar için farklı niteliklere sahip olunması gerekmediğinden, onların farklı sınavlara tabi tutulması, eşitlik kurallarına aykırıdır.*

*Adaylık kadrosuna atanma yönünden aynı hukuksal konumda bulunanlar arasında farklı kuralların uygulanması da, fırsat eşitliği ilkesini ortadan kaldırdığından hem Anayasanın 2 nci hem de 10 uncu maddesine aykırılık oluşturacaktır.*

*Ayrıca, avukat kökenlilerin kendi aralarında, adaylık niteliğini taşıyan diğer aday adaylarının da kendi aralarında sınava tabi tutulması, diğer bir deyişle, kökene bağlı ayrı sınav yapılarak yargıç adaylarının köken ayrımına tabi tutulması, bu adayların yargıç olmaları halinde kamu vicdanında tarafsızlık konusunda kuşku yaratılması anlamına gelecektir ki, bu durumda da Anayasanın 138 inci maddesindeki 'bağımsızlık' ilkesi zedelenmiş olacaktır.*

*Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).*

*Açıklanan nedenlerle 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi ile 2802 Sayılı Kanunun 8 inci maddesine eklenen (k) bendi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 10 uncu, 11 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.*

*2) 01.12.2007 Tarih ve 5720 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna Eklenen 9/A Maddesinin Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı*

*İptali istenen fıkrada, yazılı yarışma sınavının Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre ÖSYM tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Söz konusu protokol kuşkusuz 9/A maddesinde yazılı kurallar göz önünde bulundurularak yapılacaktır. Ancak, kuralda bu protokolün içeriğiyle ilgili bir çerçevenin çizilmediği görülmektedir. Hangi konuların bu protokolde yer alacağı, her sınav için ayrı protokol yapılıp yapılmayacağı, puanlama sistemi ve formülünün çerçevesi, ham puan ve işlenmiş puanların hangi yöntemlerle belirleneceği, standart sapma ya da başarı durumuna göre puanlama gibi sistemlerin uygulanıp uygulanmayacağı, sınav sorularının hazırlama yöntemi, sınav sonuçlarının hangi kurum tarafından ilan edileceği gibi konular başta olmak üzere, protokolde yer alması gereken konuların çerçevesi Yasada yer almamıştır. Çerçevesi ve sınırları yasa koyucu tarafından çizilmeksizin idareye protokol yapma yetkisi verilmiştir. Sınavın bu şekilde ÖSYM'ye bırakılması, objektiflik ilkesinin gereğini yerine getirmez, yürütme organının sınav üzerindeki etkisini ortadan kaldırmaz. Bu durum da hâkim ve savcılık mesleğinin niteliğiyle bağdaşmadığı gibi genel olarak objektif ve tarafsız sınav ilkesiyle de bağdaşmaz. Sınavın ÖSYM tarafından gerçekleştirilmesi, en çok değerlendirme yönünden tarafsızlık sağlayabilir. Ancak diğer konulardaki belirsizliği ortadan kaldırmamaktadır. Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi 30.11.2007 tarihli 52 nci toplantısında aldığı 451 sayılı kararında ''aday adaylarının sınavdan aldığı ham puanın herhangi bir formülle işlenerek arttırılması halinde, baraj fiilen yetmiş puanın altına düşecek ve bilgi açısından yeterli olmayanlar mülakata çağırılabilecektir. Kanun teklifinde, Adalet Bakanlığı ile Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi arasında yapılacak sınav protokolünde, aday adaylarının ham puanlarını arttırmaya yönelik (standart sapma veya başka herhangi adla anılan) bir formülün yer alamayacağına dair bir düzenleme bulunmaması önemli bir eksikliktir. Söz konusu eksiklik, mesleki yeterliliği etkileyebilecek, yetersiz adayların mülakata çağırılmasına neden olabilecek temel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.' demektedir.*

*Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV), Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine yazmış olduğu 03.12.2007 tarihli yazısında (Ek.1), bu hükmün idareye çok geniş ve sınırları belirli olmayan bir alan yarattığını belirtmektedir. Anılan dilekçede şu hususlara işaret edilmiştir:*

*''Aynı hükmün bulunduğu Yönetmelik yürürlükte olduğu dönemde, 15.10.2006 tarihinde yapılan 100 kişilik idari yargı sınavında, yazılı sınavda 70 puan barajını aşan 482 kişi mülakata çağrılmıştır. Yazılı sınav birincisi 84,775 puan almıştır. Bu sınavda ÖSYM ile yapılan protokol uyarınca (% 10'luk) standart sapma kuralı uygulanmış, bu kural nedeniyle, kazananların dağılımı ve sayısı da genişlemiştir.*

*24.03.2007 tarihinde yapılan 500 kişilik adli yargı sınavında (% 20 olarak) başka bir standart sapma kuralı uygulanmış, bu sınavda daha az sayıda olarak 522 kişi 70 puan barajını aşmış, mülakata bu sayıda kişi çağrılmış, yazılı sınav birincisi 92, 971 puan almıştır.*

*Bu iki sınavda 2802 sayılı yasa'nın 8 inci maddesi hükmüne rağmen, yarışma sınavı olarak değil, tek ölçüt yetmiş barajını aşmak olarak konulduğundan yeterlik sınavı türünde yapılmıştır.*

*Bu aşamada Danıştay İDDK, 29.03.2007 tarihli kararıyla, mülakata çağrılma oranının liyakat ve başarı ölçüsünde belirlenmesi gerektiğini, sınavın 70 puanı aşan herkesin mülakata çağrılacağı bir yeterlik sınavı değil, Yasa'da düzenlendiği üzere yarışma sınavı olduğunu, bu nedenle 70 puanı aşmak koşuluyla, ancak sınırlı sayıda ve başarılı adayların mülakata çağrılması gerektiğini hükme bağlamıştır.*

*Bunun üzerine 12.06.2007 tarihinde yönetmelik değişikliği yapılmış ve bu çerçevede yine bu metinde de ÖSYM ile yapılacak protokolle düzenlenmesi öngörülen yazılı sınavın yürütülme ilkeleri nedeniyle, 03.11.2007 tarihinde ilan edilen 500 kişilik adli yargı sınavı için farklı bir puanlama yöntemine gidilmiştir. Bu yönteme göre, sınavda birinci olanın puanı kaç olursa olsun 100 puan almış sayılacağı ve ilan edilen kadronun en çok % 50 fazlası değil, mutlaka % 50 fazlasının mülakata çağrılacağı kuralı protokole ve sınav ilanına konulmuştur. Sonuçta ilan edilen sınavda birincinin, 100 puan almış olduğu kabul edilerek, (750 nci ile aynı puanı alması nedeniyle) 752 nci kişi 77,363 puan alarak mülakata son sıradan çağrılmıştır. Bu sınav için de (% 20 olarak) farklı bir standart sapma ve puanlama yöntemi uygulanmıştır. Ancak sınav birincisine her halükarda 100 puan verilmesi uygulaması, İDDK kararı aksine, bu yolla yükseltilen puanlar nedeniyle, 24.03.2007 tarihindeki sınava göre daha fazla adayın başarılı 'ilan edilmesi' sonucunu yaratmıştır.*

*Son sınavda, standart sapma uygulaması yapılmadan, cevap anahtarına göre herkese, soruların sabit puan değerinin verilmesi yoluna gidilse idi, mülakata, başarılı ancak daha az sayıda kişi çağrılacaktı. Birinciye 100 puan verilmesi uygulaması ve bu çerçevede çan eğrisi uygulaması ile tüm puanlar göreceli olarak yükseltilmiş, böylece gerçekte 70 puanın altında kalacak olan kişiler, yükselen bu puanları nedeniyle mülakata çağrılmışlardır.*

*Yazılı sınav liyakati ölçen sınavdır. Danıştay İDDK kararı bunu vurgulamaktadır. Liyakata yönelik kuralların değerlendirilmesi ise, ideal norma göre herkes için aynı biçimde saptanır. Ancak mevcut sistemdeki, soruları az veya çok bilme oranına göre puan değerlerinin değişmesi, ideal norma göre değil, diğer adaylar karşısında liyakatli olup olmama değerlendirmesine işlerlik kazandırmaktadır. Bu ise en başarısız bir sınıfta bile birinci olan kağıda 100 puan vererek, liyakatli kişi yaratma sonucunu doğurmuştur. Mart 2007 de yapılan sınavlarda başarı oranının düşük olması ve 70 barajını aşsın aşmasın daha fazla adayı mülakata çağırma düşüncesinin o sınav sonrasında (başarılı aday sayısı azlığı nedeniyle), yürütme organında iyice pekişmesi karşısında, standart sapma gibi uygulamalarla ilan edilen kadronun başarılı olsun veya olmasın mutlaka % 50 fazlasının mülakata çağrılması yolundaki son uygulamayla, artık puanlar göreceli olarak yükseltilmiştir. ÖSYM ile yapılan yazışmalarımız bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.*

*Bu tablo liyakat değerlendirmesinin, gerçek değil, göreceli puanlara göre yapılmasını ortaya çıkarmıştır. İDDK kararı ile sınırlı sayıda adayın mülakata çağrılması kararı nedeniyle, başarı puanları yükseltilerek, başarılı olsun veya olmasın puanları çan eğrisi yöntemiyle yükseltilen ve fazla sayıda aday çağırmaya yol açan sistemle, sonuçta Danıştay İDDK kararı yine dolanılmıştır. Çünkü yazılı da alınan sınav puanı yükseltilince, bu durum mülakat sonucundaki ortalama başarı puanına da etki etmektedir.*

*Yönetmelik ve protokol yoluyla sürdürülen bu değişken sistem, şimdi yasaya taşınarak yasal dayanak yaratılmaktadır. İlan edilen kadrolar için, mutlaka mülakata aday çağrılması şart olmayıp, başarılı aday varsa onların çağrılması, yoksa yeni sınav yapılması gerekirken, mevcut uygulama her sınavda yeni sorunlar ve belirsizlikler yaratmıştır. Amaç başarılı olsun veya olmasın, mutlaka sınava giren kitleyi kendi içinde başarı sıralamasına koyarak, mutlaka mülakata ve adaylığa alım düşüncesini yansıtmaktadır.*

*YARSAV'da yönetmeliğin neden olduğu tüm bu durumları yargıya taşımıştır. Şimdi aynı düzenlemelerin yasaya taşınması, liyakati yansıtmayan yazılı sınav sisteminin ısrarla uygulanması iradesini yansıtmaktadır. Sınavı ÖSYM'nin yapması, ölçme ve değerlendirme yönünden tarafsızlık yönüyle gereklidir. Ancak ÖSYM'den uygulaması istenilen puanlama yöntemi liyakati yansıtmamaktadır. Sınavı ÖSYM'nin yapması ile bu tablonun görmezden gelinmesi amaçlanmaktadır. Puanlama ve değerlendirme yönünden, gerçek başarıyı yansıtan sabit bir sistemin benimsenmesi zorunludur.*

*2006 yılında idari yargı sınavında, sınav birincisi 100 puan üzerinden değerlendirilmiş, 82 puan almıştır. Ancak 29.03.2007 tarihli Danıştay İDDK kararı sonrasında, mülakata çağrılacak kişi sayısına kısıtlama getirilince bu sefer, 03.11.2007 tarihinde yapılan adli yargı sınavında sınavda birinci olan 100 puan almış sayılır denilerek, birincinin puanı yüze çekilip, en alttan yukarıya doğru puanlar göreceli olarak yükseltilmiş, böylece gerçekte yeterli not alamayanların puanları yükseltilerek mülakata girmelerine yol açılmıştır. Şimdi bu durum yasaya taşınmaktadır. ÖSYM'nin yaptığı yazılı sınavda bile her sınavda farklı puanlama ve ölçme yöntemlerinin uygulanması, sistemi çıkmaza sokmaktadır. Yazılı sınavla ilgili konuların protokole bırakılıp, her sınav için protokol yapılmasına yasal dayanak yaratmak yerine, protokol için aranması gereken ölçütler İDDK kararı da gözetilerek mutlaka yasada yer almalıdır. Bu haliyle yasalaşan teklifin belirtilen maddesi yerinde değildir''*

*Anayasa Mahkemesinin 05.01.2001 tarih ve E.2000/21, K.2000/14 sayılı kararında 'İdarenin görevleri, genel olarak yasaların uygulanmasını göstermek ve sağlamaktır. Yasakoyucu, özel bir ihtisas ve teknik bilgi gerektiren konularda düzenleme yapması için hükümete yetki verebilir. Ancak, bu yetkinin amacının, sınırları ve çerçevesinin yasayla belirtilmesi gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. İdareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi verilmesi Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturur.' denilmiştir.*

*İptali istenen fıkrada, Adalet Bakanlığı ile Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi arasında yapılacak sınav protokolünde, aday adaylarının ham puanlarını arttırmaya yönelik (standart sapma veya başka herhangi adla anılan) bir formülün yer alamayacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemesi yukarıda etraflıca açıklandığı üzere önemli bir eksikliktir. Bu nedenle, Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme yapılmadığından söz konusu fıkra Anayasanın 7 nci maddesine aykırıdır.*

*Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).*

*Açıklanan nedenlerle 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanununa eklenen 9/A maddesinin birinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.*

*3) 01.12.2007 Tarih ve 5720 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna Eklenen 9/A Maddesinin Altıncı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı*

*2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 9 uncu maddesinde, 8 inci maddede belirtilen niteliklere sahip olup, yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenlerin adaylığa atanabilecekleri, 9/A maddesinin beşinci fıkrasında da, 'Yazılı sınavda yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almak kaydıyla en yüksek puan alandan başlamak üzere, sınav ilânında belirtilen kadro sayısının bir katı fazlası mülâkata çağrılır. Ancak başarı oranı, ilân edilen kadronun bir katı fazlasının altında olursa, sadece başarılı olanlar mülâkata çağrılır. Bu şekilde çağrılan en düşük puana sahip adayla aynı puanı alanlar da mülâkata alınır.' hükmüne yer verilmiştir.*

*Yine 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinde; yazılı sınava katılanların yazılı sınav notunun yüzde yetmişi ile mülakat notunun yüzde otuzunun toplamı tespit edildikten sonra en yüksek puan alandan başlamak üzere nihai başarı listesi hazırlanacağı, puanların eşit olması halinde yazılı puan esas alınacak, yazılı puanın da eşit olması halinde kura çekilerek başarı sırası belirleneceği hükme bağlanmıştır.*

*Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere hâkim ve savcı adaylığına atanmada, yapılacak mülakatta alınacak puanın da çok önemli bir unsur olduğu yadsınamaz.*

*2802 sayılı Kanunun 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile eklenen 9/A maddesinin iptali istenen altıncı fıkrasında Mülâkat Kurulunun; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşacağı öngörülmüştür.*

*Mesleğe alınmada Mülakat Kurulunun Adalet Bakanlığı bürokrasisinin diğer bir anlatımla yürütmenin etkin ağırlıkta olduğu şekilde oluşturulması hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve hâkimlik ve savcılık teminatı ilkeleriyle bağdaşmayacağı çok açıktır.*

*Hâkim ve savcılar, bilgi seviyeleriyle, kişilikleriyle ve siyasi otorite ile taraflara karşı eşit mesafedeki duruşlarıyla yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının güvencesidirler.*

*Anayasanın 138 inci maddesinde, 'mahkemelerin bağımsızlığı', 139 uncu maddesinde 'hâkimlik ve savcılık teminatı', 140 ıncı maddesinde de 'hâkimlik ve savcılık mesleği' ne ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.*

*Anayasanın 138 inci maddesinde, 'Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler' denilerek yargıçların bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiş ve böylece, yasama yetkisinin, yargıçların bağımsızlığına aykırı biçimde kullanılması önlenerek, yargıçların bağımsızlığı yasakoyucuya karşı da korunmuştur.*

*Anayasada bununla da yetinilmeyerek yargıçların bağımsızlığını korumak için 139 uncu maddede 'hâkim teminatı' kabul edilmiştir. Anayasanın 139 uncu ve 140 ıncı maddelerinde, yargıç ve savcıların özlük haklarına ilişkin yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve yasama organının bu ilkelere aykırı düzenlemeler yapması önlenmiştir. Bu kurallarla yargıçların, maddi, manevi kuşkulardan ve her türlü etkiden uzak tutulup, Anayasaya, yasalara ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vermeleri sağlanmak istenilmiş yani yasal sorumluluğa ek olarak, vicdani sorumluluk da görev gereği onlara yüklenmiştir.*

*Bu durum dikkate alınarak, ilk mesleğe alınırken uygulanacak yöntem bağımsızlığa uygun olmalıdır. Yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterme adaylığa atanabilmek için birlikte aranan şartlardır. Yazılıyı kazananlar genellikle alınacak kontenjandan fazla olmaktadır. Yazılıda ne kadar yüksek not alınırsa alınsın mülakatta matematiksel olarak elenemeyecek kimse yoktur. Bu nedenle, hâkim olmak için yapılacak mülakatın önemi açıktır. Adaylığa atanacak kişilerin yeterliliklerinin (konuşması, görünüşü, geçmiş yaşantısı) hâkimliğe uygun olup olmadığı kontrol edilmelidir. Ancak önemli olan bu kontrolü kimlerin nasıl yaptığıdır. Bu kontrolün objektif bir şekilde yapılmasının sağlanması gerekirken iptali istenen kural ile mülakat adı altındaki keyfiliği ileri sürülen, o günkü siyasi görüş tarafından benimsenmeyen adayların elenmesi görüntüsü veren ve mesleğe girişte kuşku yaratıcı bir düzenleme yapılmıştır. Çünkü Mülakat Kurulu Adalet Bakanlığı bürokrasisinin diğer bir anlatımla yürütmenin etkin ağırlıkta olduğu şekilde oluşturulmuştur. Mülakat Kurulunda yer alan Bakanlık bürokratları, yargıç sınıfında olsalar bile 2992 sayılı Adalet Bakanlığı Teşkilat ve Görevlerine İlişkin Yasa ve 2802 sayılı Yasa'nın özellikle 38 inci maddesi uyarınca Adalet Bakanı'nın emri altındadırlar. Bu nitelikteki bürokratların yoğunluk ve çoğunlukta olacağı bir mülakat kurulu düşünülemez.*

*Anayasa Mahkemesinin 14.12.1995 tarih ve E.1995/19, K.1995/64 sayılı kararında şöyle denilmiştir:*

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

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

*Yine Anayasa Mahkemesinin 20.11.1990 tarih ve E.1990/13, K.1990/30 sayılı Kararında da;*

*'Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcıların nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcıların diğer özlük haklarının yanısıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasanın 140 ıncı 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.' görüşüne yer verilmiştir.*

*Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararlarından da anlaşılacağı üzere Anayasanın 140 ıncı maddesi yalnızca mesleğe atandıktan sonraki esasları belirlemekle kalmıyor, yargıç ve savcıların nitelikleri, atanmaları ve haklarını da içine alarak mesleğe atanmadan önceki koşulları da içermektedir.*

*Anayasa Mahkemesi 07.02.2007 tarihinde açıkladığı ve 29.11.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 14 sayılı kararında ise,*

*'Yazılı yarışma sınavında başarı gösteren aday adayları arasından en uygun koşulları taşıyanları seçme olanağı veren mülakatın hâkim ve savcı adaylığına atanabilmek için gerekli görülmesi yasa koyucunun takdir hakkı içindedir. Mülakatta başarı göstermenin mesleğe kabul aşaması öncesinde adaylık için bir koşul olarak aranmasının Anayasaya aykırılığından söz edilemez.*

*Öte yandan adayların, hâkim ve savcı statüsünde olmamaları nedeniyle adaylığa atamada koşul olarak aranılan mülakatın uygulanmasına ilişkin hususların yönetmelikte düzenlenmesinde de Anayasaya aykırı bir yön görülmemiştir.'*

*denilmiştir.*

*Ancak, Anayasa Mahkemesinin bu kararında, mülakat kurulunun Adalet Bakanlığınca oluşturulması ve bu Kurulda Bakanlık bürokratlarının etkin olması hususu vurgulanmış değildir.*

*Yargıçlar ve Savcılar Birliği'nin (YARSAV'ın) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ne gönderdiği 03.12.2007 tarih ve 2007/44 sayılı yazıda (Ek.2) 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan düzenlemeler etraflıca irdelenmiş ve hukuk devletinin güçlendirilmesi yolundaki gelişmelerin yargı bağımsızlığını egemen kılacak kural ve birimlerin, çağdaş anlayışlara uygun yorumlanmasını zorunlu kıldığı vurgulanırken, söz konusu düzenlemelerin evrensel kurallara aykırılığının altı da çizilmiştir.*

*Bu yazıda şu açıklamalarda bulunulmuştur:*

*'Yargıç ve savcıların mesleğe kabulleri ve kadro dağıtmak görevi 1982 Anayasasının 159 uncu maddesi uyarınca HSYK'na ait görevler içerisindedir. Anayasada yargıç ve savcı adaylığı ile ilgili açık bir hüküm yer almamış ise de, Anayasa Mahkemesi 14.12.1995 tarih ve 19/64 sayılı kararında, 'adaylık sürecinin de Anayasanın 140 ıncı ve 159 uncu maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, adayların yürütme organınca belirlenmesi durumunda, bunun yargı bağımsızlığını zedeleyeceği ayrıca bu yöntemle alınan adayların, adaylık süreci sonunda bilahare HSYK tarafından mesleğe kabul edilseler bile bu durumun meslek mensuplarının kamu vicdanında tarafsızlıklarının tartışma konusu edileceğini, dolayısıyla adaylık sürecinde yürütme organının etkisinin ortadan kaldırılması gerektiğine' ısrarla vurgu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi 07.02.2007 tarihli, 2006/162 Esas, 2007/15 sayılı kararında bu görüşünü açıkça ortaya koymamış ise de, bu durum 'adaylık sürecinin' geniş bir yoruma tabi tutulmayıp, yargı ile ilgili hükümleri, bu konuda dar bir yoruma tabi tutması ve adaylığın açıkça Anayasada düzenlenmemesinden kaynaklanmıştır. Ancak 1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında yer alan saptama, uluslararası metinlerde de benzer şekilde ifadesini bulmuştur.*

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

*Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca ilan edilen 15.12.1985 günlü, 46/146 sayılı Yargı Bağımsızlığı Temel Şartı'nda;*

*'Yargıçlık mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir. Seçim yönteminde, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Yargıçların seçiminde, bir kişiye karşı ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, milli veya sosyal menşe ve mal varlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacak; ancak yargıç adayının ülke vatandaşı olması şartı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.' denilmiş ve yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 13.10.1994 günlü, 518 inci toplantısında aldığı kararında,*

*'Yargıçların mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, yargıçların seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır. Yargıçların seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci, hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi koymalıdır'*

*kuralına yer vermiş, ayrıca 07.09.1990 tarihli BM Savcıların Rolüne Dair İlkelerdeki*

*'Savcıların göreve seçilmelerindeki ölçüler tarafgirliğe ve önyargıya dayanan atamalara ve bir kimseye ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal, toplumsal veya etnik köken, mülkiyet, doğum, ekonomik veya başka bir statü gibi nedenlerle ayrımcılık yapılmasına karşı güvenceler içerir'*

*şeklindeki kural ve benzeri düzenlemeler, artık yargıç ve savcılık yanında, onun ilk basamağı olan yargıç ve savcı adaylığı konusunda da siyasi etkilerin ortadan kaldırılması ve yürütme organının etkisinin bertaraf edileceği objektif düzenlemelerin getirilmesini zorunlu kılmıştır.*

*Avrupa Birliği uzmanlarınca düzenlenen Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi İle İlgili İstişari Ziyaret Raporlarında konu irdelenmiştir.*

*2003 yılı Raporu'nda,*

*Sayfa 41: 'Bize göre, halihazırda Türkiye'de yürürlükte olan yargı mesleği ile ilgili sistem, temel prensiplere uygun değildir. Bu sistem, kimin hâkim adayı olacağı kimin olmayacağı hususunda verilecek karar üzerinde, siyasal bir birim olan Adalet Bakanlığına önemli derecede etkin olma imkanı sağlamaktadır.*

*Bize göre, hâkim adaylarının seçimine Adalet Bakanlığının müdahil olması, yargının bağımsızlığı konsepti ile çelişmekte olup, önemli temel prensiplere tezat teşkil etmektedir''*

*Sayfa 43: 'Yargı Bağımsızlığı Hakkında BM Temel Prensiplerinin 10. Prensibi ve Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Avrupa Konseyi Tavsiye kararının 1 (2) (c) Prensibine uyum arz etmesi açısından, hâkim adaylarının seçimi sürecine Adalet Bakanlığının etkisinin kaldırılmasını tavsiye ediyoruz. Halihazırda Adalet Bakanlığı tarafından ifa edilen hâkim adaylarının seçimine yönelik hususların ya Adalet Akademisine ya da Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na aktarılmasını öneriyoruz.  Denilmiştir.*

*2004 Yılı Raporu'nda,*

*Sayfa 14- 15 'Yargı Bağımsızlığı Hakkında BM Temel Prensiplerinin 10. Prensibi ve Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Avrupa Konseyi Tavsiye kararının 1 (2) (c) Prensibine uyum arz etmesi açısından, hâkim adaylarının seçimi sürecine Adalet Bakanlığının etkisinin kaldırılmasını tavsiye ediyoruz. Halihazırda Adalet Bakanlığı tarafından ifa edilen hâkim adaylarının seçimine yönelik hususların ya Adalet Akademisine ya da Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na aktarılmasını öneriyoruz. Adalet Bakanlığı, mülakatı yapan heyette görev alanların (yani Bakanlığın beş bürokratının), daha önce hâkimlik mesleğini icra ettiklerini bu nedenle mekanizmanın kabul edilebilir olduğunu ileri sürmüştür. Uzmanlar, hâkim adaylarının seçiminde yargı bağımsızlığı teminatının uygulanamayacağı yönündeki Adalet Bakanlığının iddiası ile görüş birliği içerisinde değillerdir.*

*'Netice itibarıyla Bakanlığın iddiasının yersiz olduğu düşünülmektedir. Buna ilaveten, uzmanların görüşüne göre mülakatı yürüten görevlilerin (Bakanlık bürokratlarının) hâkim olması keyfiyeti, mekanizmayı korumamaktadır. Mülakat anında mülakatta görevli hâkimlerin Adalet Bakanlığı tarafından istihdam edilen (Bakanlık bürokratı) görevliler olması nedeniyle bunların hükümete ve idareye bağımlı olması keyfiyeti sürmektedir.*

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

*' Personel Genel Müdürlüğü ile yapılan toplantı sırasında, Adalet Bakanlığının, mülakata katılan hâkim adaylarının seçilmesinde uygulanacak aleni ve objektif kriterlere sahip olmadığı açığa çıkmıştır. Ayrıca, atamalarda siyasi etkiyi minimize etmeye ve taraf tutma, tutucu olma ve tanıdığını işe almayı azaltmaya matuf objektif standartlar düzensiz bir yöntemle uygulanmamaktadır.*

*denilmiştir.*

*2005 yılı Raporu'nda ise;*

*Sayfa 4 ' 5: 'Yargı Bağımsızlığına dair BM Temel Prensiplerinin 10. İlkesi ve Hâkimlerin Bağımsızlığına Dair Avrupa Konseyi Tavsiyesinin 1 (2) (c) ilkesi uyarınca; Adalet Bakanlığının hâkim adaylarını seçme sürecindeki rolünün kaldırılmasını tavsiye ederiz. Bu konunun Adalet Akademisi ya da Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu uhdesinde bırakılmasını teklif ederiz.*

*Avrupa Hâkimleri danışma Konseyinin (CCJE) Yargının Bağımsızlığıyla İlgili Standartlar (23 Kasım 2001) hakkındaki 1. nolu görüşü (2001) uyarınca; aday hâkim seçiminin, liyakat esasına dayalı olarak yetenek, verimlilik, dürüstlük ölçütleri dikkate alınmak suretiyle yapılabilmesini teminen, aday hâkim seçimini yapan veya bu konuda aday hâkimlerin atanmasında tavsiyelerde bulunan otoritelerin objektif kriterler belirlemeleri, bu kriterleri yayımlamaları ve uygulamaları gereğini tavsiye ederiz.*

*' Adalet Bakanlığı görevlilerinden oluşan bir kurul tarafından sözlü sınav yapılmaktadır. Önceki İstişari Ziyaret Raporlarında bu mülakatın yargı bağımsızlığını zedeleyeceği sonucuna varılmıştı' Konuyla ilgili önceki tavsiyemiz, mülakatın Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması yönünde idi. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bu öneriyi kabul ettiklerini ve mülakatın kendileri tarafından yapılması gereğini bildirdikleri için bu öneriyi değiştirmeye gerek görmüyoruz.'*

*denilmiştir.*

*2007 Türkiye ' Avrupa Birliği İlerleme Raporunun 58 nci sayfasında ise, mülakatı yapan beş kişilik Kurul'a, (29.03.2007 tarih ve 234 sayılı Danıştay İDDK uyarınca) 12.06.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliğiyle getirilen ve bu yasaya da (yasa teklifine de) taşınan Yargıtay ve Danıştay'dan birer kişinin ilave edilmesi konusu, 'görünüşte bir düzenleme ve değişiklik' olarak nitelendirilmiş, böylece mülakatı yapan kurulda yürütme organının etkisiz olması gerektiği görüşü tekrarlanmış bulunmaktadır.*

*1980 sonrasındaki bu kurallar ve metinlerde de gözetildiğinde, artık yargıç ve savcı adaylığı konusunda, çağdaş gelişmeleri izlemesi gereken Türkiye'nin de, Cumhuriyet dönemindeki sınırlı kurumların varlığı ortamında Adalet Bakanlığına verilen görevin, bu kurumdan alınarak, mülakat öncesi görevlerin, süreçte ortaya çıkan Türkiye Adalet Akademisi ile ÖSYM'ye, mülakat görevinin ise Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na devrini zorunlu kılmaktadır.'*

*'Mülakat kurulunun yedi kişiden oluşan bu yapılanması ve üye sayısı itibarıyla, anılan Kurul'un objektifliği ve yansızlığı yine sağlanamamış, bu konuda kişilere yeterli güvence sunulamamıştır. Bakanlık bürokratlarının hepsinin Adalet Bakanına bağlı ve onun emri altında olması karşısında, yeni düzenlemeye göre mülakat kurulunun yansızlığı, tarafsızlığı ve objektifliğinden söz edilemez. Bu yapısıyla bile mülakat kurulu siyasi etkilere açıktır.*

*Mülakat kurulu başkanlığı görevinin, Adalet Bakanının emri altındaki ve yardımcısı olan Müsteşarca yerine getirilmesi de, gerek mülakat kurulunun icra edeceği göreviyle gerekse yeni yapılanmasıyla bağdaşmamaktadır.*

*Mülakat kurulunda Ceza İşleri Genel Müdürü ile Teftiş Kurulu Başkanı da bulunmaktadır. Anılan iki kişinin 2802 ve 2992 sayılı Yasalarla kendilerine tanınan yetki ve görevleri gözetildiğinde, bu Kurul'da yer almamaları gerekmektedir. Bu Kurul'da yer almaları Kurul'un objektifliği, yansızlığı ve tarafsızlığını gölgelemektedir.*

*Şöyle ki, Bakanlığın görev alanındaki mülakat işleminde, herhangi bir usulsüzlük dile getirilmesi durumunda, işlem yapacak olanlar öncelikle Müsteşar veya yardımcısının onayıyla Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, sonra ise Teftiş Kurulu Başkanlığı'dır. Teftiş Kurulu Başkanlığınca gerçekleştirilen işlemlerden sonra yine Müsteşar veya yardımcısının (vekilinin) onayıyla Ceza İşleri Genel Müdürlüğü işlemlere devam edecektir. Adalet Bakanlığının bu çalışma yapısı itibarıyla, yoğunlukla ve de çoğunlukla Bakanlık bürokratlarından oluşan bu Kurul'da siyasi etki söz konusu olduğunda, olayı inceleyip araştıracak birim amirlerinin de mülakat kurulunda yer almaları, söz konusu olabilecek usulsüzlüklerin üzerine etkin bir şekilde gidilememesine neden olabilecektir.*

*Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 15.12.1985 günlü, 46/146 sayılı Kararında 'Hâkimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireylerin seçilmesi öngörülmüş, seçim yönteminde ise, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirlerin alınması gereğine' işaret edilmiştir.*

*Mülakat kurulunun bu yapılanması nedeniyle Müsteşar, Müsteşar yardımcısı, Teftiş Kurulu Başkanı ve Ceza İşleri Genel Müdürü'nün bu kurulda yer almaları BM'nin anılan kararına da aykırılık oluşturmaktadır.*

*Ayrıca mülakat sınavının niteliği gözetildiğinde 2992 sayılı Yasa ile kendisine görev yüklenen Hukuk İşleri Genel Müdürü'nün bu sıfatı, mülakat kurulunda yer alabilmesi için tek başına yeterli değildir.*

*Bakanlık bürokratlarından mülakat kurulunda görev alanların ünvanları tek tek irdelendiğinde, bahse konu ünvanları taşımaları, mülakat kurulunda tartışmasız yer alabilecekleri biçiminde yorumlanamaz. Mülakat kurulunda yer alacak bürokratlar için haklı ve hukuksal gerekçeler söz konusu olmalıdır. Görev ve konumu gözetildiğinde, Personel Genel Müdürü dışındaki bürokratlar için böyle bir gerekçe söz konusu değildir.'*

*Yukarıda sözü edilen BM kararından hareketle mülakat kurulunda Bakanlık bürokratlarının sayısal yönden de çoğunluk oluşturmamaları sağlanmalıdır. Ancak yapılan düzenlemede aksine hareket edilmiş, üye sayısı iki kişi artırılmakla, beş kişinin sayısal etkinliği de ortadan kaldırılmamış, sonuçta değişiklik öncesindeki yapının etkinliği sürdürülmüştür.'*

*Yukarıda etraflıca belirtilen nedenlerle mesleğe alınmada Mülakat Kurulunu, Adalet Bakanlığı bürokrasisinin diğer bir anlatımla yürütmenin etkin ağırlıkta olduğu şekilde oluşturan 2802 sayılı Kanunun 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile eklenen 9/A maddesinin altıncı fıkrası hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve hâkimlik ve savcılık teminatı ilkeleriyle bağdaşmadığından fıkrası Anayasanın 2 nci, 11 inci, 138 inci, 139 uncu, 140 ıncı, 153 üncü ve 159 uncu maddelerine aykırıdır.*

*Yine, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).*

*Açıklanan nedenlerle, 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin altıncı fıkrası Anayasanın 2 nci, 11 inci, 138 inci, 139 uncu, 140 ıncı ve 159 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.*

*4) 2802 Sayılı Kanunun, 01.12.2007 Tarih ve 5720 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna Eklenen 9/A Maddesinin Yedinci, Sekizinci ve Dokuzuncu Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı*

*2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, Yasa'nın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.*

*Söz konusu altıncı fıkranın Anayasaya aykırılığı, bu fıkraya bağlı olarak yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları da uygulanamaz hale getirmektedir. Bu nedenle anılan fıkraların da iptali gerekmektedir. Ancak anılan fıkralar da ayrıca Anayasaya aykırıdır. Şöyle ki;*

*Türkiye Adalet Akademisi, 23.07.2003 tarih ve 4954 sayılı Yasa ile kurulmuştur. Hâkim ve savcıların meslek içi eğitimleri, bu yasa ile Türkiye Adalet Akademisi'nin görevleri arasında sayılmıştır. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası'nın 10 uncu maddesinin birinci fıkrası ile de, adaylık süresi, 4954 sayılı Yasa hükümlerine tabi kılınmıştır. Anayasanın 140 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre 'Hâkim ve savcıların ' meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.' Bu anayasal düzenleme karşısında, Türkiye Adalet Akademisi'nin yapısının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine göre düzenlenmesi zorunludur.*

*Yedinci fıkra hükmü gözetildiğinde, Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda, Yargıtay ve Danıştay mensubunun bulunmaması söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda, Anayasanın 140/3 üncü maddesine aykırı bir yapılanma söz konusu olabilecektir. Kaldı ki yedinci ve sekizinci fıkralar da Yargıtay ve Danıştay üyeleri kavramı değil, Yargıtay ve Danıştay mensupları kavramı kullanılmıştır. Gerek Anayasada gerekse 4954 sayılı Yasa'da 'Yargıtay ve Danıştay Üyeliği' kavramları kullanılmaktadır. Yargıtay ve Danıştay mensupları kavramına, Yargıtay ve Danıştay'da görev yapan tetkik hâkimleri, Cumhuriyet savcıları ve savcılar da girmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenleme ile ayrıca belirsizlik ve çelişki yaratılmış, Yargıtay ve Danıştay üyelerinin yer alamaması, Anayasanın 140/1 inci maddesi uyarınca Adalet Bakanlığına idari olarak bağlı tetkik hâkimleri, Cumhuriyet savcıları ve savcıların anılan kurulda görev alabilmelerine olanak sağlanmıştır. Bu nedenle oluşturulan mülakat kurulu yapısı, Anayasa ve evrensel düzenlemeler ışığında objektifliği sağlamaktan uzaktır.*

*Dokuzuncu fıkrada ise, mülakat kuruluna Adalet Bakanlığından katılacak olan tabii üyelerin hukuki ve fiili nedenlerle bu kurulda yer alamamaları halinde, bunların yerine vekalet edenlerin söz konusu kurula katılabilecekleri öngörülmüştür. Fıkradaki vekalet edenler kavramı, vekaleten atanma kavramından daha geniştir. Şöyle ki 'fiili nedenlerle' bu kişilerin anılan kurulda yer alamamaları halinde, Adalet Bakanlığında çalışan ve üst idari amirince yetkilendirilen, 2802 sayılı Yasa'nın 38 inci maddesi uyarınca Bakan'a karşı hiçbir güvencesi olmayan herhangi bir derece ve sınıftaki yargıç ta bu kurula katılabilecektir. Aynı durum yedek üyeler içinde söz konusudur.*

*Belirtilen bu gerekçeler karşısında, yukarıda (3) numaralı başlık altında açıklanan altıncı fıkranın iptal gerekçeleri olarak belirtilen nedenlerle anılan yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraların da Anayasaya aykırı düştüğü açıktır.*

*Bu nedenle, 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 138 inci, 139 uncu, 140 ıncı ve 159 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.*

*5) 01.12.2007 Tarih ve 5720 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna Eklenen 9/A Maddesinin Onuncu Fıkrası ile Onbirinci Fıkrasının Birinci Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı*

*Anayasanın 140 ıncı maddesinde, hâkim ve savcılık görevlerinin 'meslekten' hâkim ve savcılar eliyle yürütüleceği belirtilmiştir.*

*Meslekten hâkim ve savcılık, görevlerinde bağımsız olup, anayasal güvenceye sahip olan hâkim ve savcıların, nitelikleri ve atanmaları dahil her türlü hak ve ödevlerinin bu mesleğin gereklerine uygun olmasını gerektirir. Bu nitelik ve ölçütler ise, yine Anayasanın 140 ıncı maddesinde belirtildiği gibi, 'mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre' yasayla belirlenecektir. Yasallık güvencesi esas olmakla birlikte, Anayasa bu güvenceye genel ilkelerle birlikte özel ilkeler de eklemiştir. Diğer bir deyişle, Anayasanın genel ilkelerine uygun olarak yasayla düzenleme, hâkim ve savcılık mesleği için yeterli görülmemiştir. Burada uyulması gereken özel ve özellikli ilke 'mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasları' dır. Bu esaslara uyulmadığı takdirde, yasallık ilkesinin gereği yerine getirilmiş olmaz.*

*Meslekten hâkim ve savcılığın nitelikleri ise aday adaylarının seçiminden başlamak üzere sınav ve eğitim süreci dahil tüm hazırlık süreçlerini kapsar. Adayların 2802 sayılı Yasa'ya göre, 657 sayılı Yasa'ya tabi olmaları bu durumu değiştirmez. Bunların, özlük hakları yönünden memur gibi değerlendirilmesi, bu adaylık döneminde niteliklerinin mesleğe uygun olmaması gibi bir sonuç doğurmaz. Bu süreçte 'Anayasa' normu açık olarak dururken 'yasa' normunu esas alarak anayasal denetim yapılması da mümkün değildir. Ayrıca, Anayasa, HSYK tarafından mesleğe kabulü süreç olarak da tanımlamamıştır. Diğer bir deyişle, HSYK'nin mesleğe kabulü, bir süreç dahilinde adaylığın başından itibaren yapabilmesine olanak sağlayan bir yasal düzenleme Anayasanın söz ve ruhuna aykırı olmaz. Kaldı ki, 2802 sayılı Yasa'nın içeriğinden de farklı bir sonuca ulaşılamamaktadır. 2802 sayılı Yasa'nın 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında, adaylar hakkında, Devlet Memurları Kanunu'nun '2802 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümleri' uygulanır denilmek suretiyle adaylar için asıl uygulanması gereken kuralların 2802 sayılı Kanun olduğu açıkça belirtilmiştir. 2802 sayılı Yasa'nın adayların nitelikleri başlıklı 8 inci maddesinin (g) ve (j) betlerinde, yine 9/A maddesinin 10/c fıkrasında da bu nitelikler özel olarak gösterilmiştir. Öte yandan Adalet Bakanlığı personelinin adaylık süresindeki eğitimi 2992 sayılı Yasa'nın 11/d maddesi uyarınca Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü ile 20/b maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı ile 4954 sayılı Yasa'nın 5 inci maddesi uyarınca Türkiye Adalet Akademisi tarafından yapılırken, hâkim ve savcı adaylarının eğitimi, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası'nın 10/1 inci maddesi uyarınca, özel yasayla kurulan Türkiye Adalet Akademisi tarafından yapılmakta ve bu eğitimde tamamıyla hâkimlik ve savcılık usul ve esasları verilmektedir. Nitekim 9/A maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendinde de, mülakatta 'mesleğe uygunluğun' değerlendirileceği belirtilmiştir. Ayrıca 4954 sayılı Yasa'nın 28/3 üncü maddesinde de adaylık döneminde çıkarılacak Yönetmelik konusunda HSYK'nın da görüşünün alınacağının belirtilmesi, adaylık sürecinin de mesleğe kabul süreci içerisinde algılandığını gösteren Anayasaya uygun yasal düzenlemelerdir.*

*Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 29.03.2007 tarih ve 234 YD sayılı kararında 'Sözlük anlamı, davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla bir kişiyle yapılan sorulu cevaplı görüşme olan mülakatın, yazılı yarışma sınavını tamamlayıcı nitelikte ve yine bilgi ve liyakati ölçmek, bunun yanında adayın hâkimliğe yaraşır yeteneğe, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılacağı açıktır. Bu kapsamda yapılacak olan bir mülakatın nesnel olduğundan söz edilebilmesi için mesleğin önem ve özelliği de dikkate alınarak bütün bu kriterlerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin hususların, kriterlerin ağırlıklarını ve buna göre değerlendirme esaslarını içeren nesnel bir yöntemin düzenlenmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla, Yönetmelikte mülakatın kriterleri açık bir şekilde düzenlenmelidir. Dava konusu Yönetmelikte ise belirtilen hususlara ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemekte, genel ifadelerle yetinilmektedir. Örneğin, ancak sağlık kurulunca tespit edilebilecek 'fiziki durum' dan neyin kastedildiğinin açıklıkla ortaya konulmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Yönetmeliğin 28 inci maddesinde öngörülen yöntemde hukuka uygunluk bulunmadığı gibi, bu suretle tamamen Kurulun takdirine bırakılan mülakat yöntemi ile nesnellikten uzak bir uygulamaya neden olunabileceği de açıktır.*

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

*demektedir.*

*Anayasanın hukuk devletine ilişkin 2 nci, ayrıca 138/4 ncü fıkraları gözetildiğinde, mesleğe uygunluk yönünden, aday adaylarının laik hukuk sisteminin gereği olarak çağdaş yaşam anlayışına sahip olmaları kaçınılmazdır. Bu husus 07.12.2007 tarihinde yirmi hukuk fakültesi dekanı tarafından yapılan açıklamada 'TBMM Adalet Komisyonunun kabul ettiği metinde yer alan, 'çağdaş yaşam anlayışının mülakatta puanlanması' na dair düzenlemenin, 'çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığın mülakatta puanlanması' şeklinde değiştirilmesi, çağdaş dünya görüşüne sahip kişilerin hâkim ve savcı adaylığına kabulünü destekleyici olmamıştır. TBMM Adalet Komisyonunun bu konuda önerdiği metin ile kanun metni arasındaki tek benzerlik 'çağdaş' kelimesiyle sınırlı olup, kanunun getirdiği düzenlemenin, Komisyonun önerdiği düzenlemeyle bir ilgisi yoktur. Bu iki yaklaşımı birleştirici bir şekilde, 'çağdaş yaşam anlayışının, çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığın' mülakatta değerlendirilmesinin sağlanmasına yönelik bir hükmün kabulü yerinde olacaktır.' biçiminde ifade de edilmiştir. Bu nedenle onuncu fıkradaki ölçütler, hem Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 29.03.2007 tarih ve 234 YD sayılı kararına aykırılık oluşturmaktadır. Hem de anılan karara uymak durumunda bulunan organlar tarafından yapılan bu düzenleme nedeniyle Anayasanın hukuk devletine ilişkin 2 nci ve 138/4 ncü fıkralarına aykırılık ortaya çıkmaktadır.*

*Anayasa Mahkemesinin 18.10.2003 tarih ve E.2003/67, K.2003/88 sayılı Kararında,*

*'Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullardandır. Statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak 'hukuki güvenlik' sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur.*

*Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır.'*

*denilmiştir.*

*Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve Anayasayla öngörülen söz konusu temel ilkeler ve göz önünde bulundurulduğunda, 9/A maddesinin onuncu fıkrasıyla onbirinci fıkrasının birinci tümcesi, mülakatın denetlenebilir, ölçülebilir ve objektif olma koşullarına ve unsurlarını taşımadığı, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 29.03.2007 tarih ve 234 YD sayılı kararında da vurgulandığı üzere, mülakatta başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayıcı altyapının tüm unsurlarıyla oluşturulmadığı, iptali istenilen kuralların bu yönüyle mülakata girenler yönünden hukuk güvenliğini ve öngörülebilirliği sarsıcı nitelikte olduğu gibi yargı kararlarına da aykırı düştüğü açıktır. Bu nedenle iptali istenen kurallar, Anayasanın 2 nci maddesine ve 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırıdır.*

*Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).*

*Açıklanan nedenlerle, 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin onuncu fıkrası ile onbirinci fıkrasının birinci tümcesi Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.*

*6) 01.12.2007 Tarih ve 5720 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna Eklenen 9/A Maddesinin Onbeşinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı*

*İptali istenen bu fıkrada, hukuk alanında doktora yapmış olanlarla ilgili özel kural getirilmektedir. Bu fıkra da, 8 inci maddenin (k) bendinde, avukatlarla ilgili düzenlemede olduğu gibi, yukarıda (1) numaralı başlık altında açıklanan aynı gerekçelerle Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.*

*Bu fıkrada ayrıca, hukuk alanında doktora yapanların hukuk fakültesi mezunu ile idari yargı alanında sınava girecek diğer okul mezunları arasında bir ayrım yapıp yapmadığı belli olmadığı gibi, mülakatın özel olarak mı genel mülakatla birlikte mi yapılacağı, mülakatta eşit puan halinde seçimin nasıl yapılacağı, doktora yapanlarla diğer sınava girenlerin sıralamada nasıl harmanlanacağı gibi konular da çerçevesi çizilerek açık ve net olarak belli edilmemiştir.*

*Açıklanan nedenlerle 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin onbeşinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 10 uncu, 11 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.*

*7) 01.12.2007 Tarih ve 5720 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4 üncü Maddesi ile Değiştirilen 2802 Sayılı Kanunun 69 uncu Maddesinin Son Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı*

*Meslekten çıkarma disiplin cezasının düzenlendiği 69 uncu maddenin dördüncü fıkrasında, disiplin yaptırımına konu eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde, 'mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güveni gideren nitelikte görülmesi' halinde, 'kanunda daha alt derecede bir disiplin cezası öngörülmemiş olmak kaydı' aranmış iken, aynı yaptırımın öngörüldüğü beşinci yani son fıkrada, disiplin yaptırımına konu eylemin suç teşkil etmediği hallerde 'kanunda daha alt derecede bir disiplin cezası öngörülmemiş olmak kaydı' aranmamış, 'eylemin, mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görülmesi' meslekten çıkarma cezası için yeterli görülmüştür.*

*Disiplin suç ve cezalarının, yasallık ilkesi gereği açık olarak düzenlenmesi ve kapsamlarının hukuksallığı bertaraf etmeyecek derecede ortaya konulması gerekmektedir. Ayrıca hangi halde hangi disiplin yaptırımının uygulanacağı içerik olarak bilinebilir olmalıdır.*

*Anayasanın 139/2 nci maddesinde 'Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.' hükmü yer almaktadır.*

*Anayasanın 140 ıncı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında,*

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

*Hâkim 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 hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.' hükümleri yer almaktadır.*

*Anayasanın 139 uncu ve 140 ıncı maddeleri birlikte yorumlandığında, yargıç ve savcı güvencesi ilkeleri gereğince, konusu suç teşkil etmeyen eylemlerde, meslekten çıkarılma cezasının uygulanması, yani meslekte kalmalarının uygun bulunmaması durumu, ancak 'yetersizlik hallerinde' söz konusu olabilecektir. Bu nedenle son fıkradaki düzenleme Anayasadaki bu düzenlemeler ile çelişmektedir. Kaldı ki, son fıkranın içeriği, her boyut ve yaptırımdaki eylemi de kapsamına alabilmekte, hukuksal güvenliği ve yargıç güvencesini ortadan kaldırmaktadır.*

*Ayrıca son fıkrada 'memuriyet' sözcüğü kullanılmıştır ki, hâkimlik ve onunla aynı hak ve yükümlülüklere bağlı savcılık meslekleri, Anayasal düzenleme içerisinde memurluk kavramı içerisinde değildir. Fıkradaki 'mesleğin' sözcüğü yerine, 'memuriyet' sözcüğünün kullanılması, hâkimlik mesleği ile ve evrensel düzenlemelerle bağdaşmamaktadır.*

*Bu durumda iptali istenen kuralın, Anayasanın hukuk devletine ilişkin 2 nci, suç ve cezalara ilişkin 38 nci, yargıçlık güvencesine ilişkin 139 uncu ve 140 ıncı maddelerine aykırı düştüğü kuşkusuzdur.*

*Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).*

*Açıklanan nedenlerle 2802 sayılı Kanunun, 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4 üncü maddesi ile değiştirilen 69 uncu maddesinin son fıkrası Anayasanın 2 nci, 11 inci, 38 inci, 139 uncu ve 140 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.*

*8) 01.12.2007 Tarih ve 5720 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici Madde 1'inin Anayasaya Aykırılığı*

*5720 sayılı Yasanın iptali istenen geçici madde 1'i, aynı konuda verilmiş yargı kararını etkileyici ve değiştirici nitelik taşımaktadır. Anayasanın 138 inci maddesinde, sadece yürütmenin değil yasama organının da mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organların mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmeyeceği belirtilmiştir. Madde Anayasanın bu kuralına aykırıdır.*

*Geçici 1 inci madde Danıştay 12. Dairesinde devam etmekte olan 2006/4784 Esas sayılı dava sırasında verilen yürütmeyi durdurma kararları ile bu dava nedeniyle verilen yürütmeyi durdurma kararı üzerine 12.06.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan yönetmelik değişikliği sonrasında, Adalet Bakanlığı aleyhine açılan ve Danıştay 12. Dairesince 17.10.2007 tarihinde tekrar verilen yürütmesinin durdurulması kararını ve bu karara Adalet Bakanlığınca yapılan itiraz üzerine, bu itirazın reddine ilişkin Danıştay İDDK'nun 22.11.2007 tarihli kararını geçersiz hale getirmektedir. Bu durum o kadar açıktır ki 'Bu adayların meslek öncesi eğitimleri kaldığı yerden devam eder' denilmek durumunda kalınmıştır. Kaldı ki anılan düzenleme, yasaların genelliği kuralı ile de bağdaşmamaktadır. Oysa Anayasanın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca 'Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.'*

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10.11.2004 günlü 'Bergama Altın Davası' olarak adlandırılan (Taşkın ve Diğerleri ' Türkiye, Dava No: 46117/99) kararında (Ek.3); Danıştay'ın 13.05.1997 tarihinde, 'altın madeninin oluşturduğu riske dair konuyla ilgili pek çok incelemeye dayanarak, söz konusu madene izin verilmesinin kamu yararı ile bağdaşmadığını, Bakanlar Kurulunun 29.03.2002 tarihli gizli kararnamesiyle halihazırda Nisan 2001 tarihinde faaliyete başlamış olan altın madeninin faaliyetlerinde devam etme izni verildiğini, Ovacık altın madeni faaliyetlerinin 13.04.2001 tarihinden itibaren deneme düzeyine indirildiğini, bu faaliyetin çeşitli Bakanlık izinlerine dayandığını ve tümüyle Başbakanlık kaynaklı olduğunu, söz konusu izinlerin hiçbir yasal dayanağa sahip olmadığını açıklanmış ve idarenin işlemleri 'yargı kararının dolanılması anlamına gelmektedir.' denildikten sonra 'Böyle bir durum, hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerinin dayandığı hukuk devleti prensibine aykırılık oluşturmaktadır' vurgusu yapılmış ve belirtilen gerekçeler temelinde AİHM'nin ulusal yetkililerin 01.04.1998 tarihinde Danıştay tarafından onanan 15.10.1997 tarihli İzmir İdare Mahkemesi kararını makul bir zaman içersinde ve gerçek anlamda yerine getirmedikleri görüşünde olduğunu, dolayısıyla Sözleşmenin m.6/1 ihlal edildiği belirtilmiştir.*

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 12.12.2006 günlü (Dildar ' Türkiye) kararında da; herhangi bir mahkeme tarafından verilen bir kararın uygulanması, 6 ncı maddenin amaçları bağlamında 'yargılama' nın bütünleyici bir parçası olarak görülmesi gerektiğini, yargı kararlarına 'uygun hareket etmek amacıyla' gerekli önlemleri almak için önemli bir süre gecikmekle, AİHS'nin 6/1 inci maddesinin ihlal edildiği vurgulanmıştır.*

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 12.07.2005 günlü (Okyay ve Diğerleri ' Türkiye) kararında da; Anayasanın 138/4 üncü maddesi ve İdari Yargılama Usul Yasasının 28 inci maddesine göre, idari makamların mahkeme kararlarına uymak ve kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren 30 gün içinde uygulamakla yükümlü olduklarını, Başbakan ve kabinenin diğer bakanlarından oluşan (54. Hükümetin) Bakanlar Kurulu'nun 03.09.1996 tarihinde idare mahkemesi kararlarının aksine, termik santrallerin çalışmasının devamına karar verdiğini, AİHM'nin, bir mahkeme tarafından verilen kararın yerine getirilmesinin, Sözleşmenin 6/1 inci maddesinde amaçlanan 'yargılama' nın bütünleyici parçası olarak dikkate alınması gerektiğini yinelediğini, eğer Sözleşmeci Devletin yasal sisteminin, kesin ve bağlayıcı olan bir mahkeme kararının veya bir tarafın maruz kalacağı zararı önleyen bir tedbir kararının uygulanamaz hale gelmesine izin veriyorsa, bu durumda, 6 ncı maddeyle sağlanmış olan mahkemeye ulaşma hakkının görünürde kalacağını, bu ilkenin, davacının medeni hakları için kesinlik sağlayan idari işlemler bağlamında bir tartışmanın sonucu ile ilgili olduğu takdirde daha da önemli olduğunu, idari makamların üç termik santralin çalışmalarının durdurulması için, 20.07.1996 tarihinde Aydın İdare Mahkemesince verilen yürütmeyi durdurma kararını uygulamadıklarına dikkat çektiğini, İdari makamların, ayrıca Aydın İdare Mahkemesinin 30.12.1996 tarihli kararını onayan Danıştay'ın kararlarını da yasa tarafından emredilen süre içinde yerine getirmediğini, bilakis, Bakanlar Kurulu'nun 03.09.1996 tarihinde idare mahkemelerinin kararlarının aksine, üç termik santralin faaliyetinin sürdürülmesine karar verdiğini, bu son kararın yasal temelden yoksun ve iç hukuka göre açıkça hukuka aykırı olduğunu, bunun yargı kararlarına karşı hile yapmakla aynı şey olduğunu, AİHM'nin, böyle bir durumun yasal kesinlik ilkesi ve hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş Hukuk Devleti ilkesini ters yönde etkilediği görüşünde olduğunu, ulusal makamların, Aydın İdare Mahkemesince verilen 30.12.1996 tarihli kararları ve sonra verilen Danıştay'ın 3 ve 06.07.1998 tarihli kararlarını makul süre içinde ve hukuka uygun şekilde yerine getirmede ihmalleri olduğunu, bu nedenle 6/1 inci maddenin etkin kullanımından yoksun kalındığı düşüncesinde olduğunu ve bu nedenle Sözleşmenin 6/1 inci maddesinin ihlal edildiği belirtilmiştir.*

*Anayasa Mahkemesinin 24.12.2003 günlü ve E.2002/43, K.2003/103 sayılı kararına yazılan ek gerekçede de; Bakanlar Kurulu'nun 01.11.1999 günlü kararıyla yürürlüğe giren Türk Hava Kurumu Tüzüğünün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük'ün 1 inci maddesinde, Türk Hava Kurumu'nun yürürlükten kaldırılan tüzüğünde belirtilen organların görevlerinin bu Tüzüğün yürürlüğe girmesiyle sona ereceği, bu görevlerin ise, Başbakanlıkça belirlenecek bir başkan ve iki üyeden oluşan üç kişilik kurul tarafından yerine getirileceği, bu kurulun da en geç altı ay içinde Türk Hava Kurumu'nun yeniden yapılandırılmasına ilişkin Tüzüğü hazırlayarak Bakanlar Kuruluna sunacağı belirtilmiş, üç kişilik kurulun 01.11.1999 günlü Bakanlar Kurulu kararıyla oluşturulduğu, Danıştay 10. Daire tarafından Tüzük'le ilgili olarak 17.02.2000 gün ve E.1999/4871 sayı ile Kurula atama işlemi içinde 09.03.2000 gün ve 1999/5044 sayı ile yürütmenin durdurulması kararı verildiği, üç kişilik kurul tarafından hazırlanan Tüzük ile Bakanlar Kuruluna karşı açılan davada da aynı Daire tarafından 23.03.2000 gün ve E.2000/893 sayı ile yürütmenin durdurulması kararı alındığı, bu davalar devam ederken çıkarılan 28.03.2000 günlü ve 4552 sayılı Yasanın dava konusu geçici 7 nci maddesiyle Türk Hava Kurumu'nun organlarının görevleri Yasa'nın dava konusu geçici 7 nci maddesiyle Türk Hava Kurumu'nun organlarının görevleri Yasa'nın yayımı tarihinde sona erdirilip, bu görevlerin Başbakanlıkça belirlenecek üç kişilik bir Kurul tarafından yerine getirileceği, söz konusu Kurul'un en geç bir ay içinde Türk Hava Kurumu'nun yeniden yapılandırılmasına ilişkin tüzüğü hazırlayarak Bakanlar Kurulu'na sunacağının öngörüldüğü, böylece, Danıştay'da görülmekte olan davanın konusunu oluşturan idari işlemin yasa kuralı haline dönüştürüldüğü, Anayasanın 138 inci maddesinin son fıkrasında, 'Yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunları geciktiremeyeceği kuralına yer verildiğini, davanın geçirdiği evrelerden de anlaşılacağı gibi, yasama organının itiraz konusu geçici 7 nci madde ile diğer yargı kararlarıyla aynı etki ve değerde olan yürütmenin durdurulması kararını sonuçsuz bırakmak amacıyla yasal düzenleme yaparak Anayasanın 138 inci maddesinin ihlal edildiği, öte yandan, Anayasanın benimsediği kuvvetler ayrılığı ilkesinin Devletin üstlendiği görevlerin niteliklerine göre, yasama, yürütme ve yargı organları tarafından yerine getirilmesini zorunlu kıldığı, bu organlardan birinin, diğerinin görev alanıyla ilgili işlem yapmasının fonksiyon gaspı olarak nitelendirileceğinden hukukun üstünlüğünü egemen kılmakla yükümlü hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, itiraz konusu geçici 7 nci madde ile idari işlem niteliğinde yasama tasarrufunda bulunularak bu ilkenin de ihlal edildiği vurgulanmıştır.*

*Söz konusu hüküm ve kararlar gözetildiğinde, devam eden davalar hakkında davanın taraflarının Anayasanın 36 ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlükleri ve adil yargılama hakları yasama işlemi ile ihlal edilmiştir. Ayrıca erkler ayrılığına ilişkin Anayasanın başlangıç bölümü ile hukuk devletine ilişkin 2 nci, eşitlik ilkesine ilişkin Anayasanın 10 uncu, Anayasa normlarının bağlayıcılığı ve üstülüğüne ilişkin 11 nci, yasaların genelliğine yönelik Anayasa 87 nci maddesi ile Anayasanın 138 inci maddesine de aykırı hareket edilmiştir.*

*Bu nedenle 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici madde 1'i, Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 11 inci, 87 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olup, iptal edilmesi gerekir.*

*IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ*

*Yargı bağımsızlığı saygın bir hukuk devletinin, çağdaş demokrasinin en gerçek göstergesidir. En büyük, en ciddî tehlike yargı bağımsızlığının hiçe sayılmasıdır.*

*Yargı bağımsızlığını gölgeleyen durumların öncelikle ve vakit geciktirilmeksizin ortadan kaldırılmasının ne kadar önemli olduğu izahtan varestedir. Bilinmelidir ki yargı bağımsızlığı, bireylerin, ulusun en güçlü güvencesidir. Ulusal onurdur. Yargıç ve savcıların değil, ulusun yararınadır. Bağımsız olmayan yargı, yargı değildir. Bu nedenle iptali istenen kuralın uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabileceği açıktır.*

*Diğer taraftan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.*

*Arz ve izah olunan nedenlerle, iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerin de durdurulması gerekmektedir.*

*V. SONUÇ VE İSTEM*

*01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;*

*1) 1 inci maddesi ile 2802 sayılı Kanunun 8 inci maddesine eklenen (k) bendinin Anayasanın 2 nci, 7 nci, 10 uncu, 11 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,*

*2) 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,*

*3) 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin altıncı fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 138 inci, 139 uncu, 140 ıncı ve 159 uncu maddelerine aykırı olduğundan,*

*4) 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarının, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 138 inci, 139 uncu, 140 ıncı ve 159 uncu maddelerine aykırı olduğundan,*

*5) 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin onuncu fıkrasının ve onbirinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,*

*6) 3 üncü maddesi ile 2802 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin onbeşinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 7 nci, 10 uncu, 11 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,*

*7) 4 üncü maddesi ile değiştirilen 2802 sayılı Kanunun 69 uncu maddesinin son fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 38 inci, 139 uncu ve 140 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,*

*8) Geçici Madde 1'inin Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 11 inci, 87 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,*

*iptallerine ve sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğmasının önlenmesi için iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulmasına karar verilmesine ilişkin talebimizi saygı ile arz ederiz.*'"