

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2008/7

Karar Sayısı : 2011/80

Karar Günü : 18.5.2011

R.G. Tarih-Sayı : 19.09.2013-28770

İPTAL DAVASINI AÇANLAR : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Hakkı Suha OKAY ve Kemal KILIÇDAROĞLU ile birlikte 110 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 1.12.2007 günlü, 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesiyle, 24.2.1983 günlü, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesine eklenen (k) bendinin,

2- 3. maddesiyle, 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin;

a- Birinci fıkrasının,

b- Altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarının,

c- Onuncu fıkrası ile onbirinci fıkrasının birinci cümlesinin,

d- Onbeşinci fıkrasının,

3- 4. maddesiyle, 2802 sayılı Kanun'un değiştirilen 69. maddesinin son fıkrasının,

4- Geçici 1. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 7., 10., 11., 38., 87., 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1.12.2007 günlü, 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un dava konusu kuralları da içeren maddeleri şöyledir:

'MADDE 1- 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 8 inci maddesinin (c) bendinin ikinci paragrafında yer alan 'her dönemde ihtiyaç oranında,' ibaresi 'her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında,' şeklinde değiştirilmiş ve maddeye (j) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (k) bendi eklenmiştir.

'k) Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; yukarıdaki (ı) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış, giriş sınavının

yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle otuzbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmak,'

MADDE 3- 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 9/A maddesi eklenmiştir.

'Yazılı yarışma sınavı ve mülâkatın yapılış şekli

MADDE 9/A- Yazılı yarışma sınavı, Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılır.

Atama yapılacak boş kadroların sayısı, derecesi, unvanı, sınıfı, atanacaklarda aranacak şartlar ile başvuruya ve sınava ilişkin hususların yer aldığı duyuru, müracaat süresinin bitiminden en az onbeş gün önce Türkiye genelinde günlük yayımlanan tirajı en yüksek beş gazeteden birinde bir defa ve ayrıca Adalet Bakanlığı internet sitesinde ilân olunur.

Yazılı sınav; Türkçe, matematik, Türk kültür ve medeniyetleri, Atatürk ilkeleri ve inkılâp tarihi ve temel yurttaşlık bilgisi sorularından oluşan genel yetenek ve genel kültür konuları ile

a) Adli yargıda; anayasa hukuku, medenî hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılama usulü, ticaret hukuku, icra ve iflâs hukuku, ceza hukuku, ceza yargılama usulü, idarî yargılama usulü ve idare hukuku,

b) İdarî yargıda; anayasa hukuku, idare hukuku, idarî yargılama usulü, hukuk yargılama usulü, borçlar hukuku (genel hükümler), medenî hukuk, ceza hukuku (genel hükümler), vergi hukuku, vergi usul hukuku ve maliye-ekonomi,

konularını kapsayan alan bilgisi sorularından yapılır.

Yazılı sınavda genel yetenek ve genel kültür soruları yirmi, alan bilgisi soruları seksen puan ağırlığa sahip olacak şekilde değerlendirmeye tâbi tutulur. Bu değerlendirme yapılırken genel yetenek ve genel kültür konuları ile alan bilgisi konuları kendi aralarında eşit olarak puanlanır.

Yazılı sınavda yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almak kaydıyla en yüksek puan alandan başlamak üzere, sınav ilânında belirtilen kadro sayısının 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.

Mülâkat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.

Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu birer üye bulunması halinde bu üyeler Mülâkat Kurulunda asıl üye olarak görevlendirilir.

Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu üye sayısı birden fazla ise, Yargıtay kontenjanı için Yargıtay mensupları arasından, Danıştay

kontenjanı için Danıştay mensupları arasından; Yargıtay veya Danıştay mensubu üyelerden birinin ya da her ikisinin bulunmaması halinde ise Yönetim Kurulunun diğer üyeleri arasından gizli oyla seçim yapılır.

Asıl üyelerin hukukî veya fiilî sebeplerle katılamamaları halinde; Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürlerinin yerine vekâlet edenler, Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulundan katılacak üyelerin yerine ise, Yönetim Kurulunun kendi üyeleri arasından her biri için ayrı ayrı gizli oyla belirleyeceği yedek üyeler Mülâkat Kuruluna katılır.

Mülâkat, ilgilinin;

a) Muhakeme gücünün,

b) Bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğinin,

c) Genel ve fizikî görünümünün, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunun ve liyakatinin,

d) Yetenek ve kültürünün,

e) Çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığının,

puan vermek suretiyle değerlendirilmesi yöntemidir.

Mülâkat, yukarıdaki bentlerde yazılı özellikler herbiri yirmişişer puan üzerinden değerlendirilerek yapılır. Mülâkat Kurulunun herbir üyesi tarafından verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Başarılı sayılmak için, üyelerin yüz tam puan üzerinden verdikleri notların aritmetik ortalamasının en az yetmiş olması şarttır.

Mülâkat sonucu en yüksek puan alandan başlamak üzere sıraya konularak mülâkat başarı listesi hazırlanır ve bu listenin altı Mülâkat Kurulu tarafından imzalanarak Personel Genel Müdürlüğüne teslim edilir.

Yazılı yarışma sınavına katılmayanların mazeretleri kabul edilmez. Mazereti sebebiyle mülâkata katılmayanların müracaatı üzerine Mülâkat Kurulunca mazeretlerinin kabulüne karar verildiği takdirde mülâkat yeri ile günü tespit edilir ve ilgili mülâkata çağrılır. Mazeret bildirenlerin mazereti Mülâkat Kurulunca reddedilir veya kabul edilmekle birlikte verilen süre içinde mülâkata katılmazsa başarısız sayılır.

Sınava katılanların, yukarıda belirtilen yazılı yarışma sınavı notunun yüzde yetmiş ile mülâkat notunun yüzde otuzunun toplamı tespit edildikten sonra en yüksek puan alandan başlamak üzere nihai başarı listesi hazırlanır. Bu sıralamaya tâbi tutulanların nihai puanlarının eşit olması halinde, yazılı sınavda aldığı puana öncelik tanınır. Yazılı puanlarının da eşit olması halinde, kura çekilmek suretiyle sırası belirlenir ve bu konuda yapılan işlemler düzenlenecek tutanakta gösterilir.

Hukuk alanında doktora yapmış olanlar ilân edilen boş kadrolara başvurabilir. Bunlar sadece mülâkata tâbi tutulur. Bu durumda olanlar için mülâkat puanı esas alınarak ayrı bir nihai başarı listesi düzenlenir.

Yazılı yarışma sınavı ile mülâkatın sekretarya hizmetleri Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir.

Sınav kazananlardan gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu tespit edilenlerin sınavları geçersiz sayılarak atamaları yapılmaz. Ataması yapılmış olsa dahi iptal edilir. Bunlar hiçbir hak talebinde bulunamazlar.

Sınavı kazananlardan ataması yapıp da belge ile ispatı mümkün zorlayıcı sebepler olmaksızın 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 nci maddesinde belirlenen kanunî süre içerisinde göreve başlamayanların atamaları iptal edilir. Tekrar atanmaları için başvurumaları halinde bunların atamaları yapılmaz.'

MADDE 4- 2802 sayılı Kanunun 69 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'MADDE 69- Meslekten çıkarma: Bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesidir.

68 inci maddenin (e) bendinde yazılı hallerden dolayı hangi sınıf ve derecede olursa olsun iki defa, diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası almış olmak veya taksirli suçlar hariç olmak üzere, altı aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan biri ile kesin hüküm giymek meslekten çıkarılmayı gerektirir. Ancak, verilen cezanın 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan dolayı verilmemiş olması ve cezanın ertelenmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki tedbirlerden birine çevrilmiş veya yüzseksen günden fazla adli para cezası olması halinde meslekten çıkarma cezası yerine, yer değiştirme cezası verilir.

Birinci fıkra dışında kalan ceza mahkûmiyetlerinin ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlere çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın suçun niteliğine göre 64, 65, 66, 67 veya 68 inci maddelerde sayılan disiplin cezalarından biri verilir.

Hükümlülüğü gerektiren suç, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güveni gideren nitelikte görülürse, Kanunda daha alt derecede bir disiplin cezası öngörülmemiş olmak kaydıyla, cezanın miktarına ve ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlerden birine çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, meslekten çıkarma cezası verilir.

Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir.'

GEÇİCİ MADDE 1- 15/10/2006 tarihinde yapılan idarî yargı hâkim adaylığı yazılı yarışma sınavında, bu Kanunun 9/A maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen bir katı fazla kadro içinde kalanlardan mülâkatta başarısız sayılanlar, bu Kanun hükümlerine göre yeniden mülâkata alınırlar. Bu şekilde çağrılanlar bakımından önceden kadro ilânı şartı aranmaz. Bunlar arasından başarılı olanların adaylığa atamaları yapılır.

Birinci fıkrada belirtilen yazılı yarışma sınavı ve 25/6/2007-6/7/2007 tarihleri arasında yapılan mülakat sonucuna göre atamaları yapılanların hakları saklıdır. Bu adayların meslek öncesi eğitimleri kaldığı yerden devam eder.'

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7., 10., 11., 38., 87., 138., 139., 140. ve 159. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 24.1.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV-ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Ahmet KIRTEPE tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesiyle, 2802 Sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen (k) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, avukatlık mesleğinden hâkim ve savcı adaylığına geçmek isteyenler için getirilen dava konusu kuralın, alınacak aday sayısı yönünden belirsizlik içerdiği, herhangi bir sayısal sınır ve çerçeve belirtilmediğinden bu konunun tamamıyla Bakanlığın takdirine bırakıldığı, kuralın bu şekliyle sınava girecek diğer kişiler yönünden öngörülemez bir durumun ortaya çıkmasına neden olduğu ve hukuk güvenliğini zedelediği, ayrıca iptali istenen kural nedeniyle avukatlıktan mesleğe geçecek olanlar ile mezunlar arasında eşitsizlik oluşturulduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2802 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, adaylığa atanabilmek için başvuranlarda aranan niteliklere yer verilmiş ve maddenin (a), (b), (c), (d), (f), (g) ve (h) bentlerinde hem avukatlıktan mesleğe alınacaklarda hem de fakülte mezunlarında aranan ortak nitelikler belirlenmiştir. Anılan maddenin dava konusu (k) bendinde ise avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; aynı maddenin (ı) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibarıyla otuzbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülakatta başarılı olmak koşuluna yer verilmiştir.

Kanun koyucu, Kanun'da belirtilen fakülteleri bitiren mezunlar ile fiili olarak en az beş yıl avukatlık yapmış olanları farklı iki grup olarak değerlendirmiş ve bu grupların yazılı sınav ve mülakatlarının kendi aralarında yapılmasını öngörmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan devlettir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen '*kanun önünde eşitlik ilkesi*', hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Avukatlar adalet sisteminin vazgeçilmez süjelerinden biridir. Avukatlık mesleği de kanunlarla belirli kurallara bağlanmış olan ve maddi gerçeğin bulunması ile adalete ulaşılmasına hizmet eden bir meslektir. Kanun koyucu hukuk fakültesini bitirdikten sonra bir yıl avukatlık stajı yapmış ve fiilen en az beş yıl bu mesleği icra eden, bu nedenle de yeni mezunlara göre tecrübe sahibi olan ve uygulamayı bilen kişilerin hâkim ve savcılık mesleğine geçişlerine imkân tanıyan bir düzenlemeye yer vermiştir. Nitekim, tecrübenin hâkimlik mesleğinde önemli bir rolü olduğu ve hâkimlik sıfatının kazanılmasının özellikle kişilik, yetenek ve tecrübeye dayandırılması gerektiği Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri arasında da yer almaktadır.

Bu nedenle, kanun koyucu yargıdaki hâkim ve savcı ihtiyacını karşılamak üzere '*fiilen en az beş yıl avukatlık yapmış olanları*' diğer mezunlara göre farklı bir kaynak olarak değerlendirmiş ve adaylık için yapılacak sınavın her bir kaynaktan alınacaklar için kendi aralarında yapılmasını öngörmüştür. Böyle bir uygulamanın adaylığa alınacak farklı iki grubun niteliğinden kaynaklandığı, dolayısıyla en az beş yıl süreyle fiilen avukatlık mesleğini yapan kişilerle, avukatlık tecrübesine sahip olmayan diğer mezunların hukuksal durumlarının eşit olmadığı açıktır.

Diğer taraftan adaletli bir hukuk düzeni kurmak Anayasa'nın 2. maddesinin gereğidir. Bu nedenle beş yıl avukatlık tecrübesi bulunan kişilerin bu tecrübeleri göz önünde bulundurularak kendi aralarında yapılacak yazılı yarışmada bilgilerinin ölçülmesini öngören dava konusu kuralın hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

2802 sayılı Kanun'un 9. maddesinde de her yıl alınacak aday sayısının avukatlık mesleğinden alınacaklar ile birlikte Türkiye Adalet Akademisinin görüşü alınmak suretiyle kadro ve ihtiyaç durumuna göre Adalet Bakanlığınca tespit edileceği belirtilmiştir. Hâkim ve savcı adaylarının eğitimlerinin Adalet Akademisi tarafından yaptırılması nedeniyle her yıl alınacak adaylara daha iyi bir eğitim verme Adalet Akademisinin kapasitesi ve imkânlarıyla doğru orantılıdır. Ayrıca, hâkim ve savcı ihtiyacı her yıl için farklılık gösterebileceği gibi ihtiyaç duyulan miktarın hangi kaynaktan karşılanacağını belirlemenin de zamana ve günün ihtiyaçlarına göre farklılık gösterebilir. Dolayısıyla, bu konunun kanunda düzenlenmesinin

değişen ihtiyaçlara göre hızlı karar almayı zorlaştıracak ve yargı hizmetlerinin aksamasına neden olacağı açıktır.

Ayrıca, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi zorunlu olan konular belirtilmiştir. Bu nedenle hâkim-savcı ihtiyacının hangi kaynaklardan karşılanacağı kanunda gösterildikten sonra, bu kaynaklardan alınacak adayların sayısı ve oranına dava konusu kuralda yer verilmemesi yetki devri olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Fettah OTO bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 11. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 3. Maddesiyle, 2802 Sayılı Kanun'a Eklenen 9/A Maddesinin Birinci, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu ve Onbeşinci Fıkraları ile Onbirinci Fıkranın Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1- Maddenin Birinci Fıkrası

Dava dilekçesinde, iptali istenen fıkra ile yazılı yarışma sınavının Kanun'un 9/A maddesinde yazılı kurallar göz önünde bulundurularak Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre ÖSYM tarafından yapılacağı, ancak kuralda bu protokolün içeriğiyle ilgili bir çerçevenin çizilmediği, 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 hazırlanma yöntemi, sınav sonuçlarının hangi kurum tarafından ilan edileceği gibi konular başta olmak üzere, protokolde yer alması gereken konuların çerçevesinin Kanun'da yer almadığı, dolayısıyla çerçevesi ve sınırları kanun koyucu tarafından çizilmeksizin idareye protokol yapma yetkisi verilmesinin hâkimlik ve savcılık mesleğinin niteliğiyle bağdaşmadığı gibi genel olarak objektif ve tarafsız sınav ilkesiyle de bağdaşmayacağı ve Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olacağı, diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırı olduğunun tespiti halinde bu kuralın hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu; 7. maddesinde ise yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Kanun'un 3. maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin dava konusu olan birinci fıkrası, yazılı yarışma sınavının Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılacağını kurala bağlamaktadır. Madde gerekçesinde '*yazılı yarışma sınavının, alanında uzman olan Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılması esası getirilerek, Adalet Bakanlığının yazılı sınavı yapma olanağı ortadan kaldırılmıştır. Adalet Bakanlığı ile Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi arasında yapılacak olan protokol ile yazılı sınavın yerleri, sınavın yürütülmesinde gözetilecek hususlar, tarihi, süresi, kazananların belirlenmesi, sınav sonucunun Adalet Bakanlığına ve ilgililere*

bildirilme şekli, açıklanma süresi ve sonuca itiraz gibi yazılı sınava ilişkin usul ve esaslar belirlenecektir. Ayrıca, sınavı yapan kurum tarafından talep edilen masraf başvuru sırasında ilgililerden alınacaktır.' denilerek Adalet Bakanlığı ile ÖSYM arasında yapılacak protokolün kapsamı açıklığa kavuşturulmuştur. Kanun'da yer verilmeyerek idarenin takdirine bırakılan yazılı sınavın yeri, sınavın yürütülmesinde gözetilecek hususlar, tarihi, süresi, kazananların belirlenmesi gibi konuların, kanunla düzenlenecek genel ve soyut niteliği bulunmayan, zamanın şartlarına göre değişkenlik gösteren, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konular olduğu açıktır.

Kanun koyucu, iptali istenen birinci fıkranın devamındaki fıkralarda konunun genel çerçevesini çizerek sınava ilişkin esasları belirlemiştir. Buna göre, atama yapılacak boş kadroların sayısı, derecesi, unvanı, sınıfı, atanacaklarda aranacak şartlar ile başvuruya ve sınava ilişkin hususların yer aldığı duyuru, müracaat süresinin bitiminden en az onbeş gün önce Türkiye genelinde günlük yayımlanan tirajı en yüksek beş gazeteden birinde bir defa ve ayrıca Adalet Bakanlığı internet sitesinde ilân edilerek, yazılı sınavın; Türkçe, matematik, Türk kültür ve medeniyetleri, Atatürk ilkeleri ve inkılâp tarihi ve temel yurttaşlık bilgisi sorularından oluşan genel yetenek ve genel kültür konuları ile adlî yargıda; anayasa hukuku, medenî hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılama usulü, ticaret hukuku, icra ve iflâs hukuku, ceza hukuku, ceza yargılama usulü, idarî yargılama usulü ve idare hukuku, İdarî yargıda; anayasa hukuku, idare hukuku, idarî yargılama usulü, hukuk yargılama usulü, borçlar hukuku (genel hükümler), medenî hukuk, ceza hukuku (genel hükümler), vergi hukuku, vergi usul hukuku ve maliye-ekonomi, konularını kapsayan alan bilgisi sorularından yapılacağı belirlenmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında da yazılı sınavda sorulan soruların alanlarına göre genel yetenek ve genel kültür sorularının yirmi, alan bilgisi sorularının ise seksen puan ağırlığa sahip olduğu, genel yetenek ve genel kültür konuları ile alan bilgisi konularının kendi aralarında eşit olarak puanlanacağı öngörülmüştür.

Kanunda yer verilen düzenlemelerle kanun koyucunun, konunun genel çerçevesini ve esaslarını kanunla belirlediği, idareye yetki verilen alanın ise ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuları içerdiği, bu nedenle dava konusu kuralın yasama yetkisinin devri niteliği taşımadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

2- Maddenin Altıncı, Yedinci, Sekizinci ve Dokuzuncu Fıkraları

Dava dilekçesinde, Kanun'un 3. maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin iptali istenen altıncı fıkrasında Mülakat 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, mesleğe alınmada Mülakat Kurulunun idarenin etkin ağırlıkta olduğu şekilde oluşturulmasının hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve hâkimlik ve savcılık teminatı ilkeleriyle bağdaşmadığı, dava konusu altıncı fıkranın Anayasa'ya aykırılığı, bu fıkraya bağlı olarak yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları da uygulanamaz hale getireceğinden anılan fıkraların da iptalinin gerektiği, ayrıca yedinci ve sekizinci fıkralarda Anayasa'daki düzenlemeden farklı olarak Yargıtay ve Danıştay üyeleri kavramı yerine, Yargıtay ve Danıştay mensupları

kavramının kullanıldığı, Yargıtay ve Danıştay mensupları kavramına, Yargıtay ve Danıştay'da görev yapan tetkik hâkimleri ile Cumhuriyet savcılarının da dâhil olduğu, bu nedenle söz konusu düzenleme ile belirsizlik ve çelişki oluşturulduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 11., 138., 139., 140., 153. ve 159. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 3. maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin dava konusu altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları, Mülakat Kurulunun kimlerden oluşacağı ve Adalet Akademisinden katılacak üyelerin seçimi ve yerlerine vekâlet edecek kişilerin belirlenmesi ile Kurul Üyelerinin hukuki veya fiili bir nedenle kurula katılamadığı durumlarda yerlerine kimlerin katılacağını düzenleyen kurallardır. Maddenin altıncı fıkrasında Mülakat 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 belirtilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde, *'Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.'*, 139. maddesinde de, *'Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.'* denilmiştir. 140. maddenin ikinci fıkrasında ise hakimlerin, *'mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı'* esaslarına göre görevlerini ifa edecekleri belirtildikten sonra, üçüncü fıkrasında da, nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri ile fıkra yazılı diğer konuların ve özlük işlerinin yine *'mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre'* kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 159. maddesinin birinci fıkrasında, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine göre kurulması ve görev yapması esası benimsenmiş, sekizinci fıkrasında da adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme ile birlikte diğer özlük hakları konusunda karar verme yetkisinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görevleri arasında sayılmıştır.

Hâkimlerin görevlerini, yürütme ve yasama organları dahil, her türlü baskıdan uzak, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre yerine getirebilmelerini sağlamak için *'bağımsız'* olmaları kabul edilmiş, Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinde özel hükümler konulmak suretiyle anayasal güvenceler getirilmiştir. Anayasa'da yer alan bu güvencelerin kuşkusuz hâkim ve savcı olarak atandıktan sonra yargılama faaliyeti yapan kişiler açısından söz konusu olacağı açıktır. Yargı bağımsızlığı, yargılama faaliyeti sırasında hâkimin kimseden emir ve talimat almamasını, tarafsızlık ise yargılama faaliyeti sırasında hâkimin yansız olması siyasi düşünce ve görüşlerini kararına yansıtmamasını ifade etmektedir.

Mülakat, bir kişinin davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla sorulu cevaplı görüşme yapılarak ilgilinin muhakeme gücünü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğini, genel ve fiziki görünümünü, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunu ve liyakatini, yetenek ve kültürünü, çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığını puan vermek suretiyle değerlendirme olduğuna göre; Mülakat Kurulunda yer alan kişilerin bu nitelikleri belirleyecek bilgi ve tecrübeye sahip olmaları gerekli ve yeterlidir.

İptali istenen altıncı fıkrada Mülakat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşmaktadır. Mülakat Kurulunda yer alan tüm üyeler hâkim ve savcı sınıfından olup Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinde yer alan güvencelerin kapsamındadır. Ayrıca, Kurulda yer alan her bir üye farklı alanlarda tecrübeye sahip genel müdürlerden belirlenerek bu konuda farklı bakış açılarının oluşması sağlanarak özellikle Yargıtay ve Danıştay üyesi olan ve Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda görev yapan üyelerin katılımıyla yüksek yargının bakış ve değerlendirmesi de Mülakat Kuruluna yansıtılmıştır.

Anayasa'da yer alan '*mahkemelerin bağımsızlığı*', '*hâkimlik ve savcılık teminatı*' ve '*hâkimlik ve savcılık mesleği*'ne ilişkin ilkeler, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık ise ancak Anayasa uyarınca mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na mesleğe kabul etme işlemi ile mümkündür. Mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylığa atama sürecinde Kurul tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve adaylık döneminde yargılama faaliyetinde de bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle mülakatın dava konusu kuralda belirlenen kurul tarafından yapılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

Maddenin dava konusu yedi ve sekizinci fıkralarında mülakat kurulunda yer alacak Adalet Akademisi üyelerinin seçilmesi usulü; dokuzuncu fıkrasında ise asıl üyelerin hukuki veya fiili sebeplerle mülakat kuruluna katılamamaları halinde yerlerine kimlerin vekâlet edecekleri ve bu seçimlerin nasıl yapılması gerektiği belirlenmiştir. Buna göre, Mülakat Kurulunda yer alan Adalet Bakanlığı bürokratlarının Kurula katılamaması durumunda bu kişilerin yerine vekâlet edenler; Adalet Akademisinde görevli Danıştay veya Yargıtay üyelerinin katılamaması durumunda ise Yönetim Kurulu üyeleri arasından her bir üye için gizli oyla belirlenecek yedek üyelerin Mülakat Komisyonuna katılacağı düzenlenmiştir.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde devamlılık esasının gereği olarak Mülakat Kurulunda yer alan üyelerin hukuki veya fiili sebeplerle Kurula katılamaması durumunda yerlerine vekâlet edeceklerin belirlenmesi bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Bu zorunluluğun gereği olarak dava konusu kurallarda kanun koyucu Kuruldaki üyelerin statülerine uygun bir yöntem belirleyerek Yargıtay ve Danıştay üyelerinin yerlerine seçileceklerin, her bir üyelik için gizli oyla belirlenmesini; bakanlık mensubu hâkimlerin yerine ise idari hizmetlerin gereği olarak vekillerinin katılmasını öngörmüştür. Her ne kadar dava dilekçesinde '*vekâlet edenler*' kavramının '*vekaleten atamadan*' daha geniş bir kavram olduğu belirtilmiş ve Anayasa'ya aykırılık gerekçesi olarak ileri sürülmüş ise de asılın görev yaptığı durumlarda vekaleten atamanın söz konusu olmayacağı açıktır. Dava konusu kuralda yer verilen düzenleme, asıl üyenin hastalık, izin veya başka bir nedenle geçici olarak komisyona katılamaması durumlarını içermektedir. Bu nedenle kurallarda belirlenen yöntem, kanun koyucunun takdiri içinde kaldığı gibi Anayasa'da yer alan ilkelere de aykırılık taşımamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

3- Maddenin Onuncu Fıkrası ile Onbirinci Fıkrasının Birinci Cümlesi

Dava dilekçesinde, mesleğe uygunluk yönünden, aday adaylarının laik hukuk sisteminin gereği olarak çağdaş yaşam anlayışına sahip olmalarının kaçınılmaz olduğu, TBMM Adalet Komisyonunun kabul ettiği metinde yer alan, *'çağdaş yaşam anlayışının mülakatta puanlanması'* şeklindeki düzenlemenin, *'çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığın mülakatta puanlanması'* şeklinde değiştirilmesinin, çağdaş dünya görüşüne sahip kişilerin hâkim ve savcı adaylığına kabulünü destekleyici olmadığını, ayrıca mülakatın denetlenebilir, ölçülebilir ve objektif olma şartlarını ve unsurlarını taşımadığı ve kuralın yargı kararlarını etkisizleştirmeye yönelik hüküm içerdiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 11. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu; 138. maddesinin dördüncü fıkrasında ise *'yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.'* kuralı yer almaktadır.

Dava konusu onuncu fıkrada kanun koyucu, yazılı sınavı kazanıp mülakata girecek adayların hangi özelliklerinin değerlendirmeye tabi tutulacağını belirlemiştir. Buna göre, yazılı yarışma sınavında başarılı olanların tâbi tutulacağı mülâkat, ilgilinin muhakeme gücü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneği, genel ve fiziki görünümünün, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu ve liyakati ile yetenek ve kültürünün, çağdaş, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığın puan vermek suretiyle değerlendirilmesi yöntemi olarak tanımlanmıştır. Yazılı yarışma sınavında ilgililerin genel yetenek ve genel kültür seviyeleri ile alan bilgisi düzeyleri ölçüldüğünden mülâkatta bilgilerinin yeniden ölçülmesi yerine dava konusu fıkrada belirtilen hususlarda değerlendirmeye tabi tutulması, mülakatın yapılış amacına uygunluk taşımaktadır.

Nitekim, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkelerinden yeterlik, seçim ve eğitim başlıklı 10. maddesinde, hâkimlik mesleğine yeterli hukuk eğitimi görmüş yetenekli ve kişilikli bireylerin seçilmesi, 13. maddesinde de hâkimlik sıfatının kazanılmasının objektif esaslara, özellikle kişilik, yetenek ve tecrübeye dayandırılması gerektiği vurgulanmıştır.

Hâkimlik ve savcılık mesleğine seçimde; muhakeme gücünün, karar vermek veya iddiada bulunmak için bir konuyu kavrayıp iddianame veya karar şekline getirerek özetleme yeteneğinin, mesleğin temsilinde fiziki görünüm ve davranışları ile olaylara verilen tepkinin, mesleğin kariyer meslek olması nedeniyle temsilde çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açık ve kültürlü olmanın ölçülmesi doğaldır. Genel idari hizmetler sınıfında yer almakla birlikte ileride hâkim ve savcı olacak adayların mülakatlarına ilişkin dava konusu kuralda belirlenen bu ölçütlerin hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Dava konusu onbirinci fıkranın birinci cümlesinde de adayın mülakatta onuncu fıkrada belirtilen özelliklerinden her birinin yirmibeşer puan üzerinden, eşit oranda değerlendirmeye tabi tutulacağı, ilgililer için ayrı ayrı tutanak düzenleneceği ve mülâkatta başarılı sayılmak için üyelerin her birinin verdikleri puanların aritmetik ortalamasının, yüz puan üzerinden en az yetmiş olması gerektiği belirtilerek, mülâkattaki kriterlerin ağırlıkları ve değerlendirme esasları somut ve objektif kurallara bağlandığı anlaşıldığından, herhangi bir belirsizlikten söz edilemez.

Anayasa'nın 138. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan hüküm, somut yargı kararlarına ilişkindir. Yasama organı, anayasal ilkeleri göz önünde bulundurarak soyut, genel ve objektif kanuni düzenlemeler yapma yetkisine her zaman sahiptir. Kanun koyucunun bu nitelikte yaptığı düzenlemeler yargı kararlarının etkisizleştirilmesi olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

4- Maddenin Onbeşinci Fıkrası

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile hukuk alanında doktora yapmış olanlarla ilgili özel düzenleme yapıldığı, hukuk alanında doktora yapanların mezun oldukları fakülte yönünden bir ayırım yapıp yapılmadığının belli olmadığı, mülakatın ve mülakatta eşit puan halinde seçimin ne şekilde yapılacağının çerçevesi çizilerek açık ve net olarak belli edilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın '*Mahkemelerin Bağımsızlığı*' başlıklı 138. maddesinde, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiçbir organ, makam, merci veya kişilerin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulundukları belirtilmiştir.

Kanun'un 3. maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin dava konusu onbeşinci fıkrası, hukuk alanında doktora yapmış olanların yazılı sınava girmeksizin yapılacak mülakat sınavında başarı göstermeleri halinde, diğer adaylardan ayrı olarak hazırlanacak nihai başarı listesine göre hâkim veya savcı adayı olmalarını düzenlemektedir.

Kanun koyucu, kanunda belirlenen fakültelerde lisans düzeyinde eğitim görmüş mezunların yanında ayrıca hukuk alanında doktora yapmış ve belli bir yetkinliğe ulaşmış olanların da hâkimlik ve savcılık mesleğine girmelerini sağlamak amacıyla sadece dava konusu kuralda değil, 2802 sayılı Kanun'un birçok maddesinde farklı düzenlemeler yaparak bu kişilerin hâkimlik mesleğini seçmelerini teşvik etmiştir. Bu amaçla Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde doktora yapanlar için adaylık yaş sınırının 35 olduğu, 9. maddesinin son fıkrasında adaylığa atamada doktora yapanların sadece mülakata tabi tutulacakları ve 32. maddesinin ikinci fıkrasında doktora yapanların sekiz yıllık meslek kıdeminin birinci sınıfa ayrılmada yeterli sayılacağı belirtilmiştir.

Ayrıca, görevdeki hâkim ve savcılarının da hukuk alanında yüksek lisans ve doktora yapmalarını teşvik amacıyla 2802 sayılı Kanun'un 31. maddesinin dördüncü fıkrasında yüksek lisans yapanlara bir kademe, doktora yapanlara ise bir derece verileceği kuralına yer verilmiştir.

Doktora yapanların yazılı yarışma sınavına tabi tutulmaması bunların adaylık için hukuk alanında yeterli bir bilgiye sahip olduklarının kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Sınavla kazanılan doktora eğitiminin belirli bir süre ders gördükten sonra yeterlilik sınavı ve tez hazırlama aşamalarıyla tamamlandığı düşünüldüğünde kanun koyucunun bu konudaki takdirinin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Dava konusu kural, doktora yapmak suretiyle hukuk alanında belirli bir yetkinliğe sahip kişilerin yazılı yarışma sınavı olmaksızın mülakatla hâkim ve savcı adayı olarak atanmalarını düzenlemektedir. Hukuk alanında doktora yaparak belirli bir yetkinliğe sahip kişilerle, lisans düzeyinde hukuk eğitimi almış olan diğer mezunların aynı hukuksal durumda bulunmamaları nedeniyle, bu kişilerin farklı kurallara tabi tutulması Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 10. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 4. Maddesiyle, 2802 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 69. Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 69. maddesinin dördüncü fıkrasından farklı olarak dava konusu son fıkrada disiplin yaptırımına konu fiilin suç teşkil etmediği hallerde '*kanunda daha alt derecede bir disiplin cezası öngörülmemiş olmak kaydı*'nın yer almadığı, fiilin mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görülmesinin meslekten çıkarma cezası için yeterli görüldüğü, disiplin suç ve cezalarının kanunilik ilkesi gereği açık olarak düzenlenmesi gerektiği, ayrıca konusu suç teşkil etmeyen fiillerde, meslekten çıkarılma cezasının uygulanmasının, ancak '*yetersizlik hallerinde*' söz konusu olabileceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 38., 139. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 139. maddesinin birinci fıkrasında, hâkim ve savcılarının azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasa'da belirtilen yaştan önce emekliye ayrılamayacağı belirtilerek hâkimlik ve savcılık teminatlarına yer verilmiş; ikinci fıkrasında da meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanların, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanların veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenlerin bu teminatlardan yararlanamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında ise hâkim ve savcılarının 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 işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 139. maddesinde yer alan düzenlemeye göre hâkim ve savcılar, sağlık nedeniyle görevini yerine getirememesi, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan hüküm giyme ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilme hallerinde, Anayasa'da yer alan teminatlardan yararlanamayacağı belirtilmiş ancak Anayasa'nın 139. ve 140. maddelerinde hâkim ve savcılar, hangi fiilleri nedeniyle veya hangi suçlardan hüküm giydiklerinde meslekten çıkarma cezası verileceği kuralına yer verilmeyerek bu konunun düzenlenmesi kanuna bırakılmıştır. Kanun koyucu Anayasa'nın verdiği yetkiye dayanarak, sağlık nedeniyle ayırma hariç; hâkim ve savcılar, meslekten çıkarma cezasını gerektiren bir suçtan hüküm giyme ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilme hâllerini, 2802 sayılı Kanun'un 69. maddesinde düzenlemiştir. Maddenin ilk dört fıkrasında hangi suçlardan mahkûmiyetin meslekten çıkarılmayı gerektirdiği, son fıkrasında ise suç teşkil etmeyen ve hükümlülüğü gerektirmeyen fiillerden, mesleğin şeref ve onuru ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte olanları işleyen hâkim ve savcılar, meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilerek meslekten çıkarılmaları kural altına almıştır.

Hâkimlik ve savcılık mesleğinin kariyer meslek olması nedeniyle, bu görevi ifa edenlerin sahip olduğu karine olarak kabul edilen güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkeleri getirilebilir. İnsanların yargılama neticesinde verilen kararlara saygı duymaları, yargının bağımsızlığı yanında hâkimlerin tarafsızlığı ve kişiliklerine olan güvenden de kaynaklanmaktadır. Adaleti sağlamakla görevli hâkimler hem davanın taraflarına hem de genel olarak halka güven telkin etmesi gereken özel bir role sahiptir. Bu nedenledir ki kanun koyucu bu güveni bozucu hareketleri disiplin hukuku açısından meslekten çıkarma cezası yaptırımına bağlamıştır.

Ayrıca, kanun koyucu ceza kanunlarında toplumun değer yargılarına göre olumsuz olan her davranışı ceza yaptırımına bağlayarak suç olarak düzenlemek zorunda değildir. Ceza hukukunun kapsamı, toplumların değer yargılarının kapsamından çok daha dar ve özeldir. Dolayısıyla, toplum tarafından yadırganan her fiilin suç olarak düzenlendiğini söylemek mümkün değildir. Toplum tarafından yadırganan ancak suç olarak düzenlenmemiş bazı fiiller hâkimlik mesleği açısından kabul edilmeyen ve güveni sarsıcı davranış olarak görülebilir. Bu nedenle ceza hukukunda suç sayılmayan bir eylemin, disiplin hukukunda disiplin cezası nedeni sayılması ve ağırlığına göre meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılması Anayasa'nın 139. maddesine aykırılık oluşturmaz.

Diğer taraftan, dava konusu kuralda olduğu gibi Anayasa'nın 139. maddesinde, hâkim ve savcılık teminatlarından mahrumiyet nedeni olarak sayılan sebepler arasında; meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı mahkûm olmanın yanında, meslekte kalmalarının uygun bulunmaması kararı, herhangi bir suç ve cezaya bağlı tutulmamıştır.

Kaldı ki, Anayasa'nın 159. maddesinin sekizinci fıkrasında, adli ve idari hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme gibi özlük işlemleriyle meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme ve görevden uzaklaştırma işlemlerini yapma görevi bağımsız ve tarafsız niteliklere sahip Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna verilerek anayasal bir güvence sağlanmıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 139. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2., 11. ve 38. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un Geçici 1. Maddesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

İdari yargı hakim adayı alımına yönelik olarak 9.8.2006 tarihinde ilan edilen ve 15.10.2006 tarihinde yazılı yarışması yapılan sınavda yazılı yarışma sınavını kazananlar mülakata girmeden; bu sınav ve yapılacak mülakatın dayanağı olan Adli Yargı Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliğinin bazı maddelerinin iptali ve yürürlüklerinin durdurulması talebiyle YARSAV tarafından Danıştay 12. Dairesine dava açılmış, 12. Daire yürürlüğün durdurulması talebinin reddine karar vermiştir. Bu karara karşı İdari Dava Daireleri Kuruluna yapılan itiraz üzerine Kurul, 29.3.2007 günlü, 2007/234 YD. İtiraz sayılı kararıyla Danıştay 12. Dairesinin yürürlüğün durdurulması talebinin reddine ilişkin 9.3.2007 günlü, E.2006/4784 sayılı kararına yönelik davacı YARSAV'ın itirazının kabulüne karar vererek Yönetmeliğin 11., 14., 15., 16., 17., 18., 19., 20., 22., 27. ve 28. maddelerinin, 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının ve 29. maddesinin birinci fıkrası ile 15.10.2006 tarihinde yapılan idari yargı hakim adayı sınavının mülakatının yürürlüğünün durdurulmasına oyçokluğu ile karar vermiştir.

Danıştay İdari Dava Dairelerinin yukarıda yer verilen kararı üzerine Adli Yargı Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliğinin bazı maddeleri değiştirilerek, yazılı yarışma sınavının Bakanlıkça yapılacağına ilişkin olan maddeleri ise yürürlükten kaldırılarak yeniden düzenlenmiş ve 100 idari yargı hâkim adayı alımına ilişkin olarak 15.10.2006 tarihinde ÖSYM tarafından yapılan yazılı yarışma sınavını kazanan adayların haklarını korumak için yönetmeliğe geçici madde eklenerek 12.6.2007 günlü, 26550 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Yönetmelikteki bu düzenlemeler çerçevesinde daha önce yazılı sınavı kazandığı ilan edilen ve mülakata çağrılan 482 aday yeniden mülakata çağırılmış 2.6.2007- 6.7.2007 tarihleri arasında yapılan mülakat sonucunda başarılı olan 100 adayın atamaları yapılmıştır. 2007 yılı Temmuz ayında göreve başlayan adayların göreve başlamalarından yaklaşık 4 ay sonra Danıştay 12. Dairesi, 482 adayın mülakatlarının yapılmasının dayanağı olan geçici 1. maddenin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Mülakatı kazanan ve göreve başlayan bu adayların haklarının korunması ve durumlarının açıklığa kavuşturulması amacıyla 5720 sayılı Kanun'a geçici bir madde eklenmiştir. Ayrıca dava konusu kuralda 15.10.2006 tarihinde yapılan idari yargı hakim adaylığı yazılı yarışma sınavında belirtilen kadronun bir katı fazla kadro içinde kalıp mülakatta başarısız sayılanlara yeni bir mülakat sınavı hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla, Danıştayın yürürlüğü durdurma kararı vermeden önce yürürlükte bulunan ve ilgili Yönetmelik'de yer alan kurallara göre hakim adayı olarak göreve başlayanların adaylık hakları ile Danıştayın yürütmeyi durdurma kararının neticesinde hak elde edenlerin bu haklarının korunması amacıyla dava konusu Geçici Madde 1 düzenlenmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen Geçici Madde 1'in, aynı konuda verilmiş yargı kararını etkileyici ve değiştirici nitelik taşıdığı, Anayasa'nın 138. maddesinde sadece yürütmenin değil yasama organının da mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organların mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği, ayrıca dava konusu kuralın kanunların genelliği ilkesi ile de bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 11., 87. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan devlettir.

Anayasa'nın '*Mahkemelerin Bağımsızlığı*' başlıklı 138. dördüncü fıkrasında '*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*' kuralı yer almaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden birisi kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Hukuksal güven Anayasa'da öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının da önkoşuludur. Güvenin korunması, her zaman mevcut bir hukukî durumun dokunulmazlığı anlamında olmasa da, her düzenleme değişikliğinde kanun koyucunun göz önünde bulundurması gereken bir husustur. Bireylerin devlete olan güveninin korunması da ancak hukuk güvenliğinin sağlanmasıyla mümkündür.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Bu nedenle hukuk devleti idealinin gerçekleşebilmesi için bireylerin kazanılmış haklarına saygı gösterilmesi bir zorunluluktur. Dolayısıyla yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir.

Dava konusu kural, yukarıda da belirtildiği üzere yürürlükteki kurallara göre yapılan yazılı yarışma sınavı ve mülakatta başarılı olmuş adayların durumları ile ilgili ortaya çıkan belirsizliğin giderilmesi ve hâkim adaylığına atanmış bu kişilerin statülerinin açıklığa kavuşturulmasını düzenlemektedir. 15.10.2006 tarihinde ÖSYM tarafından yapılan yazılı yarışma sınavının yürürlüğünün durdurulması istemi Danıştay 12. Daire tarafından reddedilmiş, bu karara yapılan itiraz üzerine İdari Dava Daireleri Kurulu da davacının bu yöndeki itirazını yerinde görmeyerek talebin reddine karar vermiştir. Bu nedenle Danıştay 12. Dairesince Yönetmeliğin geçici 1. maddesi yönünden henüz hukuka aykırı bir durum belirlenmeden, adaylar yürürlükteki hükümler gereğince bir statü kazanmış olduklarından, bu statünün kazanılmış hak kavramı içinde değerlendirilmesi gerekir. Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan ilke, mahkemelerin somut olaylar hakkında vermiş olduğu kararların, yasama ve yürütme organları ile idare tarafından değiştirilmemesi ve bu kararlara göre işlem yapmalarını ifade etmektedir. Bu nedenle, dava konusu kuralda yer alan düzenleme, yargı kararlarının etkisizleştirilmesi niteliğinde değil, daha çok kazanılmış hak kavramı içinde kabul edilmelidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe farklı gerekçeyle katılmışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 10., 11. ve 87. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

1.12.2007 günlü, 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 1. maddesiyle, 24.2.1983 günlü, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesine eklenen (k) bendine,

2- 3. maddesiyle, 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin, birinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu fıkraları ile onbirinci fıkrasının birinci cümlesi ve onbeşinci fıkrasına,

3- 4. maddesiyle, 2802 sayılı Kanun'un değiştirilen 69. maddesinin son fıkrasına,

4- Geçici 1. maddesine,

yönelik iptal istemleri, 18.5.2011 günlü, E. 2008/7, K. 2011/80 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra, bent ve cümlelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 18.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

1.12.2007 günlü, 5720 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 1. maddesiyle, 24.2.1983 günlü, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesine eklenen (k) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Fettah OTO'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 3. maddesiyle, 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin;

a- Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- Altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- Onuncu fıkrası ile onbirinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

d- Onbeşinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- 4. maddesiyle, 2802 sayılı Kanun'un değiştirilen 69. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- Geçici 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

Esas Sayısı : 2008/7
Karar Sayısı : 2011/80

18.5.2011 gününde karar verildi.

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Başkanvekili

Serruh KALELİ

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Fettah OTO

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

KARŞIOY YAZISI

1- 5720 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. Maddesiyle, 2802 sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen (k) Bendi:

Kuralla, avukatlık mesleğinden hakim ve savcı adaylığına geçmek isteyenler için gerekli koşullar düzenlenmiş, bu kapsamda kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülakatta başarılı olmak gerektiği belirtilmiştir. Kanun koyucunun, daha evvel avukatlık stajı yapmış ve savunma mesleğinde belli bir süre deneyim kazanmış olmayı, hakimlik ve savcılık mesleğine girişte diğer hukuk fakültesi mezunlarına oranla bir üstünlük olarak kabul ettiği ve bu nedenle diğer adaylardan farklı bir sınava tabi tutulmalarını öngördüğü anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi gereği, aynı durumda bulunanlara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelemesi önlenmiştir. Yasa karşısında eşitlik ise eylemli değil, hukuksal eşitliği ifade eder.

Hakim ve savcı adayları, mesleğe giriş yönünden aynı konumdadırlar. Bunların meslek dışındaki ve öncesindeki deneyim veya donanımları, hukuki değil eylemli farklılıklardır. Hukuk bilgisinin ölçülmesi amacıyla yapılacak bir sınava girişe ilişkin hukuki statüde leh veya aleyhte değerlendirilemezler. Anayasa Mahkemesinin 1990/13 Esas, 1990/30 Karar sayılı kararında yazılı sınavın amacının 'herkesin eşit koşullarda yarışmasını' sağlamak olduğu belirtilmiştir. Kaldı ki ayrı sınavın gerekçesini oluşturan avukatlık deneyimi, hakimlik ve savcılık mesleği

için bir avantaj olabileceği gibi dezavantaj da teşkil edebilir. Beş yıl boyunca sadece icra takipleriyle uğraşmış olan bir avukatın ceza usul hukuku yönünden diğer adaylara oranla bir üstünlüğü olduğu söylenemez. Bu nedenle, avukatlık mesleğinden gelenlerin kendi aralarında ayrı bir sınava tabi tutulmalarını öngören kural, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

2- Kanun'un 3. Maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a Eklenen 9/A Maddesinin Altıncı, Yedinci, Sekizinci ve Dokuzuncu Fıkraları:

Fıkralarda, mülakat kurulunun oluşumu düzenlenmektedir. Kurallara göre, mülakaat heyeti ezici çoğunluğuyla Adalet Bakanlığı yetkililerinden oluşmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 138. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı, 139. maddesinde hakimlik ve savcılık teminatı, 140. maddesinde hakimlik ve savcılık mesleği düzenlenmiştir. Hakimlik ve savcılık mesleğine girişin bu Anayasa hükümleri karşısındaki durumu, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında değerlendirilmiş ve içtihada bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 1990/13 Esas, 1990/30 Karar sayılı kararında hakim ve savcı adaylığı Anayasa'nın 139. ve 140. maddeleri karşısında etraflıca değerlendirilmiş ve şu gerekçeye yer verilmiştir:

'Anayasanın 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, Anayasanın yargıçları maddi ve manevi kuşkulardan uzak tutarak, görevlerini Anayasaya, 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 yargıçlık ve savcılığa atanamayacağı belirtilmektedir. Anayasanın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında ise yargıç ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri doğal olarak, atamadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanısıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasanın140. 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'.

Anayasa Mahkemesinin 1995/19 Esas, 1995/64 Karar sayılı kararında da sınavın Adalet Bakanlığınca yapılmasına ilişkin yasa kuralı iptal edilirken, bakanlıkça yapılacak bir yeterlik sınavının öncelikle hakimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgeleyeceği belirtilmiştir.

Hakim ve savcı adayı statüsünün Anayasa'nın 128. maddesinin öngördüğü anlamda bir devlet memuriyeti olarak kabulüne olanak bulunmadığı açıktır. Adaylar, özlük hakları bakımından memur kabul edilseler de devlet adına yürütmekle yükümlü bulundukları asli ve sürekli bir görev söz konusu değildir. Devlet memurları yürütme organının siyasi program ve direktiflerine göre hareket etmekle ve konusu suç teşkil etmemek şartıyla her türlü emir ve talimata uymakla yükümlüdürler. Bu durumun hakim ve savcı adayı için geçerli olmadığı açıktır.

Bu nedenle kurallar, Anayasa'nın 2., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırıdır.

3- 9/A Maddesinin Onbeşinci Fıkrası:

Kuralla, hukuk alanında doktora yapmış kişilerin yazılı yarışma sınavına girmeksizin mülakatla hakim ve savcı adayı olarak atanması düzenlenmiştir.

Doktora, belirli bir konuda derinlemesine inceleme yapılmasına dayalı bir akademik etkinliktir. Sınav konuları ise hukukun çeşitli dallarında yeterli bilgi sahibi olma esasına dayanmaktadır. Bu konular aynı maddenin ikinci fıkrasında ayrıntılı olarak sayılmıştır. Ancak doktora yapmış olanların, söz konusu hukuk disiplinlerindeki bilgisi ölçülmüş ve değerlendirilmiş olmayacaktır. Bu yönüyle, kural, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY ve FARKLI GEREKÇE

1.12.2007 günlü, 5270 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin altı, yedi, sekiz ve dokuzuncu fıkralarında;

'Mülakat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.'

'Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu birer üye bulunması halinde bu üyeler mülakat Kurulunda asıl üye olarak görevlendirilir.'

'Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu üye sayısı birden fazla ise, Yargıtay kontenjanı için Yargıtay mensupları arasından, Danıştay

kontenjanı için Danıştay mensupları arasından; Yargıtay ve Danıştay mensubu üyelerden birinin ya da her ikisinin bulunmaması halinde ise Yönetim Kurulunun diğer üyeleri arasından gizli oyla seçim yapılır.'

'Asıl üyelerin hukukî veya fiilî sebeplerle katılamamaları halinde; Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürlerinin yerine vekâlet edenler, Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulundan katılacak üyelerin yerine ise, Yönetim Kurulunun kendi üyeleri arasından her biri için ayrı ayrı gizli oyla belirleyeceği yedek üyeler Mülâkat Kuruluna katılır.'

denilmektedir.

Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında, hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin E:1990/13, K:1990/30 sayılı kararında da vurgulandığı gibi, nitelik saptanmaksızın atama işlemi yapılamayacağından, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atamadan önceki dönemde, bu bağlamda adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Buna göre, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarıyla birlikte niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesi, hâkim ve savcı adaylığına atanabilmek için gerekli olan niteliklerin belirlenmesinde de Anayasal temel oluşturmaktadır. Bu düzenlemeyle Anayasa koyucunun amacının, yargıç ve savcılarının, mesleğe girmek için başvurdukları tarihten başlayarak yürütme organı karşısında bağımsızlıklarını koruyacak, objektif kurallara bağlı tutulmalarını sağlamak olduğu açıktır. Devletin temelini oluşturan adaletin gerçekleştirilmesi, her şeyden önce Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca, Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak olan bağımsız mahkemelerin yargıçlarının, idare karşısında yansızlıklarının korunabilmesine bağlıdır. Hâkim adaylığına atanmanın ilk koşulunu oluşturan yazılı sınav ve mülâkatın, her türlü etkiden uzak, liyakatı esas alan nesnelliği sağlayacak yöntemlerle yapılması, Anayasa'nın 'Mahkemelerin bağımsızlığı', 'Hâkimlik ve savcılık mesleği'ne ilişkin 138., 139. ve 140. maddelerinin de gereğidir. Hâkimler ve savcılar için öngörülen anayasal güvenceleri bu görevlerin fiilen icra edildiği dönemle sınırlayıp, hâkim ve savcı olarak göreve başlayabilmek için gerekli eğitimin ve formasyonun alındığı adaylık dönemini ise bunun dışında tutmak, Anayasa'nın 'atama'dan önce tespiti gereken niteliklerin belirlenmesi konusunda da mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarının gözetilmesini zorunlu kılan hükmü ile bağdaşmamaktadır.

Yargıçlık mesleğinin hak ve özgürlüklerin korunmasındaki temel işlevi, Yargıçların sadece bağımsız olmalarının değil, öyle algılanmalarının da yargının saygınlığı ve güvenilirliği bakımından taşıdığı önem ve bireylerin adil bir hukuk düzeninin sağlanması bağlamında yargıdan beklentileri de dikkate alındığında, hâkim ve savcılara tanınan Anayasal güvencenin hâkim ve savcı adaylarına tanınmadığı ileri sürülemez. Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa'daki düzenleme biçimi de bu tür bir ayırıma olanak vermemektedir. Anayasa'nın sözü kadar amacı da önem taşıdığından, yargıyla ilgili ayrıntı sayılabilecek ölçüdeki kapsamlı düzenlemeleri ve bunların amaçları birlikte değerlendirildiğinde, adalet dağıtımında tek belirleyici olan 'yargı erki' mensuplarının, adaylığa alınmalarından başlayarak anayasal güvence altında bulundukları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu güvencenin ise, hâkim ve savcı adaylarının seçimleri ve kariyerleri konusunda idarenin her türlü etkisinden uzak sadece hâkimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi,

yetenek ve ilkelerin geçerli olduğu liyakata dayanan bir sistemin benimsenmesiyle sağlanacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle hâkim ve savcılarının mesleğe alınabilmeleri için yapılan mülakatta, Kurul'un yedi üyesinden beşinin bürokratlardan oluşmasının Adalet Bakanlığını belirleyici konuma getirdiği, bu durumun ise Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ve dava konusu altı, yedi, sekiz ve dokuzuncu fıkraların iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Öte yandan, hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla saptanan idari işlemlere yasama işlemleriyle geçerlik kazandırılmasının, Anayasal dayanağı bulunmamakta ise de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca Resmî Gazete'de yayımlandıkları tarihte yürürlüğe girip, geçmişe etkili olmadıklarından Geçici 1. maddenin iptalinde hukuksal yarar bulunmadığı gerekçesiyle bu maddeye ilişkin red kararına farklı gerekçe ile katılıyorum.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

AYRIŞIK OY

5720 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (k) bendinin incelenmesi:

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 'Adayların nitelikleri' başlıklı 8. maddesi, adli ve idari yargı hâkim ve savcı adaylığına atanacaklarda bulunması gereken nitelikleri belirtmektedir. Bu niteliklerin neler olduğu madde de 10 bent halinde açıklanmaktadır. 5720 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 2802 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen iptal davasına konu (k) bendi, avukatlık mesleğinden hâkim ve savcı adaylığına geçmek isteyenlerin taşıması gereken koşulları belirlemektedir. Buna göre, avukatlık mesleğinden hâkim ve savcı adaylığına geçmek isteyenler için, 2802 sayılı HSK'nın 8. maddesinin (1) bendi hariç, diğer koşulların yanında mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibarıyla 35 yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülakatta başarılı olmak koşullarını aramaktadır.

Hâkim ve Savcılık meslekleri 'kariyer' meslek sınıfına girmektedir. Hâkimler ve savcılar göreve önce hâkim ve savcı adayı olarak başlamakta, adaylık dönemi bittikten sonra meslek içinde en yüksek derecelere kadar yükselme olanağına sahip olmaktadır. Bu mesleğe aday olarak girip ileride atanılacak hâkim ve savcılık meslekleri için gerek avukatlıktan gelenler ve gerekse fakülte mezunları için aranılan ölçütler aynıdır. Adaylık için yapılan yazılı sınav ve mülakatla, daha sonra hâkim veya savcı olarak atanacaklarda meslekleri için sahip olunması

gereken liyakatin ölçülmesi amaçlanmaktadır. Hâkim ve savcı adaylığına atanmada, gerek avukatlıktan gelenlerin ve gerekse diğer fakülte mezunlarının farklı niteliklere sahip olması gerekmemektedir. Bu durumda her iki grubun da aynı hukuksal konumda oldukları açıktır. Bu nedenle avukatlıktan gelenlerle fakülte mezunlarının farklı sınavlara tabi tutulmaları Anayasa'nın 10. maddesinde yazılı 'Kanun önünde eşitlik' ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, iptal davasına konu kural ile hâkim ve savcı adaylığına atanma koşullarını taşıyan avukatlara boş kadro sayısının belirli bir oranıyla sınırlı olmaksızın atanma olanağı getirilmiştir. Yasada herhangi bir sınır ve çerçevenin çizilmemiş olması ve aday sayısının saptanmasının tamamen Bakanlığın takdirine bırakılması belirsizlik nedeniyle hukuk güvenliği ilkesini zedelediği gibi, bu konuda yürütme organına sınırları belli olmayan bir yetkinin verilmesi, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

5720 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarının incelenmesi:

2802 sayılı Kanun'un 9/A maddesinin dava konusu altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları, 'Mülâkat Kurulu'nun kimlerden oluşacağı, Adalet Akademisinden katılacak üyelerin seçimi ve yerlerine vekâlet edecek kişilerin belirlenmesi ile Kurul üyelerinin hukuki veya ilgili bir nedenle kurula katılamayacağı durumlarında yerlerine kimlerin katılacağını düzenleyen kurallardır. Maddenin altıncı fıkrasında, Mülâkat Kurulu'nun Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği müsteşar yardımcısı başkanlığında Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulu'nun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşacağı öngörülmektedir.

Anayasa'da Hâkimlerin görevlerini yürütme ve yasama organları dahil, her türlü baskıdan uzak, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre yerine getirebilmelerini sağlamak için bağımsız olmaları kabul edilmiş, Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerine özel hükümler konulmak suretiyle anayasal güvenceler getirilmiştir.

Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında, hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerde bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin E:1990/13, K:1990/30 sayılı kararında da, nitelik tespit edilmeden atanma işleminin yapılamayacağı, yargıç ve savcılarının niteliklerinin, doğal olarak atanmadan önceki dönemde, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebileceği vurgulanmaktadır. Anayasa'nın 140. maddesi ve anılan Anayasa Mahkemesi kararı, hâkim ve savcılarının mesleğe girmek için başvurdukları tarihten itibaren yürütme organı karşısında bağımsızlıklarını korumalarını ve objektif kurallara bağlı tutulmalarını amaçlamaktadır. Bu nedenle hâkim ve savcılarının mesleğe alınabilmeleri için yapılan seçme sınavında Adalet Bakanlığı'nın belirleyici olması Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle yukarıda anılan kuralların Anayasa'nın 2., 7., 10., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği görüş ve düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

KARŞIOY ve FARKLI GEREKÇE

1.12.2007 günlü, 5270 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin altı, yedi, sekiz ve dokuzuncu fıkralarında;

'Mülâkat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.'

'Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu birer üye bulunması halinde bu üyeler Mülâkat Kurulunda asıl üye olarak görevlendirilir.'

'Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu üye sayısı birden fazla ise, Yargıtay kontenjanı için Yargıtay mensupları arasından, Danıştay kontenjanı için Danıştay mensupları arasından; Yargıtay veya Danıştay mensubu üyelerden birinin ya da her ikisinin bulunmaması halinde ise Yönetim Kurulunun diğer üyeleri arasından gizli oyla seçim yapılır.'

'Asıl üyelerin hukukî veya fiilî sebeplerle katılamamaları halinde; Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürlerinin yerine vekâlet edenler, Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulundan katılacak üyelerin yerine ise, Yönetim Kurulunun kendi üyeleri arasından her biri için ayrı ayrı gizli oyla belirleyeceği yedek üyeler Mülâkat Kuruluna katılır.' denilmektedir.

Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında, hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Bu düzenlemeyle Anayasa koyucunun amacının, hakim ve savcılarının, mesleğe girmek için başvurdukları tarihten başlayarak yürütme organı karşısında bağımsızlıklarını koruyarak, hakimlik teminatı esasına göre objektif kurallara bağlı tutulmalarını sağlamak olduğu açıktır. Dolayısıyla hâkim adaylığına atanmanın ilk koşulunu oluşturan yazılı sınav ve mülâkatın, her türlü etkiden uzak, liyakatı esas alan nesnel ölçütleri taşıyan yöntemlerle yapılması, Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatının gereğidir.

Bu durumda, hâkimler ve savcılar için öngörülen anayasal güvenceleri bu görevlerin fiilen icra edildiği dönemle sınırlayıp, hâkim ve savcı olarak göreve başlayabilmek için gerekli

Esas Sayısı : 2008/7
Karar Sayısı : 2011/80

eğitimin ve formasyonun alındığı adaylık dönemini ise bunun dışında tutmak mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasları ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle hâkim ve savcılarının mesleğe alınabilmeleri için yapılan mülakatta, Kurul'un yedi üyesinden beşinin bürokratlardan oluşmasının Adalet Bakanlığını sınav sonuçlarını belirleyici konuma getirdiğinden, 5270 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 2802 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin altı, yedi, sekiz ve dokuzuncu fıkralarının Anayasa'nın 138. ve 139. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk kararına katılmıyorum.

Diğer taraftan, hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla saptanan idari işlemlere yasama işlemleriyle geçerlilik kazandırılmasının, Anayasal dayanağı bulunmamakta ise de Anayasa Mahkemesinin iptal kararları, Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca Resmî Gazete'de yayımlandıkları tarihte yürürlüğe girdiğinden Geçici 1. maddenin iptal edilmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle geçici 1. maddeye ilişkin red kararına farklı gerekçe ile katılıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ