

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
YAYINLARINDAN : 93

Dr. Münci KAPANİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Âmme Hukuku Doçenti

İCRA ORGANI KARŞISINDA
HÂKİMLERİN İSTİKLÂLİ

Güzel Sanatlar Matbaası

A N K A R A — 1956

İnsanlık, adalet ve dürüstlük âşığı

Baha Kantar'ın

aziz hâtrasına ithaf

Justitia custos libertatis
(Adalet hürriyetin bekçisidir)

Yurt dışında bulunduğum bir sırada yakın alâkaları ve kıymetli yardımları ile bu kitabın basılıp çıkmasını mümkün kılan arkadaşım Doçent Dr. İlhan Lütem ile arkadaşım Asistan Adnan Güriz'e burada alenen teşekkür etmeği zevkli bir vazife sayarım.

M. K.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ

I. Kaza fonksiyonunun müstakil bir üçüncü kuvvet teşkil edip etmediği meselesi. Bu mesele etrafındaki münakaşalar	7
II. Kuvvetlerin ikiye veya üçe ayrılmasının mantıklı neticeleri	9
III. Kaza fonksiyonunun üçüncü bir kuvvet teşkil edip etmediği meselesi hâkimlerin istiklâli ile alakalı değildir	14
IV. Kaza fonksiyonunun pozitif hukukta yeri	17

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİMLERİN MENŞE BAKIMINDAN İSTİKLÂLİ

Vazifeye alınmada muhtelif sistemler

I. Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi	25
1. Bu sistemin lehinde ileri sürülen mütalâalar	25
2. Halk tarafından seçim sisteminin tenkidi	27
3. Halk tarafından seçim sisteminin tatbikattaki neticeleri	33
A. Fransa'da	
a) İhtilâl devresinde	33
b) Bugünkü teşkilâtta seçim sisteminin izleri	36
B. Amerika Birleşik Devletlerinde	38
C. İsviçre'de	47

VI

- II. Hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi sistemi (*Cooptation*,) 51
- III. Hâkimlerin icra organı tarafından tayini sistemi. 59
1. Hâkimlerin tayininde icra organının çok geniş serbestiye sahip olması. İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde câri olan sistemler 60
- A. İngiltere 60
- B. Amerika Birleşik Devletleri 67
2. İcra organının tayin selâhiyetinin kanunî esaslarla tahdit edilmesi. Umumiyetle Kara Avrupasında câri olan sistem 73
- IV. Hâkimlerin müstakil bir organ (Hâkimlik Yüksek Divanı) tarafından tayini sistemi. Fransa ve İtalya'da câri olan sistem 78

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÂKİMLERİN İCRA ORGANI KARŞISINDA İSTİKLÂLİNİ KORUMAĞA MATUF MÜESSESE : HÂKİMLİK TEMİNATI

- I. Hâkimlik teminatının (*Inamovibilité*) gayesi ve hukuki mahiyeti 83
- II. Hâkimlik teminatının tarihçesi 86
- III. Hâkimlik teminatının (Azilden masuniyet prensibinin) umumî istisnaları 96
1. Azil 96
2. Yaş haddi ve emeklilik 101
3. Adalet cihazının daha iyi işlemlerini temin edecek tedbirler 106
- IV. Hâkimlik teminatının Hâkimler Kanunumuzdaki istisnaları 108

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
HÂKİMLERİN İSTİKLÂLİ İLE ALÂKALI
MÜESSESELER

I.	Terfi	115
	1. Terfiin istiklâle tesiri	115
	2. Hâkimlerin terfiinde muhtelif sistemler	117
	3. Türkiye'de hâkimlerin terfi sistemi	122
II.	Disiplin	128

BEŞİNCİ BÖLÜM

HÂKİMLERİN İSTİKLÂLİNİN KUVVETLENDİRİLMESİ
YOLUNDA YENİ ADIMLAR

I.	Fransa'da 1946 Anayasası ile kurulan Yüksek Hâkimlik Divanı (<i>Conseil Supérieur de la Magistrature</i>)	135
	1. Kuruluşu	135
	2. Selâhiyetleri	139
	3. Tenkidler	141
II.	İtalya'da 1948 Anayasası ile kurulan Yüksek Hâkimlik Divanı (<i>Consiglio Superiore della Magistratura</i>)	144
	1. Kuruluşu	144
	2. Selâhiyetleri	148
	3. Tenkidler	149
NETİCE		150

Ö N S Ö Z

Bir memleketin medenî seviyesini, o memlekette adaletin tevzi edilmiş şekliyle ölçmenin mümkün olacağı hakkındaki sözün büyük bir hakikati ifade ettiğine şüphe yoktur. Bilindiği gibi, topluluk içinde adaleti temin, devletin en başta gelen vazifelerinden birini teşkil eder. İyi adaletin başlıca şartı ise, onu tevzi edenlerin, yani hâkimlerin istiklâlidir. Herhangi bir otoritenin baskı veya tesiri altında hüküm veren hâkimin adaleti yerine getiremeyeceğini söylemek, bilinen bir hakikati tekrar etmektir. Bu hakikati idrak etmiş bulunan bütün hukuk Devletlerinde bugün, hâkimlerin istiklâli, bir temel prensip ve kaide olarak kabul edilmektedir.

Sayarı dikkat olan cihet şudur ki, bu prensibin doğruluğu, yalnız liberal ve hürriyetçi rejimler tarafından değil, fakat otoriter sistemler tarafından da tanınmaktadır. Koyu bir mutlakiyet taraftarı olan BODIN'in, adaletin istiklâli fikrini müdafaa etmesi ne kadar düşündürücü ise (1), bugünkü Sovyet Rusya Anayasasında aynı prensibin yer alması da o derece mânâlıdır (2). Ancak, söylemeğe lüzum yoktur ki, bir prensibin mücerret olarak kabul ve ilânı hiçbir şey ifade etmez. Mesele, o prensibi tatbikat sahasında tahakkuk ettirebilmektir. Bu bakımdan, Sovyet Anayasasının mezkûr hükmü, sadece kâğıt üstünde kalmış boş bir beyandan ibarettir; zira, tatbikatta, Sovyet hâkimleri, hiçbir teminata sahip olmayan ve partinin direktifleri yolunda hüküm veren birer ajan mevkiindedirler (3).

(1) *Les six livres de la République*, K. IV, F. VI.

(2) 1936 tarihli *Sovyet Anayasası*, m. 112.

(3) Bk. H. J. BERMAN, *Justice in Russia*. Cambridge, mass., 1950, s. 194.

Devletin kuruluşu içinde müstakil bir adalet cihazını, ferdi hakların ve hürriyetlerin bir bekçisi ve koruyucusu olarak telâkki eden demokratik idarelerde ise, hâkimlerin istiklâlini pratik sahada temin için muhtelif kaideler ve sistemler vazedilmiştir. Hâkimlerin her türlü tesir ve müdahaleden uzak olarak hüküm verebilmeleri gayesini istihdaf eden bu kaide ve müesseseler, pozitif hukukta siyasi hürriyet rejiminin başlıca mesnetleri arasında yer alır.

Burada, ekseriya birbirine karıştırılan iki mefhumu ayırdetmek, ve hâkimlerin istiklâli meselesinin, kaza kuvvetinin istiklâli meselesiyle aynı olmadığını belirtmek lâzımdır. Kaza kuvvetinin, diğer kuvvetlerden ayrı, müstakil bir “kuvvet” teşkil edip etmediği meselesi, müteakip sahifelerde etraflıca göreceğimiz veçhile, tamamen nazari, spekülâtif bir meseledir. Bu mesele münakaşalıdır. Hâkimlerin istiklâli prensibi üzerinde ise, garp doktrininde, tam bir isttifak mevcuttur. Burada mevzubahs olan nokta, bu prensibin tatbikatta en iyi ne şekilde tahakkuk ettirilebileceği noktasıdır. Binaenaleyh, hâkimlerin istiklâli, tamamen pratik ve pragmatik bir mesele mahiyetini arzeder.

Bu mesele, demokratik memleketlerde uzun zamandanberi ele alınmış olmakla beraber, henüz tam mânasile halledilmiş sayılamaz. Tatbik sahasına konmuş olan muhtelif sistemler daima beklenen neticeleri vermemiş ve birçok hallerde gayeyi tam olarak temin edememiştir. Bazı memleketler zaman zaman bu mevzuu yeniden ele alma, ve mevcut teminatı daha müessir ve daha etraflı bir hale getirmek ihtiyacını hissetmişlerdir. Bilhassa, İkinci Dünya Harbinden sonra, yeni Anayasaların tanzimi sırasında, hâkimlerin istiklâli, üzerinde en fazla durulan meselelerden biri olmuştur. Bu istiklâli takviye gayesile, uzun çalışmalar neticesinde yeni formüller ortaya atılmış, ve yeni müesseseler meydana getirilmiştir. Garp memleketlerinde; bu sahada çalışma ve faaliyetler devam etmektedir. 1953 senesi Mayıs ayında, Fransa'nın Rouen şehrinde, hâkimlerin istiklâli mevzuu üzerinde görüşmek üzere Milletlerarası bir Kongrenin toplanmış ol-

ması, demokratik memleketlerde bu mevzua atfedilen ehemmiyetin derecesini gösterir. Rouen Kongresinde, Avrupa ve Amerika'nın muhtelif milletlerine mensup delegeler, kendi memleketlerinde hâkimlerin istiklâlini temine matuf müesseseleri izah ettikten sonra, noksanlara işaret etmişler, ve yapılmasını faydalı buldukları değişiklikler üzerine görüşlerini belirtmişlerdir. Kongre, çalışmalarının sonunda, demokrasi rejimi ile idare olunan bütün memleketlerde, kazâi fonksiyonun temel şartı olarak hâkimlerin mutlak istiklâlinin tanınması, teminat altına alınması ve korunması temennisini izhar etmiştir (4). Bu sahada dikkate şayan diğer bir hâdise de, hâkimlere müteallik meseleler üzerinde işbirliği yapmak ve hâkimlerin istiklâlini korumak gayesile 1953 Eylül ayında, Salzburg'da bir Milletlerarası Hâkimler Birliğinin kurulmuş olmasıdır.

Garp memleketlerinde, bu mevzuda gösterilen hassasiyet, ve hâkimlerin istiklâlinin takviyesi yolundaki cereyan, memleketimizde aynı mevzuun yeniden ele alınarak maksada uygun bir şekilde tanzimi hususunda hissedilmekte olan ihtiyacı daha bâriz ve daha âcîl bir hale getirmektedir. Bugün, Türkiye'de, hâkimlere tanınmakta olan teminatın kifayetsizliği, bizzat en selâhiyetli ağızlar tarafından beyan edilmekte olan bir hakikattir (5). Bilhassa son seneler zarfında siyasi mahiyette davaların geniş mikyasta artmış olması, bu te-

(4) Fransız Federal Hâkimler Birliğinin (*Union Fédérale des Magistrats*) teşebbüsü ile toplanan Rouen Kongresinin (*Journée Internationale consacrée à l'Indépendance des Juges*) çalışmaları, delegelerin irad ettikleri hitabeler ve Cumhurbaşkânı Vincent AURIOL'un hâkimlerin istiklâli hakkındaki konuşması için, "*Le Pouvoir Judiciaire*" dergisinin Mayıs 1953 sayısına bakınız.

(5) Bk. Fevzi BOZER, 1950 - 1951 Adalet Yılına Açış Nutku (*Adalet Dergisi*, 1950, sayı 10); İbrahim ERTEM, 1952 - 53 Adalet Yılına Açış Nutku (*Adalet Dergisi*, 1952, sayı 10).

minatın daha müessir bir şekilde konulması lüzumunu da arttırmış bulunmaktadır.

Yakın bir gelecekte, demokrasi rejiminin esaslı davalarından biri olarak ele alınacağına şüphe etmediğimiz, hâkimlerin istiklâli mevzuunda objektif bir araştırma yapmayı alâkaya değer bulduk. Bu etüd, Hâkimler Kanunumuzun sistematik bir tahlili değildir; pozitif hukukta hâkimlerin istiklâlini temine matuf bellibaşlı sistemlerin ve müesseselerin mukayeseli bir tetkikidir. Bir mevzuun aydınlatılması bakımından mukayeseli tetkik metodunun en verimli bir metod olduğuna şüphe bulunmasa gerektir.

Hâkimlerin istiklâli muhtelif cephelerden mütalâa edilebilir. Evvelâ, hâkimlerin davacı ve davalı (*justiciables*) karşısında istiklâli mevzuubahstir. Buna, hâkimin maddî veya ekonomik istiklâli de diyebiliriz. Hâkimin, adaleti tam bir iç huzuru ile tevzi edebilmesi için, maddî endişelerden kurtulmuş, muayyen bir refah seviyesine ulaşmış bulunması, ve taraflarca vâki olabilecek her türlü mükâfat vâdi karşısında tamamen müstağni ve müstakil olması lâzımdır. Bu istiklâl, kendisine tatmin edici bir maaş vermekle temin olunur. Bu hususta söylenecek fazla birşey yoktur.

İkinci olarak, hâkimlerin teşri organı karşısında istiklâli mevzuubahstir. Teşri organının, hâkimlerin kararlarına hiçbir suretle müdahale etmemesi, bu kararları değiştirememesi, bozamaması ve hükümlerinin infazına mâni olamaması lâzımdır. Bu da, ekseriya Anayasaya konulan bir hükümle temin olunur, ve tatbikatta bu cihetten büyük bir müşkilâta tesadüf edilmez.

Asıl mühim olan ve güç olan, hâkimlerin icra organı karşısında istiklâlini temindir. Hâkimlerin istiklâline karşı en büyük tehdit, daima icra organından gelmiştir. Bu hususta Anayasaya umumî bir hükmün konulması da kâfi değildir. Hâkimlere müteallik bilcümle muameleler, ve bu muameleler dolayısıyla hâkimlerin icra organı ile münasebetlerini tanzim için hususî hükümlere

ihtiyaç vardır. Bütün mesele, bu hükümlerin tesbitinde ve tatbikindedir. Hâkimlerin istiklâli bahsinde mevcut bütün sistemler ve müesseseler, hemen münhasıran, hâkimlerin icra organı karşısında istiklâlini temin maksadile düşünülmüş ve vazedilmiştir. Bu itibarla, tetkiklerimizi, bu esas mevzu üzerinde toplamayı faydalı bulduk.

Bu çalışmamızı beş bölüme ayırmış bulunuyoruz. Birinci bölümde, kaza fonksiyonunun müstakil bir “*kuvvet*” teşkil edip etmediği meselesini, ve bu meselenin hâkimlerin istiklâli bahsi ile münasebetini inceliyeceğiz. Burada göreceğimiz veçhile, hâkimlerin istiklâli, şu veya bu nazariyeye bağlı bir mesele olarak değil, fakat herhangi bir nazariye ve faraziyeden ayrı olarak başlı başına tetkiki ve halli lâzımgelen bir meseledir. İkinci bölümde, hâkimlerin istiklâli ile doğrudan doğruya alâkalı çok mühim bir mevzu olan “mesleğe alınma” (*recrutement*) mevzuu üzerinde duracağız. Etüdümüzün en uzun bölümünü teşkil eden bu kısımda, hâkimlerin intihap ve tayininde muhtelif sistemleri, ve bunların fayda ve mahzurlarını tetkik ederek, bu sistemlerin tatbik edilmekte oldukları muhtelif memleketlerde vermiş oldukları ameli neticeleri gözden geçireceğiz. Üçüncü bölümü, hâkimlerin icra organı karşısında istiklâlini korumağa matuf olan hâkimlik teminatı müessesesine hasretmiş bulunuyoruz. Bu bölümde, evvelâ hâkimlik teminatının hukuki mahiyetini ve umumî olarak menşei ve tarihçesini tetkik ettikten sonra, bu müessesenin istisnaları üzerinde duracağız. Bu münasebetle Türkiye’de hâkimlik teminatını ayrıca ele alarak bu teminatın kifayetsizliğini belirtmeğe çalışacağız. Hâkimlerin istiklâli ile yakından alâkalı iki müessese, terfi ve disiplin, dördüncü bölümün mevzuunu teşkil edecektir. Birinci kısımda, evvelâ terfiin hâkimlerin istiklâli üzerindeki tesirini ve bunun objektif esaslara bağlanması lüzumunu belirttikten sonra, bazı memleketlerde câri olan terfi sistemleri ile bizdeki terfi sistemini inceliyeceğiz. İkinci kısımda, adli disiplin mevzuunda umumî esasları kaydederek, bu esaslar muvacehesinde bilhassa mevzuatımızdaki hükümlerin ten-

kide şayan cihetlerini işaret edeceğiz. Nihayet, beşinci ve son bölümü, yeni Fransız ve İtalyan Anayasalarının, hâkimlerin istiklâlini takviye gayesile kurmuş oldukları Yüksek Hâkimlik Divanlarına tahsis etmiş bulunuyoruz. Burada, bu yeni müesseselerin kuruluşlarını, vazife ve selâhiyetlerini ve bu hususlarda yapılan tenkidleri gördükten sonra, netice kısmında, bu şekilde bir müessesenin memleketimizde de kurulmasının şayanı arzu olup olmadığı hakkında kanaatimizi ifade edeceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ

I

Kaza fonksiyonunun müstakil bir üçüncü kuvvet teşkil edip etmediği meselesi. Bu mesele etrafındaki münakaşalar.

Devletin kaza fonksiyonunun, teşri ve icra fonksiyonları gibi, ayrı ve müstakil bir "kuvvet" teşkil edip etmediği meselesi, bilindiği üzere, âmm hukukunun ötedenberi üzerinde en fazla münakaşa edilen mevzularından birisi olmuştur. Bu meselede klâsik doktrin, Montesquieu'yü tâkiben, her devlette teşri, icra ve kazai olmak üzere "üç nevi kuvvetin" mevcut bulunduğunu bir mütearife olarak kabul etmektedir. Bu nazariye uzun zaman doktrin sahasında hâkim olduğu gibi, pozitif hukuk da daha ziyade bu görüşten mülhem olmuştur. Mamafih, taraftarları gittikçe artmış olan diğer bir görüşe nazaran, devlette üç değil, iki kuvvet mevcuttur, zira kazai otorite müstakil bir "kuvvet" olmayıp icra kuvvetine dahildir ve onun bir kolunu teşkil eder. Bu fikri müdafaa eden müellifler (1) şu tarzda muhakeme etmektedirler: Siyasî bir toplulukta ancak iki kuvvetin mevcudiyeti kabili tasavvurdur : Kanunu yapan kuvvet ve onu tatbik eden kuvvet. Bu iki kuvvetin yanında üçüncü bir kuvvete mantıkan yer olamaz. Kaza fonksiyonu, bir iddia veya ihtilâf dolayısıyla kanunun tatbikinden başka birşey değildir. Hüküm, tatbik ve icranın bir safhası olduğu cihetle kaza kuvveti de icra kuvvetinin bir parçası, bir cüzüdür.

(1) Bk. Bilhassa, *DUCROCQ, Cours de droit administratif*. 7. ci bası. c. I, s. 34 ve dev.; *BERTHELEMY, Droit administratif*, 7. ci bası, s. 17; *GARSONNET et CEZAR - BRU, Traité*

gelir (2), bu muhakeme tarzını şiddetle reddederler. Bu müelliflere göre, kaza fonksiyonu ile icra fonksiyonu arasında esaslı mahiyet farkı mevcuttur. Kaza, icranın bir safhası olmayıp başlı başına, müstakil bir tasarruftur. Hüküm daima icraya takaddüm eder ve kanunun tatbik edilip edilmeyeceğini, icra kuvvetinin müdahalesine mahal olup olmadığını tayin eder. Kanunun tatbiki hususunda hiçbir şüphe ve tereddüt bulunmayan hallerde dahi (meselâ

théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3. cü bası, c. I, s. 10 ve devamı.

DUGUIT, müstakil bir kaza kuvvetinin mevcudiyetini reddetmekle beraber, adaleti, yukarıdaki müellifler gibi, icra kuvvetine ithal etmiyor. Esasen DUGUIT, “icra kuvveti” diye de birşey tanınamakta, aleltilak “kuvvet” kelimesine ve mefhumuna itiraz ederek devletin sadece fonksiyonlarından ve organlarından bahsetmektedir. Bk. *Traité de droit constitutionnel*, 3. cü bası, c. II, s. 537, 675, 688.

HAURIOU devlette üç kuvvetin mevcudiyetini kabul ediyor; fakat kendisinin üçlü taksimi, klâsik nazariyedeki üçlü taksimin aynı değildir HAURIOU kaza kuvvetini müstakil kuvvetler meyanından çıkararak onun yerine yeni bir kuvvet, “rey kuvveti” ni (*pouvoir de suffrage*) koyuyor. HAURIOU'ya göre üç âme kuvveti şunlardır: İcra kuvveti (*pouvoir exécutif*), müzakere kuvveti (*pouvoir délibérant*), ve rey kuvveti (*pouvoir de suffrage*). Bk. *Précis de droit constitutionnel*, 2. ci bası, s. 350 - 352.

- (2) *Éléments de droit constitutionnel*, 8. ci bası, c. I, s. 538 ve dev. Ayrıca bk. MICHOU, *Théorie de la personnalité morale*, c. I, s. 281 ve dev.; COUMOUL, *Traité du pouvoir judiciaire*, 2. ci bası, s. 19 ve dev.; GLASSON et TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3. cü bası, c. I, s. 70 ve dev.

suçu itiraf ve cürmü meşhut hallerinde) bir mahkeme hükmüne ihtiyaç vardır ve kanunun doğrudan doğruya tatbiki mevzuubahs olamaz (3). Diğer taraftan, kaza fonksiyonu ile icra fonksiyonu

Klâsik üçlü taksim taraftarları - ki bunların başında ESMEIN arasında gaye bakımından da fark mevcuttur. İdare, âmme hizmetlerinin muntazam çalışmasını teminle mükelleftir; adalet ise, hukukun ihlâli halinde ona riayeti temin gayesini güder. Adaletin faaliyete geçmesi için bir alâkalı tarafından müracaat vaki olması, ortada bir iddia veya ihtilâfın mevcut bulunması lâzımdır. İdarenin faaliyeti ise bir müracaata veya hukukun ihlâl edilmiş olmasına vâbeste olmayıp tam bir teşebbüs serbestisi ile resen cereyan eder.

Bu mülâhazalar, devlette üç kuvvetin mevcudiyetini inkâr edenleri iknaya kâfi gelmemektedir. Onlara göre, kaza fonksiyonunun devletin diğer fonksiyonlarından ayrı olduğunun isbatı, bu fonksiyonun müstakil bir “kuvvet” teşkil ettiğinin isbatı sayılmaz (4). Kaza fonksiyonu belki ayrı bir fonksiyondur, fakat ayrı bir kuvvet değildir. Nasıl ki idare fonksiyonunun ayrı bir kuvvet olduğu iddia edilemezse, kaza fonksiyonunun da devletin hâkimiyet unsurlarından birisi, başlı başına bir kuvvet olduğu iddia edilemez.

II

Kuvvetlerin ikiye veya üçe ayrılmasının mantkı neticeleri.

Bu iki zat telâkki müdafileri, tezlerinden bir takım ameli düsturlar çıkarmakta, ve adli teşkilât sahasında bazı müessese ve kaideleri kendi görüşlerinin mantkı bir neticesi olarak izah etmektedirler. Bu izahları burada ele almadan şu noktayı derhal kaydetmek lâzımdır ki, adli teşkilâtta şu veya bu müessese bu iki telâkki-

(3) ESMEIN, *op. cit.*, c. I, s. 541.

(4) DUGUIT, *Traité*, c. II, s. 687.

den birine veya diğesine sıkı sıkıya bağı olmayıp, çok zaman her ikisile de kabili teliftir, ve birazdan göreceğimiz veçhile tatbikatta ayrı ayrı noktai nazarlardan hareket etmek suretiyle aynı pratik neticelere varmak mümkün olmuştur.

Kaza fonksiyonunu üçüncü ve ayrı bir kuvvet olarak kabul eden görüş, başlıca şu iki müessesenin müdafaası zmnında ileri sürülmüştür : Hâkimlerin halk tarafından intihabı ve azilden masun olmaları. Bunlardan birincisi, yani hâkimlerin halk tarafından intihabı, umumiyetle üçlü taksimın mantikî bir neticesi olarak kabul edilmektedir: Mademki devletteki bütün iktidarların kaynağı millettir, şu halde bütün iktidarlar onları kullanacak organlara doğrudan doğruya millet tarafından verilmelidir; kaza kuvveti de ayrı bir iktidar olduğuna göre onu istimal edecek olanların, yani hâkimlerin de millet tarafından intihap edilmeleri lâzımdır.

Bu muhakeme, İhtilâli müüteakip toplanan birinci Fransız Kurucular Meclisinde ileri sürülmüş, ve kaza kuvvetinin üçüncü bir kuvvet olarak tanınması neticesinde hâkimlerin halk tarafından seçilmeleri esası kabul olunmuştur (5). Mamafih, üçlü taksime taraftar olan modern âmme hukuku müellifleri, hâkimlerin halk tarafından intihabı sisteminin, kaza kuvvetinin müstakil bir iktidar olarak tanınması keyfiyetinin zarurî bir neticesi olduğu fikrini kabul etmemektedirler. Ezcümle ESMEIN, iktidarlardan birinin mümessillerinin, diğeri bir iktidarn mümessilleri tarafından seçilmesinde kuvvetler ayrınlığı prensibi bakımından hiçbir mahzur bulun-

(5) Bk. DUGUIT, *La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, s. 77. Devlette ancak iki iktidar tanıyan müellifler de, aynı muhakemeye istinaden, kaza kuvvetinin ayrı bir kuvvet olarak kabul edilmesi halinde hâkimlerin mantıkan halk tarafından intihap olmaları lâzımeleceği fikrini müdafa etmektedirler. DUCROCQ, *op. cit.*, c. I, s. 40; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, C. I, s. 13.

madığını beyan etmekte ve buna misal olarak da Amerika Birleşik Devletleri Anayasasını göstermektedir (6). Filhakika, malûm olduğu üzere, Birleşik Devletler Anayasası, kuvvetlerin ayrılması prensibine dayandığı ve kaza fonksiyonunu üçüncü ve ayrı bir kuvvet olarak kabul ettiği halde, federal hâkimlerin tayinini icra kuvveti reisine tevdi etmiştir. Diğer taraftan, hâkimlerin halk tarafından intihabı, iki kuvvet esasına dayanan bir rejimde de pekâlâ mümkündür. Netekim birinci Fransız Kurucular Meclisinde, kaza kuvvetinin ayrı bir kuvvet olduğunu kabul etmeyen birçok hatipler, hâkimlerin halk tarafından seçilmesi fikrini müdafaa etmişlerdir (7). Görülüyor ki, hâkimlerin icra kuvveti tarafından tâyini veya halk tarafından intihabı, kuvvetlerin ikiye veya üçe ayrılmalara nazariyelerine bağlı meseleler olarak değil, fakat başlı başına ele alınması ve bizzat kendi meziyet ve mahzurları bakımından müstakillen tetkiki lâzımgelen meselelerdir (8).

Devlette üç ayrı iktidar tanıyan nazariyenin ikinci mantıkî neticesi olarak hâkimlerin azilden masuniyetleri (*inamovibilité*) kaidesine işaret olunmaktadır. Şüphesiz ki, kaza fonksiyonu ayrı bir iktidar olarak tanındığı zaman, kuvvetlerin ayrılması prensibine göre, diğer iki kuvvet hiçbir suretle kaza kuvvetine müdahale ve onun mümessillerini azledemeyeceklerdir. Fakat, iki prensip arasındaki bu mantıkî ve hukukî rabita tamamen anızı olup, hâkimlerin azilden masuniyetleri kaidesi, esasında, kaza fonksiyonunu üçüncü bir kuvvet olarak tanıyan nazariyeye merbut, veya bu nazariyeden doğmuş bir kaide değildir. Bir kere, bu prensip, iyi adaletin temel şartlarından biri olarak, devlette ancak iki iktidar tanıyan müellifler tarafından da kabul edilmektedir. Sonra, asıl kayda de-

(6) ESMEIN, *op. cit.*, s. 544. Keza, GLASSON et TISSIER, s. 73.

(7) Filhakika, bu nokta üzerinde mecliste iki zıt telâkkinin taraftarları arasında tam bir mutabakat hâsıl olmuştur. Bk. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs*, s. 77.

(8) ESMEIN, *op. cit.*, C. I. s. 544.

ğer nokta, hâkimlerin azilden masuniyetlerinin, tarihi bakımdan, kuvvetlerin ayrılması nazariyesinden çok daha eski olduğudur. Filhakika, ileride etrafıca göreceğimiz veçhile, hâkimlerin azledilemez olmaları, henüz hukuki bir prensip olarak değilse de ameli bir kaide olarak Fransa'da daha onaltıncı asırdan itibaren (hattâ bazı müelliflerce onbeş ve ondördüncü asırlardan itibaren) (9) tatbik edilmekte bulunmuştur. Yazılı bir hukuk kaidesi olarak da ilk defa İngiltere'de 1701 tarihli "Act of Settlement" ile kabul edilmiştir. Bugün bu prensip, bütün hukuk devletlerinde, - bu devletlerin Anayasaları kaza kuvvetini ayrı bir kuvvet olarak kabul etsin veya etmesin - hâkimlerin istiklâlinin ilk şartı ve adaletin başlıca teminatı olarak tanınmış ve yerleşmiş bulunmaktadır.

Devlettteki iktidarları üçe ayıran klâsik nazariyeden çıkarılan bu neticelere mukabil, kaza fonksiyonunu icra kuvvetine ithal eden nazariyeden de bir takım mantiki neticeler istihraç edilmektedir. Bunlardan birincisi ve başlıcası, idarî mahkemelerin ve idarî kazanın mevcudiyetlerinin izahına taallük eder. Bu nazariye taraftarlarıncı, adli mahkemeler yanında, aynen onlar gibi kazai tasarruflarda bulunan idarî mahkemelerin mevcudiyeti, kaza kuvvetini müstakil bir üçüncü kuvvet olarak tanıyan sistemle kabili izah ve telif değildir. Filhakika, kaza kuvveti ayrı bir kuvvet olarak tanındığı takdirde, mantıkan, kanunların tatbikinden doğan bütün ihtilâfların - idarî ihtilâflar da dahil - hallinin münhasıran bu kuvvete ait olması icabeder (10). Böyle bir rejimde iki nevi mahkeme ve iki nevi kazanın mevcudiyeti, prensiplere tamamen aykırı düşer. Halbuki, kaza fonksiyonunun ayrı bir kuvvet değil de, icra kuvvetine bağlı bir fonksiyon olduğu kabul edilecek olursa mesele kendiliğinden tavazzuh eder : İcra kuvveti, muhtelif neviden ihtilâfları,

(9) MARTIN-SARZEAUD, *Recherches historiques sur l'inamovibilité de la magistrature*, s. 487 - 488; GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 126.

(10) GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, C. I. s. 74.

mahiyetlerine göre, her ikisi de kendisine bağlı olan adliye ve idare organları arasında taksim etmiştir. Bu muhakeme tarzının, nazari bakımdan doğru olduğuna şüphe yoktur. Fakat tatbikatta, kaza kuvvetinin müstakil bir kuvvet olarak tanınması, kazai selâhiyetlerin bölünmesine, ve adliye mahkemeleri yanında idarî ihtilâflara bakmak üzere idare mahkemelerinin ihdasına bir mâni teşkil etmemiştir (11).

Devlette sadece iki kuvvet tanıyan nazariyenin taraftarlarıncı, görüşlerinin isabetini ve realitelere uygunluğunu isbat zımnında ileri sürülen diğer bir mülâhaza da şudur : Umumiyetle devlet reislerine tanınan hususi af selâhiyeti, ancak kazai otoritenin icra kuvvetine dahil ve ona bağlı olduğu kabul edildiği takdirde mantıkan izah olunabilir. Bu halde, icra kuvveti reisinin, bu kuvvete bağlı olan kaza organı tarafından verilen bir cezayı, âmme menfaati veya yüksek adalet ve nasafet mülâhazalarıyla değiştirebilmesi gayet tabiidir. Fakat, mahkemelerce tayin edilen bir cezanın, icra kuvveti reisi tarafından ıskat, tahfif veya tahvil edilebilmesi keyfiyetini, kazai otoritenin müstakil bir kuvvet olduğu fikri ile uzlaşdırabilmek mümkün değildir (12).

(11) *Fransa'da, adli ve idarî otoritelerin ayrılması ve adliye mahkemelerinin idarî davalara bakmaktan menedilerek bu ihtilâfların idare mahkemelerine tevdiî, kaza kuvvetini üçüncü bir kuvvet olarak kabul eden 1791 ve III üncü yıl Anayasalarının mer'iyette oldukları zamanlara rastlar. Bk. ESMEIN, op. cit., C. I, s. 546; GLASSON et TISSIER, op. cit., C. I, s. 74 - 75.*

(12) *DUGUIT, La séparation des pouvoirs, s. 99 : "Eğer kazai nizam, iddia edildiği gibi, diğer iki kuvvetten mutlak surette müstakil, icra kuvvetinden tamamen ayrı, başlıbaşına bir kuvvet teşkil ediyorsa, hususi af selâhiyetinin mevcudiyetini izah mümkün olamaz. Bu takdirde devlet reisine böyle bir selâhiyet tanınamaz; veyahut fevkalâde bir imtiyaz olarak*

Bu mülâhaza karşısında şunu söylemek lâzımdır ki, burada da nazariye ile tatbikat birbirine uymamakta, ve sâf mantığın imkânsız olduğunu beyan ettiği bu uzlaştırma tatbikatta tahakkuk etmiş bulunmaktadır. Filhakika, pragmatik bir zihniyetin mahsulü olan Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, kaza kuvvetini üçüncü kuvvet olarak tanımakla beraber, icra kuvveti reisine hususî af selâhiyetini bahşetmekte bir mahzur görmemiştir (13).

III

Kaza fonksiyonunun üçüncü bir kuvvet teşkil edip etmediği meselesi hâkimlerin istiklâli ile alâkalı değildir.

Devlette iki kuvvet mi, yoksa üç kuvvet mi mevcuttur münakaşası üzerinde daha fazla durmayacağız. Modern âmme hukuku doktrininde, artık eskimiş ve itibarını kaybetmiş olan klâsik kuvvetler ayrılığı nazariyesile beraber bu münakaşa da bugün hakiki bir ilmî değer veya alâka arz etmekten uzak bulunmaktadır (14).

tanınabilir ki, bunun da rasyonel bir siyasi teşkilât içinde kabulü imkânsızdır". - Keza, bk. DUCROCQ, op. cit., C. I, s. 36; HAURIOU, op. cit., s. 428.

(13) ESMEIN, op. cit., c. I, s. 548, nazari bakımdan da, hususî af selâhiyetinin, kaza kuvvetine bir müdahale mahiyetinde telâkki edilemeyeceği kanaatindedir. Bu müellife göre, bunun en güzel delili, hususî affın sadece cezaya tesir ederek mahkûmiyet hükmünü ortadan kaldırmadığıdır.

(14) Bugün, bilhassa Fransız doktrininde, klâsik mânada kuvvetler ayrılığı nazariyesi hemen hemen tamamen terkedilmiş olduktan başka, devletin içinde muhtelif "kuvvetler" bulunduğu fikri de ciddi tenkidlere uğramaktadır. MONTESQUIEU'nün nazariyesini gayet etraflı ve derin bir tahlil ve tenkide tâbi tutan CARRE de MALBERG, devlet içinde üç ayrı kuvvetin mevcut oluşunun, devletin vahdeti ve

Bundan başka, pratik bakımdan da bu münazara tamamen kısır olup hiçbir müsbet netice doğurmamaktadır. Klâsik nazariyenin hararetli bir taraftan olan ve kuvvetlerin üçe ayrıldığını uzun uzamıya izah ve isbata çalışan ESMEIN dahi, devlette iki veya üç ik-

üstün devlet kudreti mefhumlariyle kabili telif olmadığını tebarüz ettirmiştir. (Bk. *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, C. II, s. 19 ve dev.). Daha yeni bazı müellifler de, "kuvvet" tâbirinin mâna ve muhtevasını aydınlatmak yolunda gayret sarfetmekte ve devlette iki veya üç kuvvetin değil, fakat bir tek kuvvetin mevcut olduğu fikrini müdafaa etmektedirler. Ezcümle, BIGNE de VILLENEUVE, "La fin du principe de Séparation des Pouvoirs" isimli kitabında, "kuvvet" kelimesini cemi olarak kullanmanın yanlış olduğunu, zira, devlette yalnız bir kuvvetin, Devlet Kudretinin mevcut olduğunu, ve bu kudretin muhtelif faaliyet sahalarda tezahürü demek olan muhtelif fonksiyonların bulunduğunu belirttikten sonra, devletin fonksiyonlarını tahlil ederek bunları yeni bir tasnife tâbi tutmaktadır. BIGNE de VILLENEUVE'e göre, devletin, ikisi asli (primordial), ikisi de müştak (dérivé) olmak üzere dört fonksiyonu vardır. Asli fonksiyonlar ki - bunlar teşebbüs serbestisine ve bağımsızlık vasfına maliktirler - teşri ve hükümet fonksiyonlarıdır (fonction législative et fonction gouvernementale). Asli fonksiyonlardan istikak eden ve ancak onlar tarafından tesbit edilmiş kaide ve hudutlar dahilinde faaliyette bulunabilen diğer iki fonksiyon ise idare ve kaza fonksiyonlarıdır (fonction administrative et fonction juridictionnelle).

Bu sahada en yeni görüş, Dijon Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Georges BURDEAU tarafından geçen seneler zarfında tekemmül ettirilerek ortaya atılan görüştür (Bk. *Remarques sur la classification des fonction étatiques*, ds. *la Revue du Droit Public*, 1945, s. 202 - 228; ve, *Traité de*

tidar bulunmasının adli teşkilât meselelerine tesir etmiyeceğini ve bu meselelerin müstakillen ele alınması lâzımgelceğini kabul etmektedir (15). Binaenaleyh, mevzuubahs münakaşanın tamamen nazari ve dogmatik bir münakaşa olduğunu ve hiçbir ameli fayda

Science Politique, 1952, C. IV, s. 300 - 316). *CARRE DE MALBERG* ve *BIGNE de VILLENEUVE* gibi *BURDEAU* da devlet içinde iktidarların taaddüt etmediğini, devlet kudretinin tek olduğunu ve bölünemeyeceğini belirttikten sonra, devletin fonksiyonlarını ele almakta ve bunların teşrii, icrai ve kazai olarak tasnifinin artık eskimiş olduğunu ve günün realitelerine uymadığını beyan ederek bu tasnifin terkedilmesi lüzumunu ile sürmektedir. *BURDEAU*'ya göre, vâkıaların müşahedesi, devletin faaliyetlerinin başlıca iki kısma ayrıldığını ve bunlardan birincisinin karar verme, ikincisinin de verilen kararları tatbik etmeden ibaret olduğunu gösterir. Binaenaleyh devletin fonksiyonları da karar verme fonksiyonu - ki müellif buna "hükûmet fonksiyonu" (*fonction gouvernementale*) adını veriyor - ve verilmiş olan kararları tatbik mevkiine koyma fonksiyonu - ki buna da "idare fonksiyonu" (*fonction administrative*) diyor - olmak üzere iki kategoriye ayrılır. Bilûmum teşrii faaliyetleri de içine almak üzere geniş manâda icrayı hükûmet birinci kategoriye teşkil eder. Kazai faaliyetler, idari faaliyetler gibi, mevcut normların, yani önceden verilmiş kararların tatbiki demek olduğundan idare fonksiyonuna dahildirler.

Umumi olarak devlet fonksiyonları bahsine taallük eden bu görüşleri etraflı bir surette incelemek, esas mevzuumuzun çerçevesi dışında kalır. Biz burada sadece bu sahadaki yeni temayüllere kısaca işaret etmekle iktifa ettik.

(15) *Op. cit.*, C. I, s. 543, 551.

temin etmediğini beyan eden müelliflere hak vermek icabeder (16).

Filhakika, kaza kuvvetinin üçüncü bir kuvvet teşkil edip etmediği meselesinin, hâkimlerin istiklâli meselesile bir alâkası yoktur. Millet namına kaza hakkını istimal eden hâkimlerin, teşri ve icra organlarının her türlü nüfuz ve tesirinden masun bulunmaları ve tamamen müstakil olmaları lüzumu, istisnasız bütün hukuk devletlerinde bir temel kaide olarak tanınmıştır. Hâkimlerin istiklâli prensibi üzerinde tam bir ittifak mevcut olduğuna göre artık, kaza bir kuvvet midir yoksa sadece bir fonksiyon mudur meselesi ile daha fazla uğraşmakta bir manâ yoktur. Kaza, kendisine ne isim verilirse o ismi taşıyacaktır (17). Şayet Anayasa bir “kaza kuvveti” ihdas ediyorsa o zaman bir “kuvvet” ten bahsetmek mümkün olacaktır. Eğer Anayasada “kaza fonksiyonu” veya “kazâi otorite” veyahut da sadece “mahkemeler” den bahsediliyorsa, bu takdirde bir kaza “kuvveti” nin mevcudiyeti ileri sürülemez.

IV

Kaza fonksiyonunun pozitif hukukta yeri.

Bu bahiste pozitif hukuk sahasına bir göz gezdirmek ve muhtelif Anayasalar tarafında kaza fonksiyonuna ayrılan mevkiî görmek kanaatımızca faydalı olacaktır. Anayasa mevzuatının kronolojik ve mukayeseli tetkiki, kaza fonksiyonuna tam manâsile müstakil bir kuvvet olarak, daha ziyade onsekizinci ve ondokuzuncu asırlarda, bilhassa MONTESQUIEU'nün tesiri altında meydana getirilen Anayasalarda rastlandığını göstermektedir. Bunun en açık misali,

(16) Bk. BARTHELEMY et DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, s. 143 - 145 ve 848; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, s. 13.

(17) BARTHELEMY et DUEZ, *op. cit.*, s. 145.

1789 tarihinde tatbik mevkiine giren Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile, 1791 ve III üncü yıl Fransız Anayasalarıdır. Kuvvetler ayrılığı prensibine istinat eden bu Anayasalarda “kaza kuvveti”, diğer iki kuvvet gibi ayrı ve müstakil bir fasıl işgal etmektedir. Keza, 1848 Fransız Anayasası da “kaza kuvveti” ne müstakil bir fasıl ayırmış bulunmakta idi (18). Mamafih, derhal şunu söylemek lâzımdır ki, “kaza kuvveti” tâbirine, yalnız kesin bir kuvvetler ayrılığı esasına istinat eden Anayasalarda değil, fakat bu esastan muhtelif derecelerde uzaklaşan Anayasalarda da rastlamak kabildir. Ezcümle bugün mer’iyette olan 1831 tarihli Belçika Anayasası, parlamenter rejim esaslarına göre tanzim edilmiş olmakla beraber, üçüncü bölümünde başlık olarak “kaza kuvveti” tâbirini kullanmıştır. Umumiyetle, ikinci dünya harbine kadar tatbik mevkiinde bulunan Anayasalarda sık sık tesadüf edilen “kuvvet” tâbirine, bu Anayasaların MONTESQUIEU nazariyesile olan karâbetlerinin ifadesi olmaktan ziyade, alışılmış bir terminoloji nazarıle bakmak daha doğru olur.

İkinci dünya harbinden sonra kabul edilen yeni Anayasalarda - bilhassa demokratik Avrupa Anayasalarında - yalnız kaza organı hakkında değil, fakat teşri ve icra organları hakkında da “kuvvet” tâbirinin pek az kullanılmış olması dikkate şayandır (19). Bu

(18) Bunlardan gayri Fransız Anayasaları iki kuvvet nazariyesine göre tanzim edilmiş olup, metinlerinde sadece “Mahkemelerden” (*Des tribunaux*) veya “Adli nizamdan” (*De l'ordre judiciaire*) bahsedilmekte idi. 1875 (Üçüncü Cumhuriyet) esas teşkilât kanunlarında ise, siyasi bir mahkeme olan Yüksek Adalet Divanı'na (*Haute - Cour de justice*) tahsis edilen birkaç madde müstesna, adli teşkilâttan bahis dahi yoktur. Bk. ESMEIN, *op. cit.*, C. I. s. 550.

(19) Yeni Avrupa Anayasaları içinde, fasıl başlığı olarak “kaza kuvveti” tâbirini kullanan yegâne Anayasa, 1952 de mer’iyete giren Yunan Anayasasıdır (m. 87). Avrupa dışı memle-

keyfiyeti, siyasi ve pratik realitelerin hukuk sahasına intikali suretinde tefsir edebiliriz. 1946 Fransız Anayasasında adli teşkilâtın “Yüksek Hâkimlik Divanı” başlığı altında, yalnız iki madde (m. 83, 84) ile bahsedilmektedir. Bu maddelerde, adli otoritenin zirvesini teşkil eden bu divanın kuruluşu ve vazifeleri tesbit olunmuştur. 1875 esas teşkilât kanunlarında adli nizamın ve kaza fonksiyonunun tamamen meskût geçilmiş olmasına mukabil, 1946 Anayasasında mezkûr hükümlere yer verilmesi oldukça manâlidir. Mafih, Yüksek Hâkimlik Divanının kuruluşunda yegâne gaye hâkimlerin istiklâlini takviye etmek olup, bundan, “kaza kuvveti”nin yeniden ihdas edildiği yolunda bir manâ çıkarmak hakikate aykır düşer (20).

1 Ocak 1948 tarihli Yeni İtalyan Anayasasında adli teşkilâta ve hâkimlerin statüsüne Fransız Anayasasına nazaran daha geniş bir yer ayrılmıştır (m. 101 - 114). Müstakil bir adliye cihazının kurulmasını istihdaf eden bu hükümler “Hâkimlik” “*La Magistratura*” başlığı altında toplanmış bulunmaktadır. İtalyan Anayasası tanzim edilirken “kuvvet” tâbirinin istimalinden hassaten kaçınılmış olması kayda değer (21). Mafih, Anayasada “kuvvet”

ketlerin Anayasalarında eski terminolojiye daha ziyade yer verildiğini görüyoruz (Bk. ezcümle, 1946 tarihli Japon Anayasası, m. 76 ve devamı; 1948 tarihli İsrail Anayasası, m. 70 ve devamı).

(20) Bk. LYON - CAEN, *La justice dans la Constitution du 27 octobre 1946*. Dalloz, 1947, *Chron.* s. 5 - 7; WARLOMONT, *Le magistrat: Son statut et sa fonction*. Bruxelles, 1950, s. 69.

(21) Anayasa projesini hazırlayan komisyonun reisi Sig. RUINI, *mûcip sebepler raporunda bu terimin “nazari bir tasnifin doğurabileceği müphemiyet ve mahzurları önlemek” maksadile kullanılmamış olduğunu beyan etmiştir. Bk. La Costituzione della repubblica Italiana (Illustrata con i lavori prepa-*

kelimesine başlık olarak hiç rastlanmamakla beraber, 104 üncü maddede “Hâkimlik, diğer hiçbir kuvvete bağlı olmayan müstakil bir vazife (*ordine*) dir” (22) denilmekle eski terminolojiye bir madde içinde yer verilmiştir. Bununla beraber, hâkimlerden ve adli teşkilâtın bahsedilirken kullanılacak kelimeler üzerinde dikkat ve hassasiyetle durulup “*ordine*” tâbirinin “*potere*” (kuvvet) tâbirine tercih edilmiş olduğunu da kaydetmek lâzımdır (23).

23 Mayıs 1949 tarihli Bonn Anayasasında, kaza fonksiyonu-na ve adli teşkilâta müteallik fasıl “kazai faaliyet” (*Die Rechtsp-rechung*) başlığını taşımaktadır. Buna mukabil, 92 inci maddede, “kaza kuvveti” nin (*Die Rechtsprechende Gewalt*) hâkimlere ve-rilmiş olduğu beyan edilmiştir.

1924 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bu hususta kullanmış olduğu terminolojiye gelince, bunun, siyasi teşkilâtımıza hâkim olan temel prensiple telif ve izahının biraz güç olduğunu söylemek lâzımdır. Filhakika, bilindiği gibi “kuvvetlerin birleşme-si” prensibine istinat eden Anayasamız, teşri ve icra fonksiyonları hakkında “vazife” tâbirini kullandığı halde, kaza fonksiyonunu “kazai kuvvet” olarak adlandırmıştır. Bir taraftan, devletin ilk iki temel fonksiyonu hakkında “vazife” tâbirinin kullanılması, diğer taraftan, iktidarların ayrılığı prensibini esas itibariyle kabul eden sistemlerde dahi müstakil bir kuvvet teşkil edip etmediği muna-

ratori da V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino) Roma, 1948, s. 185).

(22) Dr. Akif ERGİNAY tercümesi. İtalya Cumhuriyeti Anaya-sası. (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1951, c. VIII, sayı, 1 - 2, s. 777).

(23) Bk. Franco PIERANDREI, L' Organisation constitutionnelle de la république italienne. Ds. La Constitution italienne de 1948. (Recueil d'études sous la direction de Emilio CROSA). Paris, 1950, s. 171.

kaşalı olan kaza fonksiyonunun bir “kuvvet” olarak vasıflandırılması, öyle zannediyoruz ki, sadece Anayasamıza has bir tasnif ve tertiptir. Bu terimlerin seçilmesinde hususî sebeplerin mevcut olup olmadığı, ve şayet mevcutsa bu sebeplerin neler olduğu hakkında aydınlatıcı malûmata maalesef sahip bulunmuyoruz (24). Bu mesele üzerinde duran ve mezkûr tâbirlerin kullanılmasındaki sebebi hukukî bakımdan izaha çalışan bir müellife göre, “kaza hakkı doğrudan doğruya milletin elinde tuttuğu ve Büyük Millet Meclisinin tüzel kişiliğinde temsil edilmemiş bir iktidar olduğundan, millete ait bu hakkın millet tarafından vasıtasız bir kuvvet ve hâkimiyet tezahürü suretinde kullanılması, tasarruf edilmesi sebebiyle, buna Anayasada haklı olarak (Yargı erki) kaza kuvveti denmiştir” (25).

Bu izah tarzından maalesef sarîh bir manâ çıkaramadığımızı, lâfzî olarak çıkan manâyı da tatmin edici olmaktan uzak ve hukuk mantığına aykırı bulduğumuzu söylemek zorundayız. Bilindiği üzere, Anayasamızın istinat ettiği millî hâkimiyet prensibine göre, bütün iktidar ve selâhiyetlerin sahibi ve menşei millettir. Millet, bu selâhiyetlerin istimalini, doğrudan doğruya veya bilvasıta seçmiş olduğu organlara devreder. Kaza selâhiyeti de bunlardan biridir. Müellifin, “kaza hakkı doğrudan doğruya milletin elinde tuttuğu... bir iktidardır” ve “millete ait bu hakkın millet tarafından vasıtasız bir kuvvet ve hâkimiyet tezahürü suretinde kullanılması..” ibarelerinden ne kasdettiğini anlıyamadık. Kaza hakkı, millet

(24) Dr. R. G. OKANDAN, “*Âmme Hukukunda Kuvvetler Bölümü Meselesi*” isimli etüdünde (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1936, s. 513, not. 41) bu noktaya temasla “böyle bir tâbirin kullanılmasındaki sâikin ne olabileceği hususunda yaptığımız araştırmalarda bizi tenvir edecek delillere tesadüf edemedik” demektedir.

(25) A. Refik GÜR, *Hâkimlik mesleği hakkında düşünce ve dilekler*, Konya, 1949, s. 49.

tarafından değil, fakat millet adına müstakil mahkemeler tarafından kullanılır. İhtimal ki, müellif, kaza selâhiyetinin, icra selâhiyeti gibi Büyük Millet Meclisi vasıtasile değil de, vasıtasız olarak doğrudan doğruya mahkemelere tevdi edilmiş olduğunu, ve bu bakımdan buna “kuvvet” denildiğini ifade etmek istemektedir. Fakat, bu takdirde, millet tarafından doğrudan doğruya Meclise tevdi edilen teşri selâhiyeti hakkında da aynı tâbirin kullanılması lâzım gelmez miydi?

Anayasamızda, kaza fonksiyonu hakkında “kuvvet” tâbirinin kullanılmasını, sadece, mahkemelerin ve hâkimlerin teşri ve icra organları karşısında istiklallerini tebarüz ettirmek gayesine atfetmek, en doğru ve makul izah tarzı olsa gerektir (26). Fakat, “bu tarzda bir tâbirin kullanılması, kuvvetlerin tevhide prensibile tezat ifade edebilecek mahiyette olmaktan da geri kalmamaktadır” (27). Türkiye Cumhuriyetinin siyasi teşkilâtının tanziminde kuvvetler ayrılığı fikri tamamen reddedilmiş olduğuna göre, Anayasada klâsik teşri, icra ve kaza bölümüne, ve bilhassa “kuvvet” tâbirine yer verilmemesi ve fasıl başlığı olarak “Meclis”, “Hükûmet”, “Mahkemeler” gibi terimlerin kullanılması şüphesiz ki daha doğru olurdu (28).

(26) Bk. A. F. BAŞGİL, *La constitution et le régime politique* (ds. *La Vie juridique des peuples : Turquie, 1939*, p. 34). Keza, OKANDAN, *loc. cit.*, s. 513, not 41.

(27) OKANDAN, *loc. cit.*, aynı not.

(28) Bu nokta, *Teşkilâtı Esasiye Kanunu lâyihasının mecliste müzakeresi sırasında İzmir Mec'usu Saracoğlu Şükrü Bey tarafından ehemmiyetle tebarüz ettirilmiştir. Kabul edilen prensiple, yapılan taksim ve kullanılan terminoloji arasındaki tenakuzu belirten Şükrü Bey, bu hususta ezcümle şöyle demiştir: “Biraz evvel yok dedikleri şeyi, kuvvei kazaiye, vazife icraiye ve selâhiyeti icraiye, vezaifi teşriiye ilâh. gibi serlevhalarla fasıllara ayırıyorlar. Halbuki bu fasıllar, Meclis,*

Pozitif hukukun tetkikinden görülüyor ki, bir kısım Anayasalar kaza fonksiyonunu ayrı bir “*kuvvat*” olarak kabul etmiş, diğer bir kısım Anayasalar ise ona bu sıfatı tanımamışlardır. Fakat, siyasi bünyelerinde ne gibi farklar bulunursa bulunsun ve esas teşkilâtlarında bir “*kaza kuvveti*” mevcut olsun veya olmasın, hukuka istinat eden bütün devletler, kaza fonksiyonunu icra eden hâkimlerin müstakil olmaları prensibini istisnasız olarak tanımışlar ve bu prensibi teminat altına almak için müsbet kaideler kabul etmişlerdir. Demek oluyor ki, hâkimlerin istiklâli, kuvvetler ayrılığı nazariyesinin bir neticesi olmadığı gibi, müstakil bir kaza kuvvetinin mevcudiyetine de bağlı değildir. Bu hale göre, üzerinde durulması lâzımgelen mesele, bir “*kaza kuvveti*” var mıdır, yok mudur veya olmalı mıdır, olmamalı mıdır meselesi değil, fakat var olmasının lüzumu üzerinde şüphe bulunmayan, hâkimlerin istiklâli, ve bu istiklâlin en iyi ne şekilde temin edilebileceği meselesidir (29).

Heyeti Vekile, Hâkim, v.s. gibi çok daha tabii ve çok daha doğru isimlerle tevsim edilerek taksim edilebilir. - T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 2 inci İntihap Devresi, C. 7, s. 522.

(29) Bk. BARTHELEMY et DUEZ, op. cit., s. 848.

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİMLERİN MENŞE BAKIMINDAN İSTİKLÂLİ

Vazifeye alınmada muhtelif sistemler

Hâkimlerin istiklâlinin, vazifeye alınışları (*recrutement*) şekliyle doğudan doğruya alâkalı olduğuna şüphe yoktur. İstiklâli temin eden unsur ve şartların, kıymet ve müessiriyet ifade edebilmeleri için, daha başlangıçta mevcut olmaları lâzımdır. Diğer taraftan, hâkimlerin vazifeye alınış şekil ve şartları, onların evsaf ve seviyelerini tayinde büyük bir rol oynar. Düşük seviyede, ehliyetsiz hâkimlere teminat ve istiklâl tanımadaki ise, cemiyet bakımından, fayda değil, belki zarar melhuzdur (1).

Hâkimlerin mesleğe alınmalarında, nazari ve tatbiki sahada, başlıca üç sistem mevcuttur: Halk tarafından seçim sistemi, hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi sistemi (*cooptation*), ve icra organı tarafından tayin sistemi. Bu belli başlı üç sisteme, yakın zamanlarda yeni bir sistem daha ilâve olmuştur. Bu da, hâkimlerin, Anayasa ile kurulmuş müstakil bir organ tarafından tayini sistemidir. Şimdi bu muhtelif sistemlerin hususiyetlerini, ve bilhassa hâkimlerin istiklâli bakımından fayda ve mahzurlarını yakından inceleyelim (2).

(1) COUMOUL, *op. cit.*, s. 303.

(2) *Tatbik sahası gayet mahdut olan, fayda ve mahzurları bakımından da halk tarafından seçim sisteminden çok farklı olmayan teşriî meclis tarafından seçim sistemi, başlıca sistemler arasında yer almadığı cihetle burada ayrıca tetkik mevzuu olarak ele alınmayacaktır.*

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi.

1. *Bu sistemin lehinde ileri sürülen mütalâalar.*

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi usulünün müdafaası, umumiyetle nazari ve *apriori* delillere istinat ettirilmektedir. Birçokları, bu sistemi, doğrudan doğruya milli hâkimiyet prensibine bağlamakta ve bu prensibin mantıkî bir neticesi addetmektedirler (3). Bu görüşe nazaran, bütün iktidarlar gibi kaza kuvveti de millete ait olduğu cihetle, bu kuvveti istimal edecek olan hâkimlerin millet tarafından seçilmeleri lâzımgelir. Hâkimler icra organı tarafından tayin edilemez; zira, icra organının kendisi bir vekildir ve kaza hakkına sahip değildir; binaenaleyh kendisine ait olmayan bir selâhiyeti başkalarına devredemez.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi, diğer taraftan, kuvvetler ayrılığı prensibinin de mantıkî bir neticesi olarak gösterilmiştir (4). Kaza kuvveti, teşri ve icra kuvvetleri gibi ayrı ve müstakil bir kuvvettir. Bu itibarla, bu kuvvetin mümessilleri olan hâkimlerin, diğer kuvvetlerin mümessilleri gibi millet tarafından seçilmeleri icabeder. Hâkimlerin icra kuvveti tarafından tayini, kaza kuvvetinin başlı başına müstakil bir kuvvet teşkil ettiği mefhumu ile telif edilemez.

Halk tarafından seçim sisteminin yukarıdaki prensiplerle izah ve müdafaasından başka, bu sistemin lehinde, daha sübjektif mahiyette bazı mülâhazalar ileri sürülmüştür. Ezcümle, MONTESQUIEU, *Kanunların Ruh'u*nda (5), halkın iyi hâkimleri seçip iş başına getirmekteki istidat ve ehliyetinden bahsetmektedir.

(3) *Bk. GLASSON et TISSIER, op. cit., C. I, s. 96.*

(4) *Bk. BARTHELEMY et DUEZ, op. cit., s. 848; GLASSON et TISSIER, op. cit., s. 96.*

(5) *Esprit des Lois, K. II, F. II.*

MONTESQUIEU, ye nazaran “Halk, otoritesinin bir kısmını kendilerine emanet edeceği kimseleri seçmekte takdire şayan bir isabet gösterir. Bu hususta, gözünden kaçmasına imkân olmayan şeylere ve elle tutulur vâkıalara itibar etmesi kâfidir. ... O bilir ki falanca hâkim vazifesine sadıktır, birçok kimseler, huzurundan memnun olarak ayrılmaktadırlar, kendisi rüşvet ve irtikâba tenez-zül etmemiştir: bunlar, o şahsı hâkim (*préteur*) seçmesi için kâfi sebep teşkil ederler”. Diğer bir müellif (6), aynı fikri şu suretle müdafaa etmiştir : “Hâkimin metin ve müstakil bir seciyeye sahip olması son derece ehemmiyetlidir.. İstiklâl ve tarafsızlık vasıfları ise kendilerini her günkü hayatta belli ederler. Binaenaleyh halk, bu vasıfları, gelmiş ve gelecek herhangi bir Adliye vekilinden daha iyi seçebilecek mevkidedir. Müntehip, namzetle birlikte yaşar; halbuki Adliye vekili için namzet, tamamen bir yabancıdır. Şayanı itimat olmayan bir adam hiçbir zaman halkın şuurunu gafil avlıyamaz.”

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi lehinde, nazari ve sübjektif mülâhazalardan mücerret olarak ileri sürülen ve pratik bir kıymet ifade eden en kuvvetli delil şudur : Halk tarafından seçim, hâkimleri icra organı karşısında tamamen müstakil kılar. Filhakika, bu, isbata ihtiyaç göstermiyen bir keyfiyettir. Halkın rey-i ile mahkemedeki mevkiini işgal eden hâkimin hükümetten ne bir korkusu, ne de bir beklediği vardır. Muayyen bir vazifeye, muayyen bir devre için, muayyen bir maaşla gelen hâkim, vazifesinin devamı müddetince terfi ümit ve kaygısından azâde olacağı gibi, siyasi iktidarı ellerinde tutanları gücendirmek endişesinden de tamamile masun bulunacaktır. İcra organı ile hiçbir ilişkisi olmayan ve ondan hiçbir lütuf beklemeyen hâkimin, iktidar karşısında tam bir istiklâle sahip olacağı şüphesizdir.

(6) FENET, *De l'élection des juges, 1882* (LALLEMAND zikrediyor : *Le recrutement des juges. Paris, 1936, s. 61.*)

2. Halk tarafından seçim sisteminin tenkidi.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi lehindeki deliller gayet câzip, ve bazı cihetlerden de hakikaten mantıktır. Bilhassa, adaletin tevziinde icra organının tesir ve nüfuzunu bertaraf etmesi bakımından temin ettiği fayda, bu sistemin hararetili taraftarlar kazanmasında başlıca âmil olmuştur. Fakat, buna mukabil, halk tarafından seçim usulü son derece ağır mahzurlar arzeder. Filhakika, bu usulün mahzurları yanında, temin ettiği fayda çok hafif kalır; ve bundan dolayıdır ki bu sistem tatbikat sahasında geniş bir mevki işgal edemediği gibi, doktrin sahasında da muarızlarının sayısı, taraftarlarının sayısına nisbetle daima çok daha büyük olmuştur.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemine muhtelif cephelerden yapılan tenkidleri şu suretle sıralayabiliriz :

a) Halk tarafından seçim, hâkimlerin istiklâlleri bakımından vaziyetlerinde netice itibarile bir değişiklik husule getirmez: zira, hâkim, icra organı karşısında kazandığı istiklâli, kendisini seçenler karşısında kaybedecektir. Hâkimin, icra organı ile arasındaki bağ ortadan kalkacak, fakat onun yerine, tekrar seçilebilmek için reylerine muhtaç olduğu müntehipleri arasında zarurî bir bağ teessüs edecektir. Şayet hâkimler kaydı hayat şartı ile seçilmiş olsalardı, hükümet muvacehesinde olduğu gibi, müntehipleri muvacehesinde de tam ve mutlak bir istiklâle sahip olurlardı. Fakat bu usul, demokrasinin esasına ve her türlü seçimin milli hâkimiyet prensibinin icabı olarak muvakkat bir zaman için yapılması kaidesine aykırı düşeceğinden başka, kaydı hayat şartile seçilen hâkimlerin devlet içinde muazzam bir kuvvet teşkil etmelerinden, ve bu kuvvetin diğer organları tesir ve tazyik altında bulundurmasından da korkular (7). Binaenaleyh, hâkimlerin muayyen bir dev-

(7) Bk. *ESMEIN*, *op. cit.*, c. I, s. 552; *GLASSON et TISSIER*, c. I, s. 97.

re için intihap edilmeleri şarttır. Diğer taraftan, intihap devresi sonunda bir hâkimin yeniden seçilebilmesi esasını da kabul etmek lâzımdır. Aksi takdirde, sadece birkaç sene için hâkimlik kürsüsüne oturmağa razı olacak kıymetli hukuk adamlarının bulunması biraz güç olacağı gibi, bir devre esnasında ehliyet ve dirayetini isbat etmiş iyi bir hâkimin vazifesinde alıkonulması da ummun menfaati iktizasındandır (8). Şu halde, bu sistemde, hâkim ancak muayyen bir devre için seçilecek ve bu devre nihayetinde yeniden seçilebilmek imkânına malik olacaktır. Tekrar seçilmek gaye ve kaygısı ile hareket eden bir hâkimin münthepleri karşısında istiklâlınden bahsetmeğe imkân yoktur. Filhakika, hâkim, reylerini talep edeceği müntheplere hoş görünmek mecburiyetindedir : zaman zaman onların arzu ve temayüllerini yokhyacak ve bu arzu ve temayülleri tatmin etmeye çalışacaktır. Bu şartlar altında, bir eli müntheplerin nabzında olduğu halde hüküm veren hâkimin kararlarına, mutlak adalet düşüncesine yabancı mülâhazaların müessir olması ihtimali her zaman için mevcuttur. Keza, gene bu şartlar altında, adaletin tevzii gayesine ve metodlarına tamamen yabancı bazı âdetlerin teessüs etmesi de daima melhuzdur (9).

b) Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi, zaruri olarak, adalete siyasetin karışması neticesini tevlit eder. Filhakika, bir hâkim namzedi, muayyen bir seçim dairesinde kazanabilmek

(8) *ESMEIN*, c. I, s. 552.

(9) *Netekim*, Amerika Birleşik Devletlerini teşkil eden federe devletlerin bazılarında (ezcümle Şimalî Dakota'da) bazı hâkimlerin, müntheplerin teveccühünü kazanmak gayesile, mahkemenin gördüğü işlere dair haftalık bültenler neşrettikleri; bazılarının da, rüyet ettikleri davaları, dava mevzuu ile alâkası olmayan meseleler hakkında şahsi noktai nazarlarını açıklamak için vesile ittihaz ettikleri görülmüştür. Bk. H. J. LASKI, *Studies in Law and Politics*, 1932, s. 166.

için, çok defa, o seçim dairesinde bir siyasi partinin resmi veya gizli desteğine muhtaç olacaktır. Bu şekilde, bir partinin müzaheret ve desteği ile iş başına gelen bir hâkimin o partiye medyun bulunması gayet tabiidir. Şayet mevkiini muhafaza etmek istiyorsa, partinin umumî politikasından ayrılmamayı ve her hususta mahallî parti teşkilâtı ile birlikte yürümeyi kendisine bir vazife edinecektir (10). Bu şartlar altında bir hâkimin tevzi edeceği adaletin yüksek dozda siyasetle mahlût bulunacağına şüphe yoktur. Hâkimlerin seçimi partiler dışı bir esasa bağlanmak ve parti patronajına yer verilmemek istense dahi neticede büyük bir değişiklik hâsıl olmayacaktır. Zira, bizatihi seçim hâdisesi, mahiyeti itibarile siyasi bir vasa maliktir. Binaenaleyh, bütün seçimlerde olduğu gibi, hâkimlerin seçiminde de siyasi ihtirasların mühim bir rol oynamasının önüne geçilemeyecektir (11).

c) Halk tarafından seçim usulünün, diğer taraftan, hâkimin tam ve mutlak olması icabeden tarafsızlığı üzerine bir şüphe gölgesi düşüreceğinden endişe edilebilir. Filhakika, hâkim, kendisinin seçilmesine mâni olmak için ellerinden geleni yapmış olan dünkü muarızları ile, seçimi kazanmasına yardım etmiş olan taraftarları davacı ve davalı olarak huzuruna geldikleri zaman acaba bitaraflığını muhafaza edebilecek midir? Etse bile bu hususta zihinlerde bir şüphe uyanmıyacak mıdır? (12).

d) Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemine karşı yapılan tenkidlerin mühim bir kısmı, halkın bu hususta isabetli bir seçim yapmağa ehil olmadığı noktası üzerinde toplanmaktadır. Birçok müellifler bu mesele üzerinde durarak, halkın, namzetler arasından iyi hâkim olacak vasıfta kimseleri ayırdedebilmek im-

(10) Bk. LALLEMAND, *op. cit.*, s. 60.

(11) Bk. GLASSON et TISSIER, *c. I*, s. 97.

(12) COUMOUL, *op. cit.*, s. 305.

kânından mahrum bulunduğunu tebarüz ettirmektedirler (13). Halk tarafından seçim sistemine taraftar olanlar ise, bu hususta vaki olan tenkidleri şu şekilde bir muhakeme tarzı ile bertaraf etmek istemişlerdir : “Bana, meb’usumu seçmek hakkı veriliyor da, hâkimimi seçmek hakkı niçin verilmiyor? Yazılı kanunu tefsir edecek olan hâkimi seçmek, kanunu yazacak olan meb’usu seçmekten bin defa daha kolaydır” (14). İlk nazarda gayet kuvvetli ve parlak görünen bu mantık, hakikatte sakat ve aldatıcı bir mantıktır. Bir kere, hâkimlik ile meb’usluk arasındaki esaslı fonksiyonel farklar nazarı itibare alınmamaktadır. Meb’uslar bir araya gelerek bir meclis teşkil ederler, ve teşkil ettikleri bu meclis hey’eti umumîyesi itibarile vasatın fevkinde, küçük menfaatlerin ve mahalli tesirlerin üstüne yükselebilmiş bir topluluk manzarası arzeder (15). Aynı şeyi, bir takım mahalli siyasi kombinezonlar neticesinde seçilmiş münferit hâkimler hakkında söyleyebilmek biraz güçtür. Sonra, asıl mühim olan cihet, hâkimlerin alelâde vatandaşlar olmayıp bir takım hususî vasıfları haiz kimseler olduğu, veya olması lâzım geldiği hususudur. Filhakika, hâkimlik bir meslektir; binaenaleyh, hâkim olacak şahsın, yüksek ahlâki fazilet ve fikrî meziyetleri yanında, sağlam bir meslekî formasyona, hukuki bilgi ve tecrübeye, ve hattâ yerine göre ihtisasa sahip bulunması icabeder. Geniş bir müntehipler kütesinin, namzettteki bu teknik vasıfları ve meslekî ehliyet derecesini teşhis ve tefrik edebilmek kabiliyetinden mahrum bulunduğu bedihî bir hakikattir. Halk umumiyetle reyini ehil ve en lâıyk olana değil, fakat fikirlerini en ziyade

(13) Bk. *Ezcümle*, LASKI, *op. cit.*, s. 165; ESMEIN, *op. cit.*, c. I, s. 552; COUMOUL, *op. cit.*, s. 305; GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 97.

(14) JULES SIMON, *Liberté politique*, s. 184 (BARTHELEMY et DUEZ zikrediyor, *op. cit.*, s. 850).

(15) BARTHELEMY et DUEZ, *op. cit.*, s. 850.

okşyana, veyahut da, hiç düşünmeksizin, tercih ettiği partinin adama vermeğe mütemayildir (16).

Halkın, iyi hâkim olacak vasıfta namzetleri ayırdedebilmek hususundaki ehliyetsizliğinin tecrübe ile de sübutu karşısında, bazı müellifler ve siyaset adamları, hâkimlerin intihabının, yalnız hukukçulardan mahdut bir müntehipler hey'etine tevdi edilmesi fikrini ileri sürmüşlerdir (17). Bu fikre göre, hâkimleri seçmek hakkı, münhasıran hâkimler, avukatlar, "avoé" ler, noterler ve hukuk profesörlerinden teşekkül edecek hususi bir müntehipler hey'etine verilmelidir. Bu şekilde bir intihap hey'eti tarafından seçilecek hâkimlerin, umumî reyle seçilecek hâkimlere nazaran daha ehil ve daha tecrübeli olacaklarını kabul etmek lâzımdır. Ancak, elde edilen bu faydaya mukabil, neticenin, hâkimlerin istiklâli ve tarafsızlığı bakımından, doğrudan doğruya halk tarafından seçimde olduğundan belki daha mahzurlu bulunduğunu da söylemek icabeder. Filhakkı, intihap edenle edilen arasındaki rabita ve bu rabitanın intihap edilenin müntehipleri karşısında hareket serbestisine ve istiklâline olan tesiri, bu defa, hâkimle, çoğunluğunu avukatların teşkil edeceği bir müntehipler hey'eti arasında mevzuubahs olacaktır. Bir hâkimin, mevkiini, hergün huzurunda dava takip eden avukatlara medyun bulunmasının, veyahut ta, tekrar seçilebilmek için, onlardan rey talep etmek vaziyetinde olmasının adalet namına ne kadar endişe verici bir keyfiyet olduğunu söylemeğe lüzum yoktur (18).

(16) Bk. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 97; ve H. J. LASKI, *op. cit.*, s. 165.

(17) Bu fikir Fransa'da bilhassa Jousserandot, Béranger ve Jules Favre tarafından ileri sürülmüş ve hattâ bir aralık Parlâmentoya bu yolda bir kanun teklifi dahi yapılmıştır. - Bk. GLASSON et TISSIER, s. 98, not 1; LALLEMAND, s. 65 - 66.

(18) Bk. LALLEMAND, *op. cit.*, s. 66.

Acaba, doğrudan doğruya halk tarafından seçim usulünde, seçilecek olan hâkimlerin tamamen ehliyetsiz kimseler olmalarını ön-
liyecek bazı tedbirlerin alınması mümkün değil midir? Şüphesiz ki
bu mümkündür. Ezcümle kanun, hâkimliğe namzetliğini koyacak
şahısların, yaş, iyi ahlâk sahibi olmak gibi şartlar yanında, bir Hu-
kuk Fakültesi mezunu olmak, hattâ baroda veya hukukla alâkalı bir
sahada muayyen tecrübeye sahip bulunmak gibi şartları da haiz ol-
malarını derpiş edebilir. Ancak, bu şartlar, daima iyi hukukçuların
hâkim olmalarını temine kâfi değildir. Filhakika, umumiyetle en ehil
ve en tecrübeli hukukçular, baroda avukat veya bir müessesede mü-
savir olarak kendilerine mevki ve şöhret yapmış olan kimselerdir.
Bu kimselerin, emin ve kazançlı mevkilerini terkederek bir kaç sene
için hâkimlik yapmağa razı olacakları (bahusus yeniden seçilmenin
meşkûkiyeti ve birkaç senelik bir gaybubetten sonra avdetlerinde es-
ki mevkilerini tekrar elde edebilmenin güçlüğü düşünülecek olursa)
hayli şüphelidir (19). Diğer taraftan, hakikaten kıymetli ve olgun
hukukçuların, neticesi meçhul, gürültülü bir seçim mücadelesine
atılmayı göze alacakları kabul edilse dahi, bu mücadelede daha
genç, daha atılgan ve taktik kullanmada daha mahir elemanlar kar-
şısında kazanma şanslarının pek yüksek olmadığını da hesaba
katmak lâzımdır (20). Görülüyor ki, halk tarafından seçim usulü,
diğer mahzurları yanında, iyi namzetlerin ortaya çıkmasını ve seçil-
mesini temin edememek gibi bir mahzuru da ihtiva etmektedir.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemine karşı yapılan
bu tenkidler, *a priori*, nazari tenkidler değildir; tatbikatta elde edi-
len neticelere istinaden yapılmış tenkidlerdir. Doktrinde verilmiş
olan hükümleri gördükten sonra, sistemin tatbikatta nasıl işlediğini

(19) ESMEIN, *op. cit.*, c. I, s. 552.

(20) ESMEIN, s. 552, not 188; COUMOUL, s. 305.

ve muhtelif memleketlerde ne gibi neticeler verdiğini görmek, bu hususta daha iyi fikir edinmemize yardım edecektir.

3. Halk tarafından seçim sisteminin tatbikattaki neticeleri.

A. Fransa'da.

a) İhtilâl devresinde.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmeleri sistemi, Büyük İhtilâli müteakip Fransa'da Kurucu Meclis (*Constituante*) tarafından kuvvetler ayrılığı prensibinin mantıki ve zaruri bir neticesi olarak kabul edilmiş, ve bütün ihtilâl devresince (*Constituante, Convention ve Directoire* zamanlarında) tatbik mevkiinde kalmıştır.

Başlangıçta, seçimlerden elde dilen neticelerin pek fena olmadığını ve sistemin oldukça iyi işlediğini kaydetmek lâzımdır (21). İlk safhadaki bu nisbi muvaffakiyetin sebeplerini araştırarak olursak, başlıca iki faktörün rol oynadığını görürüz. Bunlardan birincisi, Kurucu Meclisin, hâkimliğe namzet olacak kimselerde bazı vasıf ve şartlar aramış olmasıdır: Bir kimsenin hâkim seçilebilmesi için en aşağı 30 yaşında olması ve asgari beş sene müddetle hâkim veya “kanun adamı” olarak çalışmış bulunması lâzım gelmekte idi. İkinci faktör de, lâğvedilmiş olan eski mahkemelerden açıkta kalan tecrübeli ve ehliyetli hâkimlerin, seçimlerde hazır ve mükemmel bir namzet kadrosu teşkil eylemiş olmalarıdır (22).

Mamafih, az çok muvaffak olmuş olan bu ilk tecrübe uzun sürmemiştir. Milli *Convention* meclisi 1792 de çıkardığı bir kanunla namzetler için asgari yaş haddini 25 e indirdiği gibi, ehliyet şartını da büsbütün ortadan kaldırmış, ve yirmibeş yaşını ikmal

(21) Bk. BARTHELEMY et DUEZ, *op. cit.*, s. 849; LALLEMAND, *op. cit.*, s. 45.

(22) Bk. ESMEIN, c. I, s. 555.

etmiş olan her vatandaşın hâkim seçilebileceğini kabul etmiştir (23). Bu şartlar altında yapılan ve tam manâsile “demokratik” olan seçimlerin neticelerini tahmin etmek pek güç olmasa gerektir. Ezcümle Paris’de, bazı tanınmış ve kıymetli hukukçuların seçilmek için kâfi miktarda rey alamamış olmalarına mukabil, bir ressam, bir öğretmen, bir oymacı ve bir bahçıvan hâkim olarak seçilmişlerdir (24). Bu derece kötü neticeler karşısında, *Convention* meclisi, hâkimiyetine dayanarak, artık hiçbir hürmet ve itimat telkin etmeyen mahkeme kararlarını değiştirmek ve iptal etmek selâhiyetini kendi kendisine tanımış ve bu yolda sık sık müdahalelerde bulunmağa başlamıştır. Daha sonra, esasen bütün iktidarları uhdesinde toplamış olan *Convention*, halk tarafından seçilmiş olan hâkimleri azletmek, ve teşri komitesi marifetiyle re’sen yeni hâkimler tayin etmek hususunda da tereddüt göstermemiştir (25).

Convention zamanında yapılan bu cesaret kırıcı tecrübeye rağmen, hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi *Directoire* rejiminde de muhafaza edilmiştir. Bu rejimi kuran III üncü yıl (1795) Anayasası, hâkim seçilebilmek için asgarî yaş haddini tekrar 30’a çıkarmakla beraber, ehliyet şartını iade etmemiştir. Seçim sistemi, bu devrede o derece bozuk ve gayrimuntazam olarak işlemiştir ki, adalet cihazını tamamen felce uğramaktan kurtarmak için zaman zaman ve kısmen sistemden rücu etmek mecburiyeti hâsıl olmuştur. Birçok hallerde seçim daireleri tayin edilen müddet zarfında hâkimlerini seçememişler, seçilmiş olan bazı namzetler vazifeyi kâbulden imtina etmişler, bazıları vazifeye başladıktan sonra ehliyetsizliklerini anhyarak istifalarını vermişler, ve bir kısmı da omuzlarına yüklenen işlerin çokluğu ve ağırlığı karşısında ta-

(23) BARTHELEMY et DUEZ, *op. cit.*, s. 849.

(24) Bk. LALLEMAND, *op. cit.*, s. 47.

(25) Bk. ESMEIN, c. I, s. 555; BARTHELEMY et DUEZ, s. 849.

hammül edemiyerek çekilmek zorunda kalmışlardır (26). Bütün bu hallerde, ve çok defa seçimlerin muhtelif sebeplerle iptal edilmesi neticesinde boşalan hâkimliklere doğrudan doğruya hâkim tayin etme selâhiyeti Directoir'a tanınmıştır. Bu suretle, bir kısmı halk tarafından seçilmiş, bir kısmı ise icra organı tarafından tayin edilmiş iki sınıf hâkim meydana çıkmıştır. Aynı vazifeye başka başka yollardan gelen kimseler arasında belirmesi tabii olan anlaşamamazlık ve karşılıklı itimatsızlık, bu def'a, seçim suretile iş başına gelen hâkimlerle, tayin suretile gelen hâkimler arasında kendini göstermekte gecikmemiştir (27). Halk tarafından seçilen hâkim, hükümetçe tayin edilen hâkime, iktidarın lûtfu ile mevkiini kazanmış nazarile bakmış, buna mukabil, tayin yolu ile gelen hâkim, kendisini, meslekî bilgi ve ehliyet bakımından, halkın seçtiği hâkime nazaran çok daha üstün görmüştür (28).

Bu anormal durum, *Directoire* idaresinin sonuna, ve VIII inci yıl Anayasasının kabulüne kadar devam etmiştir. Fransa, VIII inci yıl Anayasası ile, hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemini, bir daha dönmek üzere terketmiştir. Konsüllük devrindenberi, bütün Fransız Anayasaları, hâkimlerin icra organı tarafından tayini esasına sadık kalmışlardır.

Bununla beraber, Fransa'da, halk tarafından seçim sistemi lehinde daima bir cereyan mevcut olmuştur. Bu cereyan zaman zaman kuvvetli bir şekil almış, ve hattâ bir aralık (1882 de) Meb'usan Meclisi sistemin tekrar kabulü lehinde rey dahi vermiştir. Fakat bir müddet sonra Meclis bu karardan dönmüş, ve bu suretle seçim sisteminin yeniden tesisi için yapılan bu teşebbüs neticesiz kalmıştır (29). Mamafih, yakın zamanlara kadar bu fik-

(26) Bk. LALLEMAND, s. 48; ESMEIN, c. I, s. 556.

(27) LALLEMAND, s. 48.

(28) LALLEMAND, s. 48.

(29) Bk. WARLOMONT, ob. cit., s. 186, no. 1499, ve s. 194, no. 1570.

rin hararetli müdafileri eksik olmamıştır (30). Nihayet bu fikir, en son olarak, 1946 Anayasasını hazırlayan Kurucular Meclisinde teklif ve müdafaa edilmiş, fakat, fazla taraftar kazanamamış ve neticede reddedilmiştir (31).

b) *Bugünkü teşkilâta seçim sisteminin izleri.*

Fransa, hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemini, ihtilâl devrinde, nisbeten çok kısa bir müddet için tatbik etmiş olmakla beraber, bu sistemin bazı izleri bugünkü adliye teşkilâtına kadar devam edip gelmiştir. Filhakika, bugün Fransa'da ticaret mahkemeleri hâkimleri ile iş ihtilâflarına bakan mahkemesler (*conseils de prud'hommes*) azaları el'an seçim yolu ile iş başına gelmektedirler (32). Mamafih, bu seçimlerin umumi rey, halk tarafından

(30) Ezcümle bk. Léon BLUM, *La réforme gouvernementale*, Paris, 1936, s. 231 - 232 : “Şayet Fransa'da tam manâsile ve müstakil bir kaza kuvvetinin mevcudiyeti arzu ediliyorsa, yapılacak bir tek şey vardır : Bugün hâlâ Amerika'da tatbik edilmekte olan Fransız İhtilâlinin prensibine avdet etmek, yani, hâkimlerin egemen halk tarafından doğrudan doğruya seçilmesini kabul etmek..”

(31) Kurucular Meclisinde bu teklifi ileri süren solcu meb'uslardan M. Pierre COT, “ancak müntahap hâkimlerin hakikaten hür olduklarını” beyan etmiştir. - Bk. Jean LASSAIGNE, *Constitution de la République française (27 Octobre 1946) et Lois organiques Textes complets et commentaires*. Paris, 1947, s. 52, not 103.

(32) Bu usul, 1946 danberi, hasılat icarı veya iştirakli icar mevzuunda ihtilâflara bakan hakem hey'etleri azaları (*assesseurs des tribunaux paritaires des baux à ferme au â métayage*) ile, Sosyal Emniyet Komisyonları azalarına (*assesseurs des commissions de sécurité sociale*) da teşmil edilmiş bulunmaktadır. Bu hususta bk. Marcel LABORDE - LACOS-

yapılmayıp, sadece muayyen bir meslek ve sığata sahip kimseler tarafından “meslek esasına” g6re yapıldığını kaydetmek lâzımdır. Ezcümle, ticaret hâkmleri, t6ccar sıfatını haiz kimseler tarafından, hâlen bu sıfatı haiz bulunan veya eskiden t6ccarlık yapmış olanlar arasından seçilir. Keza, iş ihtilâflarına bakan “*conseils de prud’hommes*” azaları da, patronlar ve işçiler tarafından gene kendi aralarından intihap olunur.

Bu sistemin ticaret mahkemeleri azalarına tatbiki, bazı müellifler tarafından tenkit edilmekte ise de (33), umumiyetle seçim usulünün bu sahada oldukça iyi neticeler verdiği kabul olunmaktadır (34). Hâkimlerin halk tarafından intihabına esas itibarile muarız olan ESMEIN, bu usulün ticaret hâkimlerine tatbikinde muvaffak oluşunun hususi sebeplerden ileri geldiğini kaydetmekte, ve bu sebepleri şöylece izah etmektedir : Bir kere, bu seçimlerde, siyasi ihtiraslar ve mücadeleler umumiyetle bertaraf olunmaktadır. Sonra, seçilen namzet bir t6ccardır, ve seçildikten sonra da t6ccar olarak kalmaktadır; veyahut da, iş hayatından çekilmiş eski bir t6ccardır : Her iki halde de, vazifesini yapabilmek için lüzumlu pratik bilgi ve tecrübeyle mücehhez demektir. Hâkimlik vazifesi haricinde esas bir mesleğe, veya vaktile kazanılmış bir servete sahip olduğu cihetle de müstakil bir durumdadır. Hâkimlik, kendisi için sadece şerefli bir sıfat, bir ünvardır; binaenaleyh, seçim devresi sonunda, maddî bir kayıba uğramak endişesi olmaksızın bu sıfattan feragat edebilir (35).

“*Conseils de prud’hommes*” seçimlerine gelince, burada aynı

TE, *Exposé méthodique de procédure civile*. Paris, Sirey, 1951, s. 65 - 67.

(33) BARTHELEMY et DUEZ, *op. cit.*, s. 850 - 51.

(34) ESMEIN, c. I, s. 557; LABORDE - LACOSTE, *op. cit.*, s. 67.

(35) ESMEIN, c. I, s. 557. Keza, bk. COUMOUL, *op. cit.*, s. 307 - 308.

sistemin pek tatminkâr neticeler vermediğini söylemek lâzımdır. Buna da sebep, seçimlerde ekseriya siyasi faktörlerin ve sınıf menfaatlerinin rol oynaması, ve işçi azaların, hemen daima, müntehiplerinden “emredici vekâlet” (*mandat impératif*) almak suretile seçilmekte olmalarıdır (36). Filhakika, işçi azalar, çok defa, bu hususta menedici sarîh bir kanun hükmü bulunmasına rağmen (27 Mart 1907 tarihli kanun, m. 51), her hal ve kârda patronları hak-sız çıkarmak hususunda kat’i direktif ve vekâlet olarak seçilmektedirler. Neticede reyler tabii olarak ikiye bölünmekte, ve ihtilâfa, bir sulh hâkiminin terfiki ile yeniden rüyet edildiği zaman hüküm, sulh hâkiminin reyine bağlı kalmaktadır (37).

Fransa’da el’an seçimle kurulan bu mahkemeler hakkında son olarak mühim bir noktaya işaret etmek lâzımdır : Gerek ticaret hâkimlerinin, ve gerek iş mahkemeleri hâkimlerinin verecekleri hükümler, *meslekten hâkimler* (*magistrats de carrière*) huzurunda istinafa tâbidir (38).

B. Amerika Birleşik Devletlerinde.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi, bugün en geniş tatbik sahasını Amerika Birleşik Devletlerinde bulmaktadır. Hemen tâsrih edelim ki, bu sistem, federal devlette câri olmayıp, Birleşik Devletleri teşkil eden federe devletlerde câridir. Federal hâkimler, bilindiği üzere, Senato’nun tasvibile Birleşik Devletler Başkanı tarafından tayin olunurlar.

Başlangıçta, federe devletlerde de umumiyetle tatbik olunan usul, tayin usulü idi. Birleşik Devletler istiklâllerini kazanmadan önce, İngiltere İmparatorluğunun Şimali Amerika müstemlekelelerinde hâkimler, ya kral namına müstemleke valisi tarafından tayin

(36) ESMEIN, c. I, s. 557.

(37) Bk. BARTHELEMY et DUEZ, *op. cit.*, s. 851.

(38) LABORDE - LACOSTE, *op. cit.*, s. 67.

edilir, veyahut ta müstemlekenin teşrii meclisi tarafından intihap olunurlardı (39). Bu iki usul, yani icra organı tarafından tayin ve teşrii meclis tarafından intihap, Birleşik Devletlerin teşekkülünden sonra yarım asır kadar devam etmiştir. Halk tarafından seçim sistemi, 1820 tarihlerinde başlayan ve “Jackson demokrasisi” namile anılan devre zarfında (40) federe devletler tarafından kabul edilmeğe başlanmış ve bundan sonra süratle yayılmıştır. 1832 de Mississipi, ve 1846 da New York’un seçim usulünü kabul etmelerini müteakip, Birliğe dahil olan yeni devletlerin hepsi, eski devletlerin de birçoğu aynı yolu takip etmişlerdir (41).

Bugün, 48 federe devletin 45 inde, hâkimlerin ya hepsi, veyahut da bir kısmı halk tarafından seçilmektedir (42). Mamefih, birçok devletlerde, halk tarafından seçim usulü yanında, icra organı tarafından tayin veya teşrii meclis tarafından intihap usulü de tatbik olunmaktadır. Umumiyetle, 35 devlette halk tarafından seçim usulünün, 10 devlette Devlet reisi (Governor) tarafından tayin usulünün ve üç devlette de teşri meclis tarafından intihap usu-

(39) *The Book of the States*, 1948 - 49, c. VII, s. 497.

(40) Andrew JACKSON’un Başkanlığı zamanında, halkın devlet idaresine daha geniş ölçüde ve daha faal olarak iştiraki yolunda kuvvetli bir cereyan başlamış, bu cereyanın sevkile birçok federe devletler Anayasalarını tadil ederek “demokratlaştırmışlardır”. Bu “demokratlaştırma”, rey hakkının daha geniş bir kütleye tanınması, seçim müddetlerinin kısaltılması, ve bazı memurlarla hâkimlerin hükümet tarafından tayini yerine halk tarafından seçilmesi suretinde tecelli etmiştir. - Bu hususta bk. Firmin ROZ, *Histoire des Etats - Unis*, Paris, 1946, s. 172 - 174.

(41) *The Book of the States*, 1948 - 49, vol. VII, s. 497.

(42) *Idem*.

lünün hâkimlerin vazifeye getirilmelerinde başlıca usulü teşkil ettiği söylenebilir (43).

Halk tarafından seçim sistemi, muhtelif devletlerde, değişik şekil ve şartlar arzeder. Meselâ, hâkim seçilebilmek için asgari yaş haddi 21 ilâ 25 arasında değişir. Dokuz devlet müstesna, diğerleri, namzetlerin “hukuk bilgisine sahip” olmalarını şart koşmuşlardır. Buna ilâveten, 25 devlet, hâkim seçilecek olan kimselerde hukuki tecrübe veya baroya kabul edilmiş olmak şartını aramaktadırlar. Dört devlet, hâkimin “iyi ahlâk sahibi” olması lüzumunu tasrih etmekte, ve bir devlet de (Şimali Carolina) “Allaha inanması” şartını talep etmektedir (44).

Bazı devletler, hâkim seçimlerinin tamamen siyasi ve partizan bir mahiyet almasını önlemek için, partilerin namzet göstermelerini menetmişlerdir. Buna mukabil, ekseri devletler buna zımnen müsaade etmiş olup, bu devletlerde hâkim namzetleri aynen meb’us ve senatör seçimlerinde olduğu gibi siyasi partiler tarafından gösterilmektedir (45). Seçim dairelerine gelince, burada başlıca iki şekil mevcuttur : ya bütün devlet arazisi bir tek seçim dairesi olarak kabul edilmekte, ve münthepler, kaç hâkim seçilecekse hepsini birden seçmekte (New York’ta olduğu gibi); veyahut ta, arazi muhtelif seçim dairelerine ayrılarak her seçim dairesi bir hâkim intihap etmektedir (46):

Seçim devresi de bir devletten diğerine değişmekte ve bazan arada büyük fark bulunmaktadır. En kısa seçim devresi 2 sene (Vermont), en uzun seçim devresi ise 21 senedir (Pennsylvania),

(43) *The Book of the States, 1948 - 49, Vol. VII, s. 497.*

(44) *The Book of the States, 1945 - 46, vol. VI, s. 440.*

(45) *Encyclopedia of the Social Sciences, c. VIII, s. 465 (H. J. LASKI'nin “Judiciary” kelimesi altındaki makalesi).*

(46) *Idem.*

Mamafih, Pennsylvania ve New York'ta (47) olduğu gibi hâkimlerin uzun müddetle seçilmeleri daha ziyade istisnai olup, ekseri devletlerde bidayet hâkimleri umumiyetle 4 sene gibi kısa bir müddet için intihap edilirler (48). Bu kısa seçim devrelerinin doğurduğu mahzurları birazdan göreceğiz.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi, Birleşik Amerika'nın federe devletlerinde bu derece rağbet görmüş ve taammüm etmiş olduğuna göre, acaba bu sistem oralarda muvaffak olmuş sayılabilir mi? Bugüne kadar tatbikatta elde edilen neticelerin müşahedesi bu suali menfi olarak cevaplandırmaktadır. Filhakika, neticeler memnuniyet verici olmaktan çok uzaktır. Bu sahada tetkik ve müşahedede bulunan bütün müellifler Amerikalı olsun veya yabancı olsun, bu hususta hemen hemen müttefiktirler. Büyük Amerikan Cumhuriyetinin siyasi ve içtimai hayatını ve müesseselerini çok yakından ve derin bir vukufıyla tetkik etmiş olan Lord BRYCE,

bugün artık klâsik sayılan eserinde (49), Amerika'nın federe devletlerinde hâkim kalitesinin çok düşük olduğunu kaydetmekte ve bunu şu üç sebebe atfetmektedir : Hâkimlerin halk tarafından seçilmeleri, seçim devresinin kısa oluşu, maaşların kifayetsizliği. Lord BRYCE'a göre, halk tarafından seçim, filiyatta, hâkim olacak kimselerin intihabının siyasi partiler, daha doğrusu nüfuzlu gruplar ve profesyonel politikacılar tarafından yapılması demektir. Bu nüfuzlu zümreler, bütün mevkileri, mesbuk siyasi hizmetleri mükâfatlandırmak için bir vasita olarak kullanmak, ve siyasi bir ehemmiyeti haiz olabilecek bu mevkilere, sadık ve minnettar partizanlarını getirmek temayülündedirler. "Bazı devletlerde, hâkimlerin

(47) 14 sene.

(48) Bk. Austin F. MACDONALD, *American State Government And Administration, New York, 1948, s. 233.*

(49) *The American Commonwealth, New and revised edition, New York, Macmillan, 1941, c. I, s. 507 - 518.*

zaman zaman seçim hilelerine karıştıkları, ve her türlü vasıtayı meşru sayan politika “patron” larının oyuncuğı haline geldikleri görülmüştür” (50). Diğer taraftan, seçim devrelerinin kısa oluşu, hâkimlerin manevî huzur içinde çalışmalarına ve kendilerine istiklâl hissini teessüs etmesine mâni olmaktadır. Filhakika, sık sık tekrarlanan seçimler, hâkimi daima şüphe ve endişe içinde tutmakta, ve kendisine mevkiini temin etmiş olanlarla her zaman iyi geçinmesi lâzım geldiğini hatırlatmaktadır. Nihayet, maaşların yüksek olmayışı, hâkimlik mesleğini, serbest çalışan kıymetli hukukçular için câzip kılmamaktadır. Bu şartlar altında, birçok devletlerde, hâkimlerin, zekâ, bilgi ve ehliyet bakımından, huzurlarına çıkan birinci sınıf avukatlara nisbetle aşağı, ve hattâ bazan çok aşağı olmalarına hayret etmemek lâzımdır (51).

Mamafih, bütün bu sakatlıklara ve fena şartlara rağmen, neticeler umumiyet itibarile tahmin edilebileceği kadar kötü ve vahim değildir. Niçin? BRYCE’a göre, bunu üç sebeple izah etmek mümkündür. Birincisi, her federe devlette, devlet mahkemeleri yanında federal mahkemelerin bulunuşu, ve bu mahkemelerin hemen daima ehliyetli ve dürüst hâkimlerden teşekkül etmesidir. Bunların mevcudiyeti, federe devlet hâkimlerini şahsan her ne kadar kifayetsiz de olsalar, hâkimlik mevkiinin vekar ve mes’uliyetini idrake sevkette, ve diğer taraftan parti idarecilerini, lekeli veya ehliyetsizlikleri herkesçe bilinen kimseleri namzet göstermek hususunda çekingen davranmağa icbar etmektedir. İkinci sebep, efkân umumiyenin murakabesidir. Siyasi partiler, namzetlerini seçerken kötü bir namzedin neticede kendilerine zarar vereceğini ekseriya takdir ettikleri gibi, hâkimler de, çok defa halkın ve matbuatın nazarlarının kendi üzerlerinde olduğunu bilerek hareket etmek mecburiyetindedirler. Bu suretle, uyanık halk efkân karşısında hâkimler ve onların seçilmesinde rol oynayanlar, en iyi siyasetin dürüstlük olduğunu unut-

(50) BRYCE, *op. cit.*, s. 513.

(51) *Idem.*

mamaya gayret ederler. Nihayet, üçüncü âmil, baro'nun, hâkim namzetlerinin intihabında müsbet tesiri ve hayırhah müdahalesidir. Filhakika avukatlar, kanunun tefsir ve tatbikinin ehliyetsiz ellere bırakılmasını hiç bir zaman arzu etmezler. Mahkemede huzuruna çıkacak hâkimin hiç olmazsa vasat derecede bilgi ve ehliyete sahip olması, kendi şahsi ve meslekî menfaatları iktizasındandır. İleri sürülen hukuki bir inceliği anlamıyacak kadar cahil ve aciz bir hâkim karşısında avukatlık yapmanın güçlüğü ve tatsızlığı kolayca takdir edilir. Bu sebeptendir ki, bir çok yerlerde baronun mahallî parti teşkilâtları nezdinde teşebbüste bulunarak mümkün olduğu kadar iyi namzetlerin gösterilmesini temine çalıştığı görülmüştür. Hatta bazı hallerde baro, bir parti üzerinde tazyikte bulunulmak suretile kötü bir namzedin intihabını önlemiş ve bazan da tavsiye ettiği bir şahsı parti tarafından namzet olarak kabul ettirmeğe muvaffak olmuştur.

İşte bu sebepler, Amerikanın federe devletlerinde seçim sisteminin mahzurlarını ve kötü neticelerini bir dereceye kadar tahfif ve tenzil etmektedir (52).

Lord BRYCE'in, yukandaki müşahedelerini tesbit ettiği gündenberi yarım asırdan fazla bir zaman geçmiş olduğu halde, o günden bu güne kadar vaziyette büyük bir değişikliğin hasıl olmadığı söylenebilir. Bu cihetle büyük bir kısmı el'an vârit olan bu müşahede ve mütalâaları burada nakletmeyi lüzumlu gördük. Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi federe devletlerin birçoğunda bugün de aynı mahzurlu neticeleri tevhit etmekte, ve bu mevzuda yapılan tenkitler gündün güne çoğalmaktadır (53).

(52) BRYCE, *op. cit.*, c. I, s. 514 - 515.

(53) Bk. OGG and RAY, *Essentials of American Government*. Sixth edition, New York, 1950, s. 632 - 34; Arthur F. VANDERBILT, *Men and Measures in the law*, New York, 1949, s. 140 - 143; R. V. PEEL, *State Government Today*.

Geçen yarım asır zarfında vukua gelen belli başlı değişikliği, hâkim maaşlarının bir nisbet dahilinde artmış olması teşkil eder. Fakat bu değişme, seçim usulünün tatbik olunduğu yerlerde hâkimlerin kalitesini yükseltmek için kâfi gelmemiştir. Zira bu usulün en büyük mahzuru, yani seçimlerde siyasi mülâhazaların rol oynaması keyfiyeti, kronik bir şekilde devam etmektedir. Bazı Amerikan müellflerinin belirttikleri gibi, federe devletlerin birçoğunda tatbik olunan sisteme, “halk tarafından seçim sistemi” yerine, “politikacılar tarafından tayin sistemi” demek muhakkak ki daha doğru olur (54). Filhakika, umumiyetle cârî olan usulde, halkın netice itibarile rolü, seçim günü iki büyük parti tarafından kendilerine gösterilen namzetlerden birine veya diğerine rey vermekten ibarettir. Mahalli parti idarecileri tarafından namzetlerin intihabında ise, göz önünde tutulan hususlar, namzedin seciye üstünlüğü, ehliyeti, hukuki bilgi ve tecrübesi değil, fakat partiye olan hizmet derecesi, veya kazanma şansının yüksekliği, veyahut ta, herhangi bir sebeple “siyasi bakımdan münasip” görülmesidir (55). Bu şartlar altında, halk tarafından seçim usulü - bazı istisnalar bir tarafa - mahkemelerin, çok defa kifayetsiz, parti idarecileri ve müntehipler kar-

New Mexico, 1948, s. 69; Austin F. MACDONALD, American State Government and Administration. Third edition, New York, 1948, s. 235 - 237; H. J. LASKI, Studies in Law and Politics, London, 1932, s. 164 - 165.

(54) Bk. A. F. MACDONALD, *op. cit.*, s. 235; OGG and RAY, *op. cit.*, s. 632 - 633.

(55) Hâkim seçimlerinde, bir kimşenin bir parti tarafından niçin ve nasıl namzet gösterildiği, bu hususta rol oynayan siyasi mülâhazalar, kullanılan metodlar ve seçim kampanyasının cereyan şekli hakkında fikir edinmek için, New York barosu eski başkanlarından Fred L. GROSS'un “What is the Verdict” (New York, 1944) isimli kitabının “A Judiciary Campaign” başlıklı kısmını okumak lâzımdır.

şısında istiklâlden mahrum, ve umumiyetle küçük çapta hâkimlerle dolması neticesini tevhit etmiştir.

Bâriz mahzurlarına ve yapılan bütün tenkidlere rağmen, halk tarafından seçim sistemi, tatbik edilmekte olduğu devletlerde o derece yerleşmiş ve kökleşmiş bulunmaktadır ki, bu devletlerin mezkûr sistemi terkederek icra organı tarafından tayin usulüne veya diğer herhangi bir sisteme rücu etmeleri bugün için ihtimal dahilinde görülmemektedir (56). Netekim, yakın zamanlarda bu sahada ıslâhat lüzumunu duyan ve bu yola giden devletlerden hiçbiri seçim sisteminden ayrılmamış, ve yapılan yenilikler sadece bu sistemin mahzurlarını gidermeye ve bhusus hâkim kalitesini yükseltmeye matuf bulunmuştur. Bu meyanda, başta Wisconsin olmak üzere bazı devletler, hâkim namzetlerinin siyasî partiler tarafından değil, baro tarafından gösterilmesi esasını kabul etmişlerdir. Bu suretle, namzetlerin sırf siyasî mülâhazalar yüzünden intihabının önüne geçilmek ve hâkimlik makamına gelecek şahısların daha ehliyetli olmaları temin edilmek istenmiştir. Bu usulün, bilhassa Wisconsin'de oldukça iyi neticeler verdiğiine işaret olunmaktadır (57).

Seçim sistemini tekâmül ettirmek bahsinde California çok daha ileriye gitmiş ve 1934 senesinde Anayasasında yaptığı tâdilâtla bu sahada tamamen yeni ve orijinal bir sistem kabul etmiştir (58). Bu sistemin başlıca hususiyetleri şunlardır: Bir hâkim, vazifesinde kalmayı arzu ettiği takdirde, seçim müddeti nihayete ermezden önce, tekrar seçilmek için namzetliğini ilân edebilir. Bu halde, başka hiçbir namzet gösterilmez ve müntehipler sadece o hâkimin vazifesinde kalıp kalmaması hususunda rey verirler. Şa-

(56) VANDERBILT, *op. cit.*, s. 141; OGG and RAY, *op. cit.*, s. 633.

(57) MACDONALD, *op. cit.*, s. 236; OGG and RAY, *op. cit.*, s. 633.

(58) Bk. OGG and RAY, *op. cit.*, s. 633.

yet müddeti sona eren hâkim yeniden namzetliğini koymamışsa, Devlet reisi (*Governor*) onun yerine birisini namzet gösterir, ve bu namzet aynı şekilde rakipsiz olarak halkın tasvibine arz edilir. Her iki halde de halkın reyini menfi olduğu takdirde açılacak olan hâkimliğe (veya diğer herhangi bir sebeple vukua gelecek münhale) devlet reisi tarafından bir dahaki seçimlere kadar *ad interim* bir hâkim tayin olunur. Müteakip seçimlerde, münthepler, bu muvakkat tayini kabul veya red hususunda reylerini kullanırlar. Devlet reisi yapacağı tayinlerde tamamen serbest olmayıp, Yüksek Mahkemenin başhâkimi, münhalin bulunduğu muntaka istinaf mahkemesi reisi ve devlet baş hukuk müşavirinden (59) müteşekkil bir komisyonun muvafakatini almak mecburiyetindedir.

Bugün California'da tatbik edilmekte olan bu sistem, umumiyetle mer'î olan diğer seçim sistemlerine nazaran bazı mühim avantajlar arz eder. Bir kere, nihai intihap her ne kadar gene halka ait ise de, namzetler mes'ul ve selâhiyetli kimseler tarafından intihap edilmektedir. Saniyen, hâkimler, yeniden seçilmek için vakitlerinin mühim bir kısmını siyasi faaliyetlere hasretmek mecburiyetinden vârestedirler. Ve nihayet, seçimler, iki rakip namzet arasında bir mücadele mahiyetinde olmayıp, bir hâkimin vazifesinde gösterdiği muvaffakiyet derecesinin tayin ve takdiri mahiyetindedir (60).

(59) *Attorney - general*. Bu sıfat umumiyetle türkçeye "genel savcı" şeklinde tercüme edilmektedir ki, kanaatimizce bu yanlıştır. *Attorney - general* siyasi bir şahsiyettir (*Federal devlette hükûmet azasıdır*). Vazifeleri meyanında devleti alâkadar eden mühim davaları açmak ve takip etmek gibi işler mevcutsa da, asıl vazifesi, devlet reisine ve hükûmete hukuki meselelerde fikir vermek ve yol göstermektir. Binaenaleyh, esas sıfatı, icra organının hukuk müşavirliğidir.

(60) Bk. OGG an RAY, *op. cit.*, s. 633 - 634.

California sisteminin bu üstünlüklerinin, diğer devletleri de bu sistemi kabule veya aynı yolda ıslâhat yapmaya sevketmesi beklenir idiyse de, bu vaziyet tahakkuk etmemiştir. Yalnız Missouri devleti, 1940 da, California sistemine müşabih bir sistem kabul etmiştir (61). Diğer devletlerde bu yolda yapılan teşebbüsler bir netice vermemiş, ezcümle New York ve Colorado'da reform teklifleri teşri meclis tarafından raddedilmiştir (62). Mamafih, bugün birçok devletlerde hâkimlerin seçilmesi usulünün ıslâhı yolunda kuvvetli bir cereyan mevcut olup, bu sahada yapılmakta olan gayretlerin ergeç bazı yenilikler getireceğine muhakkak nazariye bakılabilir.

C. İsviçre'de.

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi, İsviçre kantonlarında, an'anevi demokratik müesseselerden biri olarak uzun zamanlardanberi tatbik edilegelmiştir. Bugün bu sistem el'an en ziyade taammüm etmiş sistem olup, ekseri kantonlarda hâkimlerin ya hepsi veya bir kısmı için cari bulunmaktadır. Helvetik kantonlar, tarih boyunca aralarındaki sıkı münasebetlere, ve bilâhare bir Konfederasyon ve nihayet bir Federal devlet halinde birleşmiş olmalanna rağmen, kendilerine has kazai müesseseleri ve adli teşkilâtı muhafaza etmişlerdir. Bu itibarla, kantonların mahkeme teşkilâtı ve bu meyânda hâkimlerin seçilmiş şekil ve şartları büyük bir tenevvü arz eder (63).

(61) Bk. VANDERBILT, op. cit., s. 142.

(62) *The Book of the States, 1950 - 1951, vol. VIII, s. 505.*

(63) Bk. SCHURTER und FRITZSCHE, *Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte. Zürich, 1931; Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte. Zürich, 1933. Keza bk. Hans FRITZSCHE, Les procès entre particuliers (dans La Vie juridique des Peuples : Suisse. Paris, 1935, s. 343 - 344); Germain POCHON,*

Halk tarafından seçim usulü, umumiyetle Sulh hâkimleri ve mıntaka mahkemeleri (*Trimunaux de district - Bezirksgerichte*) hâkimleri için tatbik olunur. Mamafih, birçok kantonlarda (ezcümle Bern, Tessin, Soleure ve Argovie'de) Yüksek mahkeme hâkimleri dahi halk tarafından seçilmektedir (64). Seçim müddeti bir kantondan diğerine değişir. En müteammem olan seçim müddeti 4 senedir. En uzun seçim müddeti 10 sene (Tessin), en kısa seçim müddeti ise bir senedir (Appenzel Rhodes - Intérieures) (65). Umumi kaide olarak, siyasi haklarına sahip olan her vatandaş hâkim seçilebilmek hakkını haizdir. Yalnız bazı kantonlar, istisnai olarak, Yüksek mahkeme hâkimlikleri ve mahkeme reislikleri için hukuki tahsil ve terbiye şartını aramaktadırlar (66). Bunlardan gayri, bütün kantonlarda aşağı kademedeki mahkemeler hâkimliklerine, ekseri kantonlarda ise herhangi bir hâkimliğe seçilebilmek için meslekî evsafa lüzum olmayıp sadece rey hakkına sahip bulunmak kâfidir. Seçimler, *Landsgemeinde* kantonlarında açık

L'Indépendance des juges en Suisse (Dans La Vie Judiciaire. Juillet, 1953, s. 5 - 8).

(64) Bk. Max GULDENER, *Das schweizerische Zivilprozessrecht*, Zürich, 1947, c. I, s. 10.

(65) Diğer seçim müddetlerine misal : Glaris, Appenzel Rhodes - Extérieures, Bâle - Campagne, St-Gall'de 3 sene; Zürich, Schwytz, Nidwald, Bâle - Ville'de 6 sene; Fribourg'da 8 sene. - GULDENER, *op. cit.*, c. I, s. 8 - 9, not 48.

(66) Cenevre, Tessin, Berne, Soleure, Bâle - Ville, Bâle-Campagne, Argovie ve Obwald kantonlarında, Yüksek mahkeme azalığı veya herhangi bir mahkeme reisliği için namzetlerin hukuk lisansı, hukuk doktorası, avukatlık veya noterlik ruhsatnâmesi, veya adliyede muayyen bir müddet pratik hizmette bulunmuş olmak gibi şartlardan birini haiz olmaları lâzumdur. - GULDENER, *op. cit.*, c. I, s. 10.

reyle, diğerkantonların hemen hepsinde ekseriyet usulü ile, yalnız Zoug ve Tessin'de nisbi temsil usulü ile yapılır (67).

Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sisteminin İsviçre kantonlarında pek fena neticeler tevhit etmediğı müşahede olunmaktadır. Gerçi, sistemin başlıca mahzuru, yani seçimlerde siyasi mülahazaların rol oynaması keyfiyeti, orada da kendisini göstermekte ve tenkid edilmektedir (68). Nisbeten az da olsa, bazı kimselerin ehliyetli oldukları için değil, fakat muayyen bir partiye hizmette buldukları için hâkim seçildikleri vâkidir. Fakat, umumiyet itibarile, neticeler, Amerika Birleşik Devletlerine nisbetle daha az mahzurlu olup, seçim sistemi İsviçre'de daha müsbet, daha pürüzsüz ve daha verimli bir tarzda işlemektedir.

Bunun sebebini, başlıca, İsviçre'nin gayet mutedil bir siyasi iklime malik oluşunda aramak lâzımgelir. Filhakika, bu memlekette siyasi partiler arasındaki mücadeleler, nadiren, diğerkemokrasilerde görüldüğü derecede şiddet ve kesafet arzeder (69). Diğertaraftan, halkın idrâk ve itidalinin, bugün için tatbiki güç ve hat-tâ tehlikeli gibi görünen eski demokratik müesseselerin ârzasız ve muntazam bir şekilde işlemesinde esaslı bir âmil olduğu şüphesizdir. Hâkim seçimlerinde kayda değer mühim bir nokta, her seçim devresi nihayetinde bir mücadele cereyan etmeyip, umumiyetle eski hâkimlerin münazaasız ve münakaşasız olarak yeniden seçil-

(67) Bu hususlarda daha fazla tafsilât için, yukarıda adı geçen eserlerden başka, bk. Alfred SILBERNAGEL - CALOYANNI,, *Organisation politique, administrative et judiciaire de la Confédération helvétique et de chaque canton. Paris, 1936, s. 76.*

(68) Bk. FRITZSCHE, *loc. cit.*, s. 345; GULDENER, *op. cit.*, s. 9, not 55; POCHON, *loc. cit.*, s. 8.

(69) Bk. LALLEMAND, *op. cit.*, s. 63.

meleridir (70), (71). Keza, seçim sisteminin mahzurlarını hafifletmeye yardım eden âmillerden biri de, seçim dairelerinin umumiyet itibarile küçük oluşudur. Bu keyfiyet, müntehiplerle namzedi birbirine yaklaştırmakta, ve ekseriya namzedi şahsen tanıyan müntehibin, reyini kullanırken siyasi partilerin sözünden ziyade bizzat kendi hüküm ve kanaatlerine itibar edebilmesini mümkün kılmaktadır (72). Diğer taraftan, siyasi partiler de, bu küçük muhitlerde seçimi kazanabilmek için iyi namzetler göstermek mecburiyetindedirler.

Bu sebepler, halk tarafından seçim usulünün, İsviçre kantonlarında Amerika'nın federe devletlerine nazaran için daha iyi neticeler vermiş olduğunu izaha kâfi gelir. Bu bahiste şu ciheti de kaydetmek lâzımdır ki, İsviçre'de, Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi, halk tarafından seçilen hâkimlerin kalite düşüklüğü ve ehliyetsizliği hakkında tenkitlere rastlanmamaktadır. Bilâkis, İsviçreli müellifler, hukuk tahsil ve terbiyesi görmüş meslekten hâkimler yanında, meslekten olmıyan hâkimlerin bulunmasının adliye cihazı için faydalı ve arzuya şayan olduğu mütalâasındadırlar (73).

(70) FRITZSCHE, *loc. cit.*, s. 345; POCHON, *loc. cit.*, s. 8.

(71) İsviçre'nin siyasi hayatındaki bu ölçü ve itidal, devlet mekanizmasının en yüksek kademesinden en aşağı kademesine kadar her katında bir istikrar unsuru olarak göze çarpar. Buna en bâriz bir misal olarak, *Konsey Federal (hükümet)* azasının, kendi arzularile çekilinceye kadar, kaideten her dört senede bir yeniden seçilmelerini gösterebiliriz. - Bu hususta bk. Emile GIRAUD, *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique*. Paris, 1938, s. 89.

(72) FRITZSCHE, *loc. cit.*, s. 345; LALLEMAND, *op. cit.*, s. 63.

(73) SCHURTER u. FRITZSCHE, *op. cit.*, c. II, s. 778; A. HEUSSLER, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim.

Mamafih, son zamanlarda, bilhassa büyük kantonların yüksek kademedeki mahkemeleri ekseriyetle meslekten hâkimlerden teşekkül etmektedir. Meslekten olmayan hâkimler, daha ziyade şehirler haricinde, küçük merkezlerde ve kasabalarda çoğunluğu teşkil ederler(74).

Yukarıdaki tetkikatımızdan çıkan netice, hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sisteminin makbul ve muvaffak bir sistem sayılamıyacağı merkezindedir. Bu sistemin lehinde mevcut olan en kuvvetli delil ve temin ettiği en büyük fayda, yani hâkimlerin icra organı karşısında tam bir istiklâli kazanmaları, netice itibarile sıfıra müncer olmaktadır, zira, gördük ki, halk tarafından seçilen hâkim, icra organı karşısında kazandığı istiklâli müntehipleri karşısında kaybetmektedir. Bir taraftan örttüğünü diğer taraftan açan ve umumiyetle mahzurları faydalarına nisbetle çok daha ağır gelen bu sistem, tatbikatta vermiş olduğu neticelerle de şayanı kabul bir sistem olmadığını göstermiş bulunmaktadır. Binaenaleyh, memleketimizde hâkimler hakkında mevcut teminatın kuvvetlendirilmesi meselesi ele alındığı zaman, mezkûr sistemin, düşünülecek çareler arasında herhalde yer almaması icabettiği kanaatindeyiz (75).

II

Hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi sistemi (Cooptation).

Hâkimlerin vazifeye alınmalarında, halk tarafından seçim sistemi gibi ilk nazarda gayet câzip görünen diğer bir sistem de,

1923, s. 4 (SCHURTER u. FRITZSCHE zikrediyor, c. II, s. 778, not 1310).

(74) GULDENER, *op. cit.*, c. I, s. 10.

(75) Esasen, memleketimizde, hâkimlerin halk tarafından seçilmesi usulü lehinde herhangi bir cereyan mevcut olmadığı gibi,

hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi (*Cooptation*) sistemidir. Bu usulün bâriz faydası, halk tarafından seçimde olduğu gibi, hâkimlere icra organı karşısında tam bir istiklâl sağlamasında görülür. Filhakika, hâkimler tarafından intihap olunan, ve ne tayini, ne de terfiini hükümetten beklemeyen bir hâkimin iktidar karşısında kayıtsız bir istiklâle sahip olacağında şüphe yoktur. Diğer taraftan, halk tarafından seçimde mevzuubahs olan, adalete siyasetin karşması ve halkın iyi bir hâkimde bulunması lâzımgelen vasıfları seçebilmek imkânından mahrum olması gibi mahzurlar, hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi hâlinde vârit olamayacağı cihetle, bu sistem ideal bir sistem sayılmaz mı?

Ancak, madalyanın bir de ters tarafı vardır. Kooptasyon sistemi, temin ettiği bu müsbet neticeye mukabil, kendine has bazı ağır mahzurlar arzeder. Bu mahzurlar, mezkûr sistemin niçin hiçbir zaman fazla rağbet bulmamış ve taammüm etmemiş olduğunu izaha kâfi gelecek mahiyettedir.

bu usulün kabulü hususunda bugüne kadar ciddi bir teklif de yapılmamıştır. Bu sahadaki araştırmalarımızda, mezkûr sistemin kabulü lehinde bulunan bir tek müellife tesadüf ettik. (Yavuz FINDIKGİL, *Hâkimlik teminatı. İstanbul Barosu Dergisi*, 1950, s. 396 - 411). Ancak, bu müellif tarafından ileri sürülen mülâhazalar o derece zayıf, ve mantık bakımından o derece sakattır ki, bunlar üzerinde uzun boylu durmayı faydasız buluyoruz. Yalnız, müellifin ileri sürdüğü delillerin kıymetine bir misal olarak şu cümleyi zikretmek istiyoruz: "Hâkimlerin intihapla seçilmeleri (aynen) usulüne vaki, müntehiplerin her namzedi siyasi ve içtimai fikirlerini nazara alarak intihap edecekleri mahzuru, teşri kuvvet organlarının seçilmelerinde da vârittir" (!).

Bu mantık karşısında mütehayyir kaldığımızı ve söyliyebilecek söz bulamadığımızı itiraf ederiz.

Hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi usulüne karşı yapılan tenkidlerin başında, bu usulün demokrasi esasları ve bilhassa milli hâkimiyet prensibi ile telif edilemeyeceği hususu vardır. Filhakika, milli hâkimiyet prensibinin cârî olduğu memleketlerde, milletin, kendi namına kaza hakkını istimal edecek olan kimseleri tayin selâhiyetinren, doğrudan doğruya veya bilvasita kendisi tarafından seçilmemiş bir teşekkül lehinde feragat etmesinin, mez-kûr prensip esaslarına aykırın düşeceğini kabul etmek lâzımdır (76).

Kooptasyon sisteminin bu teknik ve nazari mahzuru yanında, pratik bakımdan arzettiği mahzur çok daha mühimdir. Bu mevzu üzerinde tetkiklerde bulunan ve fikir beyan eden müellifler, hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi usulünün aşağıdaki neticeleri tevhit edeceği hususunda müttetikirler (77): Bu sistem, içinde zümre (caste) zihniyetinin hâkim bulunduğu, hayata ve içtimai hareketlere kapalı, ve her türlü islahata ve yeniliğe mukavemet eden

(76) Bk. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 98 - Bugünkü Hâkimler Kanununun esbabı mücibe lâyihasında bu sistem hakkında aynı mülâhaza beyan edilmiştir: "Hâkimlerin hâkimler tarafından intihabi sistemi, Teşkilâtı Esasiye Kanununuzun dayandığı prensip muvacehesinde aynı kuvvetle müdafaa edilemez. Millet namına kullanılacak bir hakkı ve belki de hakların en mühimini istimal edecekleri tayin selâhiyetinin doğrudan doğruya veya bilvasita halk tarafından intihap edilmemiş olan teşekküllere verilip verilemeyeceği hususu, üzerinde ehemmiyetle durulmağa değer bir cihettir. "T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 1934, c. 24, s. 3.

(77) Georges PICOT, *La réforme judiciaire*, s. 332 (GLASSON et TISSIER zikrediyor, *op. cit.*, s. 98); GLASSON et TISSIER, c. I, s. 98 - 99; LALLEMAND, *op. cit.*, s. 49 - 52. Keza, bk. Prof. M. R. BELGESAY, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku*. İstanbul, 1944, s. 67.

imtiyazlı bir hâkimler sınıfının vücut bulmasına sebebiyet verir. Böyle bir zümre içinde kendini göstermesi ve gelişmesi tabii olan, akraba ve eş dost kayırma temayülü neticesinde, hâkimlik, çok geçmeden, sadece muayyen ailelere ve onların mensuplarına tahsis edilmiş bir meslek, kapalı bir teşekkül halini alır. Bu teşekküle intisap için ehliyet derecesinden ziyade karâbet derecesinin rol oynamasını normal telâkki etmek lâzımdır. Hâkimliğin, bu şekilde muayyen ailelerin inhisarında bir meslek haline girdiğini gören halk arasında, adaletin tevzii işinin evveleminde bu ailelerin yaranna olarak yapılmakta olduğu şüphesi hâsıl olur ki, bu şüphe, bütün hâkimler camiasının itibarını düşürmeğe kâfidir. Bir cemiyette, adaletin mümessilleri olan hâkimlerin, halkın itimadını kaybetmeleri kadar o cemiyeti için endişe verici bir keyfiyet tasavvur etmek güçtür.

Bu neticelerin, insan tabiatı hakkında bedbin bir görüşün ifadesi ve sadece nazari mütalâalardan ibaret olmadığı geçmiş tecrübelerle sabit bulunmaktadır. Ezcümle, Roma İmparatorluğunda Marc-Aurèle zamanında, idari, mali ve kazai selâhiyetlerle mücehhez olan *curia* meclislerinin, kendi azalarını kendilerinin seçmelerine müsaade olunmuştu (78). Kanunda, *decurion* (*curia* azası) olarak ehil kimselerin (*idonei*) seçilmesi hususu derpiş bulunduğu halde, iş başında bulunan *decurion*'lar, münhal azalıklara, ehliyetlerine bakmaksızın, kendi evlâtlarını ve akrabalarını getirmekte gecikmediler. Bu suretle, *curia* azalığı, çok geçmeden, muayyen ailelerin inhisarına girmiş oldu, ve bu aileler bir nevi imtiyazlı zümreler teşkil ettiler (79).

Keza, ortaçağ Fransasında, kooptasyon sisteminin aşağı yukarı aynı neticeleri verdiği şahit oluyoruz. On dördüncü asrın ortalarına kadar Kral, *Parlament* (80) azasını doğrudan doğruya

(78) Bk. LALLEMAND, *op. cit.*, s. 50.

(79) *Idem.*

(80) Bilindiği üzere, eski rejim Fransasında *Parlament*, bugünkü manâsile *Parlamento*, yani teşri meclis olmayıp, kral namına

tayin etmekte iken, bu asrın ikinci yarısından sonra, boşalan yerler için *Parlement* tarafından Krala namzet teklif edilmesi esası kabul olundu. Bilâhère, XV inci asrın başlarında bir müddet için, *Parlement*, kendi azasını kendi intihap etmeğe başladı. Bu intihap sistemi, bir taraftan, makam ve memuriyetlerin para mukabilinde satılması (*vénalité des offices*) usulünün (81) gelişmesini kolaylaştırdığı gibi, diğer taraftan mahkeme azalığının babadan oğula intikaline de yol açmış oldu. *Parlement*'de istifa yolu ile vukua gelen münhallere, müstafi şahsın lehinde istifa ettiği kimse getiriliyor; ölüm sebeble açılan azalığa da, otomatik olarak, ölen şahsın varisi intihap olunuyordu (82).

Geçmişteki tecrübelerde menfi neticeler veren, ve doktrin sahasında ağır tenkitlere maruz bulunan, hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi sistemi, sâf şekliyle zamanımızda gayet mahdud bir tatbik sahası bulmaktadır. Bu sistem, Birleşik Amerika Federe devletlerinden ancak dördünde, o da sadece muayyen bazı hâkimlikler için tatbik edilmektedir (83). Buralarda, sistemin işleyişi ve verdiği neticeler hakkında umumi bir tahlil ve tenkide rastlıyamadık. Sadece, New Jersey'de, bu usulün, seçilen hâkimlerin kalitesi bakımından, halk tarafından seçim sistemine nazaran daha iyi neticeler verdiği kaydolunmaktadır (84). New Jersey'de bu bakımından elde edilen müsbet netice, diğer devletlerde de hâkim seviyesinin yüksel-

kazâi işlere bakan heyetlere, yani mahkemelere verilen isimdir.

(81) *Bu usulden, ileride "Azilden masuniyet" Prensibinin tarihçesini tetkik ederken bahsedeceğiz.*

(82) *Bu hususlar hakkında, bk. ESMEIN, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 15 inci bast, Paris, 1930, s. 393.*

(83) *Bu devletler şunlardır : New Jersey, New York, Indiana, Connecticut, - Bk. The Book of the States, 1945 - 1946, vol. VI. s. 440.*

(84) *Bk. MACDONALD, op. cit., s. 235.*

tilmesi için bütün hâkimlerin Yüksek Mahkeme Başhâkimi tarafından seçilmesi hususunda bazı tekliflere yol açmıştır (85). Ancak, bu tekliflerin ciddi olarak nazari dikkate alınacağına, ve halk tarafından seçim sistemini kuvvetle benimsemiş olan devletlerin, bu sistemi terkederek kooptasyon usulüne teveccüh göstereceklerine son derece zayıf bir ihtimal nazarile bakmak lâzımdır. Bugünkü halde, mezkûr usulün, Amerika Birleşik Devletlerinde taammüm edeceğine dair hiç bir emâre mevcut değildir.

Yabancı doktrinde pek az iltifata mazhar olan hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi fikri, memleketimiz hukukçuları arasında oldukça geniş bir alâka toplamakta, ve hâkimler muhitinde gayet mülayim ve müsait karşılanmaktadır. Şimdiki tayin usulü yerine bu sistemin kabulünü tavsiye edenler arasında memleketimizde hâkimlik mevkiinin en yüksek kademelerini işgâl eden hukukçularımızın da bulunması dikkate şayandır. Filhakika, 1950 - 1951 adalet yılını açış nutkunda, Temyiz mahkemesi o zamanki Başreisi merhum Fevzi BOZER, carî olan tayin usulünü tenkit ettikten sonra şunları söylemiştir : “Bütün yargıçları ve onların mesaisini kontrol yetkisini haiz olan Yargıtay, yargıçların yükselmeğe lâyık olup olmadıklarını takdir hususunda olduğu gibi tayinlerinde de yegâne yetkili makam olmalıdır. Yargıtaydan seçilecek bir komisyon tarafından birinci sınıf dışındaki yargıçların tayini, ve Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından Yargıtay üyeliklerine birinci sınıfa ayrılmış yargıçlar arasından, ve Başkanlıklarına da kendi aralarından münasibinin seçilmesi, yargıçlık teminatile bağdaşabilecek yegâne tayin tarzı olsa gerektir” (86). Aynı fikir, 1952 - 1953 adalet yılının açılış nutkunu veren o zamanki Başreis vekili ve müteakiben Başmüddeiumumi olan sayın İbrahim ERTEM tarafından da ileri sürülmüştür : “Yargıtay üyelerinin birinci sınıfa yükselmeğe lâyık oldukları tesbit edilen hâkimler arasından Yargı-

(85) Bk. MACDÖNALD, *op. cit.*, s. 235.

(86) *Adalet Dergisi*, 1950, sayı 10, s. 1265.

tayca seçilmeleri, daire başkanlarile birinci başkan intihabının da Yargıtaya bırakılması teminatın ve bağımsızlığın tabii bir icabı olarak kabul edilmelidir. İlk mahkemelerde vazife gören hâkimlerin kazaî muamelelerini kontrol ve murakabe ile mükellef bulunan Yargıtayın, bu hâkimlerin terfilerinde olduğu gibi tayin ve nakillerine müteallik muamelelere de, bir teminat unsuru olarak iştirakini sağlamak lâzımdır. Bu suretle, hâkimlerimizin, adalet tevziî gibi tam bir tarafsızlığa ihtiyaç gösteren vazifelerini, istikbal endişesinden uzak olarak serbestçe yerine getirmelerini teminat altına alınmış olur” (87).

Görülüyor ki, her iki açış nutkunda da kabulü tavsiye edilen usul, tam bir kooptasyon usulüdür. Yalnız, merhum BOZER’in, Temyiz Mahkemesi aza ve reisleri gibi ilk mahkeme hâkimlerinin de Temyiz Mahkemesi tarafından seçilmelerini tavsiye etmesine mukabil, sayın ERTEM bu hâkimlerin tayin ve nakil muamelelerine Temyiz Mahkemesinin sadece “iştirakini” talep etmektedir. Hâkimlik mesleği hakkında düşünce ve dileklerini bir kitap halinde neşreden diğer bir hâkimimiz (88) ise, “Yargıtay üyeleri ve başkanları ile, idarî istiklâlini sağlamak bakımından Başsavcının Yargıtay Genel Kurulu tarafından”, ilk derece hâkimlerinin de “Yargıtay ve öteki mahkeme hâkimlerinden münavebe ile seçilecek bir kurul tarafından... seçilmeleri usulünün kabulü ziyadesile itimatbahş ve meslek kadrine çok uygun” olacağı fikrini ileri sürmektedir (89).

(87) *Adalet Dergisi*, 1952, sayı 10, s. 1183.

(88) A. Refik GÜR, *Hâkimlik mesleği hakkında düşünce ve dilekler*. Konya, 1949, s. 63.

(89) Keza bk. Y. FINDIKGİL, *Hâkimlik teminatı*. *İstanbul Baro Dergisi*, 1950, s. 398 : “*Üniversitemizde kabul edilen muhtariyet rejimi gibi, hâkimlerin intihabında da kaza organlarına muhtariyet verilmesi ilk üç sistemden daha az*

Hâkimlerin hâkimlar tarafından seçilmesi fikrine taraftar olanların sadece hâkimler muhitine inhisar etmeyip, bu sistemin akademik sahada da destek kazandığını görmekteyiz. Bu hususta merhum BOZER'in tavsiyelerine iştirak eden Prof. İ. H. KARAFAKİH, mezkûr sistemin "hem hâkimin istiklâli prensiplerine, hem de demokratik umdelere uygun" olduğunu beyan etmektedir (90). Yalnız, Profesör KARAFAKİH, Temyiz Mahkemesi aza ve daire reislerinin Temyiz Mahkemesi tarafından intihap edilmesi fikrine aynen iştirak etmekle beraber, ilk derece hâkimlerinin Temyiz Mahkemesinden seçilecek bir komisyon tarafından intihapları hususunda bazı endişeler izhar etmektedir. Böyle bir komisyona hatır ve iltimas yolu ile tesir edilebileceğini beyan eden sayın profesör, bu mahzuru bertaraf etmek için objektif kıstaslar aranmasını, ve seçim hakkı komisyona verilirken hiç olmazsa Adalet Vekâletine bir veto hakkı tanınmasını tavsiye etmektedir (91).

Memleketimizde hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi usulünün kabulü lehindeki bu mütalâalara şahsan iştirak etmiyoruz. Kanaatimizce, kooptasyon sistemine karşı bizde, bilhassa adalet mensupları tarafından gösterilen bu teveccüh, bugünkü tayin usulünü, bilhassa, hâkimlerin istiklâli bakımından hakikaten sakat bir usul olan Temyiz Mahkemesi azalığına tayin usulünü mutlaka terketmek hususundaki arzudan ileri gelmektedir. Ancak, mahzurlu bir sistemi terkederek, onun yerine başka bakımlardan mahzurlu diğer bir sistemi kabul etmenin ne dereceye kadar lüzumlu ve faydalı olduğu sorulmağa değer bir sualdir. Hâkimlerin icra organı karşısında istiklâlini temin etmesi bakımından ilk bakışta gayet câzip görünen kooptasyon sistemi, objektif olarak

mahzurludur. Adalet tevzi edenler herhalde adalet tevziine adil gördükleri ve lâyük olan kimseleri getirirler."

(90) Adliyemizin bugünkü durumu hakkında düşünceler. *Istanbul Baro Dergisi*, 1950, s. 625 - 631.

(91) *Loc. cit.*; s. 630.

mütalâa edildiği zaman câzip olmaktan çok uzaktır. Bu sistem hakkında, yukarıda zikrettiğimiz müellifler tarafından yapılan tenkidlerin vârit olduğuna, ve bir “hâkimler korporasyonu” nun vücut bulmasının hiçbir zaman şayanı arzu olmadığına inanıyoruz.

Ancak, tam bir kooptasyon sistemine taraftar olmamakla beraber, hâkimlerin terfi, nakil ve disiplin işlerine müteallik muamelelerde olduğu gibi tayinlerinde de hâkimlere bir söz ve rey hakkı verilmesinin doğru olduğu kanaatindeyiz. Bu şekil, bilhassa yeni Fransız ve İtalyan Anayasaları ile bu memleketlerde kurulan Yüksek Hâkimlik Divanlarında hâkimlerin de temsil edilmeleri suretile tahakkuk etmiş bulunmaktadır. İleride, ayrı bir bölümde, bu müesseselerin kuruluşlarını incelediğimiz zaman, nihaî terkiplerinin tesbitinde hâkim olan düşünce ve kanaatleri de yakından görmüş olacağız.

III

Hâkimlerin icra organı tarafından tayini sistemi.

Hâkimlerin icra organı tarafından tayin suretile iş başına gelmeleri hali hazırda en fazla taammüm etmiş olan sistemdir. Bugün, dünya devletlerinin büyük bir ekseriyetinde hâkimler hükûmet tarafından tayin edilmektedir. Hükûmetin tayin selâhiyetini objektif esaslara bağlayarak intihap serbestisini tahdit etmek şartile bu sistem, bundan evvel görmüş olduğumuz sistemlere şayanı tercihtir (92).

İcra organı tarafından tayin usulü, muhtelif memleketlerde az çok değişik şekiller arzeder. Bu şekillerin belli başlılarını, hükûmetin tayin hususunda haiz olduğu serbestinin genişliği veya mahdut olması bakımından iki ayrı grup halinde mütalâa edeceğiz.

(92) Bk. LASKI, *Studies in Law and Politics*, s. 168; A *Grammar of Politics*, s. 547 - 548; BARTHELEMY et DUEZ, *op. cit.*, s. 851; ESMEIN, *op. cit.*, c. I, s. 553; GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 99.

1. Hâkimlerin tayininde icra organının çok geniş serbestiye sahip olması. İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde câri olan sistemler.

A. İngiltere.

İcra organının, hâkimlerin tayininde gayet geniş bir takdir selâhiyetine sahip olması şekline en iyi misal olarak İngiltere gösterilebilir. Filhakika, İngiltere’de Hükümet hâkimlerin tayininde hemen hemen kayıtsız bir serbestiye maliktir. İngiltere’ye has olan bu tayin usulünü, İngiliz adalet cihazının diğer hususiyetleriyle birlikte mütalâa etmek icap eder. Ancak, son derece mudil olan ve başka hiçbir memlekette benzeri bulunmayan bu mekanizmanın burada etraflı bir izahını yapmak imkânsızdır. Bu itibarla, mevzuubahs hususiyetlere, ancak mevzuumuzu aydınlatmağa yardımcı olduğu nisbette temas edeceğiz (93).

Evveleminde şu ciheti kaydetmek lâzımdır ki, İngiltere’de, diğer Avrupa memleketlerinde olduğu gibi, hâkimlik mesleği diye bir meslek (carrière) yoktur. Şu mânada ki, ilk basamaktan başlayarak kademe kademe yükselen bir kadro, ve böyle bir kadroya intisap diye birşey mevcut değildir. Hâkimler, icra organı tarafından, baroda muayyen bir müddet çalışmış ve temayüz etmiş avukatlar (*barrister*) arasından, muayyen bir vazifeye tayin olunur, ve,

(93) İngiliz adli teşkilâtı hakkında etraflı malûmat edinmek için şu eserlere müracaat olunabilir: R. M. JACKSON, *The Machinery of Justice in England*. Cambridge, 1940; H. G. HANBURY, *English Courts of Law*. Oxford, 1949; H. SLESSER, *The Administration of the Law*. London, 1948. - Bu mevzuda lisanımızda en sahih ve derli toplu malûmat, British Council tarafından neşredilen İngiliz Hukuk Bulteni-nin 1 inci sayısında (1945) “İngiltere Mahkemelerinin Teşkilâtı” isimli makalede bulunabilir.

pek az istisna ile, tayin olundukları mevkide kalırlar. Diğer bir ifade ile, hâkimlerin tayini, kaide olarak, nihaidir. Yüksek hâkimler diye anılan Yüksek Mahkeme (*High Court*), İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) ve Lordlar Kamarası hâkimleri (94), alâkalı vekilin teklif ve tavsiyesi üzerine Hükümdar (*Crown*) tarafından nasb ve tayin olunur. Fakat fiilen, tayin, alâkalı vekilin elindedir. Bu vekil yerine göre, ya Lord Chancellor (95), veyahut ta bizzat Başvekildir. Lordlar Kamarası hâkimleri (*Law Lords*) ile,

(94) İngiliz adli teşkilâtının başlıca hususiyetlerinden biri, hâkim adedinin gayet az oluşudur. Bütün İngiltere’de, devlet hazinesinden maaş alan hâkimlerin sayısı 150 yi ancak bulur. J. A. JOYCE, *Justic at Work*. London, 1952, s. 38. Küçük davalara bakan ve Lord Chancellor tarafından halk arasından - ekseriya mahalli eşraftan - seçilen sulh hâkimleri (ki bunların sayısı 23.000 kadardır) hukukçu değildirlir ve fahrî olarak vazife görürler. Bugün Londra gibi bazı büyük merkezlerde bu sulh hâkimlerinin yerini hukukçu ve maaşlı hâkimler almıştır. Ancak, mahdut selâhiyetli olan bu hâkimler, “hâkim” unvanını haiz değildirlir; yerlerine ve vazifelerine göre “Metropolitan Police Magistrates”, “Recorders”, “Stipendiary Magistrates” gibi sıfatlar alırlar. Son derece merkezileşmiş bir adli teşkilâta malik olan İngiltere’de hâkim deyince önce hatıra Yüksek Mahkeme, İstinaf Mahkemesi ve Lordlar Kamarası hâkimleri gelir. Burada şunu da kaydetmek lâzamdır ki, isabetsiz olarak Yüksek Mahkeme (*High Court*) diye anılan mahkeme, bir Temyiz Mahkemesi olmayıp, muhtelif dairelerden müteşekkil bir bidayet mahkemesidir.

(95) İngiltere’de Adliye Vekâleti yoktur. Başka memleketlerde Adliye Vekilinin gördüğü işlerin bir kısmını İngiltere’de Lord Chancellor görür, ve kendisi, bir bakıma, adalet cihazının başı olarak telâkki edilebilir. Ancak bu, Lord Chancellor’un

İstinaf Mahkemesi hâkimlerini ve Yüksek Mahkeme daire reislerini intihap selâhiyeti Başvekile aittir. Yüksek Mahkemenin diğer hâkimlerini ise Lord Chancellor intihap eder. Bundan başka, mahalli Kontluk mahkemeleri (County Courts) hâkimleriyle, küçük davalara bakan diğer bazı hâkimlerin tayini de doğrudan doğruya Lord Chancellor'un elindedir (96).

Bir avukatın Yüksek Mahkeme hâkimliğine tayin edilebilmesi için en az 10 sene mesleki faaliyette bulunmuş olması lâzımdır. Baroda en aşağı 15 sene çalışmış bir avukat, veya bir Yüksek Mahkeme hâkimi, İstinaf Mahkemesi hâkimliğine tayin olunabilir. Yüksek Mahkeme veya İstinaf Mahkemesi hâkimi bulunmak veya asgarî 15 sene avukatlık yapmış olmak Yüksek Mahkeme daire reisliklerinden birine tayin olunmak için kâfi evsaf teşkil eder. Lordlar Kamarası hâkimliğine tayin olunmak için ise, keza asgarî 15 sene avukatlık yapmış olmak, veya iki sene Yüksek Mahkeme

çeşitli sıfat ve vazifelerinin sadece bir cephesidir. Filhakika, Lord Chancellor, kuvvetlerin birleşmesi prensibinin en mükemmel nümânesidir: Kendisi, evvelâ, Lordlar Kamarasının revidir, ve bu sıfatla teşriî faaliyete iştirak eder. Diğer taraftan, kabine azasıdır; binaenaeyh, aynı zamanda icra kuvvetinin bir uzvudur. Nihayet, Lord Chancellor bir hâkimdir: Lordlar Kamarası mahkeme olarak toplandığı zaman ona riyaset eder. Teşriî bir meclis reisliği, nazırlık ve hâkimlik sıfatlarını uhdesinde toplayan bu zat, İngiliz Anayasa sisteminde son derece mühim bir mevki işgal eder.

(96) Yukarıda, bir önceki notta zikri geçen Recorder, Stipendiary ve Metropolitan Magistrate'lerin tayin selâhiyetinin ise İçişleri Vekiline (Home Secretary) ait olduğunu söylersek, İngiltere'de hâkimlerin tayininin üç ayrı otorite (gerçi hepsi de hükümet azası) tarafından yapıldığı anlaşılır. Bu da, herhangi bir rasyonel sistemin ademi mevcudiyetine en güzel bir misaldir.

veya İstinaf Mahkemesi azalığında bulunmuş olmak lâzımdır. Burada avukatların hâkimliğe tayin olunabilmeleri şartı olarak zikredilen meslekî faaliyet müddetleri asgarî kanunî müddetler olup, tatbikatta hâkimler, baroda çok daha uzun seneler çalışmış ve temayüz etmiş tecrübeli avukatlar arasından seçilirler (97). İngiltere'de bir kimsenin kırk yaşından önce hâkimlik mevkiine geldiği vâki değildir; bu mevki ekseriya ellisinden sonra ihraz edilir (98).

Zikrettiğimiz bu faktörler haricinde hâkimlerin tayininde hükümet bağıyan esaslar mevcut değildir. Baroda, yukandaki evsafı haiz pek çok avukat bulunduğu cihetle, hükümet bu hususta çok geniş bir takdir ve tercih serbestisine malik demektir. İcra organının, bu tercih selâhiyetini kullanırken ehliyet ve tecrübeye birinci pânda yer verdiğini kaydettik. Ancak, bu, kâfi bir objektif kıstas teşkil etmez, ve tercih sebepleri arasında siyasi unsurun da mevcut olduğu görülür. Filhakika, İngiltere'de, hâkimlerin tayininde siyasi mülâhazaların rol oynadığı bir vâkiadır (99). Birçok hallerde, bil-

(97) Hâkimler, her zaman değilse de, ekseriya "Kings Counsel" (Bugün "Queen's Counsel") payesini haiz kıdemli avukatlar arasından intihap olunurlar. - Bk. C.I. HAMSON, İngiltere'de Avukatlık Mesleği Konferans. (çev : Münici Kapani). Siyasal Bil. Fa. Dergisi. 1951, c. VI, s. 296.

(98) JACKSON, op. cit., s. 205. - Yakın zamanlara kadar, Yüksek Mahkeme hâkimliğine vasatî tayin yaşı 55, İstinaf ve Lordlar Kamarası hâkimliklerine ise 60 idi. Son harptenberi, tayinlerin nisbeten daha genç yaşta avukatlar arasından yapıldığı görülmektedir. Şimdiye kadar Yüksek Mahkeme hâkimliğine en genç tayin yaşı 42 dir. Bk. JOYCE, op. cit., s. 41 - 42.

(99) LASKI, *Studies in Law and Politics*, s. 168 - 170; *A Grammar of Politics*, s. 548; ENSOR, *Courts and Judges. Oxford*, 1933, s. 82; JACKSON, op. cit., s. 208 - 209; VANDERBILT, op. cit., s. 139 - 140; HANBURY, op. cit., s. 165.

hasşa yüksek hâkimliklerden birine yapılan bir tayinin, iktidar partisine mesbuk siyasî hizmetlerin mükâfatlandırılması suretinde tezahür ettiğini müşahade etmek kabildir. Boşalan hâkimliklere, siyasî sahada faal bir rol oynamakta olan kimseler arasından yapılan tayinler, oldukça mühim bir yekûn teşkil eder. Gerçekten, birçok hâkimler, hâkimlik mevkiine, Avam Kamarası yolu ile gelmişlerdir (100). Siyasî hizmet mukabilinde yapılan tayinin en bâriz şekli, hükûmet azası olan ve hükûmetin baş hukuk müşaviri mesabesinde bulunan *Attorney - General*'in, Yüksek Mahkemenin "King's Bench" dairesi reisliği (*Office of Lord Chief Justice*) inhilâl ettiği takdirde bu mevkie tayin edilmesidir. İngiltere'nin en yüksek hâkimliklerinden biri olan Lord Chief Justice makamına, inhilâli halinde, *Attorney - General*'in getirilmesi, bugün bir teamül haline gelmiştir (101). Mamafih, söylemek lâzımdır ki, siyasî sâiklerle yapılan tayinler bugün eskiye nazaran çok daha azdır (102). Eskiden, tamamen partizan mülâhazalarla, yüksek hâkimliklere ehliyetsiz kimselerin dahi getirildiği görülmüştür. Bugün, bu çeşit tayinlere pek rastlanmaz (103). Ancak hâkimlerin tayininde hükûmet bir açık bonoya sahip olduğu müddetçe, bu tayinlerin az çok siyasî bir çeşni almalarnın önüne geçmek hemen imkânsızdır.

(100) 1832 ile 1906 seneleri arasında tayin edilen 139 hâkimden 80 i, tayin edildikleri sırada Avam Kamarası azası idiler - *Bk. LASKI, Studies in Law and Politics, s. 168.*

(101) JACKSON, *op. cit.*, s. 209; JOYCE, *op. cit.*, s. 40; HANBURY, *op. cit.*, s. 165.

(102) ENSOR, *op. cit.*, s. 12.

(103) ENSOR, bu değişmede Lord Asquith'in mühim bir rol oynadığını kaydediyor. Başvekilliği zamanında gerek Lord Asquith ve gerek onun Lord Chancellor'u, yaptıkları tayinlerde siyasetten tamamen tecerrüt ederek sadece ehliyet ve liyakata kıymet vermişlerdir (*op. cit.*, s. 12).

İngiltere’de, icra organının hâkimlerin tayininde hudutsuz denebilecek bir serbestiye malik olmasına rağmen, bu hususun hâkimlerin istiklâline kat’iyen tesir etmediği görülür. Filhakika, İngiliz hâkimleri icra organı karşısında belki en müemmen istiklâle sahip olan hâkimlerdir. Bu netice nasıl hâsıl olmaktadır? Şöyle ki, İngiliz sisteminin, yukarıda gördüğümüz mahzurlu tayin usulünü bu bakımdan telâfi eden bir hususiyeti vardır : O da, hâkimler arasında terfiin, bir kaide ve prensip olarak, mevcut olmayışıdır. Biraz önce de söylediğimiz gibi, İngiltere’de, kaydı hayat şartile tayin edilen hâkim, pek az istisna ile, tayin edildiği yerde kalır. Yüksek kademelerde bir yer açıldığı zaman, umumiyetle cari olan usul, mevcut hâkimlerden birinin yükseltilmesi yerine, hariçten yeni bir tayinin yapılmasıdır. Bu suretle, bir kimse, doğrudan doğruya hâkimliğin en yüksek mevkieinden birine gelebilir. Bu şartlar altında, bir hâkimin, tayin olunduktan sonra, icra organı ile hiçbir alakası kalmamış demektir. Azilden masun olduğu cihetle bir korkusu olmadığı gibi, artık ondan beklediği birşey de mevcut değildir. Bir müellifin gayet güzel bir şekilde belirttiği gibi, “tayinle borç ödenmiş ve siyasî hesap kapanmıştır” (104).

İngiliz tayin usulünün, hâkimlerin istiklâline müessir olmamasına mukabil, onların tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek unsurları ihtiva ettiğini söylemek lâzımdır. Filhakika, bir gün önce politika sahasında faal bir rol oynamakta olan ve bazı görüşlerin müdafiliğini yaparak diğer bazı görüşlere şiddetle muhalefet eden bir adamın, ertesi gün, hâkimlik kisvesini giyerek adaleti tevzi makamına geçmesi, ve muayyen bir çoğunluğun iradesi demek olan kanunları tefsir ve tatbik mevkiinde bulunması, muhakkak ki arzuya şayan değildir. Böyle bir adam, şuuri olarak tarafsızlıktan ayrılmaya dahi, bazı hallerde istemiyerek ve gayri şuuri bir surette siyasî kanaatlerinin tesiri altında kalabilir. Netekim, İngiltere’de, muhtelif devirlerde, hâkimlerin, muayyen bir sınıf ve partinin aki-

de ve temayüllerini aksettiren hükümler verdikleri olmuştur (105). Mamafih, umumiyetle, İngiliz hâkimlerinin adaleti tevzi ederken siyasi görüş ve inanışlarından tecerrüt etmeğe muvaffak oldukları ve hükümlerini tam bir tarafsızlıkla verdikleri teslim edilmektedir. Ancak, mühim olan, yalnız hâkimin tarafsız olması değil, onun tarafsız olduğu hakkında umumi kanaatin mevcut olmasıdır. Onun için, bazı müellifler, politika sahasından adliyeye intikalini âni olmaması lâzım geldiği, ve siyasi bir mevkide bulunmuş bir adamın, aradan ancak muayyen bir zaman geçtikten sonra hâkimliğe tayin edilebilmesinin muvaffak olacağı fikrini müdafaa etmektedirler (106).

Bugün İngiltere'de câri olan hâkimlerin tayini usulü yukarıda belirtilen sebeplerden dolayı birçok müellifler tarafından tenkid edilmektedir. Bu usulün mahzurları üzerinde en fazla duran ve bunları ehemmiyetle tebarüz ettiren H.J. LASKI olmuştur (107). Profesör LASKI, hâkimlerin icra organı tarafından tayini sisteminin, mevcut sistemlerin en iyisi olduğuna kani bulunmakla beraber, bu hususta icra organının, İngiltere'de olduğu gibi, hudutsuz bir takdir serbestisine sahip bulunmasını şiddetle tenkid etmektedir. LASKI'ye göre, İngiltere'de bugünkü usul yerine, hâkimlerin gene Başvekil ve Lord Chancellor tarafından, fakat hâkimlerden müteşekkil bir istişari heyetin fikir ve mütalâası alındıktan sonra tayin edilmeleri şeklinin kabulü muvafık olacaktır (108). Diğer bir müellif ise, hâkimlerin

(105) Bunun en açık misali, 19 nucu asrın sonlarında ve 20 inci asrın başlarında, işçi sendikaları aleyhinde seri halinde verilen hükümlerde görülür. Bu hususta bk. ENSOR, op. cit., s. 82. Keza, JACKSON, op. cit., s. 213 - 218.

(106) Bk. LASKI, *Studies in Law and Politics*, s. 171; JACKSON, op. cit., s. 209.

(107) Bilhassa, *Studies in Law and Politics* isimli eserinin "The Tecnique of Judicial Appointment" başlıklı bölümüne bakınız. Keza, A. *Grammar of Politics*, s. 547 - 548.

(108) Aynı fikir için, bk. JACKSON, op. cit., s. 209.

intihabı selâhiyetinin doğrudan doğruya böyle bir heyete tevdi edilmesi fikrini ileri sürmüştür (109).

Bu tenkid ve tavsiyelerin, aradan bir hayli zaman geçtiği halde, henüz müsbet bir tesir göstermemiş ve bu sahada herhangi bir teşebbüse yol açmamış olmaları dikkate şayandır. Büyük ekseriyetle hâkimlerinden ve umumiyetle adalet cihazlarından memnun olan ve onlarla iftihar eden İngilizlerin, bugünkü tayin usullerini yakın bir gelecekte değiştireceklerine inanmak için şimdilik ortada bir sebep mevcut değildir.

B. Amerika Birleşik Devletleri.

Amerika Birleşik Devletlerini teşkil eden federe devletlerin pek az istisna ile - hemen hepsinde hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sisteminin kabul edilmiş olmasına mukabil, federal devlette hâkimlerin icra organı tarafından tayini usulü carîdir. Filhâkika, Federal Yüksek Mahkeme hâkimleri ile diğer federal mahkemeler (110) hâkimleri, Anayasa ve kanunlara göre, "Senatonun rey ve tasvibi ile" Birleşik Devletler Başkanı tarafından tayin edilirler. Federal hâkimlerin tayininde Başkanın selâhiyetini tahdit ve takyit eden kanuni objektif esaslar mevcut değildir. Bu itibarla Başkan, hâkimlerin intihabında geniş bir takdir ve tercih serbestisine malik demektir. Ancak, icra kuvveti reisinin bu sahada hareket serbestisi-

(109) ENSOR, *op. cit.*, s. 102.

(110) Federal Anayasa ile kurulan Yüksek Mahkemeden başka, Kongre tarafından vazedilen kanunlarla kurulan bir federal mahkemeler teşkilâtı mevcuttur. Bu teşkilâtın kaidesinde "Mıntaka Mahkemeleri" (District Courts) bulunur. Bu mahkemeler seksen beş tane olup Birleşik Devletler arazisinin her tarafına dağılmışlardır. Vermont veya New Hampshire gibi bir küçük devlet başlı başına bir "mıntaka" teşkil eder; daha büyük ve nüfusu daha kalabalık devletler ise, iki veya

ni tahdit eden bir takım sübjektif unsurlar vardır ki, bunların başında, Senatonun tasvibini temin hususundaki mülâhazalar gelir. Mafatih, Senatonun, Başkan tarafından yapılan tayinleri tasdik etmemesi nâdiren vâkidir (111). Senatonun tayinleri tasdik veya red nisbeti şüphesiz ki vaziyet ve şartlara, ve bilhassa bu meclisin terkibine göre değişir. Şayet Başkan ile Senato arasındaki münasebetler âhenkli ve dostâne ise, hususile Başkan'ın partisi Senatoda

daha ziyade "muntaka" ya ayrılırlar. Her muntakada en aşağı bir hâkim bulunur; iş hacmine göre hâkimlerin sayısı artar. Bugün muntaka hâkimlerinin sayısı takriben iki yüz kadardır. Muntaka mahkemelerinin üstünde "Daire İstinaf Mahkemeleri" nin (Circuit courts of Appeal) mevcuttur. Birleşik Devletler arazisi on kazai daireye ayrılmış olup bunların her birinde bir istinaf mahkemesi bulunur. Ayrıca, müstakil bir kazai daire addedilen District of Columbia'da (devlet merkezi Washington şehri ve civarı) bir İstinaf Mahkemesi vardır. İstinaf hâkimlerinin sayısı elliden fazladır. Nihayet, teşkilâtın zirvesinde, sekiz hâkim ve bir başhâkimden müteşekkil Federal Yüksek Mahkeme bulunur. - Bu mevzuda daha fazla malûmat için, bk. OGG and RAY, Essentials of American Government, New York, 1950, s. 337 - 340; C. B. SWISHER, The Theory and Practice of American National Government. Cambridge, Mass., 1951, s. 461 - 477.

(111) Washington'un Başkanlığa geliş tarihi olan 1789 dan, Franklin D. Roosevelt'in birinci Başkanlık devresi sonuna, yani 1937 ye kadar Yüksek Mahkeme hâkimliğine yapılan 108 tayinden seksen dördü Senatoca tasdik edilmiştir. Bu devre zarfında tasdik nisbeti yüzde 77.7 demektir. 1897 ile 1937 arasındaki elli sene zarfında yapılan yirmi tayinden Senato ancak birini reddetmiştir. Bk. BINKLEY and MOOS, A Grammar of American Politics, New York, 1949, s. 504.

sağlam bir ekseriyete sahip bulunuyorsa, tayinler hemen hemen otomatik bir surette tasdik olunur. Bu iki otorite arasındaki münasebetler âhenkli olmadığı, ve hele Başkanın partisi Senatoda ekalliyette bulunduğu takdirde, red nisbetinin çoğaldığı görülür (112).

Başkanın, mıntaka hâkimleriyle istinaf hâkimlerini tayin eden - bilcümle federal memurların tayininde olduğu gibi - dikkat edeceği bir nokta da, tayinle alâkalı federe devlet senatörlerinin önceden rey ve muvafakatlerini istihsalidir. Zira, tayinle alâkalı devletin senatörleri, Başkan tarafından intihap edilen şahsa itiraz ve muhalefet ettikleri takdirde, "senato nezaketi" gereğince (113) bütün senatörlerin kendilerini destekliyerek tayini reddetmelerine intizar etmek lâzımdır. Bilhassa mıntaka hâkimlerinin intihabında senatörler büyük rol oynarlar. Hattâ çok zaman, tayin edilecek şahıs, hakkında Başkanın istifasının beklemeksizin kendi namzetlerini Başkana bildirirler (114). Bu gibi hallerde, kaidenin tersine olarak, tayinin "Senato tarafından yapılip Başkan tarafından tasdik edildiğini" söylemek yanlış olmaz (115). Yüksek Mahkeme hâkimlerinin tayininde vâzîyet aynı değildir. Burada "Senato neza-

(112) OGG and RAY, *op. cit.*, s. 282.

(113) Bugün yerleşmiş bir teamül haline gelen "senato nezaketi" (*senatorial courtesy*), Başkan tarafından federe devletlerden birisine bir federal memur veya hâkim tayin edildiği zaman o devlet senatörlerinin bu tayine itirazları halinde bütün Senato azasının mütesaniden tayini tasdikten imtina etmelerini icabettirir. Bunun yakın bir misâli, Başkan F. D. Roosevelt'in 1939 da Virginia devletine tayin ettiği bir federal hâkime mezkûr devlet senatörlerinin itirazları üzerine Senatonun tayini reddetmesile görülmüştür. - Bk. BINKLEY and MOOS, *op. cit.*, s. 310.

(114) Bk. Harold ZINK, *Government and Politics in the United States*. New York, 1947, s. 276 - 277.

(115) BINKLEY and MOOS, *op. cit.*, S. 310.

keti” mevzuubahs olmadığı cihetle Başkan daha geniş bir intihap serbestisine maliktir.

Yukanda söylediklerimizden anlaşılacağı veçhile, federal hâkimlerin tayininde siyasi faktörlerin birinci derecede rolü vardır. Bilhassa Yüksek Mahkeme hâkimliğine yapılan tayinlerde parti mülâhazaları başta gelir. Bir Başkanın, muhalif partiden bir kimseyi Yüksek Mahkemeye tayin ettiği nâdiren görülmüş-tür (116). Bu da ancak, Başkanın kendi partisinden olan hâkimlerin Yüksek Mahkemede ekseriyeti teşkil ettikleri zaman vâki olur (117). Bazı tayinler, İngiltere’de olduğu gibi, “siyasi bir borcun ödenmesi” mahiyetindedir. Bazan da bir tayin, iktidar partisinin bir cenahına tâviz, veyahut da memleketin muayyen bir kesiminin isteğine cevap olarak yapılır (118). Hâkimlerin haiz olmaları lâzım gelen vasıf ve şartlar hakkında bir kanun hükmü olmadığı cihetle Başkan bu bakımdan hiçbir kayda tâbi değildir. Mamafih, federal hâkimler, hemen daima, hukuk bilgisi olan ve pratik veya nazari olarak hukukla iştigal eden veya etmiş bulunan kimseler arasından seçilir. Yakın bir zamana kadar, Yüksek Mahkeme hâkimlerinin, evvelce hâkimlik yapmış ve bilhassa istinaf hâkimliğinde bulunmuş kimseler arasından intihap edilmeleri az çok bir teamül haline gelmiş bulunuyordu (119). Başkan F. D. Roosevelt, hemen hemen hiç hâkimlik tecrübesi olmayan kimseleri Yüksek Mahkemeye tayin etmek suretile bu teamülden ayrılmıştır (120).

(116) BINKLEY and MOOS, *op. cit.*, s. 502; LASKI, *op. cit.* s. 168.

(117) ZINK, *op. cit.*, s. 440.

(118) Bk. OGG and RAY, *op. cit.*, s. 283; SWISHER, *op. cit.*, s. 466.

(119) ZINK, *op. cit.*, s. 440.

(120) Roosevelt’in Başkanlıkta bulunduğu müddet zarfında Yüksek Mahkemeye tayin ettiği sekiz hâkimden ikisi senatör-

Federal hâkimlerin tayininde icra organının geniş selâhiyete sahip olması ve bu hususta siyasi faktörlerin rol oynaması keyfiyeti, menfi tesirini, hâkimlerin istiklalleri üzerinde değilse de tarafsızlıklar üzerinde gösterir. Filhakika, yukandaki hususlar, hâkimlerin istiklâli üzerinde müessir olmaz; zira, İngiltere için yapmış olduğumuz müşahede burada da câridir: Yâni, İngiltere de olduğu gibi Amerika'da da hâkimler arasında terfi, bir kaide ve müessese olarak, mevcut değildir. Bir mntaka veya istinaf hâkiminin doğrudan doğruya Yüksek Mahkeme hâkimliğine terfi ettirilmesi oldukça istisnai bir hal teşkil eder (121). Binaenaleyh, tayinden sonra, hâkimin, normal olarak, icra organından beklediği bir lütuf kalmamış ve aralarındaki münasebet sona ermiş demektir. Ancak, faal bir politikacı olmasa dahi, muayyen meseleler hakkında muayyen görüşlere sahip olduğu bilinen ve bu görüş ve temayülleri dolayısıyla hâkimliğe tayin edilen bir adamın, hâkim olduktan sonra, kuvvetle bağlı bulunduğu siyasi ve içtimai akidelerle alâkasının sona ermeyeceği tabiidir. Bu şartlar altında, bazı meselelerde hüküm verirken, hâkimin, isteyerek veya istemiyerek bu fikri bağların tesiri altında kalması ve binnetice tam bir tarafsızlıkla hareket edememesi ihtimalinin mevcudiyetini kabul etmek lâzımdır. Bu ihtimal bilhassa, kanunların Anayasaya uygunluğunun nihai kontrol mercii olan ve dolayısıyla Anayasanın tefsiri selâhiyetini haiz bulunan Yüksek Mahkeme için kuvvetle vârittir. Filhakika, Yüksek Mahkeme kararlarının, bu mahkemenin muayyen bir tarihte terkiğine ve azasından çoğunluğunun görüş ve temayüllerine göre değiştiği inkâr edilemez (122). Yüksek Mahkemenin, bazı hallerde, hukuki kıstaslardan ziyade siyasi ölçüler kullandığı, ve

lükten, üçü Adliye Vekâletinden, ikisi hukuk profesörlüğünden, birisi de idarecilikten gelmedir. - Bk. ZINK, op. cit., s. 441.

(121) Bk. LASKI, op. cit., s. 171.

(122) Bk. OGG and RAY, op. cit., s. 342.

kongre ile Başkanın müayyen bir sahada tayin ettikleri siyaset bu ölçülere uymadığı takdirde onu önlemeğe ve değiştirmeğe teşebbüs ettiği de bir vâkıadır (123). 1935 - 1936 senelerinde, New Deal mevzuatı karşısında Yüksek Mahkemenin takındığı hareket tarzı bu halin en açık misalini teşkil eder. Filhakika, bu tarihte, en gençi 61, en yaşlısı ise 80 yaşında olan, ve ekseriyeti hâlâ “*laissez faire*” doktrinine bağlı bulunan hâkimlerden müteşekkil Yüksek Mahkeme, Başkan Roosevelt'in iktisadî ve sosyal ıslâhat tedbirlerini ihtiva eden New Deal kanunlarını, Anayasaya aykırı oldukları mülâhazasıyle, birbiri arkasına hükümsüz kılıyordu (124). Aynı mahkemenin, bir müddet sonra, ve arada geçen bazı hâdiseler üzerine (125), cephe değiştirerek müteakip New Deal tedbirlerini Anayasaya uygun bulması, daha önceki kararlarının objektif hu-

(123) BINKLEY and MOOS, *op. cit.*, s. 521; OGG and RAY, *op. cit.*, s. 343.

(124) Bk. OGG and RAY, s. 343; BINKLEY, and MOOS, s. 524.

(125) Başkan Roosevelt'in, Kongre ve memleketin büyük ekseriyeti tarafından desteklenen iktisadî kalkınma programı karşısında Yüksek Mahkemenin ittihaz ettiği menfi hattı hareket üzerine umumi eskârda uyanan aksülâmel, ve Başkan Roosevelt ile Yüksek Mahkeme arasında doğan ihtilâf ve mücadele, Amerikan Anayasa tarihinin sayılı buhranlarından birini teşkil eder. Bu buhranın muhtelif safhaları : ez-cümle, Yüksek Mahkemenin bünyesini değiştirmek maksadile Roosevelt tarafından teklif edilen proje, bu proje etrafındaki münakaşalar, Kongre tarafından projenin reddi, ve neticede “dokuz ihtiyar adam” dan çoğunun istifası veya ölümüyle açılan yerlere Roosevelt'in tamamen New Deal'ci hâkimler tayin etmesi üzerine nasıl yepyeni bir Yüksek Mahkeme teşekkül ettiği hakkında malûmat için, bk. ZINK, *op. cit.*, s. 436 - 439; BINKLEY and MOOS, *op. cit.*, s. 524 - 526; OGG and RAY, *op. cit.*, s. 343-346.

kuki esaslara istinat etmeyip, siyasi zaviyeden yapılmış sübjektif tefsirlerden ibaret olduğunu açıkça göstermiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinde federal hâkimlerin tayininde câri olan usul ve âdetlerin, yukarıda müşahede ettiğimiz neticeler bakımından mahzurlu olduğuna şüphe yoktur. Bu mahzurların giderilmesi veya hiç olmazsa azaltılabilmesi için, tayinde siyasi faktörlerin rol oynamasına imkân verilmemesi, bunun için de Başkanın haiz olduğu geniş selâhiyetin tahdit ve takyit edilmesi lâzım gelir. Bu hususta Profesör LASKI'nin ileri sürmüştüğü şeklin (126), yani, eksériyeti hâkimlerden müteşekkil bir istişari hey'etin, federal hâkimlerin tayininde Başkana fikir vermesi ve tavsiyelerde bulunması şeklinin, kabul edildiği takdirde, şimdiki usule nazaran daha iyi neticeler vereceğine muhakkak nazariye bakılabilir.

2. *İcra organının tayin selâhiyetinin kanuni esaslara tahdit edilmesi. — Umumiyetle Kara Avrupasında ve Türkiye'de cari olan sistem.*

Bugün, umumiyetle Kara Avrupası memleketlerinde ve bu arada bizde cari olan sistem, hâkimlerin icra organı tarafından muayyen şekil ve şartlar dahilinde tayin edilmesi sistemidir. Bu şekil ve şartlar, önceden kanun tarafından tesbit edilmiş, icra organının keyfi bir surette hareketini önlemeğe matuf hususlardır. İcra organı, hâkimleri, kanunun tesbit ettiği vasıf ve şartları haiz kimseler arasından tayin etmek mecburiyetindedir. Diğer taraftan, bazı memleketlerde olduğu gibi, icra organı bu hususta yalnız başına hareket etmek serbestisini haiz olmayıp, tayinleri, bir hey'et veya meclisin teklif ve tavsiyesi üzerine yapmak zorundadır.

Hâkimlerin tayininde aranılan şartlar, bir memlekette diğerine az çok değişiklik arzeder. Birçok memleketlerde bu şartlar, ve

umumiyetle tayin şekli, objektif esaslara bağlanmak suretile icra organının takdir selâhiyeti mümkün mertebe daraltılmak yoluna gidilmiştir. Diğer bazı memleketlerde ise, bu hususta kâfi derecede takyidi esaslar mevcut olmayıp, icra organı hâkimlerin tayininde nisbeten daha geniş bir serbestiye maliktir (127).

Memleketimizde câri olan tayin sistemi, bazı cihetlerden icra organının rolünü tahdit hususunda oldukça ileri gitmekle beraber, diğer bazı hususlarda Adalet Vekiline hayli geniş selâhiyetler tanımıştır. Filhakika, ilk merhalede, namzetliğe tayin selâhiyeti doğrudan doğruya Adalet Vekiline aittir. Vekil, vekâletin yüksek memurlardan müteşekkil istişari bir komisyonun mütalâasını aldıktan sonra ihtiyaca göre namzetleri tayin eder. Diğer taraftan, Vekil, bu şekilde tayin ettiği bir kimsenin namzetliğine nihayet vermek selâhiyetini de haizdir. Buna mukabil, birazdan göreceğimiz gibi, namzetlikten asıl mesleğe geçmede başlıca selâhiyet ekseriyetle hâkimlerden teşekkül eden Ayrırma Meclisine ait olup, Adalet Vekilinin buradaki rolü ikinci derecede kahr. Tayinde aranılan şartlara gelince, bunların son derece kifayetsiz olduğunu, ve yüksek kalitede hâkimlerin yetişmesi imkânını sağlamadığını belirtmek lâzımdır.

Hâkimlerin icra organı tarafından tayini sisteminin câri olduğu ekseri memleketlerde, tayin için aranılan, yaş, iyi ahlâk sahibi olmak, hukuk lisanı veya doktorası yapmış olmak gibi umumi şartlardan başka, başlıca iki mühim şartın mevcut olduğu görülür : Bunlardan birincisi, muayyen bir staj devresini muvaffakiyetle tamamlamak, ikincisi de, mesleğe giriş imtihanını kazanmaktır. Bizde, bu sonuncu şart, evvelce mevcut iken şimdi kaldırılmış bulunmaktadır. Filhakika, 2556 sayılı bugünkü Hâkimler Kanunu, 1934 senesinde vazedildiği zaman, namzetlerin hâkim muavinliğine tayin edilebilmeleri için bir imtihandan geçmelerini şart koy-

(127) Bk. WARLOMONT, *op. cit.*, s. 188 - 192; LALLEMAND, *op. cit.*, s. 78 - 81.

muştı. Fakat, 1940 da, artan hâkim ihtiyacını karşılamak mülâhazasile bu imtihan kaldırılmıştır (128). Hâkimlerin daha iyi yetişmelerini temine medar olduğu kadar, icra organının tayin hususundaki selâhiyetini daraltıcı mahiyette objektif bir kıstas olan bu imtihanın kaldırılmasını esefle karşılamak lâzımdır (129).

Staja gelince, mevzuumuzu doğrudan doğruya alâkadar etmemekle beraber, bu müessesenin memleketimizde bugünkü tatbik şekliyle memnuniyet verici olmaktan uzak bulunduğunu kaydetmek isteriz. Kanunun derpiş ettiği iki senelik staj devresi, tanzim ve tatbik şekli bakımından matlubu temin edememekte ve bu itibarla birçok müellifler tarafından haklı olarak tenkid edilmektedir. Bir müellife göre, namzetlik, "tatbikatta kısa bir müddetle mahkeme koridorlarında dolaşmak ve mahkeme kalemlerinde dinlen-

(128) *Hâkimler Kanununun bazı maddelerinin tâdiline dair 3885 sayılı kanun.*

Bizde, hâkimliğe giriş imtihanı zaman zaman ihdas edilmiş ve kaldırılmıştır. 1926 tarih ve 766 sayılı eski Hâkimler Kanunu, giriş imtihanına lüzum göstermemiş idi. Buna mukabil, 11.6.1329 tarihli Hükkâm ve Memurini Adliye intihabı nizamnamesi, hâkimliğe tayin edilebilmek için imtihan şartını âmir bulunuyordu.

(129) *Prof. M. R. BELGESAY, giriş imtihanının kaldırılmasını "isabetli ve uygun" bulmamaktadır (Adliye teşkilâtının esasları ve Hâkimler Kanununun tâdiline dair kanunun ana hatları. - İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. IX, s. 592 - 601). Dr. N. M. BERKİN de keza aynı fikirdedir (Hukuk Usulü Kanununun tâdili ve yargıç meselesi - İleri Hukuk, sayı 19, s. 235 - 236,250).*

B. Tahsin İSTANBULLU, imtihanın, namzetlikten hâkim muavinliğine geçerken değil, fakat namzetliğe kabul olunurken yapılmasını doğru buluyor (Hâkimler ve Hukuku. İstanbul 1939, s. 30 - 31).

mekten ibaret kalmaktadır” (130). Diğer bir müellif de, bizde hâkimlerin adalet cihazı içerisinde tam bir kaza selâhiyeti ile iş başına getirildikten sonra yetişmeye başladıklarını kaydediyor ki, bu, maalesef, çok doğrudur (131). Aynı müellifin belirttiği gibi, yeni tayin olunan hâkimler “adalet kürsülerinde kendi kendilerine staj görürlerken fertlerin hukuku da bu tehlikeli stajın âdeta feda edilen bir iptidai malzemesi” olmaktadır. İki senelik stajdan beklenen netice elde edilmezken, 1953 de kabul edilen bir kanunla (132) Hâkimler Kanununa muvakkat bir madde eklenerek Adalet Vekiline, iki sene müddetle, bir yıllık staj müddetini bitirmiş namzetleri hâkim muavinliğine tayin selâhiyeti tanınmıştır (133). Bu kanunun çıkarılmasında sebep ve mülâhazalar ne olursa olsun, fertlerin hukuku üzerinde tevlit edebileceği neticeler düşünülerek adalet namına endişe duymamak mümkün değildir.

Türkiye’de hâkimlerin tayini usulünün, bilhassa son zamanlarda, sık sık tenkid mevzuu olduğunu daha önce görmüş bulunuyoruz. Ancak, bu tenkidlerde mevzuubahs olan “tayin”, ilk tayin olmayıp, Adalet Vekilinin takdirine terkedilen, Temyiz Mahkemesi

(130) İmran ÖKTEM, *Yargıç yetiştirme sistemimiz (Hukuk Dergisi, c. II, 1945, sayı 15, s. 19 - 23)*.

(131) N. M. BERKİN, *loc. cit.*, s. 236.

(132) 9.1.1953 tarih ve 6004 sayılı kanun.

(133) Bu kanunun müzakeresi sırasında söz alan hatipler, bugünkü şekliyle staj müessesesini şiddetle tenkid etmişler; bu tenkidlere cevap veren Adalet Vekili de, bugünkü stajın “ihtiyaca tevafuk etmediğini” ve “umulan neticenin tahassül etmediğini” kabul ve itiraf ederek, hazırlanmakta olan yeni Hâkimler Kanunu tasarısı ile bu müessesenin yeni baştan tanzim edileceğini bildirmiştir. Adliye Vekili, tasarıda, namzetlikten hâkim muavinliğine geçiş imtihanının da tekrar ihdas edileceğini sözlerine ilâve etmiştir (T.B.M.M. Tutanak Dergisi, c. 19, 1953, B. 25, s. 103).

azalışına ve reislğine tayindir. Binaenaleyh bu “tayin”, anlaşılacağı vechile, hakikatte bir terfi muamelesidir. Bu cihetle, bu hususun tetkikini, ileride “terfi” bahsine bırakıyoruz.

İlk tayinde, yani, namzetlikten hâkim muavinliğine tayinde, Adalet Vekilinin selâhiyeti, hiç değilse nazari olarak, oldukça tahdit edilmiştir. Filhakika, Hâkimler Kanununa göre (m. 13) “Ayrırma Meclisi her namzedin : a) ahlâki gidişi hakkında toplanan malûmata bakarak tayin edilecek dereceye, b) namzetlik esnasında gösterdiği kabiliyet derecesine, c) mektep şahadetnamesinde kazandığı dereceye göre emsali arasındaki mertebesini tayin ve en yüksek liyakat kazananlar en başta gelmek üzere sırasıyla bir defter tanzim ve tasdik eder”. Muavinlik sınıfında açılacak vazifelere, bu defterdeki sıraya göre “önce gelen tayin olunur” (m. 15). Demek oluyor ki, Adliye Vekili, hâkimleri tayin ederken Ayrırma Meclisinin tesbit ettiği sıraya riayetle mükelleftir.

Hâkimlik kadrosuna giriş için normal olan bu usul dışında, kanun, bir de fevkalâde bir tayin usulü tanımıştır. Filhakika, Hâkimler Kanununun 70 inci maddesi hükmüne göre “Mesleklerinde 20 yıl fili surette çalışmış olan avukatlardan ilmi kudret ve ahlâki metanetleri ile tanınmış olanlar ile, 15 yıl Hukuk Fakültelerinde hukuk ilimlerini tedris etmiş olan profesörler ikinci sınıf dahilinde bir vazifeye veya Yargıtay üyeliğine, ve avukatlıkta en az 10 yıl hizmet etmiş olanlardan yukarıda yazılı vasıfları haiz bulunanlar dokuzuncu, ve bunlardan İngilizce, Almanca, Fransızca ve İtalyanca lisanlarından birini bilenler 8 nci derecede yargıçlık veya savcılığa tayin olunabilirler”. Anglo-sakson sisteminden mülhem olan ve bize de Fransız ve İtalyan mevzuatından geçmiş bulunan bu tayin usulü, memleketimizde, bir iki vak'a hariç, hemen hemen hiç tatbik edilmemiş, veya edilememiştir. Gayesi, hâkimler kadrosuna olgun, bilgili ve tecrübeli elemanlar kazandırmak olan bu hükmün bizde tatbiki için müsait zemin bulunamaması teessüfe şayandır. Mamafih, bugünkü şartlar dahilinde, yani tayin Adliye Vekili ta-

rafından yapıldığı müddetçe, bu nevi “hariçten” tayinlerin siyasi müdahalelere yol açabilecek mahiyette olduğunu da kabul etmek lâzımdır. Ancak tâyin müstakil bir heyet tarafından yapıldığı ve hâkimlik statüsü de, maddi ve manevi bakımdan, olgun bir profesörü ve değerli bir avukatı cezbedecek bir seviyeye çıkarıldığı zamandır ki, mezkûr hükümden istifade etmek imkânı hâsıl olacaktır.

IV

Hâkimlerin müstakil bir organ (Yüksek Hâkimlik Divanı) tarafından tâyini sistemi.

Fransa ve İtalya'da câri olan sistem.

İkinci Dünya Harbinden sonra kabul edilen Fransız ve İtalyan Anayasaları hâkimlere müteallik diğer bütün muameleler gibi tâyinlerini de - kuruluş ve fonksiyonlarını ileride ayrı bir bölümde tetkik edeceğimiz - bir Yüksek Hâkimlik Divanına bırakmak suretile bu sahada bir yenilik yaratmışlardır. Filhakika, Fransız - İtalyan sistemi, tayin hususunda selâhiyetli organ bakımından, şimdiye kadar mevcut sistemlerin hiçbirisine benzememektedir. Bu sistemin başlıca hususiyetini, tâyin selâhiyetinin icra organından alınarak muhtelit ve müstakil bir yüksek heyete tevdi edilmiş olması teşkil eder.

Gerçi Fransız Anayasası (m. 84), hâkimlerin, Yüksek Hâkimlik Divanının teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından tâyin olunacaklarını beyan etmektedir. Fakat, derhal tebarüz ettirmek lâzımdır ki, Cumhurbaşkanı tarafından kararname ile tâyin bir *hukuki şekil*'den ibaret olup, tâyin hususunda karar selâhiyeti Yüksek Hâkimlik Divanına aittir. Fransa, şekil bakımından, hâ-

kimlerin Devlet Başkanı tarafından tayıni an'anesinden ayrılmak istemediği içindir ki böyle bir formül bulunmuştur (134).

İtalyan Anayasası, bu hususta Fransız Anayasasından daha ileri giderek hâkimlerin tayini selâhietini doğrudan doğruya Yüksek Hâkimlik Divanına tevdi etmiştir (m. 105). Bugün İtalya'da hâkimlerin tayini selâhietini, maddi bakımdan olduğu gibi şekil bakımından da Yüksek Hâkimlik Divanına aittir (135).

Gerek Fransa'da ve gerek İtalya'da tayine selâhietli organ cihetinden mevcut olan bu teminat yanında, hâkim olacak kimlerde aranılan teknik şartlar ve vasıflar cihetinden de ayrıca esaslı teminat mevcuttur.

Fransa'da, ekserisi Üçüncü Cumhuriyet zamanında vaz'edilen ve bugün de mer'i olan hükümlere göre, hâkimlik mesleğine girebilmek için başlıca şartlar şunlardır : a) Muayyen bir yaşa gelmiş olmak (Hâkim muavinliğine tayin edilebilmek için asgarî yaş haddi 22 dir); b) Hukuk mezunu olmak; c) Baro'da bir sene staj yapmış olmak;) d) Adalet Vekâletinde veya Müddeiumumilikte bir senelik stajını ikmal etmiş olmak; e) Hâkimliğe giriş imtihanını muvaffakiyetle vermiş olmak (136). Bilhassa, 1908 de ihdas edilen giriş imtihanına Fransa'da büyük bir ehemmiyet atfedildiğine işaret etmek isteriz. Umumiyetle müellifler tarafından kıymetli bir teminat ve oldukça salim bir ıstıfa metodu olarak telâkki edilen

(134) Bk. Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale lo Stato Democratico Moderno*. Napoli, 1950, c. II, s. 15.

(135) Bk. BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, c. II, s. 15.

(136) Bu hususlarda tafsilât için bk. PEPIN et SCHERRER, *Organisation judiciaire*. Paris, 1950, s. 54 - 68; LABORDE-LACOSTE, *op. cit.*, s. 63 - 64.

bu imtihanın, gayet ciddi ve sıkı bir şekilde tatbik edildiğini de kaydetmek yerinde olur (137).

İtalya'da, namzetlikten hâkimliğe geçiş için basamaklar daha fazla olduğu gibi, imtihana da daha geniş bir yer verilmiştir. Evvelâ, namzetliğe kabul edilmek için, nazari bir müsabaka imtihanına girmek ve kazanmak lâzımdır (Bu imtihana 21 ilâ 30 yaş arasındaki hukuk mezunları girebilirler). Müsabaka imtihanında kazananlar, derece sırasına göre, altı ay müddetle staj için bir "pretura" (sulh hâkimliği) nezdine verilirler. Bu ilk staj sırasında başarı gösterenler altı ay sonra "pretore" (sulh hâkimi) vekilliğine tayin olúnabilirler. Namzetler, sulh mahkemesi nezdindeki namzetliğe kabullerinden itibaren dört sene zarfında, ve en az iki sene stajdan sonra hâkim muavinliği imtihanına girmeğe hak kazanırlar. Bu ikinci imtihan, bir müsabaka imtihanı mahiyetinde olmayıp, namzedin mesleki kabiliyetini tayin için yapılan pratik bir imtihandır. Neticede, namzet, ilk imtihanında kazandığı dereceye, staj devresinde gösterdiği muvaffakiyet derecesine, ve nihayet pratik imtihanın neticesine göre hâkim muavinliğine kabul veya reddolunur (138). Görülüyor ki, İtalya'da hâkimlik mesleğine giriş, bizdeki gibi otomatik olmayıp, uzun bir yetişme devresi ve muhtelif elemelerden sonra mümkün olabilmektedir.

Fransa'da ve İtalya'da imtihan, hâkimliğe tayin için bir kaidedir. Ancak, her iki memlekette de, bu kaideye bazı istisnalar tanınmış, ve muayyen sıfatları haiz bazı kimselerin, geçmiş tecrübelerine binaen imtihana tâbi tutulmaksızın hâkimliğe tayin edile-

(137) Giriş imtihanlarında muvaffakiyet nisbetinin çok düşük oluşu, bu imtihanların ehemmiyet ve ciddiyetine bir delildir. 1939 - 1949 seneleri arasında muvaffakiyet nisbetlerini gösteren istatistik için, bk. PEPIN et SCHERRER, *op. cit.*, s. 69.

(138) Bu hususlar için bk. WARLOMONT, *op. cit.*, s. 189.

bilmeleri usulü kabul olunmuştur. Fransa'da, "recrutement sur titres" denilen bu usulle, muayyen ve mahdud bir nisbeti aşmamak üzere, Devlet Şûrası azalan, Hukuk Fakültesi profesörleri, muayyen bir müddet baroda çalışmış olan avukatlar, noterler, vesair bazı hukukçular (139), imtihansız olarak doğrudan doğruya muhtelif derecede hâkimliklere tayin edilebilirler. İtalya'da, bu istisnalar daha dar tutulmuş, ve sadece Üniversitede hukuk dersleri okutan profesörlerle, yüksek mahkemelerde avukatlık yapmağa selâhiyetli olup 15 senedenberi mesleki faaliyette bulunan avukatların Temyiz Mahkemesi azalığına tayin edilebilecekleri kabul olunmuştur (Anayasa, m. 106, f. 3). Tayinler, bizde olduğu gibi icra organı tarafından değil, Yüksek Hâkimlik Divanı tarafından yapıldığı cihetle, siyasi faktörlerin müessir olmaları ihtimali azdır. Buna mukabil, Fransa'da, üst derecedeki hâkimliklere "dışardan" yapılan bu tayinlerin, mesleğe normal yoldan girmiş ve ilk basamaktan başlamış hâkimler tarafından memnuniyetsizlikle karşılandığı kaydedilmektedir (140). Bununla beraber, doktrin, umumiyete, hâkimler kadrosunun seçkin elemanlarla zenginleşmesi imkânını sağlıyan bu istisnai tayin usulünün lehindedir (141).

Bütün bu izahatımızdan sonra, netice olarak, bugün Fransa ve İtalya'da câri olan sistemin, yani hâkimlerin muayyen şartları haiz namzetler arasından Anyasa ile kurulmuş müstakil bir organ tarafından tayini sisteminin, burada tetkik etmiş olduğumuz diğer sistemlerden üstün olduğunu söyleyebiliriz. İcra organı tarafından tayin usulünün, bazı teminat altında, halk tarafından seçim ve kooptasyon sistemlerine şayanı tercih olduğunu yukarıda ifade et-

(139) *Tafsîlât için bk. GLASSON et TISSIER, op. cit., c. I, s. 107 - 110; PEPIN et SCHERRER, op. cit. s. 70 - 80.*

(140) *PEPIN et SCHERRER, op. cit., s. 70.*

(141) *Bk. PEPIN et SCHERRER, s. 70; GLASSON et TISSIER, c. I, s. 102; WARLOMONT, s. 200.*

miştik. Yeni Fransız - İtalyan sistemi, tayin seâhiyetini icra organından alarak, müstakil bir yüksek heyete tevdi etmek suretile bu sonuncu sistemin mahzurunun da bertaraf etmekte, ve halen, bugüne kadar tecrübe edilmiş sistemlerin en iyisi olarak gözükmektedir.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

HÂKİMLERİN İCRA ORGANI KARŞISINDA İSTİKLÂLİNİ KORUMAĞA MATUF MÜESSESE :

HÂKİMLİK TEMİNATI

I

Hâkimlik teminatının (Inamovibilit ) gayesi ve hukuki mahiyeti.

Hâkimlerin, vazife başına geldikten sonra, tam bir istiklâlâle sahip olmaları lüzumu idrak edilince, bu istiklâli fiilen tahakkuk ettirmek için bazı tedbirlerin alınması ve kendilerine bir takım teminat tanınması zarureti de kendiliğinden anlaşılır. Bu etüdümüzün başında da belirttiğimiz gibi, hâkimlerin istiklâli prensibinin plâtonik bir şekilde kabulü, başlı başına hiçbir mâna ve kıymet ifa de etmez.

Hâkimlerin, en kuvvetli teminatı bizzat kendi ahlâk ve seciyelerinin metanetinde bulacaklarına dair sık sık tekrarlanan bir söz vardır. Bu söz, bir hakikat payını ihtiva etmekle beraber demagojiye de çok müsaittir (1). Hâkimin, yüksek ahlâk ve kuvvetli seciye sahibi olması şüphesiz ki lâzımdır, şarttır. Fakat bu vasıflar, kendisinin iktidar karşısında istikâlîni temin için kâfi değildir. Zira, unutmamak âzımdır ki, hâkim de nihayet bir insandır, ve iktidar kendisi üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilmek serbestisini haiz olduğu müddetçe onun istiklâlinden bahsetmeğe imkân

(1) COUMOUL, *op. cit.*, s. 312 - 313.

yoktur. Binaenaleyh, hâkimin hakikaten hür ve müstakil olabilmesi için kendisine *kanun tarafından teminat tanınması* lâzımdır (2).

Hâkimlik teminatını, dar ve geniş mânada olmak üzere iki suretle anlamak mümkündür. Dar mânada teminat, hâkimlerin azilden masun olmalarıdır. Geniş mânada teminat ise, hâkimlerin sadece azledilememeleri değil, fakat, kanunda gösterilen hal ve usuller dışında, vazifelerinden muvakkaten olsun alınamamaları, rızaları olmaksızın yerlerinin değiştirilememesi, tekaüde sevkedilememeleri, ve maaşlarından mahrum edilememeleri hususlarını da

(2) Fransız filozof ve siyasetçilerinden ROYER - COLLARD, yukarıdaki hususları, 1815 de Fransız Milli Meclisinde, azilden masuniyet prensibini müdafaa için söylediği nutukta gayet belîğ ve veziz bir lisanla ifade etmiştir. ROYER - COLLARD'ın bu meşhur nutkundan aşağıdaki pasajı aynen naklediyoruz :

“Mademki bir cemiyette adaletin iyi veya fena tevzi edilmesine göre o cemiyet mevcuttur veya değildir diyebiliriz, şu halde, cemiyet için, mahkeme kararlarının âdilâne ve bitaraf olması kadar ehemmiyetli birşey olamaz. Bunun içindir ki, hâkimlik vazifesi kadar mühim bir vazife de mevcut değildir. Cemiyet namına hâkimi tâyin etmek selâhiyetini haiz olan iktidar, bir vatandaşı bu yüksek vazifeye çağırdığı zaman ona şöyle hitap eder : “Kanunun organı, sen de kanun gibi hissiyattan berî ol. Etrafında kaynaşacak olan her türlü ihtirastan ruhun azâde kalsın. Şayet bizzat kendi hatalarım, veya beni kuşatan ve kendilerinden tamamen kurtulmakta güçlük çektiğim unsurlar benden haksız emirler sâdir olmasına sebep olurlarsa, bu emirlere itaat etme. Câzibeme mukavemet et, tehditlerime mukavemet et. Mahkemedeki yerine çıktığın zaman kalbinin derinliklerinde ne bir korku, ne bir ümit kalsın: Sen de kanun gibi hissiyattan berî ol!” Vatandaş şöyle cevap verir : “Ben sadece bir insanım, siz benden insanlığın üstünde şeyler istiyorsunuz. Siz çok kuvvetlisiniz, ben ise çok

ihtiva eder (3). Teminatın esasını kısaca ifade etmek istersek, hâkimin, iktidar karşısında kendisini tam bir emniyette hissetmesi, ve kararlarını her türlü korku ve endişeden uzak olarak verebilmesidir, diyebiliriz.

Hâkimlik teminatı, hukuki mahiyeti itibarile, hâkimlere tanınan bir imtiyaz olmayıp, halk için kabul edilmiş bir teminattır (4). Filhakika, demokratik rejimlerde kanun tarafından hâkimlere ta-

zayıfım; bu gayri müsavi mücadelede mağlûp olmaklığım mukadderdir. Bugün bana tavsiye ettiğiniz mukavemeğin yarımsaiklerini tanımaz ve beni bu yüzden tecziye edersiniz. Şayet beni hem nefsime karşı, hem de size karşı himaye etmezseniz, her zaman kendi kendimin fevkine yükselemem. Binaenaleyh, zâftımdan dolayı bana yardım etmelisiniz: Beni korkudan ve ümitten azâde kılınız; bana tevdi etmiş olduğunuz vazifeye ihanet etmedikçe mahkemedeki mevkiünden indirilmeyeceği mi vâdediniz.” İktidar tereddüt eder : İradesinden betaatle feragat etmek iktidarın tabiatındandır. Fakat, hakiki menfaatlerinin nerede olduğunu tecrübe ile öğrenmiş, zaruretlerin git-tikçe artan kuvveti karşısında boyun eğmek zorunda kalmıştır. Nihayet hâkime : “Azilden masun olacaksın” der. (COUMOUL, op. cit., s. 318 - 320).

- (3) Fransızcada “inamovibilité” tâbiri de iki mânada kullanılır. Birincisi, doğrudan doğruya lûgat mânası, yani, “lâyenazillik” tir. İkinci, teknik mânasile, yukarıda zikredilen masuniyetleri de içine alır. - Bk. WARLOMONT, op. cit., s. 93; GLASSON et TISSIER, s. 124 - 126. - Türkçede de bazan, “azilden masuniyet” tâbiriyle geniş mânada teminat kastedilmektedir. - Bk. BELGESAY, op. cit., s. 76.
- (4) Bk. GARSONNET et CEZAR - BRU, op. cit., c. I, s. 210; GLASSON et TISSIER, op. cit., c. I, s. 126; WARLOMONT, op. cit., s. 94; W. A. ROSSON, Justice and Administrative Law, s. 45.

nın masuniyetler, hâkimin şahsı için (*intuitu personae*) değil, fakat bütün cemiyet için, cemiyette adaletin temini için ihdas edilmiştir. Mevzuubahs olan hâkimin menfaati değil, âmmenin menfaatidir (5). Gaye, hâkimlerin nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından ziyade, onların serbestçe ve bitaraf olarak hüküm verebilmelerini temin etmek, ve dolayısıyla halka, adaletin her türlü tazyik ve tesirden masun olarak tevzi edildiği hususunda emniyet ve itimat telkin etmektir. Şu halde, hâkimlik teminatı, netice itibarile, adaletin ve adalete inancın başlıca şartı ve zamânı olarak telâkki edilmek lâzımgelir (6).

II

Hâkimlik teminatının tarihçesi

Hâkimlik teminatı, bir prensip ve bir hukuk kaidesi olarak teessüs etmezden çok zaman önce, fiili ve teamüli bir şekilde ortaya çıkmıştır. Bir kısım müellifler, hâkimlik teminatının, Fransa'da XVI ıncı asrın başlarında, adli ve idari makamların para mukabilinde satmaları usulünün (*vénalité des offices*) bir neticesi olarak te-

(5) DUGUIT, teminat (*inamovibilité*) hâkimin menfaati için vaz edilmiş olmadığı cihetle onun lehinde bir sübjektif hak yaratmayacağını kaydediyor. - *Traité*, III, s. 205.

(6) Hâkimlik teminatının müddeiumumilere de teşmili lâzımgelip gelmediği sualine kanaatimizce menfi cevap vermek doğru olur. Zira, müddeiumumî, hâkim gibi adaleti tevzi mevkiinde olmayıp, davada sadece bir taraf'dır. Diğer taraftan, müddeiumumilere teminat tanınması, icra vekillerinin siyasi mes'uliyeti ile kabili telif değildir. Filhakika, müstakil bir müddeiumumî herhangi bir sebeple bir suç hakkında tâkibat icrasından imtina ederse, cemiyetin nizam ve asâyişini teminle mükellef olan icra organını bundan mes'ul tutmak mümkün olmaz. Bu sebeplerle, bugünkü pozitif hukuk, hâkimlere tanınan te-

zahür ettiği fikrindedirler (7). Diğer bazı müellifler ise, teminatın menşeiini daha geriye götürmekte, ve XVinci, hattâ XIVüncü asırlarda, bazı Fransa krallarının, ısdar etmiş oldukları ferman ve karar-namelerle hâkimlere teminat tanımış olduklarını tebarüz ettirmektedirler (8). Umumiyetle, XI inci Louis tarafından 1467 de ısdar edilen bir fermana, hâkimlik teminatının menşei nazarile bakılmaktadır. Filhakika, bu fermanda, hâkimlerin ancak ölüm, istifa ve - selâhiyetli hâkimler tarafından usulü dairesinde yapılan muhake-me neticesinde taayyün etmek şartile - vazifede suüstimal dolayisile mevkilerini kaybedebilecekleri beyan olunmakta idi (9). MARTIN - SARZEAUD, hâkimlik teminatı üzerindeki tarihî araştırmalarında, bu kabil fermanlara daha eski devirlerde de rastlandığını kaydederek, asıl teminatın, "légiste" lerin (10) *Parlement*'a girmelerinin bir neticesi olarak ortaya çıktığını ileri sürüyor (11). Bu

minatı müddeiumumilere teşmil etmemektedir. Mamâtiğ, bunun her zaman böyle olmadığını da kaydetmek lâzımdır. Ez-cümle, Belçika'da, 1815 ile 1830 tarihleri arasında, bugünkü kaidenin tam aksine olarak, hâkimlere teminat tanınmadığı halde müddeiumumilere tanınmış olması alâkaya şayandır. - Bu hususta bk. WARLOMONT, op. cit., s. 97.

(7) Bk. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*. s. 399; GARSONNET et CEZAR - BRU, *op. cit.*, c. I. s. 211.

(8) COUMOUL, *op. cit.*, s. 313 - 314; GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 126; WARLOMONT, *op. cit.*, s. 95.

(9) GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 126 - 127.

(10) "Légiste", Roma hukukuna dayanarak derebeyliğe karşı Capétien hanedanı krallarının nüfuzunu kuvvetlendirmeye çalışan müşavirlere verilen isimdir.

(11) MARTIN - SARZEAUD, *Recherches historiques sur l'inamovibilité de la magistrature*, s. 487; "On attribue généralement à Louis XI l'honneur d'avoir édicté l'inamovibilité de la magistrature. Nous croyons avoir démontré qu'il faut recher-

müellife göre, “*légiste*” lerin Parlement’a girmesinden sonra *Parlement* azalarının (yani hâkimlerin) statüleri istikrar kesbete başlanmış, ve nihayet VI ıncı Philippe (de Valois) 1342 ve 1344 de ısdar ettiği iki kararname ile tayin etmiş olduğu hâkimlerin bundan böyle “daimî olarak *Parlement*’da kalacaklarını” (*demoureront continuelment ou dit parlement*) ve “hayatları boyunca maaş alacaklarını” (*prendront gaiges à vie*) ilân etmiştir (12).

Bu ve bunlara mümasil kararname ve fermanlar, hâkimleri müstakil ve tarafsız kılmak lüzumunun mutlak hükümdarlar tarafından dahi idrak edildiğini göstermeleri bakımından son derece şayanı dikkat olmakla beraber, ihtiva ettikleri teminat bakımından iğreti ve geçici bir vasıf arzederler. Filhakika, bir hükümdar tarafından bahşedilen teminat, onun haleflerini bağlamadığı gibi, bizzat teminatı bahşeden hükümdarı dahi bağhyamamakta idi. Netekim, XI inci Louis, gayet açık ve kat’i bir ifade ile vermiş olduğu, teminatı, ilk olarak gene bizzat kendisi ihlâl etmiştir (13). Binaenaleyh, hâkimlik teminatının az çok devamlı ve tesirli bir surette ancak makamların para mukabilinde satılması usulünün resmen yerleşmesinden sonra

cher plus haut l’origine de cette règle et que l’immovibilité a été une conséquence de l’introduction des légistes dans le parlement”.

(12) MARTIN - SARZEAUD, *op. cit.*, s. 488. - Bazı müellifler daha da gerilere giderek, VI üncü Philippe (le Bel)’in, 1302 tarihinde, istisnâ mahiyette de olsa, muayyen birkaç *parlement* azasının “daimî ve azledilmez” (*perpétuels et non destituables*) olacaklarını kabul etmiş olması bakımından, teminatın menşei bu hükümdar zamanına çıkarmaktadırlar. Bk. COUMOUL, *op. cit.*, s. 313.

(13) MARTIN - SARZEAUD, *op. cit.*, s. 490; ESMEIN, *op. cit.*, s. 399.

(14) ve bu usulün bir neticesi olarak teessüs etmiş olduğu fikrini müdafaa eden müelliflere hak vermek lâzımdır.

İdari makamlar gibi, adli makamlar da para mukabilinde satılmağa başlandıktan sonra hâkimler, fiili teminata sahip olmuşlardır. Filhakika, makamını muayyen bir ücret mukabilinde kraldan satın alan hâkim, âdeta o makamın mülkiyetini iktisap etmiş oluyor, ve hususî mülkiyet haklarından aynen istifade ediyordu. Bu vaziyette kral, adalet ve nasafet gereğince, kendisine ücretini hediye etmeksizin hâkimi mevkiinden uzaklaştıramıyordu. Bu suretle, başka cihetlerden son derece kötü ve mahzurlu bir usul olan makamların para ile satılmasından, hâkimlerin teminata ve istiklâl kavuşması gibi müsbet ve hayırlı bir netice çıkmıştır (15). Fransa'da hâkimler, Büyük İhtilâlden sonra hâkimlik teminatı bir

(14) *Fransa'da, makam ve memuriyetlerin bir ücret mukabilinde satılması (vénalité des offices) önceleri gizli olarak yapılmakta idi. Bu âdet, kanonik hukukun tecvîz ettiği resignatio in favorem, yani bir memurun ikinci bir şahıs lehinde memuriyetinden istifa edebilmesi usulünden çıkmıştır. Nazari olarak, istifanın tamamen fahri olması lâzımdı; hakikatte ise, istifa eden memur, makamını devrettiği kimseden daima bir ücret alıyordu. Bilâhare, memuriyetlerin satışı, para sıkıntısı çeken ve hazineye gelir kaynağı arayan krallar tarafından (XII inci Louis ve I. inci François) açıkça tatbik edilmeğe başlanmış, ve bu suretle resmî bir müessese haline gelmiştir. Daha sonraları, bu müessese, memuriyetlerin veraset yolu ile intikalî (hérédité offices) müessesesi ile tamamlanmıştır. - Bu mevzuda tafsilât için, bk. ESMEIN, op. cit., s. 392 - 403; MARTIN - SARZEAUD, op. cit., s. 86 - 204; LALLEMAND, op. cit., s. 31-41.*

(15) *Bk. ESMEIN, op. cit., s. 400; LALLEMAND, op. cit. s. 34 - 36; GARSONNET et CEZAR-BRU, op. cit., c. I, s. 211.*

prensip olarak kanunla tanımına kadar, bu şekilde fiili bir teminatı kullanmaktan istifade etmişlerdir (16).

Hâkimlik teminatı, yazılı bir kanunla, ilk defa olarak, 1701 tarihinde İngiltere’de vazedilmiştir. Bu tarihe gelinceye kadar, İngiliz hâkimleri hiçbir teminata sahip değildiler. Hükümdar, kendilerini dilediği gibi nasb ve azledebiliyor, ve kararlarına sık sık müdahale ediyordu. Hükümdarın istediği yolda hüküm vermeyen ve müstakil olarak hareket etme teşebbüsünde bulunan hâkimler mevkilerini uzun zaman muhafaza edemiyorlardı. Tudor ve Stuart hanedanlarının tarihi bu nevi müdahalelerle doludur (17). İngilizler böylece, müstebit hükümdarlara karşı giriştikleri hürriyet mücadelesinde, hâkimlerin istiklâlinin, siyasi ve ferdi hürriyetlerin başlıca teminat ve mesnetlerinden biri olduğunu tecrübe ile öğrenmişlerdir. Neticede, bu mücadeleden galip çıktıkları zaman, Hanovra hanedanını tahta getiren 1701 tarihli *Act of Settlement*’e, hâkimlerin istiklâlini temine matuf bir hüküm koymuşlardır. Bu hükme göre, hâkimler, “iyi halleri devam ettiği müddetçe” (*quamdiu se bene gesserint*) mevkilerini muhafaza edecekler (ki bu, kaydı hayat şartı ile tayin edilecekler demektir) ve suihal takdirinde de, ancak Parlâmento’nun her iki meclisi tarafından kabul edilerek krala arz edilecek bir karar üzerine azledilebileceklerdir (18). Hâkimlerin azilden masuniyeti prensibini ilk

(16) Bu fiili teminat, gerçi kat’i değildi, ve krallar, zaman zaman bunu çiğnemekten geri kalmamışlardır. -Bk. WARLOMONT, *op. cit.*, s. 96; GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 127.

(17) Bk. Lord Justice DENNIG, *The Independence of the Judges*. Birmingham, 1950, s. 3 - 8; J. A. R. MARRIOT, *English Political Institutions*. Oxford, 1938, s. 289 - 290; Mohamed F. I. MOHANNA, *Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l’Islam comparés*. Paris, 1930, s. 41-45.

(18) Bk. W. Ivor JENNINGS, *The law and the Constitution*. 3rd ed. London, 1945, s. 223; DENNING, *op. cit.*, s. 7.

defa olarak vazeden bu kanun hükmü, o günden bugüne kadar, İngiliz hâkimlerinin iktidar karşısında istiklallerini temine kâfi gelmiştir.

İngiltere'nin Şimali Amerika'daki müstemlekelerinden birçoğu, istiklallerine kavuştuktan sonra, eski anavatanlarının geçirmiş olduğu tecrübeden istifade ederek, Anayasalarına, hâkimlerin teminatına müteallik kaideyi aynen almışlardır. Bilâhare, bu devletler bir federal devlet hâlinde birleştikleri zaman, aynı teminat, federal Anayasa tarafından da kabul edilmiştir (19). 1789 tarihinde mer'iyete giren Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, Yüksek Mahkeme ve diğer mahkemeler hâkimlerinin, "iyi halleri devam ettiği müddetçe" (*during good behavior*) vazifelerinde kalacaklarını, ve vazifede buldukları müddetçe tazminatlarının azaltılmıyacağı beyan etmektedir (m. III, k. 1).

İngiltere ve Amerika'da, hâkimlik tazminatına, bir kere vazedildikten sonra bir daha hiç dokunulmamış olmasına mukabil, Fransa'da, bu teminat muhtelif devirlerde zaman zaman tatil edilmiş, kaldırılmış ve yeniden vazedilmiştir. Fransa gibi siyasi istikrarsızlığa düşen bir memlekette bu tahavvülleri belki de tabii karşılamak lâzımdır. Büyük İhtilâlden bu yana, hâkimlik teminatının bu memlekette tarihçesine bir göz atacak olursak, hemen hemen her rejim değişikliğinden sonra, yeni rejime adliye cihazında "temizlik" (*épuration*) yapmak imkânını vermek maksadile, teminatın bir müddet için tatil edildiği görürüz (20).

(19) Hâkimlik teminatının federal Anayasa tarafından kabulünün mucip sebepleri hakkında, bk. HAMILTON, JAY, MADISON, *The Federalist : A Commentary on the Constitution of the United States*, No. 78 (*The Modern Library Edition*).

(20) Fransa'da hâkimlik teminatının geçirdiği safhalar hakkında, bk. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, c. I, s. 559 - 561; GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 127 - 131; COUMOUL, *op. cit.*, s. 316 - 318; LABORDE - LA-COSTE, *op. cit.*, s. 70.

Fransa'da, hâkimlik teminatı prensibinin ilk defa olarak 1790 senesinde bir kanunla vazedildiğini yukarıda söylemiştik. 1791, III. üncü yıl ve VIII. inci yıl Anayasaları aynı prensibi kabul ve ilân etmişler, fakat teminat hükümleri bu devirde hiçbir zaman tam olarak tatbik edilmemiştir. Birinci İmparatorluk zamanında, hâkimlik teminatı istikbale muzaf olarak tanınmış ve hâkimlerin beş senelik bir tecrübe devresinden sonra kaydı hayat şartile tayin edilecekleri ilân olunmuştur. Tatbikatta, hiçbir hâkim "tecrübe devresinden" kurtulup teminata kavuşmamıştır. Restauration rejimi, peşinen hâkimler kadrosunda geniş miyasta tasfiyeler yaptıktan sonra teminat prensibini kabul ve vazetmiştir. 1848 de hâkimlik teminatı yeniden tatil edilmiş, fakat aynı sene içinde kabul edilen Anayasa ile tekrar ihdas olunmuştur. İkinci İmparatorluk zamanında hâkimlik teminatına dokunulmadığını görüyoruz. Üçüncü Cumhuriyetin esas teşkilât kanunlarında teminat prensibi zikredilmemiştir. 1883 senesinde çıkarılan bir kanun, bu prensibi ilerisi için açıkça vazetmekle beraber, önce hükûmete üç ay içinde adliye kadrosunda tasfiye ve "temizlik" yapmak selâhiyetini tanımış, ve bu suretle ancak rejime sadık hâkimlere teminat bahşedilmesini sağlamıştır (21). Hâkimlik teminatı, en son olarak, 1940 da Cichy hükûmeti tarafından kaldırılmış, fakat Fransa'nın kurtuluşundan sonra 1945 de bir kararname ile yeniden vazedilmiştir. Nihayet, Dördüncü Cumhuriyet Anayasasında (m. 84) hâkimlerin teminatı prensibi sarahaten zikredilmekle bu prensip Fransa'da tekrar bir "Anayasa kaidesi" kıymet ve mahiyetini iktisap etmiş bulunmaktadır.

Memleketimizde hâkimlik teminatı, ilk defa olarak, 1293 (1876) Kanunu Esasisi ile vazedilmiştir. Mutlakiyet devrinde hâkimler her türlü teminattan mahrumdular. Filhakika, Mecellenin

(21) ENSOR (op. cit., s. 40), bu devirde, bin kadar hâkimin siyasi sebepler dolayısıyla tasfiye edildiklerini yazıyor.

tarifinden de anlaşılacağı üzere (22), hâkim, hükümdarın alelâde bir vekili idi. Binaenaleyh, hükümdar, kendisini tayin ve azilde hiçbir kayıt ve şartla bağlı bulunmadığı gibi, hâkim, hükümdar tarafından mezuniyet verilmiyen bir hususu muhakeme etmeğe de selâhiyetli değildi (23).

Mutlak ve keyfi idareye son vermek ve meşrutî bir hükümet tesis etmek gayesile ilân olunan Kanunu-u Esasi, hükümleri arasında hâkimlerin istiklâli prensibine de yer vermiş, ve “Kanunu mahsusuna tevfikân taraf-ı devletten nasbolunan ve yedlerine berât-ı şerif verilen hâkimler lâyenazildir” dedikten sonra, hâkimlerin terfi, nakil, tekaüt ve azillerinin de “kanunu-u mahsus hükümüne tâbî” olacağını beyan etmiştir (m. 81). Burada mevzuubahs olan berât-ı şeriften maksat, “hükümetin arzusuna binaen bazı hâkimlere ita olunabilecek bir berat olmayıp, her hâkimin memuriyetini mutazammın kendisine verilecek bir varaka-i mahsusa” idi (24). Nettekim bu husus, 5 Haziran 1295 tarihinde kabul ve neşrolunan Teşkilât-ı Mehakim Kanunu ile de teyit olunmuş, ve hâkimlerin azilden masun bulunmaları, berât-ı mahsusa almış olmalarına bağlı addedilmemiştir. Mezkûr kanunun 48 inci maddesi, lâyenazillik kaidelerini hâkimlere mutlak olarak tanıdıktan başka, ayrıca, “nzaları munzam olmadıkça diğer bir memuriyete tayin” olunamayacaklarını, ve ancak “rıza ve muvafakatleriyle bir mahkemeden o derecede bulunan diğer bir mahkemeye nakilleri caiz” olabileceğini de tasrih etmiştir. Metinlerdeki bu sarahata rağmen, azilden masuniyet kaidesi bu devirde maalesef pratik bir değer kazanama-

(22) *Mecelle, Kitâbü'l Kaza, m. 1800* : “Hâkim, taraft sultanîden icrayı muhakemeye ve hükme vekildir.”

(23) *Bk. Mustafa Reşit (BELGESAY), Mufasssal ameli ve nazari usulü muhakeme-i hukukiye. İstanbul, 1338, s. 64. Keza, bk, MOHANNA, op. cit., s. 260 - 261.*

(24) *Mustafa Reşit (BELGESAY), op. cit., s. 77 - 78.*

muş, ve hükümet, ellerinde berat olmamasını vesile ittihaz ederek hâkimleri istediği gibi azletmiştir (25).

Memleketimizde, hâkimlerin istiklâli prensibini ve bu istiklâlin başlıca mesnedi olarak hâkimlik teminatını en sarîh ve etraflı bir şekilde vazedenden Cumhuriyet Anayasası olmuştur. Filhakika, Anayasamız, evvelemerde, - daha önce de belirtmiş olduğumuz veçhile (26) - teşri ve icra fonksiyonları hakkında “vazife” tâbirini kullandığı halde, kaza fonksiyonu hakkında “kuvvet” tâbirini kullanmak suretile mahkemelerin ve hâkimlerin istiklâlini bilhassa tebarüz ettirmek istemiştir. Bundan sonra “kuvvei kazaiye” faslı altında, açık ve kat’î hükümlerle bu istiklâlin esaslarını vazedmiştir. 54 üncü madde, “Hâkimler bilcümle davaların muhakemesinde ve hükmünde müstakil ve her türlü müdahâlâttan azadedir” dedikten sonra, ikinci fıkrasında, mahkemelerin kararlarını Büyük Millet Meclisinin ve İcra Vekilleri Heyetinin hiçbir suretle değiştiremeyeceklerini, tağyir ve tehir edemeyeceklerini ve hükümlerin yerine getirilmesine mâni olamayacaklarını beyan etmek suretile, hâkimleri, teşri ve icra organlarının müdahalesinden masun bulundurmuştur. 55 inci madde ise, hâkimlerin “kanunen muayyen olan usul ve ahval haricinde” azlolunamayacaklarını beyan etmekte,

(25) *Bk. Mustafa Reşit, op. cit., s. 77. - 17 Temmuz 1330 tarihinde neşrolunan bir kanun, Şer’iye mahkemeleri hâkimlerine berat itasının şekil ve şartlarını tayin etmiş olduğundan, Kanun-u Esasinin 81 inci maddesi bu kanun ile tefsir edilmiş hükmünde tutulmak ve mezkûr beratı haiz olmayan hâkimlerin kabil-i azil olduklarını kabul etmek lâzım geliyordu. Ancak, bu kanun, yalnız şeriat mahkemeleri hâkimlerine verilecek beratı tayin ettiği cihetle, diğer hâkimlerin bu hükümlere tâbi tutulmamaları ve Teşkilât-ı Mehakim Kanunu hükümleri gereğince kayıtsız olarak azilden masun bulunmaları tabii idi (Bk. Mustafa Reşit, op. cit., s. 78).*

(26) *Bk. yukarıda, s. 20.*

azilden masuniyet prensibini sarahaten vazetmiştir. Bundan başka, Anayasa, hâkimlerin istiklâl ve tarafsızlıklarını her türlü tesirden korumak gayesile, kendilerinin kanunen muayyen vazifelerden başka umumî ve hususî hiçbir vazife deruhde edemeyeceklerini de tasrih etmiştir (m. 57).

Anayasa, sadece umumî prensipleri vazettiği cihetle başlı başına hâkimlerin istiklâlini temine kâfi gelmeyeceği, ve bu prensiplerin hâkimler kanunu ile gerçekleştirilmesi lâzım geldiği şüphesizdir. 1926 senesinde kabul edilen ilk Hâkimler kanunu (27), muhtelif tâdiller gördükten sonra, ihtiyaca cevap vermediği için 1934 senesinde ilga edilmiş, ve onun yerine, 2556 sayılı bugünkü Hâkimler kanunu tatbik mevkiine konmuştur. Kabul edildiği tarihten bugüne kadar müteaddit değişiklikler geçiren 2556 sayılı Hâkimler kanunu, dördüncü babında, hâkimlik teminatına müteallik hükümleri ihtiva etmektedir. Bu hükümlere göre, teminatlı hâkimler, kanuni haller dışında: a) Bir mahkemenin ilgası veya kadrosunun tenkisi sebeplerine müstenit olsa bile maaşlarından mahrum edilemez; b) Muvafakatleri olmaksızın terfi suretile dahi olsa mevki ve memuriyetleri değiştirilemez; c) Vekâlet emrine alınamazlar.

Bu hükümler, başlı başına ele alındıkları zaman, oldukça kuvvetli ve müessir bir teminat manzumesi olarak göze çarparlar. Fakat, kanunun bütünü içinde mütalâa edilmeleri halinde kuvvet ve müessiriyetlerinden bir hayli kaybettikleri görülür. Zira, kanun, kabul ettiği bazı istisnalarla, ve istiklâl prensibi ile telif kabul etmiten muhtelif hükümlerle bu teminat manzumesinde büyük gedikler bırakmıştır. Bu istisnalar, hâkimlik teminatının normal istisnaları dışındadır. Bunların ve bizde teminatı zayıflatan diğer hükümlerin tetkikini biraz daha sonraya bırakarak, evvelâ umumî olarak hâkimlik teminatının tabii sayılan istisnalarından bahsedeceğiz.

(27) 766 sayılı kanun.

III

Hâkimlik teminatının (Azilden masuniyet prensibinin) umumî istisnaları.

Hâkimlik teminatı, gaye ve mahiyetinden de anlaşılacağı üzere, mutlak değildir. Teminat, hâkimi, mevki ve makamına çözülmeyen bağlarla bağlamaz. Şayet böyle olmuş olsa idi, bu müessesenin belki faydasından çok zarar olabilirdi. Netekim, teminat müessesesi aleyhindeki mülâhazalar, teminatın *mutlak* olması noktai nazarından ileri sürülmüştür (28). Adalet ve âmmenin menfaati namına, teminatın nisbiliği kabul edilmek lâzım gelir. Kanunu ağır bir şekilde ihlâl eden veya hâkimlik şeref ve haysiyetini bozacak harekette bulunan bir hâkimin vazifesinden azli mümkün olmalıdır (29). Diğer taraftan, muayyen bir yaşa gelen bir hâkimin vazifesinden uzaklaştırılması, yani, başka bir ifade ile, kanunî bir yaş haddinin kabulü, teminata aykırı sayılmamalıdır. Bundan başka, teminat, adalet teşkilâtında reform yapılmasına ve bu arada bazı mahkemelerin ilgasına bir engel teşkil etmemelidir.

1. Azil.

Azilden masuniyet prensibinin bir mâna ve kıymet ifade edebilmesi için, hâkimlerin, ancak pek vahim hallerde, kanunla tesbit edilmiş şekil ve usuller dahilinde azledilebilmeleri lâzımdır. Bu hususta icra organına herhangi bir takdir selâhiyeti tanınması, teminatın kıymetini sıfıra indirebilir. Binaenaleyh, hâkimlerin azline karar verecek makamın, ve bu hususta takip edilecek usulün ehemmiyeti âşikârdır.

İngiltere'de, *Act of Settlement* hükümlerine göre, yüksek hâ-

(28) *Bk. WARLOMONT, op. cit., s. 94; COUMOUL, op. cit., s. 322 - 326.*

(29) *Vazifede kusurdan dolayı verilecek diğer disiplin cezalarını ileride "disiplin" bahsinde göreceğiz.*

kimler, Parlâmento'nun her iki meclisi tarafından kabul olunup Krala arzedilecek bir karar üzerine azledilebilirler (30). Kanun, azil için muayyen sebepler zikretmediği gibi, Parlâmento tarafından ittihaz edilecek kararda hâkimin azledilmesi için mucip sebep gösterilip gösterilmiyeceği hususunda da meskûttur. Ancak, azil talep olunurken muayyen bir ithamda bulunulması ve hâkimin bu itham karşısında kendisini müdafaa etmesine imkân verilmesi umumi prensipler icabındandır (31). Bugünkü hukukî duruma göre, şayanı dikkat olan cihet şudur ki, bir hâkimin azledilebilmesi için her iki meclis tarafından müşterek bir karar ittihazının şart koşulmuş olması, "bir hâkim ancak bir kanunla azledilebilir" denmiş olmasından daha kuvvetli bir teminat teşkil etmektedir (32). Filhakika, bugün, 1911 ve 1949 *Parliament Act*'larından sonra, Avam Kamarası tarafından kabul edilen bir tasarruğun kanuniyet kesbetmesi için Lordlar Kamarası tarafından kabulü zarurî değildir. Lordlar Kamarası ancak bir senelik bir taliki veto hakkına malik olup, bu müddetin geçmesiyle tasarı, Hükümdarın tasdikinden sonra, otomatik olarak kanunlaşır. Halbuki, *Act of Settlement*'e göre, bir hâkimin azli için Hükümdara arzedilecek taleplâmenin her iki meclis tarafından kabul edilmiş olması lâzımdır. Kayda şayan olan diğer bir nokta da, bu usulün, kabulü tarihinden, yani 1701 denberi hiç bir zaman tatbikine ihtiyaç hâsıl olmamış ve o günden bu güne kadar hiçbir yüksek hâkimin vazifesinden azledilmemiş olmasıdır (33).

Amerika Birleşik Devletlerinde federal hâkimlerin azli, İngiliz hâkimlerinin azline nazaran belki de daha zordur. Filhakika,

(30) *Azilden masuniyet kaidesi, hususî statüleri dolayısıyla sulh hâkimleri ve Kontluk Mahkemeleri hâkimlerine teşmil edilmemiştir.*

(31) JACKSON, *op. cit.*, s. 205.

(32) HANBURY, *op. cit.*, s. 166.

(33) Lord Denning, *op. cit.*, s. 7. Joyce *op. cit.*, s. 41.

federal hâkimler, ancak, Devlet reisi ve diğer rical hakkında tatbik edilen “itham” (*impeachment*) usulü ile azledilebilirler. Bu usule göre, bir hâkimin, Temsilciler Meclisi tarafından itham olunup, Senato tarafından muhakeme ve mahkûm edilmesi lâzımdır. Senato, mahkûmiyet kararını, ancak üçte iki ekseriyetle verebilir (34).

Federe devletlerde hâkimlerin azli hususunda muhtelif metodlar tatbik edilmektedir. Birçok devletlerde, federal devlette olduğu gibi, *impeachment* usulü câridir. Bazıları, azil selâhiyetini doğrudan doğruya teşri organına vermişlerdir. Bir kısmında ise, hâkimler, İngiliz sisteminde olduğu gibi, her iki teşriî meclis tarafından vâki olacak müşterek talep üzerine devlet reisi tarafından azledilirler. Umumiyetle cârî olan bu usullerin hepsi de, ağır, tatbiki zor, ve ancak fevkalâde hallerde harekete geçebilen mekanizmalardır. Bu cihetle, bazı devletler, sadece ağır bir suç işleyen hâkimi değil, fakat liyakatsiz bir hâkimi de vazifesinden uzaklaştırmayı sağlayacak daha pratik bir metod aramışlar, ve bunu *recall* müessesesinde bulmuşlardır. *Recall*, halk tarafından seçilen bir hâkimin, seçim devresi sona ermeden önce, gene halkın reyine müracaat suretile azlidir. Bu usul, hâkimi, istikrarsız bir çoğunluğun iradesine tâbi kılmakla istiklâlini daimî bir tehdit altında bulundurması bakımından tenkid edilmiştir. Bu mahzur hakikaten vârit olmakla beraber, tatbikatta son derece itidal ve teenni ile hareket edildiğinden şimdiye kadar kötü bir netice ile karşılaşılmamıştır (35).

Fransa ve İtalya'da hâkimlerin azli selâhiyeti, yeni Anayasa-

(34) Amerika Birleşik Devletlerinin kuruluşundan bugüne kadar dokuz federal hâkim itham edilmiş, bunlardan dördü Senato tarafından mahkûmiyetleri neticesinde azledilmişlerdir. - Bk. OGG and RAY, *op. cit.*, s. 338, not 7.

(35) Bu hususlarda, bk. MACDONALD, *op. cit.*, s. 237 - 239; OGG an RAY, *op. cit.*, s. 635.

larla, Yüksek Hâkimlik Divanlarına verilmiştir. Fransa'da, Üçüncü Cumhuriyet zamanında, bu selâhiyet, Temyiz Mahkemesi umumî heyetine aitti (36). Keza *Belçika*'da, bugün, bir hâkimin herhangi bir suçtan dolayı mahkûm olması halinde azline karar verecek makam Temyiz Mahkemesidir (37).

Türkiye'de, hâkimlerin azlinin şekil ve şartları, 2556 sayılı Hâkimler Kanunu ile mufassalan tesbit edilmiştir. Mezkûr kanunun iki defa tâdile uğrayan 92 inci maddesinin 1949 da (5457) sayılı kanunla son aldığı şekle göre, birinci sınıf dışındaki hâkimlerin meslekten çıkarılma sebepleri, mecburî ve takdiri olmak üzere iki kısımdır. "Ağır hapis veya kasdî suçlardan dolayı üç ay veya daha yukarı hapis cezalarından biriyle kesin olarak hüküm giymek veya 89 uncu maddenin üçüncü fıkrasının (E) bendinde yazılı hallerden dolayı bir derecede iki veya sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirmek veya iki defa kesinleşmiş dereceden indirmek cezalarına uğramak meslekten çıkarılmayı gerektirir". Şayet hâkim, kasdî olmayan bir suçtan dolayı mahkûm olmuşsa ve hükümlenen ceza üç aydan yukarı ve bir seneden eksik ise, kendisinin meslekten çıkarılması gerekip gerekmiyeceğini İnzibat Meclisi takdir eder. Bundan başka, hükümlenen cezanın miktarı ne olursa olsun, mahkûmiyeti mücip olan suç, hâkimlik mesleğini vakar ve haysiyetini rencide eder ve hâkimliğe karşı umumî hürmet ve itimadı sarsar mahiyette görüldüğü takdirde de İnzibat Meclisince meslekten çıkarma kararı verilir. Kanun, bir hâkimin vazifesinden azlini mücip olabilecek sebepleri sadece yukarıdaki hallere inhisar ettirmek istememiş, ve bu hususta daha geniş ve daha umumî bir formül vaz'ını lüzumlu görmüştür. 92 inci maddenin son fıkrasına göre, hâkimin fiili bir suç teşkil etmese ve mahkûmiyeti gerektirmese dahi, hâkimlik şeref ve haysiyetini ve memuriyet nüfuz ve

(36) *Bk. GLASSON et TISSIER, op. cit., c. I., s. 181 - 182.*

(37) *WARLOMONT, op. cit., s. 116.*

itibarını bozacak mahiyette görüldüğü takdirde İnzibat Meclisi tarafından meslekten çıkarma kararı verilir.

Görülüyor ki, bizde, hâkimleri azil selâhiyeti, bu hususta geniş takdir hakkı ile birlikte, İnzibat Meclisine verilmiştir. Bu bakımdan, İnzibat Meclisinin terkip ve teşekkül tarzının ehemmiyeti büyüktür. İnzibat Meclisi, Temyiz Mahkemesi ikinci reis ve azasından üç zat ile Teftiş heyeti reisi ve Ceza İşleri Umum Müdüründen teşekkül eder (H.K.m. 94). Bu kuruluş tarzı, ekseriyeti hâkimlerin teşkil etmesine rağmen, kanaatımızca hâkimlik teminatının ruhuna tamamiyle uygun düşmemektedir. Adalet Vekâletinin iki yüksek memurunun İnzibat Meclisine iştirak ettirilmesi bu meclise daha ziyade idarî bir mahiyet verdiği gibi, diğer üç azanın Temyiz hâkim ve ikinci reisleri arasından *Adalet Vekili tarafından* seçilmeleri de Vekilin İnzibat Meclisi ile alâka ve irtibatının lüzumsuz derecede kuvvetlendirmektedir (38). Garp demokrasilerinde hâkimleri azil selâhiyetinin, Parlâmento, Ayan Meclisi, Temyiz Mahkemesi Umumi Hey'eti veya Yüksek Hâkimlik Divanı gibi organlara verilmiş olduğu düşünülecek olursa, bizde aynı selâhiyeti haiz olan İnzibat Meclisinin teminat bakımından kâfi derecede tatminkâr olmadığı daha iyi anlaşılır. Ancak, derhal ilâve etmek lâzımdır ki, Hâkimler Kanunu, İnzibat Meclisi kararlarına, sadece Temyiz reislerinden teşekkül eden bir Heyet huzurunda itiraz hakkını tanımakla bu kifayetsizliği oldukça geniş bir surette telâfi etmiştir (39).

Bizde, yukarıda izah olunduğu veçhile İnzibat Meclisi tarafından meslekten azil, yalnız birinci sınıf dışındaki hâkimler hakkında tatbik olunur. Filhakika, kanun, birinci sınıf dışındaki hâ-

(38) *Bk. İSTANBULLU, op. cit., s. 149 - 150.*

(39) *Hâkimler Kanunu, m. 95 : "İnzibat Meclisi kararlarına tebliğ tarahından 15 gün içinde ilgililer tarafından itiraz olunabilir. İtiraz, Yargıtay Birinci Başkanının başkanlığı altında, İnzibat Komisyonunda bulunanlar hariç olmak üzere, Yar-*

kimlerle, birinci sınıfa dahil hâkimler, yani Temyiz Mahkemesi aza ve reisleri arasında bir tefrik yaparak bu sonuncuları hususî bir rejime tâbi tutmuştur (40). Temyiz aza ve reisleri, hâkimlik vekar ve şerefini ağır surette rencide eden e'âl ve hareketlerinden dolayı doğrudan doğruya meslekten çıkarılmayıp, Haysiyet Divanı tarafından istifaya davet olunurlar. Haysiyet Divanı, Temyiz birinci reisinin reisliği altında, başmüddeiumumî ile daire reslerinden ve her daire namına kur'a ile seçilecek birer azadan teşekkül eder. İstifaya davete karar verilen hâkim mezun sayılır ve kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde istifa etmediği veya tekaütlüğünü istemediği takdirde vekillikçe istifa etmiş addolunur. Haysiyet Divanının kararlarına itiraz olunamamasına mukabil, Divanın ancak üçte iki ekseriytle karar verebileceği derpiş olunmakla birinci sınıf hâkimler lehinde ayrıca kuvvetli bir teminat tanınmıştır.

2. Yaş haddi ve emeklilik.

Hâkimlik teminatı, kaydı hayat şartile tayin demek değildir. Bir hâkimin müstakil olması için mutlaka hayatı boyunca mevkii-ni muhafaza etmesi icabetmez. Muayyen bir yaşa gelmedikçe vazifesinden uzaklaşırılamıyacağından emin olan hâkim, kâfi derecede teminat ve istiklâlê sahip demektir (41). Binaenaleyh, hâkimler için yaş haddi ve mecburî emekliliğin kabulünün doğru olup olmadığı hakkındaki münakaşa, teminat prensibile alâkalı değildir. Hâkimler hakkında mecburî bir çekilme yaşı tanınmasının aleyhinde bulunanlar, böyle bir tahdidin, cemiyeti, senelerin verdiği tecrübe ile olgunlaşan değerli hâkimlerden mahrum edeceği mütâ-

ğıtay İkinci Başkanları arasından iki yıl süre ile ad çekme ile seçilecek altısının iştirakile kurulan İnzibat İtiraz Kurulu tarafından incelenir."

(40) Hâkimler Kanunu, m. 96 - 98.

(41) GARSONNET et CEZAR - BRU, *op. cit.*, c. I, s. 217.

lâasındadırlar (42). Buna mukabil, bir yaş haddi kabul edilmediği takdirde, bazı hâkimlerin, ihtiyarlık dolayısıyla bedenî ve fikrî melekelerinin vazifelerini lâıyık veçhile yapmalarına mâni olacak derecede zayıflamasına rağmen, son raddeye kadar mevkilerini terketmemek temayülünde olacakları da bir hakikattir (43).

Bugün, İngiltere'de, yüksek hâkimler için mecburî bir çekilme yaşı yoktu (44). Bu hâkimler, kendi arzularile emekliye ayrılmadıkça hayatlarının sonuna kadar mevkilerini muhafaza ederler. Bu itibarla, İngiliz mahkemelerinde, 80 yaşını aşmış oldukları halde vazife gören hâkimlere tesadüf etmek mümkündür (45). Mammafi, bir müddettenberi, yaş haddinin kabulü lehinde bir cereyanın mevcudiyeti göze çarpmaktadır. Hatta, 1936 senesinde bu mevzu da tetkiklerde bulunan bir Komisyon tarafından yaş haddinin kabulü resmen tavsiye edilmişse de, bundan bir netice çıkmamıştır (46). Fakat, bir İngiliz müellifine göre, İngiltere'de yüksek hâkim-

(42) Bk. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 120. - Sayın Halil ÖZYÜRÜK, *Temyiz Mahkemesi Birinci Reisi sıfatile verdiği 1947 - 48 adalet yılını açış nutkunda*, memleketimizde yaş haddinin hâkimlere tatbik edilmemesi lâımgeldiği fikrinimüdafaa ederek ezcümle şöyle demiştir : "Belli bir toplumda yaş nazara alınmaksızın istifade olunabilecek üç çeşit meslek adamı bulunur : Üniversite hocaları, güzel san'atlar mensupları, ve yargıçlar. Bu üç zümreye mensup insanlar için yaş sebebiyle emeklilik diye bir hâl kabul edilemez. Prensipte, yaşlarına bakılmaksızın, hizmete devamları olmalıdır." *Adalet Dergisi*, 1947, sayı 8, s. 684 - 685.

(43) Bk. JACKSON, *op. cit.*, s. 211.

(44) *Kontluk Mahkemeleri hâkimleri 72 yaşında emekliye ayrılırlar*. JACKSON, *op. cit.*, s. 211.

(45) Joyce. *op. cit.*, s. 42.

(46) JACKSON. *op. cit.*, s. 211.

ler hakkında yaş haddinin tatibikine ergeç intizar etmek lâzımdır (47).

Amerika Birleşik Devletlerinde federal hâkimler, İngiliz Yüksek hâkimleri gibi, kaydı hayat şartile tayin edildiklerinden yaş haddine tâbi değildirler (48). Federe devletlerde de, yalnız dördü müstesna, mecburî bir çekilme yaşı kabul edilmemiştir (49).

Fransa'da, hâkimler için yaş haddi ilk defa olarak 1852 senesinde ihdas edildiği zaman bu karar hararetili münakaşalara yol açmış ve birçok hukukçular tarafından şiddetle tenkid edilmişti (50). Bugün, umumiyetle diğer Avrupa memleketlerinde olduğu gibi, Fransa'da da hâkimlerin yaş haddine tâbi olmaları gayet tabii karşılanmaktadır.

Biraz önce de söylediğimiz gibi, hâkimlerin yaş haddine tâbi tutulmaları, esas itibariyle teminat prensibine aykırı değildir. Ancak, emekliliğe sevki icabettiren yaşın muayyen ve sâbit olması, ve kanun tarafından kat'î olarak tesbit edilmesi lâzımdır. Şayet böyle olmayıp ta, yaş haddi, icra organı tarafından serbestçe ayarlanabilecek bir surette elâstiki bırakılırsa, o zaman hâkimlik teminatı ağır bir şekilde zedelenmiş olur.

Türkiye'de bugünkü durum maalesef böyledir. Bizde, ötedenberi, hâkimler emeklilik bakımından memur statüsüne tâbi tutulmuşlar ve haklarında umumî hükümler tatbik edilmiştir. 1949 danberi de, bütün memurlar gibi, Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tâbi bulunmaktadırlar. Burada esfle kaydetmek lâzımdır ki, 1951 ve 1954 senelerinde mezkûr kanunda yapılan değişiklik-

(47) ENSOR, *op. cit.*, s. 12.

(48) Amerika'nın en büyük hâkimlerinden Oliver Wendell HOLMES, 1932 senesinde emekliliğini istediği zaman 90 yaşına yaklaşmış bulunuyordu. - JACKSON, *op. cit.*, s. 211.

(49) *The Book of the States*, 1945 - 46, vol. VI, s. 441.

(50) Bk. Marcel ROUSSELET, *Le centenaire de la limite d'âge*. (ds. *Le Pouvoir Judiciaire*, Novembre 1952, s. 2).

ler, esasen hatalı olan bir sistemin mahzurlarını büsbütün ağırlaştırmak, ve icra organının emekliye sevk hususundaki selâhiyetlerini gittikçe genişletmek suretile hâkimlerin istiklâlini hissedilir derecede zayıflatmak neticesini tevhit etmiştir.

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 40 ıncı maddesine göre, yaş haddi, kaide olarak, 65 dir. Fakat bu, kat'î değildir. Filhakika, aynı maddenin ikinci fıkrası, hizmet müddetleri ne olursa olsun, 60 yaşını dolduranlar hakkında da kurumlarca yaş haddinin tatbik edilebileceğini tasrih etmektedir. Bugünkü durumda bütün hâkimlere şamil olan bu madde mucibince, Adalet Vekili, 60 yaşını dolduran bir hâkimi istediği zaman emekliye ayırmak selâhiyetini haizdir. Altmış yaşını doldurmuş olan hâkimlerin mevkilerini muhafaza edip etmiyecekleri hususunu Vekilin keyfi (*arbitraire*) takdirine tâbi kılan bu hükmün, hâkimlik teminatı ile ne dereceye kadar kabili telif olduğunu söylemeğe hacet yoktur.

Fakat, mesele bundan ibaret değildir. Emekli Sandığı Kanununda hâkimlik teminatını daha geniş ve daha ağır bir surette tahdit eden diğer bir hüküm mevcuttur. Bu, 39 uncu maddenin, (b) fıkrası hükmüdür. Bu fıkra, ilk şekliyle, bazı istisnalar haricinde, 30 hizmet yılını tamamlamış olanların “kurumlarınca lüzum görüldüğünde yaş kaydı aranmaksızın resen” emekliye sevkedilebileceklerini beyan etmekte idi. Emekli Sandığı Kanununun bazı maddelerini değiştiren 9.7.1953 tarih ve 6122 sayılı kanunla bu fıkradaki 30 hizmet yılı kaydı 25 yıla indirilmiş bulunmaktadır. Şimdi, bu hüküm muvacehesinde, 25 hizmet yılını tamamlamış olan hâkimler fiilen teminatlarını kaybetmektedirler. Zira, 25 sene dolduktan sonra, hiçbir objektif kıstas aranmaksızın ve hiç bir mucip sebep gösterilmeksizin, sırf Adliye Vekâletince “lüzum görül-düğü” mülâhazasile resen emekliye ayrılacaklardır. Bilfarz, 25 yaşında mesleğe intisap eden bir hâkim, 25 sene sonra, henüz 50 yaşında olduğu halde emekliye ayrılmak ihtimali ile karşı karşıya kalacaktır. Bu ândan itibaren, bu ihtimali daima hatırında tut-

mak, ve vazifesinden olmamak için iktidar mevkiinde bulunanlarla “iyi geçinmek” mecburiyetini hissedecektir. Böyle bir mecburiyet hissi duyan ve zihninde daimî bir endişenin gölgesile hüküm veren bir hâkimin teminata sahip olduğunu kabul etmek biraz güçtür.

Temyiz mahkemesi reis ve azaları, 21 Haziran 1954 tarihine gelinceye kadar, yukarıdaki hükümlerin şümul sahası dışında kalmakta ve böylece diğer hâkimlere nazaran daha kuvvetli bir teminata mazhar bulunmakta idiler. Ancak, bu tarihte çıkarılan T.C. Emekli Sandığı Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine dair 6422 sayılı kanunla, mezkûr hükümler Temyiz Mahkemesi reis ve azalarına da teşmil edilmiş, ve bu suretle emekliye sevk bakımından yüksek mahkeme hâkimleriyle diğer hâkimler arasında hiçbir fark kalmamıştır. Bugün, Temyiz Mahkemesi hâkimlerinin hemen hepsi istisnasız olarak 25 hizmet yıllarını doldurmuş oldukları cihetle, bunlar her ân için icra organı tarafından emekliye sevk edilebilmek durumundadırlar. Hiçbir hâkim hakkında tatbik edilmemesi icabeden bir usulün yüksek mahkeme hâkimlerine de teşmiline yol açan sebep ve mülâhazalar ne olursa olsun, ittihâz olunan bu tedbiri hukuk objektivitesi ve teminat prensibi bakımından doğrulamak imkânsızdır. Re’sen emekliye sevk kararları aleyhine hiçbir suretle kaza mercilerine *müracaat* dahi edilemeyeceğine dair 6122 sayılı kanuna konulan hükmün ise, sadece teminat müessesesini zedelemekle kalmayıp, idari tasarrufların kanunilik kontrolünü bertaraf etmesi bakımından hukuk devleti mefhumuna da aykırî düştüğünü ifade etmek zorundayız.

Temyiz mahkemesi reis ve azaları için, 39 uncu maddenin (b) fıkrası haricinde, *normal yaş haddi* 65 yaşını doldurdukları tarihtir (m. 40, a). Ancak, vazifelerinde kalmaları faydalı görülenerin yaş hadleri İcra Vekilleri Heyetince birer yıllık sürelerle 3 yıl uzatılabilir. Görülüyor ki, burada da, birinci sınıf hâkimlerin 65 yaşından sonra vazifelerinde kalıp kalmıyacakları hususu tamamen icra organının takdirine terkedilmiş bulunmaktadır.

Emekli Sandığı Kanununun; hâkimlerin istiklâli prensibi ve teminat müessesesi ile telifi kabil olmayan bu hükümlerinin hâkimler hakkında tatbikinden vazgeçmek lâzımdır. Hâkimler memur olmadıkları cihetle, kendilerini her ne bakımdan olursa olsun memur statüsüne tâbi tutmak hatalıdır. Hâkimler hakkında yaş haddi ve emekliye ayırma usulleri memurlarınkinden farklı olarak kendi hususi kanunları ile objektif esaslara bağlanmalıdır. Temyiz mahkemesi reis ve azalarının yaş hadlerini uzatmak hususundaki selâhiyet de icra organına değil, hükûmet dışı müstakil bir otoriteye verilmek lâzımgelir.

3. Adalet cihazının daha iyi işlemesini temin edecek tedbirler.

Hâkimlik teminatının mutlak mânada alınması, adalet teşkilâtında zaman zaman icrası zarurî görülecek tensikat ve islâhatın tahakkukuna mâni olabilir. Teminatın bu şekilde kabulünün bizzat kendi gayesine aykırı düşeceği şüphesizdir. Binaenaleyh, hâkimlik teminatı, prensip itibarile, adaletin daha iyi tevzi edilmesi için icabettiği takdirde bazı mahkemelerin ilgasına veya kadrolarının tenkisine bir engel teşkil edemez (51).

Ancak, bu tedbirlerin alınmasında bazı usul ve şartlara riayet zarûridir. Evveleminde, mahkeme ilgası ve kadro tenkisi teşriî bir tasarrufu icabettirir. Bu selâhiyet icra organına verildiği takdirde alınacak tedbirlerin muayyen şahısları istihdaf etmek ihtimal ve tehlikesi mevcuttur. Parlâmento tarafından çıkarılacak organik bir kanun, hâkimlerin şahıslarını hedef tutmayacağı cihetle onların istiklâlini de haleldar etmez (52). Tensikat dolayısıyla makam ve vazifelerin kaldırılmasında hâkimlik teminatına en uygun düşen usul, yerler kendiliklerinden boşaldıkça ilga etmek suretile tedricî

(51) Bk. GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, s. 218; MOREL, *op. cit.*, s. 135; LABORDE - LACOSTE, *op. cit.*, s. 70; WARLOMONT, *op. cit.*, s. 100 - 101.

(52) Bk. WARLOMONT, *op. cit.*, s. 100.

bir daraltmaya gitmektir (53). Bu şekilde hareket etmek mümkün olmadığı takdirde de, ilganın objektif ölçüler dahilinde yapılması icabeder. Mahkemenin ilgası veya kadrosunun daraltılması sebebiyle açıkta kalan hâkime yeni bir vazife verilmesi lâzımdır. Bu arada hâkim, eskisi gibi maaşını almakta devam eder (54).

Bizim Hâkimler Kanunumuz, bir mahkemenin ilgası veya kadrosunun tenkisi sebeplerine müstenit olsa dahi hâkimin maaşından mahrum edilemeyeceğini beyan etmek suretile bu hususta teminat vazetmiştir (m. 79,a). Ancak, 80 inci maddeye göre, vazifesiz kalan hâkim, kendisine yapılacak üç tayin teklifini kabul etmediği takdirde maaşı kesilir. Bu ikinci hüküm muvacehesinde yukarıdaki teminat kuvvetini bir hayli kaybetmektedir. Filhakika, bizde, mahkeme ilgası ve kadro tenkisi Adalet Vekilinin selâhiyeti dahilindedir. Binaenaleyh, bazı müelliflerin de işaret ettikleri gibi (55), Vekil, teminatlı bir hâkimi maaşından mahrum etmek istediği takdirde, bulunduğu mahkemeyi ilga veya kadrosunu tenkis ettikten sonra kendisine kabul edemeyeceği üç tayin teklifinde bulunur, ve bu tekliflerin hâkim tarafından reddini müteakip maaşını keser. Bu, nazari olarak mümkündür. Tatbikatta, çok partili rejimin ve demokratik murakabenin teessüsünden sonra bir selâhiyetin bu derece bâriz ve âşikâr surette suiistimal edilmesine kanaatimizce pek ihtimal verilemez. Bununla beraber, kötüye kullanılsa dahi, teşri organına ait olması lâzımgelen bir selâhiyetin Adalet Vekiline tevdiinin teminat prensibine aykırı olduğuna da şüphe yoktur.

(53) GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, s. 218.

(54) MOREL, *op. cit.*, s. 135.

(55) Bk. İSTANBULLU, *op. cit.*, s. 121; Dr. Nurullar KUNTER, *Hâkimlik teminatı* (19 Nisan 1953 tarihli Cumhuriyet gazetesi).

IV

Hâkimlik teminatının Hâkimler Kanunumuzdaki istisnaları.

Teminat müessesesinin yukarıda gördüğümüz umumî istisnaları dışında, Hâkimler Kanunumuz, hiçbir suretle makul ve musip olmayan ve hâkimlik teminatını temelinden sarsan bir takım istisnalar ve takyitler kabul etmiştir.

Bunların başında, teminatın bütün hâkimlere şamil olmayıp, ancak muayyen bir dereceye yükselmiş bulunanlara tanınmış olması gelir. Filhakika, mezkûr kanuna göre bizde hâkimler iki sınıfa ayrılmıştır. Bunlardan aslı maaşı 60 lira ve daha yukarı olanlara teminat tanınmış, diğerleri ise bu teminata lâyık görülmemiştir. Binaenaleyh, aslı maaşı 60 liradan aşağı olan hâkimler üzerinde Adliye Vekâleti istediği şekilde tasarruf etmek selâhiyetini haizdir. Hiçbir teminata sahip olmayan hâkimler müstakil addedilemeyecekleri cihetle, bizde bir kısım hâkimler istiklâlden tamamen mahrum sayılırlar. Bu keyfiyetin, kayıtsız ve şartsız olarak hâkimlerin istiklâlî prensibini vazedен Anayasa hükmüne aykırı olduğuna şüphe yoktur.

Hâkimler arasında bu şekilde bir tefriki mantikî bakımdan da izah mümkün değildir. Sayın İbrahim ERTEM'in çok doğru olarak belirttiği gibi, "adalet tevzii vazifesi bölünmez bir bütün teşkil ettiğine göre, belli dereceye yükselmiş olan ve daha yukarı derecelerde bulunan hâkimler için kanunun tanıdığı teminattan, o dereceye henüz ulaşmamış olan hâkimlerin mahrum edilmeleri için hiçbir hukukî ve mantikî sebep ileri sürülemez" (56).

Teminatın bütün hâkimlere teşmil edilmemesini makul ve mazur göstermek için yabancı memleketlerden zikredilebilecek misaller bizdeki vaziyete tamamen tekabül etmez. Etse dahi, sa-

(56) 1952 - 1953 Adalet Yılı'nın Açılış Nutku. (Adalet Dergisi, 1952, sayı 10, s. 1183).

kat bir sistem yabancı bir memlekette de câridir diye sakat ve mahzurlu olmaktan kurtulmaz. Filhakika, Fransa'da, sulh hâkimleri ile müstemleke hâkimleri yakın bir zamana kadar teminattan mahrum bulunmaktaydılar. Buna sebep, diğer hâkimlerde aranılan vasıf ve şartların kendilerinde aranmaması ve her bakımdan ayrı bir statüye tâbi tutulmaları idi. Sulh hâkimleri ile müstemleke hâkimlerinin teminattan mahrum edilmeleri Fransa'da daima tenkid mevzuu olmuş ve zamanla, nâkıs da olsa, bu hâkimlere bazı teminat tanınmıştır (57). Nihayet, 1946 Anayasası, tam hâkimlik teminatını sulh hâkimleri ile müstemleke hâkimlerine de teşmil etmiştir (58).

İngiltere'de, 1701 senesinde yüksek hâkimlere tanınmış olan teminat, hiçbir zaman sulh hâkimleri ile Kontluk mahkemeleri hâkimlerine teşmil edilmemiştir. Binaenaleyh, bu hâkimler, el'an yazılı teminata sahip değildirler. Ancak, *teamülî* olarak, aynen diğer hâkimler gibi teminattan istifade ederler (59). İlk nazarda, yazılı olmayan bu teminatın ne dereceye kadar kıymet ifade edebileceği sualî vârit olabilirse de, İngiltere'de Anayasanın dahi yazılı olmadığı ve birçok temel kaide ve müesseselerin sadece *teamüle* dayandığı düşünülecek olursa, alt kademedeki mahkemeler hâkimlerine tanınan bu pratik teminatın müessiriyeti kolayca takdir edilir (60).

(57) Bk. GLASSON et TISSIER, *op.*, *cit.*, c. I, s. 132 - 133; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, c. I, s. 210 - 211.

(58) MOREL, *op. cit.*, s. 134.

(59) JENNINGS, *op. cit.*, s. 15; JACKSON, *op. cit.*, s. 135.

(60) Burada şu noktayı da tekrar hatırlatalım ki, İngiltere'de sulh hâkimleri (*Justices of the Peace*) meslekten hâkim değildirler ve devletten hiçbir maaş veya tahsisat almazlar. Mahalli eşraf arasından tayin edilen ve fahri olarak vazife gören bu hâkimlerin terfi veya nakilleri de mevzuubahs değildir. Bu bakımdan, kendilerine teminat tanınıp tanınmaması büyük bir ehemmiyet ifade etmez.

Görülüyor ki, yukarıdaki misalleri bizdeki durumla kıyaslamaya imkân yoktur. Bizde, hâkimlerin teminatlı ve teminatsız olarak iki sınıfa ayrılmaları, gördükleri vazifenin ehemmiyeti bakımından da izah edilemez. Zira, aslı maaşı 60 liradan az olan bir hâkimin, hattâ bir hâkim muavininin, icabında Ağır ceza mahkemesi azalığı yaptığı ve müstakillen Asliye mahkemesini idare ettiği tatbikatta sık sık görülen hallerdendir. Hülâsa, hâkimlik teminatının istisnasız olarak bütün hâkimlere teşmil edilmemesi, hiçbir suretle tevîl ve müdafaa kabul etmeyen bir keyfiyettir.

Hâkimler Kanunumuz, bir kısım hâkimleri tamamen teminatsız bıraktıktan başka, diğer hâkimlere bahşetmiş olduğu teminata da bazı mühim istisnalar tanımıştır. Bunlardan biri, 81 inci maddenin ikinci fıkrasında yazılıdır. Bu fıkra hükmüne göre, “buldukları yerde *kendi kusurları olmaksızın* herhangi bir sebeple hâkimliğin istilzam eylediği şeref ve bitaraflık dairesinde vazife göremeyeceği ve bulunduğu yerde bekası memuriyetinin nüfuz ve itibarını haleldar edeceği veyahut memuriyet yerlerindeki işlerin çokluğuna ve çeşidine göre vazifede icabeden sür’at ve muvaffakiyeti gösteremediği tahkikat ve vesaikle anlaşılan hâkimler, inziyat meclisi kararile *rızalarına bakılmaksızın* başka yere naklolunurlar.”

Hâkimin kendi kusurundan mütevellit olmayan bir hal ve vaziyet dolayısıyla, rızası hilâfına başka bir yere nakli, ve bahusus bu hal ve vaziyetin tesbitinin subjektif ve takdirî ölçülerle yapılması, kanaatimizce, hâkimlerin “muvafakatları olmaksızın terfi suretile dahi olsa mevki ve memuriyetlerinin değiştirilemeyeceği” hususundaki teminat hükmünü bir hayli zayıflatmaktadır. Gerçi, buna mümasil hükümler bazı yabancı mevzuatta da mevcuttur. Ezcümle, 1883 tarihli Fransız kanunu, bazı hallerde hâkimin rızasına bakılmaksızın yerinin değiştirilebileceğini kabul etmiştir. Ancak, böyle bir nakil, Temyiz Mahkemesi umumî heyetinin uygun mütalâası üzerine yapılabilmekte idi. Bugün ise, bu selâhiyet, doğ-

rudan doğruya Yüksek Hâkimlik Divanına aittir (61). 1883 kanununun Senatoda müzakereleri sırasında mezkûr hüküm, başta Jules SIMON olmak üzere, bazı senatörler tarafından şiddetle tenkid edilmiştir. Bunlar, hâkimin rıza ve muvafakati olmaksızın yapılacak naklin cezaî bir mahiyeti haiz olduğunu, binaenaleyh bunun, hiçbir kusuru olmayan bir hâkime tatbik edilemeyeceğini belirtmişler, ve şayet böyle bir nakil inzibatî bir muamele olarak kabul edilmek isteniyorsa bunun idarî yoldan değil, fakat diğer cezalar gibi inzibatî bir hüküm neticesinde tatbik edilmesi lâzımgeldiğini ileri sürmüşlerdir (62). Bu mütalâa kanaatimizce çok doğrudur ve bu bakımdan Hâkimler Kanunumuzun 81 inci maddesinin ikinci fıkrası sakat bir hüküm ihtiva etmektedir. Bununla beraber, bu hükmün, bir hâkim - müellifimizin (63) ileri sürdüğü gibi, “mühlik bir hüküm” olarak vasıflandırılabilceğini de zannetmiyoruz.

Hâkimin muvafakati olmaksızın mevki ve memuriyetinin değiştirilemeyeceği hususundaki teminatın daha mühim bir istisnası, Hâkimler Kanununun 72 inci maddesinde mevcuttur. Bu maddeye göre, “Hâkim ve müddeiumumilerle muavinleri doğrudan doğruya Adliye Vekili tarafından Adliye Vekâletinde idarî bir vazifeye tayin olunabilirler. Bu takdirde vekâlet hizmetinde buldukları müddetçe haklarında idarî meslekte bulunan memurlara müteallik umumi hükümler tatbik olunur”. İcra organın bir rûknü olan Adliye Vekiline, teminatlı bir hâkimi, kendisinin muvafakatini istihsal etmeksizin, ve hattâ Ayırma Meclisinin mütalâasına dahi lüzum göstermeksizin bulunduğu yerden alıp vekâlette idarî bir vazifeye tayin selâhiyetini veren bu hükmün, hâkimlerin istiklâli bakımından ne derece tehlikeli bir hüküm olduğunu uzun boylu izaha hacet yok-

(61) MOREL, *op. cit.*, s. 135.

(62) Bk. GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, c. I, s. 219 - 220.

(63) İSTANBULLU, *op. cit.*, s. 144.

tur sanınız. Bu madde, teminat kaydına bakmaksızın, bütün hâkimleri müddeiumûmîlerle aynı muameleye tâbi tutmaktadır. Mühim bir davaya bakmakta olan bir hâkim, bu madde mucibince, *Adliye Vekilinin göstereceği lüzum üzerine*, vazifesinden alınarak vekâlette bir masa başına getirilebilecek, ve teminatlı hâkim statüsü, “idari meslekte bulunan bir memur” statüsüne inkılâp edecektir. Gerçi, söylemek lâzımdır ki, şimdiye kadar bu selâhiyetin bâriz bir suiistimaline rastlanmadığı gibi, tatbikatta umumiyetle idarî vazifeye nakledilecek olan hâkimlerin muvafakatleri alınagelmıştır. Bununla beraber, maddenin bu şekilde kanunda yer alması doğru değildir, ve hâkimlerin vekâlette idarî bir vazifeye *ancak kendi rızaları ile* tayin olunabilecekleri tasrih edilmek lâzımdır.

Son zamanlarda, Hâkimler Kanununun diğer bir maddesi de, Adalet Vekâleti ve Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından hâkimlik teminatının bir istisnası olarak tefsir edilmiş ve bu yolda tatbikata da geçilmiştir. Bu madde, mümtaz olarak veya tercihan terfie lâyük görülen hâkimlerin Ayrırma Meclisi mütalâasına bağlanmaksızın, ve bunun haricinde olan hâkimlerin de Ayrırma Meclisinin mütalâası alınmak suretile müddeiumûmilîğe nakledileceklerine dair olan 62 inci madde hükmüdür. Müddeiumûmilîğe nakledilecek olan hâkimin muvafakatinin alınıp alınmayacağı hususunda maddede sarahat yoktur. Buna binaen, Vekâlet, ve bilâhare yapılan bir tefsir talebi üzerine Adalet Komisyonu, maddeyi, 79 uncu maddenin bir istisnası mahiyetinde olduğu ve binaenaleyh hâkimin muvafakatinin alınmasına lüzum olmadığı yolunda tefsir etmişlerdir (64). Mezkûr hükmünü bu tarzda tefsiri, hâkimlerin

(64) 1953 senest başlarında, bazı teminatlı hâkimlerin, muvafakatleri alınmadan başka şehirlere müddeiumûmî olarak tayin edilmeleri üzerine, Rize Mebusu Sayın İzzet Akçal tarafından, 62 nci maddenin muvafakat lüzumu kaidesine istisna teşkil etmediği şeklinde tefsir edilmesi teklif olunmuş, fakat Adalet komisyonu beşe karşı dokuz rey ile bu teklifi reddede-

istiklâli prensibine tamamen aykır olduğu gibi, kanunun ruhuna ve hukuk mantığına da uygun düşmemektedir. Filhakika, maddenin bu şekilde kabulü, teminata diğer bir istisna tanınması değil, onun tamamen yok edilmesi demektir. Adalet Vekili, bir hâkimi, rızasına bakmaksızın, *istediği zaman müddeiumumiliğe nakletmek suretile teminattan mahrum edebildikten* sonra hâkimlere teminat tanıyan hükmün ne kıymeti kalır? İstisna, umumî kaidenin esasına halel getirmeksizin onun dışında kalan haldir. Bu hal, umumî kaideyi temelinden sarstığı ve onun kıymetini hiçe indirdiği takdirde, bir istisna değil, kaidenin doğrudan doğruya refi demek olur. Çok temenni olunurdu ki, 62 nci maddenin tefsiri hususundaki teklif geçen devre sona ermeden Büyük Millet Meclisine gelmiş olsun, ve

rek maddeyi yukarıdaki şekilde tefsir etmiştir. Sayın Akçal'ın teklifi umumî heyet önüne gelmeden Meclis dağılmış ve devre nihayet bulmuş olduğundan Büyük Millet Meclisi bu hususta bir karar verememiştir. Adalet Komisyonu kararının etraflı tahlil ve tenkidi için, bk. Dr. Nurullah KUNTER, Hâkimlik teminatını tehlikeye sokan bir görüş. (22 Haziran 1953 tarihli Cumhuriyet gazetesi).

Kitab basılırken çıkarılan 23.1.1956 tarih ve 1954 sayılı B. M. M. kararıyla "... bir hâkimin müddeiumumilik sınavına geçirilebilmesi için rıza ve muvafakatinin mutlaka istihsali lâzım geleceği teminatın ruh ve bünyesinde ve buna taallûk eden hükümlerde açıkça mevcut bulunduğu cihetle bu maddeyi ve yukarıda sayılan diğer maddeleri istisnalar idadında sayarak, teminat keyfiyetini ihlâl imkân olamayacağı ve kanunun ihtiva eylediği umumî hükümler tatbik şeklini haklı göstermeğe müsait bulunmadığı cihetle bahis konusu olan 62 inci maddenin izah olunan tarzda anlaşılması lâzım geleceğinden tefsire mahal olmadığına" karar verilerek yukarıda zikredilen ve hâkimlik teminatını ihlâl eden mahzurun giderilmiş olduğunu memnuniyetle kaydederiz.

Meclis de Adalet Komisyonunun görüşünü reddederek maddeyi hâkimlik teminatına uygun bir şekilde tefsir etmiş bulunsun. Bu suretle, güdümlü adalete kolayca zemin hazırlayabilecek sakat ve tehlikeli bir görüş tamamen ortadan silinmiş ve bu hususta hiçbir şüphe kalmamış olurdu (65).

Hâkimler Kanunumuz, yukarıda tetkik ettiğimiz hükümlerden başka, hâkimlik teminatını zayıflatan ve hâkimlerin istiklâli prensibine tam manasile uygun düşmeyen daha bazı hükümler ihtiva etmektedir. Bunlara, müteakip bahislerde sırası geldikçe temas edeceğiz.

(65) *Mamafih, yaptığımız soruşturmalar neticesinde, bir müddet-tenberi mezkûr maddenin bu yolda tefsir ve tatbiki cihetine gidilmemekte olduğunu memnuniyetle öğrenmiş bulunuyoruz. Temenni ederiz ki, bu son durum, Adalet Vekâletinin yanlış bir yoldan kat'i olarak döndüğüne delâlet etsin.*

D Ö R D Ü N C Ü B Ö L Ü M

HÂKİMLERİN İSTİKLÂLİ İLE ALÂKALI MÜESSESELER

I

T E R F İ

1. Terfiin istiklâle tesiri.

Hâkimlik teminatı, başlı başına, hâkimlerin istiklâlini korumak ve sağlamak için kâfi değildir. İstiklâlin tam olması için, hâkimin azledilmemek ve yerinden oynatılmamak hususunda olduğu kadar, terfi hususunda da huzur ve istikrara kavuşturulması lâzımdır. Fransızcada, “terfi mümkün olduğu müddetçe yerinden oynatılmamanın hiçbir faydası yoktur” (*rien ne sert de ne pouvoir être mû, si l'on peut être promu*) formülü bu hakikati veciz bir şekilde ifade etmektedir. Bir müellifin çok doğru olarak belirttiği gibi, daimî surette zihni işgal eden terfi ümit ve endişesi, hâkimlerin istiklâlini, vazifeden azledilmek korkusundan daha fazla haleldar eder (1).

Bu endişeyi hâkimin zihninden tamamen silmek ve dolayısıyla istiklâlini takviye etmek için en kestirme ve radikal çare, hâkimlerin terfiini kabul etmemektir. Bu fikir, zaman zaman bazı müellifler - bu arada GAMBETTA ve Jules FAVRE - tarafından ha-

(1) GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, c. I, s. 210 : “ la préoccupation constante (de l'avancement) nuit, plus encore que la crainte d'une révocation, a l'indépendance du magistrat.”

raretle müdafaa edilmiştir (2). Tatbikatta, İngiltere ve Birleşik Amerika Devletleri bu yola gitmişlerdir. Filhakika, bu memleketlerde hâkimlerin terfii, bir prensip ve müessese olarak tanınmaktadır. Ancak, bu usulün her yerde tatbikine imkân yoktur. Diğer taraftan, hâkimler için ilerleme ve yükselme yollarının açık bulundurulması lehinde de bir tez mevcuttur. Bu tezin müdafileri, her meslekte olduğu gibi hâkimlik mesleğinde de normal terfi imkânlarının kabul edilmesi, ve liyakatli bir hâkimin, hizmetlerinin mükâfatını daha yüksek bir vazifeye getirilmek suretile görmesinin doğru ve tabii olacağını belirtmektedirler. Keza, hâkimlere yükselme imkânlarının tanınmamasının kendilerini atâlete sevkedeceği ve bilhassa yukarı kademelerde açılacak yerlere tepelerinden aşmak suretile hariçten yapılacak tâyinlerin şevk ve heveslerini kıracağı da kaydedilmektedir (3).

Şu halde, hâkimler için terfii büsbütün kaldırmağa imkân görülmediği, veyahut ta bu, arzuya şayan bulunmadığına göre, yapılacak şey, terfii mümkün olduğu kadar objektif esaslara ve belirli kaidelere bağlamaktır. Her şeyden önce, hâkimlerin terfiini icra organının elinde bırakmamak lâzımdır. Terakkisini hükûmetten bekliyen veya herhangi bir suretle iktidarın lûtfuna muhtaç bulunan bir hâkimin tam bir istiklâle sahip olamayacağına şüphe yoktur. Binaenaleyh, terfi hususunda karar selâhiyetinin müstakil bir heyete verilmesindeki lüzum aşîkârdır. Diğer taraftan, terfi sıralarının bu heyet tarafından tesbitinde de mümkün mertebe sübjektif ölçülerden uzaklaşılması lâzımdır. Bu hususta çok doğru olarak tebarüz ettirildiği gibi, “hâkimlerin terfilerinde ideal olan, terfiin oto-

(2) Bk. WARLOMONT, *op. cit.*, s. 207 - 208; LALLEMAND, *op. cit.*, s. 172.

(3) Bk. LASKI, *Studies in Law and Politics*, s. 171; *A Grammar of Politics*, s. 549. Keza, WARLOMONT, *op. cit.*, s. 208, no. 1076.

matik olmasıdır” (4). Bundan başka, hâkimler arasında sınıf ve derecelerin azaltılması ve hiyerarşinin asgari hadde indirilmesi suretile terfilerin seyrekleştirilmesi de düşünülecek başlıca tedbirler meyanında gelir. Bu suretle, hiç olmazsa, basamaklar arasında hâkime daha uzun bir sükûn devresi temin edilmiş olur (5).

2. Hâkimlerin terfiinde muhtelif sistemler.

Hâkimlerin terfi meselesi, birçok memleketlerde, teminat meselesi kadar mühim bir mevzu olarak ele alınmış, ve bu mesele- nin, hâkimlerin istiklâli prensibine en uygun bir şekilde tanzimine çalışılmıştır.

İngiltere’de, daha önce de söylediğimiz gibi, muayyen bir terfi rejimi yoktur ve hâkimler nâdiren ve istisnai olarak daha yüksek bir vazifeye tâyin olunurlar. Bir Kontluk Mahkemesi hâ- kimi vazifesini nihaî olarak telâkki eder ve Yüksek Mahkeme hâ-

(4) Prof. BELGESAY, *Adliye teşkilâtının esasları ve hâkimler ka- nununun tâdiline dair kanunun ana hatları (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1944, c. IX, s. 600)*. Keza, bk. Léon BLUM, *La réforme gouvernementale*, s. 233 : “... il faut... que l’avancement corresponde, si l’on ne passe l’expression, à une sorte d’automatisme du mérite”.

(5) *Fransa’da*, Laniel hükûmeti, 1953 senesi Ekim ayında ısdar ettiği kararnamelerle adliye teşkilâtında bazı tensikat yapmış, ve bu arada 16 Ekim 1953 tarihli bir kararname (décret) ile hâkimlik sınıflarını azaltmıştır. Bu tedbir, hâkimler muhi- tinde büyük bir memnuniyetle karşılanmış, ve meslek haya- tında “buhranlı devrelerin” azaltılmasının hâkimlerin istiklâ- lini hissedilir derecede kuvvetlendirmiş olduğu tebaruüz etti- rilmiştir. Bu hususta, bk. *Le Pouvoir Judiciair*. (Octobre, 1953).

kimliğine terfi beklemez (6). Yüksek hâkimler arasında terfi nisbeten daha sık vâkidir. Bir Yüksek Mahkeme hâkiminin İstinaf veya Lordlar Kamarası hâkimliğine getirildiği ara sıra görülür. Ancak, böyle bir halde hâkimin kazancı maddî olmaktan ziyade manevidir (7). Mühim olan nokta, hâkimliğe tâyin olunan bir kimsenin, mevkiine temelli nazariyle bakması, ve tayinde rol oynayan faktörler ne olursa olsun, bir kere hâkimlik kürsüsüne oturduktan sonra artık hükümetten hiçbir şey beklememesidir. Bu bakımdan, İngiliz hâkimlerinin, diğer Avrupalı hâkimlere nazaran,

(6) Şimdiye kadar ancak bir tek Kontluk hâkimi Yüksek Mahkeme hâkimliğine terfi etmiştir. Bk. JACKSON, *op cit.*, s. 209; ENSOR, *op cit.*, s. 81.

(7) Yüksek Mahkeme hâkimleri (tekrar hatırlatalım ki, Yüksek Mahkeme bir ilk mahkemedir) ile İstinaf Mahkemesi hâkimlerinin tahsisatları arasında fark yoktur. Her ikisi de 1954 yılına gelinceye kadar senede 5000 sterling almakta iken, 1954 Nisanında kabul edilen bir kanunla bu tahsisat 8000 sterling'e çıkarılmıştır. Lordlar Kamarası hâkimlerinin senelik tahsisatları ise 6000 sterling iken 9000 sterling olmuştur.

Bu rakamlar İngiltere'de hâkimlik mevkiine atfedilen ehemmiyeti ve hâkimliğin yüksek itibarını göstermeğe kâfidir. (Resmî kurdan hesap edilse dahi - ki bilindiği üzere bu kur sterling'in hakiki iştirâ kuvvetinin çok altındadır - İngiliz hâkimlerinin aylık tahsisatlarının 5200 Türk lirasına baliğ olduğu görülür). Hâkimlerin maaş bakımından imtiyazlı durumları, milletvekillerinin tahsisatları ile mukayese edildiği zaman daha iyi ortaya çıkar : İngiliz parlâmento azalarının senelik tahsisatları sadece 1000 sterling'dir. (Bunu senede 1500 seterling'e çıkarmak için 1954 yılında yapılan teklif kabul edilmemiş, neticede tahsisatlarına ilâveten kendilerine günde yalnız 2 sterling hakkı huzur tanınmıştır).

icra organı karşısında mevkileri daha muhkem ve istiklâlleri daha tamdır (8).

Amerika Birleşik Devletlerinde federal hâkimler için de aynı şey söylenilebilir. Flihakika, Amerika'da, federal adliye teşkilâtında, terfi, hemen hemen hiç yoktur. Prof. LASKI'nin işaret ettiği gibi (9), bir federal muntaka hâkimliğini kabul eden bir kimse, ileride Yüksek Mahkeme azalığına tayin olunmak imkânlarını bertaraf ediyor demektir. Binaenaleyh, İngiltere'de olduğu gibi, herhangi bir hâkimlik, kaideten, bir basamak değil, fakat bir münteha olarak kabul edilir, ve tayinden sonra hâkimin icra organı ile hiçbir münasebeti kalmaz.

Adli teşkilâtları ve bünyeleri Anglo - sakson sisteminden tamamen ayrı olan ve hâkimliği bir meslek (*carrière*) olarak kabul eden memleketlerde terfi, zarurî bir müessesese olarak tanınmaktadır. Avrupa'da, hâkimlerin terfii bahsinde başlıca iki sistem mevcuttur: Belçika sistemi ve Fransız sistemi.

Belçikada, hâkimlerin terfilerinde, "takdim listeleri" (*listes de présentations*) usulü câridir. Bu usule göre, hâkimler arasından, bidayet mahkemeleri reis ve ikinci reisiği ile istinaf mahkemesi azalığına bir tayin yapılacağı zaman, birisi münhalin bulunduğu mahkeme, diğeri de mahkemenin hudutları dahilinde bulunduğu eyalet meclisi (*conseil provincial*) tarafından, her biri iki namzet-ismini havi iki liste Krala takdim olunur. Kral, gösterilen namzet-

(8) İngiltere'de hâkimler için normal bir terfi rejiminin kabul edilmemesi doktrin tarafından umumiyetle tasvip edilmektedir. Bugünkü adli teşkilâtı birçok noktalardan tenkid eden ve bazı radikal değişiklikler yapılması (bu meyanda bir Adliye Vekâleti kurulması) fikrini müdafaa eden ENSOR dahi, hâkimlerin terfii bahsinde mevcut sistemin muhafazasına taraftar bulunmaktadır (op. cit., s. 101).

(9) A Grammar of Politics, s. 549.

lerden birisini seçer. Temyiz Mahkemesine bir tayin mevzuubahis olduğu zaman, listelerden biri Temyiz Mahkemesi ,diğeri de Senato tarafından takdim edilir.

Bu sistemin, hâkimlerin terfiinde icra organının rolünü sıkıca tahdit etmesi bakımından müsbet bir netice sağladığına şüphe yoktur. Ancak, her sistemin olduğu gibi, takdim usulünün de bazı mahzurları vardır. Eyalet Meclisi ve Senato gibi siyasi heyetler tarafından namzetlerin tesbitinde siyasi faktörlerin müessir olması, bu mahzurların başlıcasını teşkil eder. Eskiden, namzetler, mezkûr siyasi heyetler azasının her biri nezdinde ayrı ayrı teşebbüste bulunarak kendilerini tanıtmak mecburiyetinde idiler. Bir hâkim için oldukça küçük düşürücü bir mahiyet taşıyan bu ziyaretler kaldırılmak ve yerine sadece meclislerin bürolarına bir ziyaret ikame edilmek suretile bu mahzur kısmen önlenmişse de tamamen bertaraf edilememiştir. Diğer taraftan, bilhassa mahkeme reislerinin seçilmesinde sadece kıdeme itibar edilmek yolunda bir teamülün yerleşmeğe yüz tuttuğu da kaydedilmektedir. Bununla beraber, takdim listeleri usulü Belçika'da umumiyetle iyi neticeler vermiş, tatbikatta hüsnüniyet ve itidalle hareket edilmek suretile sistemin zayıf tarafları geniş ölçüde giderilmiştir (10).

Fransa'da, hâkimlerin terfi hususunda uzun zaman hiçbir kaide vazedilmemiş, ve terfi münhasıran icra organının elinde bulunmuştur. Bu vaziyette, hâkimlere tanınmakta olan teminat şüphesiz ki büyük bir kıymet ifade etmemekte idi (11). İlk defa olarak 1906 senesinde ihdas edilen "terfi levhası" (*tableau d'avancement*) usulü ile hâkimlerin terfileri bir nizama bağlamış ve hükûmetin bu hususta haiz olduğu serbesti tahdit edilmiştir. O tarihtenberi

(10) *Belçika sistemi hakkında*, bk. WARLOMONT, *op. cit.*, s. 214 - 216; LALLEMAND, *op. cit.*, s. 53 - 55. Keza bk. A. de VREESE, *Le point du vue de la Belgique. (Le Pouvoir Judiciaire, Mai, 1953)*.

(11) *Bk. BARTHELEMY et DUEZ, op. cit.*, s. 855.

muhtelif tâdillere uğrayan bu sistemin esası, hiçbir hâkimin, terfi levhasına kaydedilmedikçe işgal ettiği mevkiin daha üstünde bir mevkiye yükseltilemeyeceğidir.

Terfi levhası, İstinaf mahkemeleri birinci reisleri ve İstinaf müddeiumumilerinin teklifleri üzerine, Temyiz Mahkemesi birinci reisinin başında bulunduğu, Temyiz azaları ile Adalet Vekâleti yüksek memurlarından müteşekkil bir komisyon tarafından hazırlanır. Levhanın hazırlanmasında, evvelâ kıdem (bulduğu derecede, kaide olarak, iki sene hizmet etmiş olmak) ve sonra ehliyet (hiyerarşik üstler tarafından tanınmak ve tesbit edilmek kaydıyla) esasları nazarı itibara alınır. 1946 Anayasasının kabulünden önce terfi levhasının kat'i olarak tesbiti Adalet Vekiline aitti. Bugün, hâkimlere müteallik levha için bu selâhiyet Yüksek Hâkimlik Divanına intikal etmiş olup, Adalet Vekili sadece müddeiumumiler hakkında eski selâhiyetini muhafaza etmektedir. Terfi levhasına yapılan kayıtlar ancak bir sene için muteber ise de kaydın yenilenmesi mümkündür (12).

Fransa'da, hâkimlerin terfii rejiminin henüz memnuniyet verici olmadığı, ve hâkimlerin huzur ve istiklâlini temin için lüzumlu şartları yerine getirmediği hususunda müellifler hemen hemen müttefiktiler (13). Gerçi terfi için levhaya kaydolmak şartı bir teminat sayılır ise de, levhaya adı geçen her hâkim mutlaka terfi edeceğinden emin değildir. Eskiden, Adalet Vekili, hiçbir sıraya riayetle mükellef olmaksızın levhada adı bulunan hâkimlerden istediklerini seçmekte serbest idi. Bugün, Yüksek Hâkimlik Divanı aynı serbestiye maliktir. Bu itibarla, senelerce levhada kayıtlı bulun-

(12) Terfi levhasının hazırlanması ve tesbiti hususunda tafsilât için, bk. PEPIN et SCHERRER, *op. cit.*, s. 91 - 107.

(13) Bk. MOREL, *op. cit.*, s. 136; LABORDE - LACOSTE, *op. cit.*, s. 69; WARLOMONT, *op. cit.*, s. 213; René TUNC, *Réflexions sur l'avancement. (La Revue Administrative, 1952, s. 618 - 619).*

duğu halde bir türlü terfi edemiyen hâkimler vardır (14). Demek ki, takdirî ölçülerin ve sübjektif faktörlerin terfide el'ân geniş bir payı mevcuttur. Bundan başka, levha sisteminin bütün hâkimlere şamil olmadığını da kaydetmek lâzımdır. Filhakika, Temyiz Mahkemesi azaları, İstinaf mahkemeleri birinci reisleri ve müddeûmumileri ile Seine mahkemesi reisi ve müddeiumurnisi levha hükümlerinden hariç tutulmuşlardır (15).

3. Türkiye'de hâkimlerin terfii sistemi

Memleketimizde hâkimlerin terfii meselesi, ilk defa olarak 1329 tarihli Hükâm ve Memurini Adliye İntihap Nizamnamesi ile ele alınmış, ve o tarihten bugüne kadar bu mevzuda vaz'edilen çeşitli kaide ve hükümlerle terfi rejiminin düzenlenmesine çalışılmıştır. Şimdiye kadar tatbik edilen sistemler arasında esas prensip itibarile büyük bir fark olmadığı söylenebilir. Filhakika, gerek Hükâm ve Memurini Adliye İntihabı Nizamnamesi, gerek 766 sayılı eski Hâkimler Kanunu, ve gerekse 2556 sayılı bugünkü Hâkimler Kanunu, terfide, kıdem ve ehliyet esaslarını müşterek ölçü olarak

(14) MOREL, *op. cit.*, s. 136; TUNC, *loc. cit.*, s. 619.

(15) Birkaç senedenberi Fransa'da yeni bir hâkimler statüsünün tanzimine çalışılmaktadır. Bu hususta hazırlanan kanun projesi muhtelif tâdillerden sonra ikinci defa olarak Milli Meclise sevk edilmiş bulunmaktadır. Ancak, yukarıda (5) numaralı notta bahsettiğimiz, 1953 senesi Ekim ayında Laniel hükûmeti tarafından kararname (décret) yolu ile gerçekleştirilen kısmî islahat üzerine, mezkûr projenin yeniden tâdili lâzımgelmektedir. Hâkimlerin statülerinde, ve bu arada terfi rejiminde esaslı bir reform yapması beklenen bu projenin neticede ne şekil alacağını ve ne zaman kanunlaşacağını henüz kat'i olarak kestirmek mümkün değildir. Projenin geçirdiği muhtelif safhalar ve Ekim 1953 kararnmelerinden önceki son şekli için, bk. *Le Pouvoir Judiciaire* (Août-Septembre, 1953) ve (Décembre, 1953).

kabul etmişlerdir (16). Aralarındaki fark, başlıca, ehliyetin tesbiti usullerine müteallik bulunmuştur.

Hâkimlerin terfii mevzuunda en fazla ihtimam gösteren ve bu meseleyi en teferruatlı bir şekilde tanzim eden 2556 sayılı Hâkimler Kanunu olmuştur. Kanunun mûcip sebepler lâyihasında, “hâkimlerin terfii meselesi, istiklâl ve azilden masuniyet meseleleri kadar mühimdir” denilmekte, ve bu hususa atfedilen ehemmiyet bilhassa tebarüz ettirilmektedir. Keza, aynı mûcip sebepler lâyihasında, eski Hâkimler Kanununun kabul etmiş olduğu “levha” sisteminin tatbikatta iyi neticeler vermediğine işaret olunarak, bu sistemin neticede sadece kıdem esasına müncer olduğu kaydedilmektedir (17). Burada, hakikatin hakkını vermek için şunu söylemek lâzımdır ki, eski rejimin “tatbikatta umulan neticeleri vermemiş” olması, kanun hükümlerinin kifayetsizliğinden ziyade, fena tatbik edilmiş veya hiç tatbik edilmemiş olmalarından ileri gelmiştir (18). Esasen bu cihet, lâyihadaki ifade tarzından da anlaşılacaktır. Binaenaleyh, asıl kusur, sistemde değil, onun tatbik şeklindedir. Yoksa, prensip bakımından, 2556 sayılı kanunun,

(16) Bk. İSTANBULLU, *op. cit.*, s. 39 - 42.

(17) “Terfii muayyen ve müsbet esaslara dayatmak hususunda 766 sayılı kanunun kabul ettiği levha sistemi, bu yolda atılmış mühim ve kıymetli bir adım olmakla beraber, tatbikatta umulan neticeleri verememiş, maddî esaslara istinat edilmeden tanzim olunan terfi levhalarına müddetini dolduran her hâkim geçirilmiş, neticede, terfi için, bir cezaya uğramadan zamanın geçmesini beklemek kifayet eylemiştir. Bu suretle, isimle dolan terfi levhaları ne hâkimleri memnun edebilmiş, ne de idareye ehliyetlilerle ehliyetsizler arasındaki farkı lâyikile gözetmek imkânını verebilmiştir”. - 2556 sayılı Hâkimler Kanunu esbabı mucibe lâyihası. TBMM Zabıt Ceridesi, c. 24 (1934), s. 2.

(18) Bk. İSTANBULLU, *op. cit.*, s. 40 - 42.

eskisine nazaran çok farklı ve çok daha müttekâmil bir sistem getirdiği iddia olunamaz.

Kabul tarihi olan 1934 senesindenberi geçirmiş olduğu muhtelif değişikliklerden sonra 2556 sayılı kanunun hükümlerine göre bugünkü terfi rejiminin anahatları şöyledir :

Terfi için ilk şart, hâkimin, bulunduğu derecede iki sene vazife görmüş olmasıdır. Bu, terfide kıdem ve tecrübeye ayrılan yer olup, maddi ve objektif bir esas teşkil eder. Bu objektif esas yanında, hâkimin ahlâkî gidişi, mesleki bilgisi, çalışkanlığı ve nihayet ilmi ehliyet gibi sübjektif esaslar da terfi sırasının tayininde nazara dikkate alınır.

İlmi ehliyetin tesbitinde kullanılan ölçü, Türk sisteminin başlıca karakteristik cihetlerinden birisidir. Hâkimler Kanununun 1940 senesinde tâdilinden önce, hâkimin ilmi ehliyeti, kararlarının Temyiz Mahkemesi tarafından tasdik ve nakız nisbeti ile tayin edilmekte idi. Bunun, ehliyetin tayini bakımından sakat bir ölçü olduğu kadar, hâkimlerin istiklâli bakımından tehlikeli bir kıstas olduğuna da şüphe yoktur. Filhakika, Temyiz Mahkemesinin tasdik veya nakzında isabetin muhakkak olmayışı bir tarafa, böyle bir ölçünün terfide âmil olması, hâkimi çok defa “adalet hislerinden ziyade Temyiz Mahkemesinin muhtemel temayüllerine göre hüküm vermeğe mânen mecbur” kılmakta idi (19). Bu usul, 1940 senesinde Hâkimler Kanununda yapılan bir tâdille pek isabetli olarak kaldırılmış, ve yerine, Temyiz Mahkemesi tarafından tetkik edilen her karar için, kararı vermiş olan hâkime bir not takdir edilmesi usulü kabul edilmiştir. Temyiz Mahkemesi, pek iyi, iyi, orta veya zayıf olmak üzere vereceği notu, hükmün tasdik veya nakzedilmesine göre değil, fakat hâkimin kararla ortaya koyduğu ilmi ehliyete ve umumiyetle muhakemenin sevk ve idaresinde gösterdiği kabiliyete göre takdir eder. Binaenaleyh, “Temyiz mahke-

(19) Prof. BELGESAY, *loc.*, *cit.*, s. 600.

mesinin, kararını bozduğu hâkime, istinat ettiği mucip sebepler itibarile tam, bilâkis kararını tasdik ettiği hâkime, düştüğü mazur görülemiyen hataları sebebiyle çok fena bir not vermesi mümkündür.” (20).

Yukarıdaki esaslar dahilinde hazırlanacak terfi defterlerini tanzim selâhiyeti Ayırma Meclisine aittir. Ayırma Meclisi umumî heyeti Temyiz Mahkemesi birinci reisinin reisliği altında, başmüddeiumumî ile dört Temyiz azasından, ve Teftiş heyeti reisi ile Hukuk, Ceza ve Zat İşleri Umum Müdürlerinden teşekkül eder. Umumî heyet, iki tâli meclise ayrılır, ve bunlardan Temyiz birinci reisinin reisliğindeki 1 numaralı meclis, hâkimlere ait terfi defterini, başmüddeiumumînin reisliğindeki, II numaralı meclis ise, müddeiumumilere ait terfi defterini tanzim ederler. Terfi defteri kat’î şeklini aldıktan sonra, Adalet Vekili, defterdeki sıraya bağlı olarak münhal bulunan üst derecelere hâkimleri inha eder.

Hâkimler Kanunumuz, terfi bahsinde icra organının rolünü tahdit hususunda oldukça itina göstermekle beraber, teminat bahsinde olduğu gibi, burada da mühim bir istisna yapmış, ve hâkimliğin en yüksek kademelerinin anahtarlarını doğrudan doğruya icra organının eline tevdi etmekle kurmuş olduğu sistemi noksan ve sakat bırakmıştır. Filhakika, Hâkimler Kanununa göre, birinci sınıfa ayrılmış bir hâkimi Temyiz Mahkemesi azalığına terfi ettirmek Adalet Vekilinin elindedir. Keza, başmüddeiumumî ile daire reislerini de Adalet Vekili intihap eder. Temyiz Mahkemesi birinci reisinin intihabı ise, İcra Vekilleri Hey’etine aittir. Evvelce de söylediğimiz gibi, terfiini icra organından bekliyen bir hâkimin tam bir istiklâl ile hareket edemeyeceği şüphe götürmez bir hakikattir. Bu bakımdan, Hâkimler Kanununun mezkûr hükümleri, bilhassa son zamanlarda, bizzat yüksek hâkimler tarafından pek haklı olarak tenkid edilmiş, ve bu usulün adalet cihazının istiklâli ve hâ-

kimlik teminatı ile telifine imkân olmadığı ısrarla belirtilmiştir (21).

Bu mühim istisna dışında, bugünkü terfi sistemimiz diğer bazı noktalardan da tenkide şayan görülmektedir. Evvelâ, hâkimlerin terfiinde Adalet Vekilinin rolü, kanunun metni bakımından ehemmiyetsiz gibi görünmekte ise de, tatbikatta bu rol oldukça mühimdir (22). Gerçi Vekil, Ayırma Meclisi tarafından tesbit edilen defterdeki sıraya riayetle mükelleftir, fakat hâkimin terfian gideceği yeri tayinde serbesttir. Maaş ve derece itibarile nazari olarak birbirine tamamen müsavi iki vazife buldukları mahal bakımından büyük bir değer farkı arzedebilir. Vekilin bu husustaki selâhiyeti, kanunun diğer bir hükmü muvacehesinde büsbütün ehemmiyet kesbetmektedir. Filhakika, terfi sırasında kendisine teklif olunan vazifeyi reddeden hâkim, sırasını kaybeder ve terfi defterinin en sonuna düşer. İki defa deftere

(21) Bk. Fevzi BOZER, 1950 - 51 Adalet Yılına Açış Nutku (Adalet Dergisi, 1950, sayı 10, s. 1265); İbrahim Ertem, 1952 - 53 Adalet Yılına Açış Nutku (Adalet Dergisi, 1952, sayı 10, s. 1183).

Bu noktada şunu da söylemek lâzımdır ki, 766 sayılı eski Hâkimler Kanununa göre Temyiz Mahkemesi azalığına ve daire reisliğine terfi usulü, şimdiki usule nazaran hâkimlerin istiklâli prensibine çok daha uygundu. Filhakika, mezkûr kanuna göre, Temyiz Mahkemesi azalığı veya daire reisliği açıldığı zaman, Adalet Vekili, Temyiz Mahkemesi umumî heyeti tarafından gösterilecek üç namzetten birini seçmek mecburiyetinde idi. Bu suretle Vekilin tercih hakkı tahdit edilmiş ve intihabı muayyen bir istikâmete "sevkedilmiş" oluyordu.

(22) Bk. İlhan E. POSTACIOĞLU, Le pouvoir Judiciaire dans la Constitution turque actuelle. (Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, No. 3. 1953. s. 121; İSTANBULLU, op. cit., s. 102.

geçtiği halde o defter sırasına göre teklif olunan hizmeti kabul etmeyen hâkim ise bir daha terfi edemez (m. 59). Bu vaziyette, Vekilin terfide haiz olduğu selâhiyetin ehemmiyet derecesi kolayca anlaşılır.

Hâkimlerin terfiinde birinci derecede rol oynayan Ayırma Meclisinin teşekkül tarzı da, bugünkü sisteme tevcih edilen tenkitler arasındadır (23). Her ne kadar Ayırma Meclisinde ekseriyet Temyiz hâkimlerinde ise de, Adalet Vekâletine mensup dört yüksek memurun bu teşekkülde yer alması, icra organına terfi mevzuunda lüzumundan geniş bir söz hakkı vermekte ve icabında “ağır basmak” imkânını sağlamaktadır.

Terfide ehliyetin tesbiti hususunda bugünkü not usulünün, kararların tasdik ve nakız nisbetlerini esas tutan eski usule nazaran çok daha iyi olduğuna şüphe yoktur. Bununla beraber, bazı müellifler, hâkimlere daha geniş bir istiklâl temini maksadile not usulünün büsbütün kaldırılmasına taraftardır. Filhakika, bu usulün, hâkimi, Temyiz Mahkemesinin içtihadına çok sıkı bir surette bağladığı ve kendisini manevî bir tazyik altında bulundurduğu ileri sürülmektedir (24). Aynı müellifler, terfi için ehliyetin tesbitine esas olarak imtihan usulünün kabul edilmesi fikrini müdafaa etmektedir (25). Hâkimlerin ilmi ehliyetlerini tayin hususunda bugünkü not sistemine nazaran daha objektif bir kıstas olmak itibarile imtihan sisteminin kabulü, bizce de daha doğru ve yerinde olacaktır.

(23) GÜR, *op. cit.*, s. 51.

(24) Prof. KARAFAKİH, *Adliyemizin bugünkü durumu hakkında düşünceler*. (İstanbul Baro Dergisi, 1950, s. 626 - 627); Prof. BELGESAY, *loc. cit.*, s. 601. - Aksi fikir için, bk. Dr. POSTACIOĞLU, *loc. cit.*, s. 122.

(25) 2556 sayılı Hâkimler Kanunu, bazı derecelerde terfi için bir ihtisas imtihanı kabul ve ihdas etmişti. Fakat 1940 senesinde yapılan tadille bu imtihan kaldırılmıştır.

II

D İ S İ P L İ N

Hâkimlerin istiklâli ile alâkalı diğer bir mesele de, nezaret ve teftiş mevzularını da içine alan geniş manada disiplin meselesidir. Hâkim sayısının çok az, ve hâkimlik nüfuz ve itibarının çok yüksek olduğu bir memlekette adli disiplin bir mesele teşkil etmez. Netekim İngiltere’de hâkimler hiçbir teftiş ve nezarete tâbi olmadıkları gibi, haklarında inzibatî hükümler vaz’ına da lüzum ve ihtiyaç hissedilmemiştir. Ancak, “iyi halinin” devam etmediği görülen bir hâkimin, evvelce izah etmiş olduğumuz şekil ve usuller dairesinde, doğrudan doğruya vazifesinden azli cihetine gidilebilir (ki bu da şimdiye kadar vaki olmuş değildir) (26).

Buna mukabil, geniş bir adli teşkilâta ve muhtelif sınıf ve derecelere ayrılmış kalabalık bir hâkim kadrosuna sahip olan memleketlerde, adli disiplin, zarurî bir müessese olarak kendisine kabul ettirmektedir. Bu bahiste, ortaya nazik ve halli oldukça güç mesele çıkmaktadır : Bir taraftan, hâkimlik vazifelerine ve meslek ahlâkına riayeti temin bakımından hâkimlerin bir murakabe ve disipline tâbi tutulmaları lüzumu tanınırken, diğer taraftan, bunun, hiçbir suretle hâkimlerin istiklâline hâlel getirmeyecek bir şekilde tanzimine dikkat etmek lâzımdır (27). Bunun için de başlıca şart, icra organına bu sahada selâhiyet tanımamak ve müdahalesini kat’i olarak bertaraf etmektedir. Zira, hiç şüphe yoktur ki, disiplin bakımından icra organına tâbi olan bir hâkim, diğer hususlarda kendisine ne gibi teminat tanınırsa tanınsın, tam bir huzur ve istiklâle sahip olamayacaktır.

Avrupa’nın demokratik memleketlerinde, umumiyetle hâkimlerin üst dereceli hâkimler tarafından hiyerarşik bir murakabeye tâbi

(26) Lord DENNING, *op. cit.*, s. 7.

(27) Bk. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 180.

olmaları usulü câridir. Adalet Vekilinin bu sahadaki rolü bir memleketten diğesine az çok değışir. *Fransa'da*, 1946 Anayasasının kabu-fünden önce, Adalet Vekili hâkimler üzerinde nezaret hakkını ve tevbih selâhiyetini haiz bulunuyordu (28). Yüksek Hâkimlik Diva-nın kurulmasından sonra Adalet Vekilinin disiplin bahsindeki selâhiyetleri bu organa intikal etmiştir (29). Keza *İtalya'da*, 1948 Anayasası ile Yüksek Hâkimlik Divanının kurulmasından sonra Adalet Vekilinin eskiden haiz olduğu "Yüksek nezaret" hakkının ve disiplin selâhiyetinin sona erdiği, ve bugün sadece disiplin muamelelerini tahrik etmek hususunda selâhiyetli bulunduğu kabul edilmektedir (30). Görülüyor ki, hâkimlerin istiklâlini kuvvetlendirmek gayesile reform yapan memleketlerde, alınan başlıca tedbirlerden biri, Adalet Vekilinin hâkimler üzerinde inzibati selâhiyetlerine nihayet vermek olmuştur.

Adli disiplin bahsinde, icra organının rolünü tahdit hususunda en ileri giden memleketlerden birisi *Belçika'dır*. Filhakika, Belçika'da adli disiplin, sadece "adliye ailesi" ni alâkadar eden bir iç mesele olarak telâkki edilmektedir (31). Adalet Vekilinin hâkimler üzerin-

(28) Bk. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 177.

(29) Bazı müellifler, Adalet Vekilinin hâkimler üzerinde inzibati selâhiyetlerini muhafaza ettiğini yazmakta iseler de, müteakip bölümde Yüksek Hâkimlik Divanının selâhiyetlerini tetkik ederken göreceğimiz veçhile, bu müşahade hatalıdır. Adalet Vekili, sadece Müddeiumumiler üzerinde eski selâhiyetlerini muhafaza etmiş olup, bugün hâkimler üzerinde hiçbir disiplin selâhiyetini haiz bulunmamaktadır. Bk. *infra*, s.

(30) Bk. Carlo GIANNATTASSIO, *La Magistratura*. (ds. *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*. Diretto da Piero CALAMANDREI e Alessandro LEVI. Firenze, 1950, c. II, s. 196).

(31) WARLOMONT, *op. cit.*, s. 103, No. 488; s. 106, no. 532.

de hiçbir nüfuzu, hiçbir nezaret ve disiplin selâhiyeti yoktur (32). Disiplin muamelesinin tahriki hususunda dahi, selâhiyet, kaide olarak, gene hâkimlere aittir. Ancak selâhiyetli üst hâkim harekete geçmediği takdirde Müddeiumumilik disiplin mekanizmasını tahrik edebilir (33).

Türkiye’de, adli disiplin mevzuunda, maalesef, yukarıda belirtilen esasa mugayir olarak Adalet Vekiline ve dolayisile icra organına geniş selâhiyetler tanımıştır. Hâkimler Kanunumuzun bu hususta vazetmiş olduğu hükümlerin birçoğu hâkimlerin istiklâli prensibi ile telif edilmeyecek mahiyettedir.

Evvelâ, 83 üncü madde ile Adalet Vekiline bütün hâkimler üzerinde bir “nezaret hakkı” verilmiştir. Keza, aynı maddeye göre Vekil herhangi bir hâkimi kendisine isnat olunan fiiller hakkında cevap vermek üzere nezdine çağırabilir. “Hâkim, tayin edilen müddet içinde gelmeğe mecburdur.” Adalet Vekiline, bütün hâkimlere karşı bir *âmirlik* mevkii veren bu hükmün, adaletin istiklâli prensibine mugayereti o derece âşikârdır ki, bunu ayrıca tebarüz ettirmeğe lüzum yoktur sanırız (34). Maddenin mutlak ifadesine nazaran Vekil, *her hangi bir hâkimi* (en küçük dereceli bir sulh hâkimi gibi bir Temyiz azasını ve hattâ birinci reisini) sorguya çekmek üzere nezdine çağırabilecek, çağırılan hâkim de tayin olunan müddet içinde gitmeğe mecbur olacaktır. Bir daire âmirinin maiyetindeki kâtiplerden birini huzuruna celbetmesi gibi bir şekil arzeden bu davetin, hâkimlerin istiklâli ve manevî huzurları üzerinde tesir derecesi bir tarafa, hâkimlik vekar ve haysiyetini kınacı ve küçük düşürücü bir mahiyet taşıdığına da şüphe yoktur.

(32) A. de VREESE, *loc. cit.*, WARLOMONT, *op. cit.*, s. 109. no. 553 - 54.

(33) WARLOMONT, *op. cit.*, s. 107, no. 535.

(34) Bu maddenin mufassal tenkidi için bk. İSTANBULLU, *op. cit.*, s. 168 - 174. Keza bk. GÜR, *op. cit.*, s. 70 - 72.

Adalet Vekâleti, kanunda yazılı nezaret hakkını, adliye müfettişleri veya muayyen bir işin tahkikine memur edeceği hâkim ve müddeiumumiler vasıtasile kullanmaktadır. Hâkimlerin teftişinin, idari olarak adliye müfettişleri tarafından yapılması, teminat ve istiklâl prensiplerine tamamen aykırı düşer. Adliye müfettişleri, her nekadar bu vazifeye hâkimlik mesleğinden tayin edilmiş iseler de, müfettiş olarak gördükleri vazifenin tamamen idari mahiyette olması ve kendilerinin doğrudan doğruya Adalet Vekilini temsil eden bir memur vaziyetinde bulunmaları bu hususu açıkça tebarüz ettirir (35). Mevzuatını tetkik ettiğimiz garp memleketlerinde bizdeki teftiş heyetine benzer bir teşekküle tesadüf edemedik. Adli disiplin mevzuunda Adalet Vekiline oldukça geniş selâhiyetler tanımış olan Üçüncü Cumhuriyet Fransasında dahi adliye müfettişliğinin ihdas edilmemiş ve bu yolda yapılan bir teşebbüsün akim kalmış olması dikkate şayandır (36). Bugünkü vaziyette adliye cihazının teftişe tabi bulunması lüzumlu olduğu ve bundan vazgeçilmeyeceği cihetle, bu

(35) Bk. GÜR, *op. cit.*, s. 77 - 78.

(36) Fransa'da, hâkimler sadece yüksek dereceli hâkimlerin nezaretine tâbi bulunmakta iken, 28 Haziran 1910 tarihli bir kararname, Adalet Vekiline, Temyiz mahkemesi azasından veya Vekâlet daire müdürlerinden birini veya birkaçını, mahkemelerin umumî olarak teftişi veya muayyen bir işin tahkiki ile vazifeli kılmak selâhiyetini vermişti. Kararname, sureti hususiyede bir müfettişler heyeti ihdas etmekle beraber, bu şekilde vazifelendirilen kimselere müfettişlik sıfat ve otoritesini tam olarak tanımakta idi. (GARSONNET et CEZAR - BRU, s. 234). Fakat, bu hükümler, hâkimlerin istiklâlini haleldar edebilecek mahiyette görülerek tenkitlere uğramış, ve neticede tatbik mevkiine konmamıştır. Bazı adliye vekilleri dahi kararnamenin tatbikinin aleyhinde bulunmuşlar, Mebuslar Meclisi ise tatbik için lüzumlu tahsisatı çıkartmaktan imtina etmiştir. (GLASSON et TISSIER, s. 179 - 180).

teftişin Vekâlete bağlı müfettişler tarafından değil, fakat umumiyetle yabancı memleketlerde câri olduğu gibi, hiyerarşik olarak üst dereceli hâkimler tarafından yapılması şüphesiz ki en doğru şekildir.

Teftiş bahsinde bizde hususi bir duruma burada işaret etmek lâzımdır. Hâkimler kanunu, beşinci dereceden itibaren bir kısım hâkimleri teftişten muaf tutmuştur (m. 80). Dikkate şayan olan cihet, bu hükmün “Hâkimlik teminatı” bâbında yer almış olmasıdır. Öyle anlaşılıyor ki kanun, bu muafiyeti muayyen bir dereceye gelmiş hâkimlere bir nevi teminat olarak tanımaktadır. Bu da bizde bugünkü şekilde teftişin, hâkimlik teminat ve istiklâline tam manasile uygun olmadığı bizzat kanun vaznı tarafından zımnî olarak kabulü demektir (37). Umumi olarak hâkimlik teminatının bütün hâkimlere teşmil edilmeyişi gibi, “teftişten muaf olma teminatı” da, bir imtiyaz suretinde, ancak muayyen bir dereceye yükselmiş hâkimlere tanınmaktadır.

Hâkimler Kanununa göre, Adalet Vekili, yukarıda zikredilen hak ve selâhiyetlerinden başka, bir disiplin mercii olarak doğrudan doğruya hâkimlere ceza tayin etmek selâhiyetini de haizdir. Filhakkı, ihtar ve aylık kesme cezaları, Adalet Vekili tarafından verilir (m. 87, 88). İcra organının bir rüknü olan Adalet Vekilinin, bu

(37) Bk. GÜR, *op. cit.*, s. 78: “Baremin beşinci derecesinden itibaren bir kısım hâkimlerin teftişten azâde tutulduklarını tasrih eden Hâkimler Kanununun ilgili hükmü, eğer bir garanti ve imtiyaz olarak gösterilmiş ise, aynı haktan ve selâhiyetten diğerlerinin istifade ettirilmemesi tezat teşkil ettiği kadar, bugünkü sistem aykırılığında bizzat kanun koyucunun dahi duyduğu bir yadırgama manâsını da tazammun eder. Nihayet o derecede bulunanların mutlaka mesleki meleke ve kemâl kazanmış olmaları, teftişe lüzum ve ihtiyac hissettirmeyecekleri düşünülmüş ise, bunun aksi de caiz ve vâki olacağı hesaplanmış bulunmak gerekir.”

organ karşısında tamamen müstakil olması lâzımgelen hâkimler üzerinde bir cezalandırma hakkına sahip bulunması, hiç şüphe yok ki, prensip bakımından uygunsuz olduğu kadar pratik bakımdan da sakat ve mahzurludur. Nihayet Adalet Vekiline ait olmaması icabeden, fakat kanun tarafından kendisine tevdi edilen bir selâhiyet de, vazife ile alâkalı suçlardan dolayı hâkimler hakkında tahkik ve takip iznini vermek hususundaki selâhiyettir. İkinci ve üçüncü sınıf hâkimler hakkında vazife ile alâkalı bir suç veya vazife icaplarına uymıyan hal ve hareketlerinden dolayı tahkikat ve takibat icrası, anlaşılması müşkil bir mülâhaza ile Vekilin ve müsaadesine bağlanmıştır (m. 105, 106).

Görülüyor ki, bugünkü sistemimizde, Adalet Vekili, İnzibat Meclisinin yanında ikinci bir disiplin organı olarak yer almaktadır. Adli disiplin bahsinde birinci derecede selâhiyetli organ, Temyiz ikinci reis ve azalardan üç kişi ile, Teftiş heyeti reisi ve Ceza işleri umum müdüründen teşekkül eden İnzibat Meclisidir. İnzibat Meclisinin bu şekilde kuruluşunun, teminat prensibi bakımından tatmin edici olmadığını, hâkimlerin azlinden bahsederken belirtmiş bulunuyoruz. Disiplin cezası verilmesini gerektirecek fiilleri önceden tesbit ve tarif etmek çok güç ve hattâ imkânsız olduğu cihetle (38), bu hususta bizzarur çok geniş bir takdir hakkına sahip olacak disiplin organının kuruluş ve terkindeki ehemmiyet âşikârdır.

Hâkimler Kanunumuz, umumiyetle takip edilen metod hilâfına, yukanda bahsedilen güçlüğü yenmiye ve muhtelif disiplin cezalarının verileceği halleri tarif ve tesbite çalışmıştır. Kanun vaznının bu teşebbüsünde tam bir muvaffakiyetsizliğe uğradığı tereddütsüz söylenebilir. Filhaika, kanun, bir kısım cezaların verilmesini icabettiren muayyen bazı halleri tayin etmiş, fakat gene de, bunların bütün ihtimalleri kavrayamayacağı düşüncesile, İnzibat Meclisine bu muayyen haller haricinde de ceza verebilmek selâhiyetini tanımıştır. Azil

(38) Bk. WARLOMONT, *op. cit.*, s. 102, no. 482.

bahsinde bu şekilde hareket edildiğini görmüş bulunuyoruz (39). 1949 senesinde yapılan bir tâdilde (40) inzibat cezaları meyanına ithal edilen yer değiştirme cezasının verileceği haller arasında çok daha garip, ve garip olduğu kadar da tehlikeli bir hüküm mevcuttur. 89 uncu madde, yer değiştirme cezasının tatbikini gerektiren muhtelif halleri saydıktan sonra, son fıkrasında, bu cezanın “madde tayin ve delilleri elde edilmemiş olsa bile irtikâp ve irtişada bulunduğu şâyi olanlar” hakkında da tatbik edileceğini derpiş etmektedir. Bu hükme göre, İnzibat Meclisi, ortada hiçbir delil bulunmadığı halde, sadece “şüyu” üzerine bir hâkime yer değiştirme cezası verebilecektir.

Şu halde, diğer memleketlerde olduğu gibi, bizde de temel disiplin organı çok geniş bir takdir selâhiyetine maliktir. Yalnız şu farkla ki, garp demokrasilerinde bu selâhiyet, ya doğrudan doğruya sadece hâkimlerden müteşekkil heyetlere (Belçika’da İstinaf ve Temyiz Mahkemeleri, Hollanda’da Yüksek Mahkeme) veyahut da, Anayasa ile kurulan müstakil bir organa (Fransa ve İtalya’da Yüksek Hâkimlik Divanları) verildiği halde bizde içlerinden ikisi Adalet Vekâletinin memurları olan ve bu itibarla idari bir mahiyet arzeden beş kişilik bir heyete verilmiştir. Mamafih, evvelce de işaret ettiğimiz gibi, kanun, bu heyetin kararlarına karşı, sadece yüksek hâkimlerden müteşekkil bir Meclis itiraz hakkı tanımakla, bu husustaki teminat noksanını bir derece telâfi etmiştir.

Bu bahiste son olarak şu noktayı da kaydedelim ki, Hâkimler Kanunumuz, Temyiz aza ve reisleri hakkında hususî bir rejim kabul etmiştir (m. 96 - 98). Diğer hâkimler hakkında derpiş edilen muhtelif disiplin cezaları Temyiz aza ve reisleri hakkında kabili tatbik olmayıp, bunlar hakkında sadece tavsiye ve istifaya davet muameleleri tatbik olunur. Bu muameleleri icraya selâhiyetli makam da, İnzibat Meclisi değil, kuruluşunu azil bahsinde görmüş olduğumuz, yüksek hâkimlerden müteşekkil Haysiyet Divanıdır.

(39) Bk. yukarıda s. 99.

(40) 22.12.1949 tarih ve 5457 sayılı kanun.

B E Ő İ N C İ B Ö L Ü M

HÂKİMLERİN İSTİKLÂLİNİN KUVVETLENDİRİLMESİ YOLUNDA YENİ ADIMLAR

I

*Fransa'da 1946 Anayasası ile kurulan Yüksek Hâkimlik
Divanı.*

(Conseil Supérieur de la Magistrature).

1. Kuruluşu :

İkinci dünya harbinden sonra Fransa'da yeni bir Anayasanın vücade getirilmesi için Kurucu Meclisleri (1) başlıca işgal eden mevzulardan birisi hâkimlerin istiklâli olmuştur. Üçüncü Cumhuriyetin esas teşkilâtını tanzim eden kanunlarda kaza fonksiyonundan ve hâkimlerden hiç bahsedilmediğini, bu mevzuun tamamen meskût geçildiğini daha önce kaydetmiştik. Dördüncü Cumhuriyetin esas teşkilâtı ve temel müesseseleri hazırlanırken, hâkimlerin istiklâli mevzuunun *bir Anayasa meselesi* olarak ele alınması, ve eski rejimde lâ-yıkı veçhile temin edilememiş olan bu istiklâlin kuvvetlendirilmesi

-
- (1) 21 Ekim 1945 de toplanan birinci Kurucu Meclis tarafından hazırlanan 19 Nisan 1946 tarihli Anayasa projesinin yapılan referandum neticesinde halk tarafından reddi üzerine, aynı sene içinde ikinci bir Kurucu Meclis seçilmiş, ve bu Meclis tarafından meydana getirilen Anayasa, referandumdan geçerek 27 Ekim 1946 da mer'iyete girmiştir. - Bk. DUVERGER, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*. 5 éd. Paris, 1948, s. 311 - 317.

yolunda kat'i bir cereyan belirmiştir (2). Bu mevzuuda yapılan uzun çalışmalar ve müzakereler neticesinde, Anayasa ile yeni bir organ kurulması, ve hâkimlerin istiklâlinini bu organ vasıtasile temini kararlaştırılmıştır.

Kurucu Meclislerde, bilhassa Cumhuriyetçi Halk Hareketi (MRP) ve Sosyalist (SFIO) partileri tarafından desteklenen bu fikir etrafında hemen hemen bir ittifak hâsıl olmuş, ve hiç kimse Adalet Vekilinin eski selâhiyetlerinin kendisine yeniden tanınması lehinde bulunmamıştır (3). Ancak, fikir ve prensip üzerinde kolayca hâsıl olan bu anlaşma, sıra Yüksek Hâkimlik Divanı (Conseil Supérieur de la Magistrature) adı verilen yeni organın (4) terkip ve teşekkül tarzına gelince ortadan kalkmış, ve güçlükler burada kendini göstermiştir.

Bir kısım mebuslar, Yüksek Hâkimlik Divanının ekseriyetle hâkimlerden teşekkül etmesi fikrini müdafaa etmişlerdir. Fakat bu teklif, şiddetli bir muhalefetle karşılaşmıştır. Fransa'da, İhtilâlden önceki Eski Rejim zamanında mevcut olan adli korporasyonların yeniden canlanması korkusu, bu muhalefetin başlıca saikini teşkil eder. Binaenaleyh, hâkimlerin tayin ve terfilerinin hâkimlere terkedilmesi fikri, tarihin tekerrür etmesi endişesile bertaraf edilmiştir (5).

(2) Bk. LYON - CAEN, *loc. cit.*, s. 5. Keza bk. *Regards sur le Conseil Supérieur qui s'achève.* (ds. *Le Pouvoir Judiciaire. Novembre, 1952*).

(3) Bk. *Regards sur le Conseil Supérieur qui s'achève. loc. cit.*,

(4) Organ tamamen yeni olmakla beraber, kendisine verilen isim yeni değildir. Filhakika, eskiden, Temyiz Mahkemesi Umumi Heyeti disiplin mercii olarak toplandığı zaman "Conseil supérieur de la magistrature" ismini almakta idi. Bk. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, c. I, s. 181 - 182.

(5) Bu hususta Kurucular Meclisinde cereyan eden müzakereler için, bk. LASSAIGNE, *op. cit.*, s. 53 - 54, not 104. Keza bk. Georges VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel. Paris, 1949, s. 559; LYON - CAEN, loc. cit.*, s. 6.

Adaletin tevzii işinin millet mümessilleri tarafından murakabe edilmesi noktasından hareket eden ikinci bir temayül, yeni kurulacak organda ekseriyetin Millet Meclisi tarafından seçilecek azalara ait olması yolunda idi. Bu temayülün, 19 Nisan 1946 Anayasa projesinde kendisini kabul ettirdiği görülür. Filhakika, bu projede, Yüksek Hâkimlik Divanında hâkimler tarafından kendi aralarından seçilmiş dört azaya mukabil, Millet Meclisi tarafından seçilmiş altı aza bulunmakta idi (6). Fakat, mezkûr projenin halk tarafından reddi üzerine toplanan ikinci Kurucu Meclisi, Yüksek Divanın terkihi meselesi üzerinde yeniden durmuştur. Bu defa, hâkimlerin teşri organına tâbi olmalarının, icra organına tâbi olmaları kadar mahzurlu olabileceği mülâhazası nazarı dikkate alınmıştır.

Bir yandan hâkimlerin icra organı karşısında istiklâlini temin etmek, öte yandan adli korporatizmin yeniden canlanmasını önlemek, ve nihayet beri taraftan siyasi bir meclisin adalete müdahalesine mâni olmak gaye ve kaygısı ile hareket eden Kurucu Meclis, neticede bir uzlaşma (*compromis*) eseri meydana getirmiştir (7). Yüksek Hâkimlik Divanının 27 Ekim 1946 Anayasası ile tesbit edilen nihai terkihi şöyledir :

Divan, 14 azadan teşekkül eder. Cumhurreisi, Divanın tabii azası ve reysidir. Reylerin bölünmesi halinde üstün rey hakkına sahiptir. Hükûmet yalnız bir kişi ile temsil edilmiştir : Adalet Vekili Divanın ikinci reysidir. Altı aza, Milli Meclis tarafından, kendi azası dışından altı sene için üçte iki ekseriyetle seçilir (Aynı şartlarla altı yedek aza seçilir). Dört aza, muhtelif dereceden mahkemelere mensup hâkimleri temsil etmek üzere kanunun tesbit edeceği şartlar dahilinde altı sene için hâkimler tarafından intihap olunur (Aynı şe-

(6) Bk. Georges BERLIA, *Le projet de constitution française du 19 avril 1946* (ds. *Revue du Droit Public*, 1946, s. 209 - 236, 217).

(7) LYON - CAEN, *loc. cit.*, s. 6.

kilde dört yedek aza seçilir). Nihayet, iki aza, altı sene için, Cumhurreisi tarafından, Parlamento ve hâkimler dışından, fakat adalet mesleklerine mensup kimseler arasından tayin olunur (Aynı şartlar dahilinde iki yedek aza tayin olunur).

Görülüyor ki, Yüksek Divanda, hâkimler gene ekalliyettedirler. Fakat, reddedilen projeden farklı olarak, Cumhurreisi tarafından seçilen, adalet mesleklerine mensup iki aza ilâve olunmuştur. Bu suretle, Anayasa Komisyonu sözcüsünün belirttiği gibi, Milli Meclis tarafından seçilen altı aza ile, adliyei temsil eden altı aza arasında tam bir muvazene teminine çalışılmıştır (8). Diğer taraftan, Meclisin seçeceği azalar hakkında şu hususlara işaret olunmuştur : Bir kere, Meclisin seçim devresi beş sene olduğu halde, bu azalar altı sene için seçilmektedir; saniyen, Meclis bu azaları kendi içinden değil, fakat hariçten seçecektir; nihayet, seçim için üçte iki ekseriyet şartı koşulmuştur. Bu tedbirlerin, seçimlere siyasetin karışmasını önlemek maksadile alınmış olduğu müzakereler esnasında muhtelif vesilelerle tebarüz ettirilmiştir (9).

Yüksek Hâkimlik Divanının Anyasa ile bu şekilde kuruluşundan sonra, ertesi sene çıkarılan iki organik kanunla (10) Divan azasının seçiliş tarzı ve statüleri tesbit olunmuştur. Bu kanunların hükümlerine göre, hâkimler Temyiz hâkimleri İstinaf hâkimleri, Bidayet hâkimleri ve Sulh hâkimleri olmak üzere dört kategoriye ayrılmış olup, her kategori kendi aralarından bir aza

(8) Bk. LASSAIGNE, *op. cit.*, s. 54, not. 104.

(9) Mecliste komisyonun raporunu destekliyen M. RAMADIER, üçte iki ekseriyet şartının, azaların siyasi bir ekseriyet tarafından seçilmesini önliyeceğini, zira Fransa'da siyasi ekseriyetlerin hiçbir zaman üçte ikiyi bulmadığını beyan etmiştir. - LASSAIGNE, s. 54, not 104.

(10) 1 Şubat 1947 ve 11 Mart 1947 tarihli kanunlar. Bk. PEPIN et SCHERRER, *op. cit.*, s. 16 - 18.

intihap eder. Müddeiumumilerin seçmek ve seçilmek hakları yoktur. Hâkim azalar, seçim müddetlerinin sonunda yeniden seçilemezler. Buna mukabil, Meclis tarafından intihap olunan azaların aralıksız olarak yeniden seçilmeleri mümkündür. Divanın aslı azaları resmi veya hususî başka hiçbir iş göremezler. Asli hâkim azalar Divanda buldukları müddetçe esas vazifelerinden ayrılmakla beraber bütün sıfat, hak ve imtiyazlarını muhafaza ederler. Bu müddet zarfında tekaüde sevkedilemezler; terfi de edemezler. Buna mukabil, seçim devrleri sona erdikten sonra otomatik olarak bir üst dereceye tayin edildikleri gibi, o derecenin terfi listesine de adları yazılır. Divanın bütün aslı azaları, Temyiz Mahkemesi hâkimlerinin aldıkları maaşı alırlar.

2. Selâhiyetleri.

Yüksek Hâkimlik Divanının başlıca selâhiyetlerine Anayasa-da geniş ve umumî bir ifade ile işaret olunmuştur. Binaenaleyh bu selâhiyetlerin şümul ve hudutları ile kullanılış şeklinin bir kanunla tesbiti ve tasrihi icabetmektedir. Bu kanun henüz kabul edilmiş olmadığı cihetle bu meselede bazı noktalar müphem kalmakta ve tereddütlere yol açmaktadır (11).

Anayasa hükümlerine göre, Yüksek Divan, inzibatî ve idarî olmak üzere iki nevi selâhiyete sahiptir. Evvelâ, hâkimlere taallük eden bütün disiplin işleri Yüksek Hâkimlik Divanına verilmiştir, ve Divan, disiplin mercii sıfatıyla, eskiden Temyiz Mahkemesi umumî

(11) Hükümet, 1948 senesinde bu mevzuda bir kanun projesi hazırlayarak Millî Meclise sevk etmiştir. Fakat bu proje Mecliste uzun zaman "uyumuş", ve neticede, seçim devresi sona eren Meclis, projeyi kabul etmeden dağılmıştır. Aynı proje, 12 Haziran 1952 de yeni Meclise sevk edilmiştir. O tarihten beri Millî Meclisin bürosunda bulunan bu tasarı henüz kanunlaşmamıştır.

heyetine ait olan bütün selâhiyetleri devralmıştır (12). Bazı müelliflerin aksi kanaatte olmalarına rağmen (13), Anayasada, umumî ve mutlak olarak, yeni organın hâkimlerin disiplinini temin edeceği belirtildiği cihetle, Adalet Vekilinin haiz olduğu inzibatî selâhiyetler de (nezaret ve tevbih hakkı) Yüksek Divana intikal etmiş bulunmaktadır (14). Adalet Vekili, eski selâhiyetlerini sadece müddeiumumiler hakkında muhafaza etmiştir. Binaenaleyh, Yüksek Divan, hâkimler için yegâne disiplin mercii olup, her türü inzibatî ceza ancak onun tarafından verilebilir.

Yüksek Hâkimlik Divanının idarî selâhiyetlerine gelince, bunlar çok daha mühim ve çok daha şumullüdür. Evvelâ, hâkimlerin tayini hususundaki selâhiyet başta gelir. Hâkimler, evvelce de gördüğümüz gibi, Cumhurreisi tarafından Divanın teklifi üzerine tayin edilirler. Bundan başka, Anayasada sarahaten beyan edilmemiş olmakla beraber, “hâkimlerin istiklâlini temin” le mükellef olduğu cihetle, terfi hususunda selâhiyet de Divana aittir (15). Nihayet, Anayasa, gayet geniş ve umumî bir formülle, “kanuna uygun olarak ... adli mahkemelerin idaresi” (*l'administration des tribunaux judiciaires*) selâhiyetini de Yüksek Divana tevdi etmiştir. Bu formül o kadar umumdür ki, harfiyen kabul olunduğu takdirde Adalet Vekilinin ve vekâletin birçok şubelerinin mevcudiyetlerini tamamen lüzumsuz kılmaya bile, bunları Yüksek Divana

(12) MOREL, *op. cit.*, s. 127; LYON - CAEN, *loc. cit.*, s. 7.

(13) LABORDE - LACOSTE, *op. cit.*, s. 71; MOREL, *op. cit.*, s. 143.

(14) Bk. VEDEL, *op. cit.*, s. 560; WARLOMONT, *op. cit.*, s. 112, no. 583. - Tatbikattaki durumu öğrenmek bakımından malûmatına müracaat ettiğimiz, Yüksek Hâkimlik Divanı azasından M. André SAUVAGEOT da bu hususu teyit etmiştir.

(15) MOREL, *op. cit.*, s. 127; LYON - CAEN, *loc. cit.*, s. 7.

tâbi birer tâli organ vaziyetine getirebilir (16). Bu bahiste, Adalet Vekâleti ile Yüksek Divanın karşılıklı şelâhiyetlerini tavzih ve tesbit edecek olan kanunun kabulüne, bu olmadığı takdirde, tatbikatta bir *modus vivendi*'nin teessüsüne intizar olunmaktadır (17).

3. Tenkidler.

Kurucular Meclisi tarafından büyük bir itina ve iyimserlikle vücuda getirilen Yüksek Hâkimlik Divanı, bazı çevrelerde aynı iyimserliği uyandıramamış, hâkimlerin istiklâlini kuvvetlendirmek gayesile kurulan bu yeni müessesenin, bu gayeyi tahakkuk ettirebileceği hususu şüphe ile karşılanmıştır. Bu mevzuda muhtelif görüş ve temayüllerin hepsini birden memnun edebilmenin güçlüğü karşısında, ileri sürülen tenkidleri ve ihtirazî kayıtları tabii bulmak lâzımdır.

Yüksek Hâkimlik Divanına karşı tenkidler, tahmin edilebileceği veçhile, bilhassa hâkimler tarafından gelmiştir. Federal Hâkimler Birliği (U.F.M.), Anayasa kat'î şeklini aldığı ândan itibaren, Divanın kuruluş tarzına itirazla, hâkimlerin bu organ içinde ekalliyette bırakılmalarını tenkid etmiş, ve bu tenkidi o zamandan-

(16) Bk. MOREL, *op. cit.*, s. 127; LABORDE - LACOSTE, s. 71.

(17) Yüksek Hâkimlik Divanına, Anyasa ile gösterilen yukarıdaki ~~essa~~ selâhiyetleri yanında, bazı kanunlarla ikinci derecede bir takım hususî selâhiyetler de tanınmıştır. Ezcümle, 27 Ekim 1946 tarihli bir kanun, bu organa, Vekilleri muhakeme için kurulacak siyasi mahkemenin (Haute Cour de Justice) tahkikat komisyonunun reisi ile iki azasını seçmek selâhiyetini vermiştir. Bundan başka, 1947 senesi Temmuz ayında çıkarılan bir kanun, Temyiz Mahkemesini her sene Yüksek Hâkimlik Divanına bir faaliyet raporu vermekle mükellef tutmaktadır.

beri tekrarlamaktan geri kalmamıştır (18). Bu hususta, bilhassa, hâkimleri siyasî tesirlerden kurtarmak gayesile hareket olunduğu halde, onları ekseriyet itibarile siyasî menşeli bir heyete tâbi kılmanın mantıksızlığı ile sürülmektedir (19). Diğer taraftan, disiplin seâhiyetinin Temyiz Mahkemesinden alınarak Yüksek Divana verilmesi de memnuniyetsizlikle karşılanmıştır. Temyiz Mahkemesinin, bir disiplin mercii olarak, hâkimlerin istiklâli bakımından Yüksek Divana nazaran daha kuvvetli teminat arzettiği kaydedilmektedir. Disiplin bahsinde normal olarak Adalet Vekilinin iddia mevkiinde bulunması beklenirken, yeni nizama göre hâkim mevkiinde bulunduğu belirtilmekte, Yüksek Divanda hâkim azalar ekalliyett olduktan başka, bazı hallerde, disiplin cezası verilmesi mevzuubahis olan hâkime nazaran hiyerarşik bakımdan daha küçük derecede bulunabilecekleri de hatırlatılmaktadır (20).

Yüksek Hâkimlik Divanı, başka cephelerden de bazı tenkidlere maruz kalmıştır. Bir müellife göre (21), bu yeni müessese hâkimlerin statüsünde radikal bir değişiklik husule getirmemiştir. Bazı cihetlerden hâkimlerin istiklâli eskiye nazaran daha iyi temin edilmesine mukabil, diğer bazı cihetlerden bu teminat bilâkis zayıflamıştır. 1946 Anayasasının bu sahada getirmiş olduğu en mühim yenilik, Adalet Vekilinin selâhiyetlerinin daralması, ve onun yerini Cumhurreisininin alması olmuştur. Yeni Anyasa, Adalet cihazını doğrudan doğruya Cumhurreisine bağlamaktadır. Bugün, Yüksek

(18) Bk. *Regards sur le Conseil Supérieur qui s'achève*. lic. cit.; Maurice RAIMBAULT, *Le point de vue de la France* (ds. *Le Pouvoir Judiciaire, Mai, 1953*).

3. Tenkidler.

(19) RAIMBAULT, *loc. cit.*, M.F., *A la veille du renouvellement du Conseil Supérieur de la Magistrature* (ds. *La Vie Judiciaire, 3 - 8 Novembre 1952*).

(20) RAIMBAULT, *loc. cit.*

(21) LYON - CAEN, *loc. cit.*, s. 7.

Hâkimlik Divanının reisi olmak ve üstün rey hakkına sahip bulunmak sıfatile, Cumhurreisi, bütün hâkimler camiasının başıdır.

Yüksek Hâkimlik Divanı kurulduğu zaman yapılmış olan bu tenkidlerin nazarı değeri ve isabeti ne olursa olsun, aradan geçen zaman zarfında tatbikat, bu tenkidlere pratik bir değer bağışlamamıştır. Filhakika, bugün, Yüksek Divanın tatbikatta memnuniyet verici bir şekilde işlediği, ve korkulan mahzurların tahakkuk etmediği ittifakla kabul olunmaktadır. Birinci Divanın faaliyet devresi sonunda, ilk altı senenin muhasebesi yapılırken, azaların intihabında gösterilen isabet tebarüz ettirilmiş, bilhassa Meclisin, kendi mümessil azalarını seçerken partizan mülâhazalarla hareket etmeyip, adaletin menfaatlerini ön plânda tutmuş olduğu memnuniyetle kaydedilmiştir (22). Divanın çalışmalarında da, muhtelif menşelerden gelen azaların, zümre ve hizip zihniyetine bağlanmaksızın, vazifelerini tam bir bitaraflik ve yüksek bir şuurla yapmış oldukları tebarüz ettirilmiştir (23). Bu netice karşısında, bizzat hâ-

(22) *Bk. M. F., A la du renouvellement du Conseil Supérieur de la Magistrature. loc. cit. RAIMBAULT, loc. cit.*

(23) 1953 Mayısında Rouen'da "Hâkimlerin İstiklâli Günü" münasebetile toplanmış bulunan muhtelif milletlerin delegelerini Kongrenin hitamında kabul ederek kendilerine bir hitabede bulunan o zamanki Cumhurreisi M. Vincent AURIOL, bu hitabesinde, Yüksek Hâkimlik Divanına yapılan tenkidleri cevaplandırmış, ve bütün Divan azalarının göstermiş oldukları yüksek vazife şuurunu övmüştür. Yüksek Divan azalarının istiklâl ve bitarafliğine misâl olarak, M. AURIOL, kendi tayin etmiş olduğu iki mümessilin birkaç defa reylerini aleyhte kulanarak kendisini ekaliyette bırakmış olduklarını beyan etmiştir. M. AURIOL, Yüksek Hâkimlik Divanının reisi sıfatile haz olduğu üstün rey hakkını altı sene içinde ancak bir defa kulanmış olduğunu da sözlerine ilâve etmiştir. (Bu hitabenin tam metni, "Le Pouvoir Judiciaire" gazetesinin Mayıs 1953 sayısında çıkmıştır).

kimler, başlangıçta yapmış oldukları tenkidlerin pratik ehemmiyetini kaybetmiş bulunduğunu teslim etmek zorunda kalmışlardır (24). Bu suretle, bu yeni müessesese, onu kuran ve işleten insanların iyi niyeti sayesinde, ilk tecrübe imtihanını muvaffakiyetle vermiş, ve istihdaf ettiği gayeyi gerçekleştireceği hususunda beslenen ümitleri kuvvetlendirmiş bulunmaktadır.

II

İtalya'da 1948 Anayasası ile kurulan Yüksek Hâkimlik Divanı

(Consiglio Superiore della Magistratura)

1. Kuruluş :

Fransa'da olduğu gibi İtalya'da da, hâkimlerin istiklâli meselesi, yeni bir demokratik Anayasa vücuda getirmek için toplanan Kurucu Meclisin üzerinde hassasiyetle durduğu meselelerden biri olmuştur. Birçok hususlarda Fransız Kurucu Meclislerinin çalışmalarından faydalanan İtalyan Anayasa Kurucuları, bu mevzuda da Fransız Anayasasından mülhem olarak, hâkimlerin istiklâlini temin gayesile bir Yüksek Hâkimlik Divanının teşkilini kararlaştırmışlardır. Ancak, Fransız Yüksek Divanı model ittihaz edilmekle beraber, onun teşekkül tarzını aynen almak cihetine gidilmemiş, ve hâkimler için daha kuvvetli teminat arzedecek değişik bir terkinin tesbitine çalışmıştır. Bu hususta Kurucular Meclisinde hararetli müzakereler ve münakaşalar cereyan etmiş ve proje kat'i şeklini almadan önce muhtelif tâdillere uğramıştır (25).

(24) RAIMBAULT, loc. cit.; M. F., loc. cit. Keza bk. Pierre CHADEFAUX, *De l'indépendance des magistrats* (ds. *La Vie Judiciaire*, 11 - 16 Janvier, 1954).

(25) Bk. Carlo GIANNATTASIO, *La Magistratura* (ds. *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana. Diretto da Piero CALAMANDREI e Alessandro LEVI*) Firenze, 1950, c. II, s. 176 - 177.

Evvelâ, Yüksek Divanın münhasıran hâkimlerden teşekkül etmesi hususundaki teklif, kapalı bir zümrenin, bir “hâkimler aristokrasisi” nin teessüsüne yol açabileceği ve bu zümrenin siyasi bir rol oynamak istidadında olabileceği mülâhazasıyla kabule mazhar olmamıştır (26). Anayasa projesi, başlangıçta muhafazakâr bir temayülün hâkim olması dolayısıyla Adalet Vekiline oldukça geniş selâhiyetler tanıyordu (27). Gene projenin ilk şekline göre, Yüksek Hâkimlik Divanı, Cumhurreisinin reisliği altında, azalarının yarısı Parlâmento (her iki Meclis), diğer yarısı da muhtelif kategorilere mensup hâkimler arasındandan bütün hâkimler tarafından seçilmek suretile teşekkül edecekti. Divanda ekseriyeti yarıdan bir fazlasıyla hâkimliği yabancı unsurlara veren bu şekil de şiddetli tenkitlere maruz kalmıştır (28). Umumiyetle hâkim olan kanaat, yeni kurulacak organın münhasıran hâkimlerden teşekkül etmesini yukarıda zikredilen sebepler dolayısıyla mahzurlu bulmakla beraber, ekseriyeti hâkimlere vermekte bir mahzur olmadığı, bil’âkis bunun lüzumlu olduğu merkezinde idi. Neticede bu temayül kendisini kabul ettirmiş, ve yeni organın ekseriyet itibarile hâkimlerden teşekkül etmesi kararlaştırılmıştır. Anayasa metninin tesbit ettiği nihai şekle göre Yüksek Hâkimlik Divanının (*Consiglio Superiore della Magistratura*) kuruluş tarzı şöyledir (29) :

Cumhurreisi Divanın reisidir. Temyiz Mahkemesi Birinci Reisi ile Başmüddeiumumi tabii azadırlar. Diğer azaların üçte ikisi, bütün hâkimler tarafından muhtelif kategorilere mensup hâkimler arasından üçte biri de Parlâmento (her iki Meclis) tarafından Üniversite hukuk Profesörleri ile onbeş senedenberi meslekî faaliyette bulunan

(26) Bk. Antonio AMORTH, *La Costituzione Italiana. Commento sistematico*. Milano, 1948, s. 107; PIERANDREI, *loc. cit.*, s. 173.

(27) GIANNATTASIO, *loc. cit.*, s. 176.

(28) GIANNATTASIO, *loc. cit.*, s. 177 - 178.

(29) Anayasa, m. 104.

avukatlar arasından seçilirler. Divan, Parlâmento tarafından seçilen azalardan birini ikinci reis intihap eder. Seçimle tayin olunan azalarnın vazifesi dört yıl devam eder ve bunlar bu müddetin hitamında hemen tekrar seçilemezler. Azalar, vazifede kaldıkları müddetçe meslekî faaliyette bulunamazlar, Parlâmento veya Bölge Meclislerine katılamazlar.

Görülüyor ki, Anayasa sadece bir kuruluş nisbeti göstermekle iktifa etmiş, azaların sayısını tesbit etmediği gibi, bunların seçiliş tarzlarını, statülerini, ve hâkimlerin muhtelif kategorilere ne suretle ayrılacaklarını da tayin etmemiştir. Bu hususların tanzimi, ileride çıkarılması derpiş olunan teşkilât kanununa terkedilmiştir. Anayasanın kabulündenberi yedi seneden fazla bir zaman geçmiş olduğu halde bu kanun henüz çıkmamıştır. Bu husustaki hazırlıklar bir hayli uzun sürmüş olup, hükümet, nihayet, tamamlamış olduğu projeyi 1954 senesi Kasım ayında Senato'ya sevketmiş bulunmaktadır. Hükümet tarafından teklif edilen projeye göre (30), Yüksek Hâkimlik Divanı 30 azadan teşekkül eder. Bunlardan Cumhurreisei ile Temyiz Mahkemesi Birinci Reisi ve Başmüddeiumümü Anayasa tarafından gösterilen tabii azalardır. Geriye kalan 27 azanın 18 i hâkim ve müddeiumümiler tarafından, 9 u da Parlâmento tarafından intihap olunurlar. Bu suretle Anayasanın tesbit etmiş olduğu kuruluş nisbeti temin edilmiş olmaktadır : Hâkim ve müddeiumümiler 18 müntehap ve 2 tabii aza ile Divanın üçte ikisini teşkil etmekte, Cumhurreisei ile Parlâmento tarafından seçilen 9 aza da milli temsil unsurunu vücuda getirmektedirler. Yüksek Divan, değişik selâhiyetlere sahip olmak üzere, 10 ar azadan müteşekkil üç daireye ayrılmaktadır.

Proje, Divan azası olacak adliye mensuplarının seçimi hususunda oldukça müdil bir sistem vaz'etmektedir. Bu sisteme göre,

(30) Bk. *Le Conseil Supérieur de la Magistrature de la République Italienne (Le Pouvoir Judiciaire, Février 1955)*.

seçimler iki dereceli olarak yapılır. Evvelâ, muhtelif “adli muntakalar”, ihtiva ettikleri hâkim ve müddeiumumî adedine göre “delegeler” seçerler. Bir “muntaka” da hâkim ve müddeiumumî adedi 200 den az ise o muntaka 6 delege, 400 den az ise 9 delege, 400 den fazla ise 12 delege seçer. Bu delegeler (yani ikinci müntehipler) bilâhare devlet merkezinde toplanarak adliye mesleğini temsil edecek 18 Divan azasını intihap ederler.

İtalyan Yüksek Hâkimlik Divanını Fransız Yüksek Divanı ile mukayese edecek olursak, terkip tarzı bakımından arada bazı esaslı farklar mevcut olduğunu görürüz. Evvelâ, göze çarpan en mühim nokta, Fransa’da hâkimlerin Yüksek Divanda ekalliyette olmalarına mukabil, İtalya’da üçte iki nisbetinde bir ekseriyete sahip bulunmalarıdır. İtalya, tarihte Fransa’nın geçirmiş olduğu adli korporasyonlar tecrübesini geçirmemiş olduğundan, hâkimlere ekseriyet tanımak hususunda İtalyan Kurucular Meclisi, Fransızlar gibi çekingen davranmak, tâbir caizse, “yoğurdu üfliyerek yemek” lüzumunu duymamıştır. İkinci mühim fark, Fransa’da müddeiumumîlere Yüksek Divana seçmek ve seçilmek hakkının verilmiş olmasına mukabil, İtalya’da böyle bir tefrik yapılmıyarak müddeiumumîlere de aynen hâkimler gibi Yüksek Divana seçmek ve seçilmek hakkının tanınmış olmasıdır (31). Bundan başka, İtalya’da, Temyiz Mahkemesi Birinci reisi ile Başmüddeiumuminin Divana tabii aza olarak ithal edildiklerini görmekteyiz: Nihayet, gene Fransa’dan farklı olarak, İtalya’da Adalet Vekili, Yüksek Divana dahil bulunmamaktadır. Yüksek Hâkimlik Divanının reisliğine gelince, bu mevkiin, her iki memlekette de, devletin birliğini temsil

(31) Bk. GIANNATTASIO, *loc. cit.*, s. 178. Bununla beraber, Anayasanın 107 nci maddesine göre, müddeiumumîlerin azıldan masuniyet ve sair teminattan istifadeleri, adli teşkilât kanunu ile bazı tahditlere ve hususi şartlara tâbi tutulabilecektir. Bk. Ernesto BATTAGLINI, *Le point de vue de l’Italie* (ds. *Le Pouvoir Judiciaire*, Mai, 1953).

eden ve muhtelif organlar arasında yüksek hakem rolü oynayan Cumhurreisine verilmesi hususunda tereddüt gösterilmemiştir.

2. — Selâhiyetleri.

İtalyan Anayasası, Yüksek Hâkimlik Divanının selâhiyetlerini sadece umumî olarak belirtmiş, bu selâhiyetlerin tanzimi ve icrası şekillerinin tesbitini teşkilât kanununa bırakmıştır. Anayasaya göre, adli teşkilât hükümleri dairesinde hâkimlerin tayin, nakil ve terfi muamelelerini ifa ve haklarında inzibati tedbirler almak selâhiyeti Yüksek Divana aittir (m. 105). Bu suretle, eskiden Adalet Vekiline ait bulunan idarî selâhiyetlerin mühim bir kısmı yeni organa intikal etmiş bulunmaktadır. İtalyan Anayasası, Yüksek Hâkimlik Divanı ile Adalet Vekilinin karşılıklı selâhiyetleri meselesini Fransız Anayasası gibi meskût geçmiyerek, aradaki hududu tayine yardım edecek bazı esaslar vaz'etmiştir. İdarî sahada, Adalet Vekili, Yüksek Divanın selâhiyetine giren mevzular dışında olmak şartile, adalet teşkilâtına ve faaliyetine nezaret hakkını haizdir (m. 110). Bu formül çok umumî ve geniş olmakla beraber, bir taraftan Yüksek Divanın selâhiyetlerinin mahfuz tutulması, diğer taraftan adli teşkilâta taallük eden esasların (mevcut mahkemelerin veya kadroların ilgası, yeni mahkemeler ihdası, v.s. gibi) tesbiti selâhiyetinin Parlâmentoya verilmesi (m. 108), Adalet Vekilinin selâhiyetlerini oldukça dar bir sahaya inhisar ettirmektedir (32).

Nitekim, hükümet tarafından Senato'ya tevdi edilmiş olan kanun projesi, Yüksek Divan ile Adalet Vekilinin karşılıklı selâhiyetlerini kat'î olarak tesbit ederken, Vekilin, Divan karşısında tamamen ikinci derecede bir role ve dün bir mevkiye sahip olduğunu açıkça göstermektedir. Mezkûr projeye göre, hâkimlerin şahıslarına ve mesleklerine taallük eden bilcümle idarî muameleler hakkında karar *ittihazi* münhasıran Yüksek Hâkimlik Divanına aittir. Adalet Vekiline, bu hususta sadece *teklif yapmak* ve Yüksek Di-

(32) Bk. GIANNATTASIO, loc. cit., s. 180, 196.

vanın dairelerinden birisi tarafından verilmiş kararlar aleyhine Divan Umumî Heyetine *itirazda bulunmak* hakkı tanınmıştır. Proje, Adalet Vekilinin, ancak Divan Reisinin dâveti, veya yapmış olduğu teklifler hakkında izahat vermek maksadile bizzat kendi talebi üzerine Divan toplantılarında hazır bulunabileceğini, fakat hiçbir suretle müzakerelere katılamayacağını da tasrih etmektedir.

Inzibatî selâhiyetlere gelince, bunlar da doğrudan doğruya Yüksek Hakimlik Divanında toplanmış bulunmaktadır. Anayasa bu sahada Adalet Vekilinin rolünü daha sarîh olarak tesbit etmiş, ve, evvelce de gördüğümüz gibi, kendisine sadece inzibatî muameleyi tahrik etmek selâhiyetini tanımıştır (m. 107). Binaenaleyh, Adalet Vekilinin rolü, vazifesinde kusuru görülen hâkimin tecziyesini istemekten ibaret olup, kusur veya suçun sübutu halinde verilecek cezayı (en hafifinden en ağırına kadar) tayin hususunda yegâne selâhiyetli makam Yüksek Hâkimlik Divanıdır. (Teşkilât kanunu projesi, Adalet Vekiline, İnzibat Dairesinin vereceği kararları, Yüksek Divan Umumî Heyeti huzurunda temyiz etmek hakkını tanımaktadır).

3. Tenkidler.

İtalya'da, hâkimlerin istiklâlini takviye bakımından, Yüksek Hâkimlik Divanının kuruluşunun büyük bir ileri hamle ve esaslı bir reform teşkil ettiği ittifakla kabul edilmekle beraber, bu müesseseye gene de bazı tenkidlere hedef olmaktan kurtulamamıştır. Yapılan tenkidlerden biri, Divanın ikinci reislüğünün Parlâmento tarafından seçilen azalardan birine verilmesi hususuna müteveccihdir. Bu hususta, ekseriyetle hâkimlerden müteşekkil bir heyete, hâkimliğe yabancı ekalliyet azalarından birisinin riyaset etmesinin uygunsuz ve ahenksiz düşeceği belirtilmiş ve bu mevkiin Temyiz Reisine verilmesinin daha muvaffak bulunacağı ileri sürülmüştür (33). Bu tenkidin, nazari ve mantiki bakımdan doğru ve yerinde

(33) Bk. GIANNATTASIO; *op. cit.*, s. 179.

olduğu kabul edilmek lâzımgelir. Ancak, Kurucular Meclisinin mevcut şekli tercih etmesinin hususî bir sebebi vardır. Filhakika, Meclis, Divanın ikinci reislüğünü Parlâmento tarafından seçilen azalardan birisine vermekle, hâkimlerin malik oldukları sayı üstünlüğüne karşı bir muvazene tesis etmek istemiştir (34).

Yüksek Hâkimlik Divanın kuruluşu bakımından tenkide şayan görülen diğer bir nokta da, Divana seçilecek azalar arasında, muvakkaten meslekî faaliyetlerini tatile mecbur tutulacak avukatların bulunmasıdır. Bu noktaya dokunan müellifler, dört sene müddetle mesleğinin temin ettiği avantajları feda etmeğe razı olacak yüksek evsafta avukatların kolayca bulunamayacağını ileri sürmektedirler (35).

Görülüyor ki, bu tenkitler, Fransız Yüksek Hâkimlik Divanına tevcih edilen tenkitlere nazaran daha mutedil ve tâli mahiyette tenkitlerdir. Esasen, İtalyan müellifleri de, İtalyan Yüksek Hâkimlik Divanının terkip bakımından Fransa'daki muadiline nisbetle daha az kusurlu ve daha müttekâmil bir müessese olduğu mütalâasında dırlar (36). Ancak, bu hususta pratik bir hüküm verebilmek için, mezkûr müessesenin fiilen teşekkül edip asgarî bir müddet faaliyette bulunmasına intizar etmek lâzımdır.

N E T İ C E

Bu etüdümüzün çerçevesi dahilinde ele alarak tetkik etmiş olduğumuz her müessese ve sistem hakkında nazari ve tatbiki cephelerden kıymet hükümlerini, şahsî kanaatlerimizle birlikte her bölümde ayrı ayrı belirtmiş bulunuyoruz. Binaenaleyh, bu hususları burada tekrar etmeyeceğiz. Toplu olarak müşahedelerimiz, bizi şu

(34) AMORTH, *op. cit.*, s. 108; PIERANDREI, *loc. cit.*, s. 173.

(35) GIANNATTASIO, *loc. cit.*, s. 179.

(36) Bk. BATTAGLINI, *loc. cit.*; GIANNATTASIO, *loc. cit.*, s. 179, not 1; BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, s. 7.

umumî neticeye sevketmektedir : Hâkimlerin icra organı karşısında istiklâlini temine matuf sistemlerin hiç biri kusursuz ve mükemmel değildir. Henüz, dünyanın hiç bir yerinde, hâkimlerin istiklâlî prensibinin noksansız ve ideal bir şekilde tahakkuk ettirilebilmiş olduğu söylenemez. Ancak, bazı memleketlerin ideale nisbeten yaklaşmış olmalanna, ve istikrar kesbetmiş olan sistemlerinde şimdiki halde radikal bir değişiklik yapmak lüzumunu hissetmemelerine mukabil, diğer bazı memleketler, hâkimlerinin istiklâlini daha müessir bir şekilde temin için, hayli kifayetsiz olan sistemlerini tamamen veya kısmen değiştirmek lüzumu ile karşı karşıya bulunmaktadır. Hali hazırda, memleketimizin de bu sonuncular arasında olduğunu söylemek icabeder.

Memleketimizde, hâkimlerin istiklâlî ve teminatı ile alâkalı hükümlerin birçok cihetlerden maksadı temine kâfi gelmediğini tetkiklerimiz sırasında görmüş bulunuyoruz. Anayasa ile vaz'edilen prensip, maalesef Hâkimler Kanunu tarafından memnuniyet verici bir şekilde düzenlenememiştir. Tek parti rejimi zamanında çıkarılmış olan bugünkü Hâkimler Kanunu, hâkimlere az çok bir memur nazarile bakmak temayülünde olan zihniyetin izlerini taşımaktadır. Nitekim hâkimler, maaş, tekaütlük ve mezuniyet gibi hususlarda doğrudan doğruya memur statüsüne tâbi tutulmuşlardır. Diğer taraftan, hâkimlik teminatı bütün hâkimlere teşmil edilmemiş, ve bir kısım hâkimler statü bakımından herhangi bir memurdan tamamen farksız bir durumda bırakılmışlardır. Teminath ve teminatsız bütün hâkimlere müteallik her türlü muamelelerde Adalet Vekiline lüzumundan geniş selâhiyetler tanınmış olması da, yukarıda işaret etmiş olduğumuz zihniyetin açık bir ifadesini teşkil eder. Keza, hâkimlerin meslek hayatlarına taallük eden bilcümle tasarruflar bakımından birinci derecede selâhiyetli organlar olan Ayırma Meclisi ile İnzibat Meclisinde, Adalet Vekâletinin yüksek memurlarına yer verilmesi de aynı görüşün diğer bir tezahürü mahiyetindedir. Kısaca, bugünkü sistemimizin, umumî vasıf ve karakter itibarile, hâkimleri nihâi olarak icra organının nezaret ve murakabesine tâbi

tutmak temayülünden mülhem olmuş bir sistem olduğu söylenebilir.

Memleketimizde sağlam bir demokrasi rejiminin teessüsü şartlarından biri olarak Hâkimler Kanunumuzun da değiştirilmesi ve yerine, hâkimlerin istiklâlini daha tam ve daha müessir bir şekilde temin edecek demokratik bir sistemin kabulü lüzumu aşikârdır. Acaba bu gaye en iyi ne şekilde tahakkuk ettirilebilir?

Birçokları tarafından ileri sürülen, ve hâkimlere müteallik her türlü muameleler hususunda sadece hâkimlerden müteşekkil bir heyetin veya doğrudan doğruya Temyiz Mahkemesinin selâhiyetli kılınmasını istihdaf eden teklifin kabulüne şahsan taraftar bulunmamaktayız. Zira, tam bir kooptasyon sisteminin ciddi mahzurlar ihtiva ettiğine inanıyoruz. Kanaatimizce, hâkimlerin istiklâli ve teminatı meselesinin bir Anayasa meselesi olarak ele alınması ve halledilmesi lâzımdır. Bu hususta en iyi hal sureti, hâkimlerin tayin, terfi, nakil ve disiplini mevzuunda her türlü selâhiyeti haiz olmak ve onların istiklâllerini korumakla mükellef bulunmak üzere, Fransa'da ve İtalya'da olduğu gibi, Anayasa ile bir yüksek muhtelit organın kurulması olacaktır. Bu şekilde kurulacak bir organ vasıtasile doğrudan doğruya Anayasa tarafından sağlanacak teminatın, alelâde bir kanunla tanınacak teminata nazaran daha sağlam ve daha esaslı olacağına şüphe yoktur.

Burada en mühim mesele, mezkûr organın kuruluş ve terkip tarzının tesbitindedir. Bu hususta Fransa ve İtalya'daki tecrübelerden istifade etmeliğimiz şüphesiz ki mümkündür ve lâzımdır. Ancak, bu memleketlerde kurulmuş olan Yüksek Hâkimlik Divanlarından birini veya diğerini mutlaka aynen kopya etmek icabetmez. Bu hususta muhtelif modaliteler düşünülebilir ve Divanın terkihi memleketimizde mevcut şartlara ve hususiyetlere en uygun bir şekilde ayarlanabilir. Fikrimizce, Divanda ekseriyeti, İtalya'da olduğu gibi, hâkimlere vermek, ve Temyiz Mahkemesi Başreisi ile Başmüddeiumümüyi tabii aza olarak kabul etmek doğru olur. Ancak,

kooptasyon sistemine fazla yaklaşmamak bakımından bu ekseriyetin üçte ikiyi bulmamasının muvafık olacağı zannındayız. Parlamento tarafından seçilecek azalara gelince, bunların sadece Parlamento dışından intihap edileceklerini derpişle iktifa etmemek, ve gene İtalyan Anayasasında yapıldığı gibi, Üniversite hukuk profesörleri ile asgarî 15 sene avukatlık yapmış kimseler arasından seçileceklerini tasrih etmek lâzımdır. Bu suretle, Meclis tarafından ehliyetsiz kimselerin seçilmesi ihtimali önlenmiş olur. Diğer taraftan, politika faktörünü mümkün mertebe bertaraf etmek bakımından, Fransız Anayasasınca derpiş edilen, seçilmek için üçte iki ekseriyet şartını kabul etmek de yerinde bir tedbirdir. Keza, Fransa'daki altı senelik seçim devresi, istikrar temini cihetinden İtalya'daki dört senelik seçim devresine nazaran bize daha mülâyim görünmektedir. Nihayet, Divanın reisliğine gelince, bu mevkii, her iki memlekette olduğu gibi, bizde de Cumhurreisine vermenin en uygun hal şeklini teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Bir müessesenin meydana getirilmesinde insan aklı tarafından önceden düşünülecek ihtimaller ve alınacak tedbirler ne olursa olsun, neticede ortaya çıkacak eserde noksanların ve kusurların bulunmaması hemen hemen imkânsızdır. Esasen, âmmе hukuku sahasında daha ziyade mühim olan, mücerred kaideler ve sistemler değil, fakat onların tefsir ve tatbik şeklidir. Çok defa, kâğıt üzerinde hayli mahzurlu görünen bir müessesenin, fiiliyatta ölçü ve anlayışla tatbik edilmesi neticesinde gayet iyi işlediği görülür. Buna mukabil, çok rasyonel ve mütekâmil bir sistemin, gayeye yabancı bir zihniyetle yanlış veya noksan bir şekilde tatbiki sonunda çok kötü neticeler verdiği de görülmüştür. Binaenaleyh, müesseselerde reform yapmak icabettiği zaman, sadece şekli bir reformla iktifa etmemek, tatbikatta gayeye uygun bir ruh ve zihniyetle hareket ederek müşahede olunacak noksanların giderilmesine ve müessesenin tekemmül ettirilmesine çalışmak lâzımdır.

Ankara, 15.3.1955

BİBLİYOGRAFYA

I. Umumi eserler ve Monografiler

- AMORTH, Antonio - La costituzione italiana. Com-
mento sistematico, Milano,
1948.
- BARTHELEMY et DUEZ - Traité de droit consitutionnel.
Paris, 1933.
- BELGESAY, M. R. - Teorik ve pratik adliye hukuku.
Cilt I. İstanbul, 1944.
- BELGESAY, M. R. - Mufassal ameli ve nazari Usul-ü
muhakeme-i hukukiye. İstanbul,
1338.
- BERMAN, H. J. - Justice in Russia. Cambridge,
Mass., 1950.
- BIGNE DE VILLENEUVE, M. - La fin du principe de séparation
des pouvoirs. Paris, 1934.
- BINKLEY and MOOS - A Grammar of American Poli-
tics. New York, 1949.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. - Diritto costituzionale lo Stato
democratico moderno. Vol. II.
Napoli, 1950.
- BOOK OF THE STATES, - The 1945-46, Vol. VI; 1948-49,
Vol. VII; 1950 - 51, Vol. VIII.
- BRYCE, James - The American Commonwealth.
New and revised edition. New
York, 1941.

- BURDEAU, Georges - Traité de science politique. Tome IV. Paris, 1952.
- CARRE DE MALBERG, R. - Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome I. Paris, 1920.
- COUMOUL, Jules - Traité du pouvoir. Judiciaire 2me éd. Paris, 1911.
- DENNING (Lord Justice) - The Independence of the Judges. Birmingham, 1950.
- DUCROCQ, Th. - Cours de droit administratif. 7me éd. Paris, 1897 - 1905.
- DUGUIT, Léon - Traité de droit constitutionnel. 3me éd. Tome II. Paris, 1928.
- „ - La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789. Paris, 1893.
- ENSOR, R.C.K. - Courts and Judges in France, Germany and England, London, 1933.
- ESMEIN, A. - Eléments de droit constitutionnel français et comparé. 8me éd. Tome I. Paris, 1927.
- ESMEIN, A. - Cours élémentaire d'histoire du droit français. 15me éd. Paris, 1930.
- GARSONNET et CEZAR-BRU - Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale. 3me éd. Tome I. Paris, 1912.

- GLASSON et TISSIER - Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile. 3me éd. Tome I. Paris, 1925.
- GULDENER, Max - Das schweizerinsche Zivilprozessrecht. Zürich, 1947.
- GÜR, A. Refik - Hâkimlik mesleği hakkında düşünce ve dilekler. Konya, 1949.
- HANBURY, H.G. - English Courts of law. Oxford, 1949.
- HAURIOU, Maurice - Précis de droit constitutionnel. 2me éd. Paris, 1929.
- İSTANBULLU, Tahsin - Hâkimler ve hukuku. İstanbul, 1939.
- JACKSON, M. R. - The Machinery of Justice in England. Cambridge, 1940.
- JENNINGS, W. Ivor. - The Law and the Constitution. 3rd. ed. London, 1945.
- JOYCE, J. Avery - Justice at Work. London, 1952.
- LABORDE-LACOSTE, M. - Exposé méthodique de procédure civile. Paris, 1951.
- LALLEMAND, Paul - Le recrutement des juges. Thèse, Paris, 1936.
- LASKI, Harold J. - A Grammar of Politics. 4th ed. London, 1937.
- LASKI, Harold J. - Etudies in Law and Politics. London, 1932.

- LASSAIGNE, Jean - Constitution de la république française (27 Octobre 1946) et Lois organiques. Paris, 1947.
- MACDONALD, Austin F. - American State Government and Administration. New York, 1948
- MARRIOTT, J. A. R. - English Political Institutions. 4th ed. Oxford, 1938.
- MARTIN-SARZEAUD - Recherches historiques sur l'immovibilité de la magistrature. Paris, 1885.
- MOHANNA, M.F.I. - Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés. Paris, 1930.
- MOREL, René - Traité élémentaire de procédure civile. 2me éd. Paris, 1949.
- OGG and RAY - Essentials of American Government. 6th ed. New York, 1950.
- PEEL, R.V. - State Government Today, New Mexico, 1948.
- PEPIN et SCHERRER - Organisation judiciaire et préparation à l'examen professionnel d'entrée dans la magistrature. Paris, 1950.
- SCHURTER und FRITZSCHE - Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte. Zürich, 1931.
- SCHURTER und FRITZSCHE - Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte. Zürich, 1933.

- SILBERNAEL-CALOYANNI - Organisation politique, administrative et judiciaire de la Confédération et de chaque canton. Paris, 1936.
- SLESSER, Sir Henry - The Administration of the Law. London, 1948.
- SWISHER, C.B. - The Theory and Praticce of American National Government. Cambridge, Mass., 1951.
- VANDERBILT, A. T. - Men and Measures in the Law. New York, 1949.
- WARLOMONT, René - Le magistrat, son statut et sa fonction. Bruxelles, 1950.
- ZINK, Harold - Government and Politics in the United States. New York, 1947.

II. Makaleler

- BAŞGİL, Ali Fuat - La constitution et le régime politique. (*La Vie Juridique des Peuples : Turquie*) Paris, 1939.
- BATTAGLINI, Ernesto - Le point de vue de l'Italie. (*Le Pouvoir Judiciaire*, Mai, 1953).
- BELGESAY, M. R. - Adliye teşkilâtının esasları ve Hâkimler Kanunununun tâdiline dair kanunun anahatları. (*Istanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt IX, 1944).
- BERKİN, Necmeddin - Hukuk Usulü Kanunununun tâdili ve yargıç meselesi. (*İleri Hukuk*, sayı 19).

- BERLIA, Georges - Le projet de constitution française du 19 Avril 1946. (*Revue du Droit Public*, 1946).
- BOZER, Fevzi - 1950 - 1951 Adalet Yılına Açış Nutku. (*Adalet Dergisi*, 1950, sayı 10).
- CHADEAUX, Pierre - De l'indépendance des magistrats. (*La Vie Judiciaire*, 11 - 16 Janvier, 1954).
- EREM, Faruk - Yargıçların istiklâli. (*Ulus*, 28 Ocak 1953).
- ERTEM, İbrahim - 1952 - 1953 Adalet Yılına Açış Nutku. (*Adalet Dergisi*, 1952, sayı 10).
- FINDIKGİL, Yavuz - Hâkimlik teminatı. (*İstanbul Barosu Dergisi*, 1950).
- FRITZSCHE, Hans - Les procès entre particuliers. (*La Vie Juridique des Peuples : Suisse*) Paris, 1935.
- GIANNATTASIO, Carlo - La Magistratura. (*Commentario sistematico alla costituzione italiana. Diretto da Piero Calamandrei o Alessandro Levi*). Vol. II. Firenze, 1950.
- GÜR, A. Refik - Hâkimler Kanunu üzerinde kısa bir tenkid. (*Hukuk ve İçtihatlar Dergisi*, 1949, sayı 19).
- KARAFAKIH, İ. H. - Adliyemizin bugünkü durumu hakkında düşünceler. (*İstanbul Barosu Dergisi*, 1950).

KUNTER, Nurullah

- Hâkimlerin istiklâli. (*Cumhuriyet*, 9 Kasım 1952).

KUNTER, Nurullah

- Hâkimlik teminatı. (*Cumhuriyet*, 19 Nisan 1953).

KUNTER, Nurullah

- Hâkimlik teminatını tehlikeye sokan bir görüş. (*Cumhuriyet*, 22 Haziran 1953).

LYON - CAEN

- La justice dans la Constitution du 27 Octobre 1946. (*Dalloz*, 1947, Chron. 5).

M. F.

- A la veille du renouvellement du Conseil Supérieur de la Magistrature. (*La Vie Judiciaire*, 3 - 8 Novembre, 1952).

OKANDAN, R. G.

- Âmmе hukukunda kuvvetler bölümü meselesi. (*Istanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1936, sayı 7 - 8).

ÖKTEM, İmran

- Yargıç yetiştirme sistemimiz. (*Hukuk Dergisi*, Cilt II. 1945, sayı 15).

PIERANDREI, F.

- L'organisation constitutionnelle de la république italienne. (*La constitution italienne de 1948. Recueil d'études sous la direction de Emilio Crosa*). Paris, 1950.

POCHON, Germain

- L'Indépendance des juges en Suisse. (*Le Pouvoir Judiciaire*, Juillet 1953).

— VIII —

POSTACIOĞLU, I.

- Le pouvoir judiciaire dans la constitution turque actuelle. (*Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*. 1953, 2me année, No. 3).

RAIMBAULT, M.

- Le point de vue de la France. (*Le Pouvoir Judiciaire*, Mai, 1953).

ROUSSELET, M.

- Le centenaire de la limite d'âge. (*Le Pouvoir Judiciaire*, Novembre, 1952).

VREESE, A de

- Le point de vue de la Belgique. (*Le Pouvoir Judiciaire*, Mai, 1953).
-



ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

Sıra No.	Müellifin adı ve soyadı	Kitabın adı	Senesi	Lira	Kr.
1	Nusret Metya	Hukuku Hususiyoi Düvel	1927 T.	—	—
2	Tevfik Kâmil	Hukukn Düveli Hususize	1927 J.	—	—
3	Prof. M. Cemil Bilsel	Lozan cilt I	1933 M.	3	—
4	Prof. M. Cemil Bilsel	Lozan cilt II	1933 M.	4	—
5	Prof. M. Şeref Özkan	İdare Hukuku (ders notları)	1933 T.	—	—
6	Ord. Prof. Vasfi Raşit Sevig	Ticaret Hukuku şerhi cilt 2	1936 T.	2	50
7	Ord. Prof. Vasfi Raşit Sevig	Ticarei Hukuku şerhi cilt 3	1936 T.	2	50
8	Nuşret Metya	Devletler Hususi Hukuku (Ders notları)	1939 T.	—	—
9	Prof. Süheyy Derbil	İdare Hukuku cilt 1	1940 T.	3	—
10	Ord. Prof. Esat Arsebük	Medenî Hukuk (Aile hukuku	1940 T.	—	—
11	Ord. Prof. S. Şakir Ansay	Hukuk Mahkemeleri Usulü Cüz 4	1941 M.	1	50
12	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 1, sayı 1	1943 M.	1	—
13	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 1, sayı 2	1944 M.	1	—
14	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 0, sayı 3	1944 M.	1	—
15	Prof. Nihat Erim	Devletlerarası Amme Hukuku cilt 2	1945 M.	8	50
16	Prof. Hasan Saka	Dış Ticaret ve gümrük politikası	1945 M.	2	—
17	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 2, sayı 1—4	1945 T.	2	—
18	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 3, sayı 1	1946 T.	2	—
19	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 3, sayı 2—3—4	1946 T.	2	50
20	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 4, sayı —4	1947 T.	2	50
22	Prof. Zeki M. Alsan	Devletler Hukukundan yeni gelişmeler	1948 M.	4	—
23	Prof. Faruk Erem	İnsanlığa karşı cürümler	1948 M.	1	50
24	Ord. Prof. Ernest Hırş	Fikrî ve Sinaî Haklar	1948 M.	5	—
25	Ord. Prof. Ernest Hırş	Pratik Hukuka metod	1948 M.	2	75
26	Doçent Hâmide Topçuoğlu	Eski İsrail Hukuku	1948 M.	1	—
27	Doçent Hâmide Topçuoğlu	Hukuk Felsefesi konfe- ransları	1948 M.	1	—
28	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 5, sayı 1—4	1948 M.	8	—
29	Prof. Zeki M. Alsan	Milletlerarası Hayatın dü- zeni ve panametikkanizm	1949 M.	4	50

Sıra No.	Müellifin adı ve soyadı	Kitabın adı	Senesi	Lira	Kr.
29	Doçent Şakir Berki	Roma Hukuku	1949 M.	6	—
30	Prof. Sühep Derbil	İdare Hukuku cilt 2	1949 M.	6	75
31	Prof. Coşkun Üçok	İlim olmak bakımından Hukukun değersizliği	1949 M.	1	1
32	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 6, sayı 1	1949 M.	3	—
33	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 6, sayı 2—3—4	1949 M.	4	50
34	Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay	Hukuk Yargılama usulleri	1950 M.	8	50
35	Prof. Sühep Derbil	İdare Hukuku cilt 1	1950 M.	7	—
36	Prof. Farnk Erem	Adalet Psikolojisi	1950 M.	6	—
37	Doçent Jale Güral	Hususi Hukukta Tüzel kişilerin Milletlerarası mevcudiyeti	1950 M.	5	50
38	Doçent Kemal Gürsoy	Hususî Hukukta Empre- vizyon nazariyeleri	1950 M.	3	—
39	Doçent Yaşar Karayalçın	İsviçre Federal mahkemesi	1950 M.	2	—
40	Ore. Prof. Paul Koschaker	Roma Hususî Hukuku Ana Hatları	1950 M.	6	50
41	Doç. Hâmede Topçuoğlu	Kanuna karşı hile	1950 T.	—	—
42	Doçent İhan Lütem	Federal Bir Dünya Nizamı Tasarıları	1950 T.	—	—
43	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 7, sayı 1—2	1950 M.	4	50
44	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 7, sayı 3—4	1950 M.	6	—
45	Ord. Prof. Esat Arsebük	Borçlar Hukuku cilt 1, II	1950 M.	17	50
46	Prof. Muvaffak Akbay	Umumî Amme Hukuku cilt I	1951 M.	10	—
47	Prof. Zeki M. Aisan	Yeni Devletler Hukuku cilt 2	1951 M.	10	—
48	Doçent İhan Lütem	Harp suçları ve Devlet- lerarası Hukuk	1951 M.	3	—
49	Doçent İhan Lütem	Avrupa İnsan Hakları ve skzleşmesi	1951 M.	1	50
50	Prof. Kemal Arar	Kara Ticareti Hukuku cilt 2	1951 M.	4	25
51	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 8, sayı 1—2	1951 M.	6	—
52	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 8, sayı 3—4	1951 M.	5	—
53	Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay	Eski Aile Hukukuna Bir Nazar	1952 M.	3	—

Sıra No.	Müellifin adı ve soyadı	Kitabın adı	Senesi	Lira	Kr.
54	Prof. Kemal Arar	Kara Ticareti Şirketler Hukuku	1952 M.	7	—
55	Prof Süheyp Derbil	İdare Hukuku cilt 2	1952 M.	5	—
56	Prof. Faruk Erem	Hürriyet ve Suç	1952 M.	6	—
57	Doç. Yaşar Karayalçın	Kütüphanelerimize Umumi Bir Bakış	1952 M.	—	50
58	Doçent Dr. H. Cahit Özen	Adli Tıp	1952 M.	6	—
59	Asistan İhan Akipek	Boşanma Sebepleri	1952 M.	1	—
60	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 9, sayı 1—3	1952 M.	5	—
61	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 9, sayı 3—4	1952 M.	5	—
62	Ord. Prof. Vasf Raşit Sevig	ToPrak Hukuku	1953 M.	9	—
63	Doçent Akif Erginay	Vergi Hukuku prensipleri	1953 M.	4	15
64	Doçent Şakir Berki	Türk Hukukunda Evlenmenin Asli Şartlarından Doğan Kanun İhtilafları	1953 M.	3	—
65	Doçent Hâlide Topçugöllu	Tabii Hukuk Rönesansı	2953 M.	7	75
66	Doçent İale Gural	Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi	1953 M.	7	75
67	profesör Nihat Erim	Devletlerarası Hukuk ve Siyasi Tarih Metinleri	1953 M.	10	—
68	Prof. Süheyp Derbil (Tercüme)	Kamu Hukuku Dersleri	1954 M.	3	—
69	Prof. H. Avni Göktürk	Medeni Hukuk (Şahsın Hukuku)	1954 M.	4	—
70	Ord. prof. Sabri Şakir Ansay	Hukukta İcra ve İflâs Usulleri	1954 M.	7	—
71	Prof. Fâruk Erem	Türk Ceza Hukuku	1954 M.	12	—
72	Doçent Hicri Fişek	Gayri Sahih Nesepten Doğan kanun İhtilafları	1954 M.	3	50
73		Mükerrir Suçlular	1954 M.	2	50
74	Prof. Faruk Erem	Askerî İnsani muamele hakkında Birleşmiş Milletler Teşkilatınca tesbit olunan esaslar	1954 M.	—	50
75	Doçent Yaşar Karayalçın	Bibliyografya Meselelerine Umumi Bir Bakış	1954 M.	—	75

Sıra No.	Müellifin adı ve sayadı	Kitabın adı	Senesi	Lira	Kr.
76	Doçent İlhan Lütem	Birleşmiş Milletler Andlaşması Şerki	1954 M.	15	—
77	Doçent Avni Zarakolu	Para ve Kredi Muamelelerinde Poliçe	1954 M.	5	—
78	Prof. Yavuz Abadan	Hukuk Felsefesi Dersleri	1954 T.	4	—
79	Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay	Hukuk Yargılama Usulleri	1954 M.	8	50
80	Prof. Kemal Arar	Kara Ticareti cilt 2	1955 M.	3	50
81	Doç. Kemal Gürsoy	Mal Vasiyeti	1955 M.	8	—
82	Asistan İlhan Akipek	Devletlerarası Hukuk Bakımından Meşru Müdafaa-nın Mahiyeti ve Benzeri Müesseselerle Mukayesesi	1955 M.	4	50
83	Ratip Yüceuluğ	İstatistik Dersleri	1955 M.	10	—
84	Prof. Faruk Erem	Adalet Psikolojisi (2. Bası)	1955 N.	5	—
85	prof. Süheyp Derbil	İdare Hukuku c. (41 Bası)	1955 M.	6	50
86	prof. Faruk Erem	Adliye Aleyhinde cürümler	1955 M.	3	30
87	Prof. H. Avni Göktüşk	Medeni Hukuk (Aile)	1955 M.	4	—
88	Prof. Zeki M. Alsan	Medeni Devletler Huku-ku c. 1	1955 M.	12	50
89	Doç. Jale G. Akipek	Gayri Menkul Malikinin Nesuliyetinin hukukî neti-celeri	1955 M.	3	75
90	Prof. Dr. Cahit Özen	Adli Tıp	1955 M.	10	—
91	Ord. Prof. Vasfi Raşir Sevig	Askerî Adalet	1955 M.	11	—
92	NB. Prof. Şakiş Berki	Borçların Umumi Hüküm-leri	1956 M.	5	—
93	Doç. Münçi Kapani	İcra Organı karşısında Hâ-kimlerin istiklâli	1956 M.	6	—
94	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 10 sayı 1—4	1953 M.	6	—
95	Doç. İlhan Lütem	Amerika Birleşik Devlet-lerinde Fikir Hürriyeti Ba-kımından Kanunların Ana yasaya uygunluğunun mü-rakabesi	1956 M.	2	—
96	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 11. sayı 1—2	1954 M.	5	—
97	Hukuk Fakültesi Dergisi	Cilt 11. sayı 3—4	1954 M.	6	—

M = Mevcut kitapları gösterir

T = Tükenmiş kitapları gösterir

Sahife	Satır	Yanlış	Doğru
54	12	cemiyeti	cemiyet
63	8 - 9	hükümet	hükümeti
66	10	muvaffak	muvafık
68	(Not 110, satır 5)	Mahkemeleri“nin	Mahkemeleri“
69	13 - 14	şahıs, hakkında	şahıs hakkında
81	17 - 18	umumiyete	umumiyetle
85	(Not 2, satır 8)	mevkiinden	mevkiinden
89	(Not 14, satır 12-13)	hérédité offices	hérédité des offices
91	15	tazminatına	teminatına
92	21	Cichy	Vichy
95	25 - 26	etmiten	etmiyen
102	7	yoktu	yoktur
104	8 - 9	kurumlarca	kurumlarınca
104	29 - 30	görüldüzü	görüldüğü
121	(Not 13, satır 3)	Reflexiona	Reflexions
124	10	ilmî ehliyet	ilmî ehliyeti
128	13	kendisine	kendisini
129	(Not 36, son satır)	Bk. infra, s.	Bk. Infra, s. 140
130	8	tanımıştır	tanınmıştır.
131	(Not 36, satır 7)	etmekle beraber	etmemekle beraber
133	10	Vekilin ve müsaadesine	Vekilin müsaadesine
135	2	vücuda getirilmesi için	vücuda getirilmesi için
		Kurucu Meclisleri	toplanan Kurucu Meclisleri
136	3	hâkimlerin istiklâlini	hâkimlerin istiklâlinin
143	(Not 22 satır 1)	A la du renouvellement	A la veille du renou- vellement

YANLIŞ — DOĞRU CETVELİ

Sahife	Satır	Yanlış	Doğru
2	14	isttifak	ittifak
2	24	a lma	almak
8	(9 uncu sahifenin 4 üncü satırı 8 inci sahifenin 1 inci satırı olacak)		
9	4	Sekizinci sahifenin birinci satırındır .	
10	15	müüteakip	müteakip
10	(Not 5, satır 4)	khuvvet	kuvvet
15	(Not 14, satır 17)	fonksiyonlar ki -	fonksiyonlar - ki
15	(Not 14, satır 27)	fonction	fonctions
15	4	uzamiya	üzadıya
17	20	tarafında	tarafından
24	2	doğudan	doğrudan
25	2	apriori	a priori
31	4-5	hukukçulardan mahdut	hukukçulardan müteşekkil mahdut...
31	7	« avoé »	« avoué »
33	11	dilen	edilen
35	4	Directoir	Directoire
36	(Not 30, satır 2,3)	tam manasile ve müstakil	tam manasile müstakil
36	(Not 31, satır 5)	Texes	Textes
36	(Not 32, satır 3,4)	baux à ferme au â métayage	baux à ferme ou à métayage
43	4-5	çıkacak	çıkacakları
47	22	seçilmiş	seçilmiş
48	2	Trimunaux	Tribunaux
51	10	istiklâli	istiklâl
53	6	selâhiyetinren	selâhiyetinden