

HAKİMİN TARAFSIZLIĞI ve GÜVENCELERİ

*Nur Centel**

Kavram

Yargılama sonunda verilen hükmün adil olması ve tarafları tatmin edebilmesi için, hakim belli niteliklere sahip bulunmalıdır. Bu nitelikler, hakimin bağımsızlığı ile tarafsızlığıdır.

Hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birbirlerinden farklı olmalarına karşın, aynı zamanda birbirleriyle içiçe bulunan kavramlardır. Gerçekten, bağımsız olmayan bir hakimden tarafsız bir hüküm beklenemez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları bu doğrultudadır.

Ceza muhakemesinde yargılama makamını işgal eden *hakimin bağımsız olması*, onun görevini yaparken hiç bir etki ile baskı altında kalmaması ve hiç bir kişi veya merciden emir almaması, kısacası özgür olması demektir.

Hakimin tarafsızlığı ise yargılama yaparken yan tutmaması, taraflara karşı objektif olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesidir. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği de tarafsız hakimce yargılanmaktır. Eğer aynı davada taraflar başka kişiler ya da hakim başka hakim olsa da yine aynı karar verilebilecekse, tarafsızlık sözkonusu demektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tarafsızlığı, önyargı sahibi olmamak biçiminde tanımlamaktadır. Tarafsızlığın, Mahkemeye göre, objektif ve sübjektif olmak üzere, iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hakimin birey olarak tarafsız olmasıdır. Objektif tarafsızlık ise, mahkemenin kurum olarak kişide bıraktığı güven verici izlenim ve tarafsız görünümüdür¹.

Tarafsızlığın güvenceleri

Tarafsızlık esas olarak hakimin sübjektif durumuna ilişkindir. Nitekim, hakim tarafların üstünde olmalı ve kararları kişiyi gözönüne almaksızın vermelidir. Bu konuda tarafsızlık, tersi kanıtlanıncaya kadar var sayılır. Hakimin tarafsız olamayacağı hallerde ise onun yerine bir başka hakimin yargılama faaliyetini üstlenmesini sağlayacak kurumlar vardır.

* Prof.Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bak.Piersack/Belçika davası, 1.10.1982, 7/1981/46/74, EuGRZ XII, 11 (18.6.1985), 301 vd.; 26.2.1993 Padovani/İtalya; 27.8.1991 Demikoli/Malta; 25.11.1993 Holm/İsveç davaları, J.Frowein/W.Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention EMRK-Kommentar, Strassburg 1985, m.6 k.no.96, F.Gölcüklü/Ş.Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994, k..no.510 vd.

Bu kurumları *tarafsızlığın güvenceleri* olarak kabul edebiliriz. ***Tarafsızlığın güvenceleri, hakimin görevden yasaklanması, reddi ve çekinmesidir.***

Yasaklanma halleri, hakimin tarafsızlığının tehlikeye düşeceği varsayılan hallerdir. Bu haller yasada tek tek belirtilmiştir ve genişletilmesi mümkün değildir. Bu hallerde hakimin yargılama faaliyetini üstlenmesi yasaklanmıştır. İnceleyebildiğimiz karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Hukukumuzda da şu hallerde hakimin davaya bakması yasaktır: Hakimin 1)suçtan kendisinin zarar görmüş olması, 2)aynı davada savcılık veya adli zabıta memurluğu yapmış olması, 3)aynı davada sanık müdafiliğini yahut mağdur avukatlığını üstlenmiş olması, 4)aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmiş olması, 5) sanık veya mağdurla aralarında belli dereceye kadar akrabalık², evlilik veya vesayet bağı ya da evlat edinme ilişkisi bulunması (CMUK m.21).

Öte yandan, aleyhinde kanunyollarından birine başvurulmuş olan bir karara katılan hakim de bu karara ilişkin kanunyolu muhakemesindeki yargılamaya katılamaz (CMUK m.22).

Görev yasağı bulunmasının hakimi görev yapmaktan alıkoymasının iki sonucu bulunmaktadır: 1)kural olarak görev yasağının varlığı konusunda bir karar bulunması gerekmez. 2)hakimde görevden yasaklanmasını gerektiren bir hal bulunmadığı konusundaki yanlış kanı görev yasağını ortadan kaldırmaz. Şüpheli hallerde ise merci karar verir (CMUK m.29/3). Kendinde görev yasağı bulunan hakimin göreve devam etmesi, mutlak temyiz sebebi olur (CMUK m.308/bent 2-3).

Hakimin reddi, hakimin tarafsızlığından kuşku duyulmasını gerektiren haklı nedenlerin bulunması durumunda ya da görev yapmasının yasak olduğu hallerde, görev yapmamasının taraflarca istenebilmesidir (CMUK m.23).

Haklı şüphe nedenleri yasada sayılmamıştır. Çünkü, hakimin tarafsızlığından kuşku duymanın dayanağı her somut olayda farklı bir olgu olabilir. Bunların yasada tek tek belirtilmesi olanaksızdır. Red sebebi olarak ileri sürülen hal, mantıklı ve objektif olmalıdır.

Görev yasağına dayanan red talebi her zaman yapılabilir. *Tarafılık kuşkusu nedeniyle red talebi* ise ancak, mahkemelerde iddianame veya şahsi dava dilekçesi okununcaya kadar ileri sürülebilir. Yargıtayda ise, duruşmalı işlerde raportör üye tarafından yazılmış olan rapor okununcaya ve duruşmasız işlerde, temyiz incelemesi başlayıncaya kadar istenebilir (CMUK

² Bu ilişkiler şunlardır: 1) hakimin sanık veya mağduru nesepten veya sebepten usul veya furuu olması, 2) hakim ile sanık veya mağdur arasında evlat edinme bağı bulunması, 3) hakim ile sanık veya mağdur arasında üçüncü dereceye kadar nesepten civar hısımlığı bulunması, 4)evlilik bağı kalmasa bile hakimle sanık veya mağdur arasında ikinci dereceye kadar sebepten civar hısımlığı bulunması (CMUK m.21/bent 3).

m.24/1). Sonradan ortaya çıkan sebeplerden dolayı ise, duruşma bitinceye kadar dahi hakimin reddi istenebilir (CMUK m.24/).

Sonsoruşturmada hakimin reddi istemi şu hallerde kabul edilmeyerek geri çevrilir (CMUK m.29/a): 1)Red isteğinin zamanında yapılmaması, 2)red sebebi veya inandırıcı delil gösterilmemesi, 3)red isteminin duruşmayı uzatmak amacı ile yapıldığının açıkça anlaşılması.

Hakimin çekinmesi, reddini gerektirecek nedenlerin bulunduğunu gören hakimin bunu ileri sürmesidir. Red sebepleri, hakimin görevini yapmaktan yasaklı olduğu haller ile tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebepler bulunmasıdır (CMUK m.23/1). Hakim, reddini haklı gösterecek bir neden bulunup bulunmadığını bizzat kendisi takdir etmelidir.

Değerlendirme

Hakimin reddi ve çekinmesi, doğal hakim ilkesiyle bağdaşan kurumlardır. Çünkü, taraflı hakim sanığın doğal hakimi olamaz, ancak red talebinin kabulünden sonra yargılama makamını işgal edecek olan hakim, doğal hakimdir.

Hukukumuzda, karar veren hakimin aynı olayda muhakemenin yenilenmesi sözkonusu olduğu takdirde, buna katılması yasaklanmış değildir. Oysa, alt derece mahkemesi hakiminin verdiği kararın kanun yolunda incelenmesine katılmasından doğacak sakıncaların tümü, bu konuda da aynen sözkonusudur. 7.3.2003 Tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı'nda muhakemenin yenilenmesinde aynı hakimin yargılamaya katılmasının engellenmemiş olması yerinde değildir. Kaynak Alman Ceza Muhakemesi Yasası'nda bunu sağlayacak değişiklik 1964 yılında yapılmıştır.

Öte yandan, ilk derece mahkemesi hakiminin, hükmün Yargıtayca bozulması üzerine aynı davaya bakması konusunda da hukukumuzda görev yasağı yoktur. Ancak burada da, muhakemenin yenilenmesinde ilk hükme katılan hakimin yargılamayı yapması durumunda var olan sakıncalar sözkonusudur. Tasarı'da, belli hallerde bozmadan sonra aynı hakimin davaya bakmaması konusunda bir düzenleme yapılmamış olması da isabetsizdir. Kaynak Alman Ceza Muhakemesi Yasasında 1965 yılında değişiklik yapılarak, bozmadan sonra davanın başka mahkemeye gönderilmesi ilkesi getirilmiştir.

Ayrıca, kendinde görevden yasaklanmasını gerektiren bir hal bulunan hakimin yaptığı işlemler ya da verdiği hüküm, Yargıtayca bozulmadığı takdirde, kesinleşmektedir. Ancak bu durumun, giderilmesi mümkün olmayan usuli haksızlığa sebebiyet vereceği hallerde, kesinleşmeyip tekrarlanması olanağının sağlanması konusunda Yasa'ya açıklık getirilmelidir.

Uygulamada haklı şüphe sebepleriyle hakimi red kurumunun etkili işlemediği izlenimi yaygındır. Belirtelim ki, red kurumunun işletilmesi için hakimin, gerçekten taraflı veya önyargılı olması gerekli değildir. Red talebinde bulunan kişinin, tüm koşulları mantıklı biçimde değerlendirerek, hakimin tarafsız ve önyargısız tutumundan kuşku duyma vesilesine sahip olması yeterlidir. Bu açıdan, somut olayda hakimin taraflı olduğu görünümünü veren haller bulunduğu red kurumunun işletilmesinden kaçınılmamalıdır. Unutulmamalıdır ki, red kurumu, verilen karara güvenin ve dolayısıyla hukuki barışın sağlanmasında etkili bir yoldur. Bu nedenle, özellikle duruşmayı uzatma amacının varlığını takdirde titiz davranılarak, basit inceleme yöntemine olanak tanıyan “red talebinin geri çevrilmesi” (CMUK m.29a) yolu kural haline getirilmemeli, red talebinin başka mercide incelenmesine olanak tanınmalıdır.

Alman uygulamasında Yüksek Mahkeme'nin hakimlerin şu davranışlarını *oyunu belli etme* saydığı görülmektedir³: Hakimin, savcının adeta bir müdafî gibi davrandığını söylemesi; eşini öldürmekle suçlanan sanığa, geceleri karısını gözünün önüne getirmesini söylemesi; sanığın eşine tanıklıktan çekinme hakkını kullanmamasını ve eşiyile barışmamasını söylemesi; savcıdan, suçun ispatlanmasını kolaylaştıracak biçimde iddianamenin sanığın aleyhinde tamamlanmasını talep etmesi; delillerin yeterli olmadığı bir davada, tanığın “nihayet” gerçeği söylediğine işaret etmesi; tanığın beyanının doğru olmadığına inandığını ima ederek doğruyu söylemesi gerektiğini, aksi takdirde çenesini kapatmasının iyi olacağını söylemesi; sanığa kanun yoluna başvurmak yerine mağdurdan özür dilemesini söylemesi; sanığa başka ülkelerde ölüm cezasının bulunduğunu hatırlatması; müdafîin verdiği delil listesinden hoşnutsuzluğunu belli etmesi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı gibi, hakimin kişisel olarak tarafsızlığından kuşku duyulmasa bile, mahkemenin objektif olarak taraflı görünmesi, taraflılık kuşkusunun kabulü için yeterlidir. Çünkü, “adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir”. Bu düşünce, gerçekte istenmeyen hakimden ya da istenmeyen işten kurtulma amacıyla yapılan reddi ve çekinmeyi önlemedeki yarar ile hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve sonucu olan tarafsız hakimce yargılanma hakkının fiilen gerçekleşmesindeki yararı dengelemek konusunda her zaman yol gösterici olmalıdır.

³ Bak.N.Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, 101 vd.